
ENSAYOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL INTERNACIONAL

*CON INCLUSIÓN DE LA LECCIÓN INAUGURAL COMO CATEDRÁTICO DE DERECHO
PENAL Y PROCESAL INTERNACIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT (HOLANDA)
DICTADA EL 18 DE OCTUBRE DE 2010.*

I.S.B.N 978-958-XXX-XXX-X

© Héctor Olásolo Alonso - 2011

© Biblioteca Jurídica Diké - 2011

LAURA TAMAYO GIL: *Concepto y diseño de carátula*

Diké: Justicia en griego

Biblioteca Jurídica Diké

Medellín - Colombia, calle 34 B N° 65 D 58

Telefax: P.B.X. 351 61 61 - A.A. 51838

e-mail: dike@une.net.co

www.bibliotecajuridicadike.com

Bogotá D.C. Librería

Nomenclatura antigua: Carrera 6ª N° 13-11

Nomenclatura actual: Carrera 6ª N° 12B-11

Teléfonos: 336 55 37 y 286 03 42

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

e-mail: dike@etb.net.co

San José, Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54

Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com

editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela. Pelota a Marrón

Edificio General Páez, piso 7, oficina 708

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

HÉCTOR OLÁSULO ALONSO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL INTERNACIONAL
UNIVERSIDAD DE UTRECHT, INSTITUTO WILLEM POMPE DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.
PRESIDENTE DEL INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE LA HAYA PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA
JUSTICIA INTERNACIONAL (IIH)

ENSAYOS DE DERECHO PENAL
Y PROCESAL INTERNACIONAL

*CON INCLUSIÓN DE LA LECCIÓN INAUGURAL COMO CATEDRÁTICO DE DERECHO
PENAL Y PROCESAL INTERNACIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT (HOLANDA)
DICTADA EL 18 DE OCTUBRE DE 2010.*

BIBLIOTECA JURÍDICA  **DIKE**

Biblioteca Jurídica Díké
dirigida por
Eduardo Quiceno Álvarez

Prólogo: El Derecho del Siglo XXI por Luis Moreno Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Reflexión Preliminar sobre la Función de Prevención de la Corte Penal Internacional por Elizabeth Odio-Benito, Magistrada y ex Vice-Presidenta de la Corte Penal Internacional.

Presentación por Fernando Cardesa García, Embajador y Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia.

Introducción por Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho Penal.

Reflexión Final sobre la Corte Penal Internacional y las Administraciones Nacionales de Justicia por René Blattmann, Magistrado y ex Vice-Presidente de la Corte Penal Internacional, Dr. hc. por las Universidades de Basilea y Humboldt de Berlín.

Reflexión Final sobre los Desafíos de la Corte Penal Internacional por Sylvia Fernández de Gurmendi, Magistrada de la Corte Penal Internacional.

Epílogo: Construyendo el Procedimiento ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, por Sylvia Steiner, Magistrada y Presidenta de la División de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

Héctor Olásolo Alonso¹

¹ Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

AGRADECIMIENTOS

A quienes después de haberlo probado todo, y a pesar de mi más profunda resistencia, han sido los únicos en darme la fuerza necesaria para enfrentarme cada día al poder de la adicción y a la aflicción de la enfermedad, y seguir adelante con mi proceso de restauración: Dios Padre, su Hijo Jesucristo, y el Espíritu de su comunión y amor;

A Dilia Paola Gómez Patiño por hacer un verdadero acto de fe permaneciendo a mi lado y confiando en que mi sanación era posible aun en las peores circunstancias;

A mis padres Valentín y Mercedes por no cejar en tres décadas a pesar de mi continuo rechazo en su empeño por ofrecerme aquel maravilloso regalo que ellos mismos recibieron hace ahora treinta y tres años;

A la Señora Nadime Patiño por su belleza, bondad, cuidados y oraciones en el barrio de Kennedy al sur de Bogotá;

A mis hermanos y hermanas de las comunidades neocatecumenales de las parroquias de Santa Inés en la Haya, San Mateo en Bogotá, y Carmelitas en Logroño (España), que me han ofrecido su apoyo y guía espiritual y personal;

A la música de las Iglesias de San Roberto Belarmino en el barrio de Kennedy en Bogotá y de San Pablo en Logroño que permitieron que mis oídos prestaran atención a la Palabra;

A los millones de seres humanos que han sido, y continúan siendo mientras se escriben estas líneas, víctimas de crímenes internacionales por las continuas luchas por el poder político, económico, militar, cultural y religioso puesto que son ellas quienes realmente merecen reconocimiento, y es a ellas a quienes pedir perdón públicamente por las enormes limitaciones que a día de hoy sigue presentando el derecho penal internacional para ofrecerles un amparo efectivo;

A quienes, como mi maestra, jefa durante mi trabajo en la Corte Penal Internacional y amiga, la magistrada Sylvia H. Steiner, tienen un profundo compromiso vital para que el derecho penal internacional no tenga una naturaleza exclusivamente formal;

A Enrique Carnero-Rojo y Alejandro Kiss, por su gran ayuda en numerosos aspectos de la preparación de este libro.

EL AUTOR

El Profesor Héctor Olásolo Alonso nació en Madrid en 1972, y realizó sus estudios de educación primaria y secundaria en Logroño (La Rioja). En 1990 se trasladó a la Universidad de Salamanca, donde en 1996 completó sus estudios de licenciatura. Entre 1997 y 2002 realizó estancias de investigación en las Universidades de Harvard (EEUU), Columbia (EEUU) y Bolonia (Italia), y participó como asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional que se reunió en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre enero de 1999 y junio de 2002. En 2002 concluyó su maestría en la Universidad de Columbia, donde fue nombrado *Kent Scholar* e impartió clases como *Teaching Fellow* en la práctica jurídica del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia. En febrero de 2003 obtuvo el grado de doctor por la Universidad de Salamanca, obteniendo el premio extraordinario de doctorado por dicha universidad.

A partir de julio de 2002, el profesor Olásolo Alonso, trabajó en la asesoría jurídica y en la sección de apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hasta su nombramiento como letrado de Sala de la Corte Penal Internacional en agosto de 2004, puesto que a partir de septiembre de 2005 combinó con su posición como *Senior Lecturer* y Profesor Asociado en la Universidad de Utrecht (Holanda). El 1 de febrero de 2009 es nombrado en su actual posición como Catedrático de Derecho penal y procesal penal internacional en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht, y desde el 1 de septiembre de 2009 dirige la Clínica Jurídica de dicha Universidad sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional (www.uu.nl/legalclinic) que durante los últimos dos años ha prestado servicios jurídicos legales *pro-bono* a varias Cortes y Tribunales internacionales con sede en la Haya.

En los últimos diez años, el profesor Olásolo Alonso, quien es en la actualidad Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), ha participado activamente en

programas de formación de actores jurídicos (magistrados, fiscales, abogados defensores, representantes de víctimas, oficiales de policía y personal jurídico militar) en aspectos penales, internacionales y procesales relativos a la persecución de delitos internacionales, para lo cual ha realizado estancias en países tan diversos como Alemania, Argentina, Canadá, Chile, Colombia, España, Estados Unidos Holanda, Italia, México, Nicaragua, Perú, Serbia, Suiza, Uruguay y Venezuela.²

El profesor Olásolo Alonso, que pertenece desde septiembre de 2010 al Comité Académico de la Asociación Internacional de Derecho Penal (“AIDP”), ha publicado varias monografías en inglés y español, destacando las tituladas “Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?” (Tirant lo Blanch, 2003), “*The Triggering Procedure of the International Criminal Court*” (Martinus Nijhoff/Brill Publishers, 2005), “Ataques contra Personas y Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados” (Tirant lo Blanch, 2007), “Terrorismo Internacional y Conflicto Armado” (con Prof. Pérez Cepeda, Tirant lo Blanch 2008), “*Unlawful Attacks in Combat Operations*” (Martinus Nijhoff/Brill Publishers, 2008), “*The Criminal Liability of Political and Military Leaders as Principals of International Crimes*” (Hart Publishers, 2009), “Ensayos sobre la Corte Penal Internacional” (Universidad Javeriana/Dyke, 2009), “Estudios de Derecho Penal Internacional” (Instituto Nacional de las Ciencias Penales, México DF, 2010), y “La Responsabilidad de los Dirigentes Políticos y Militares de Alto Rango Jerárquico como Autores de Delitos Internacionales” (Temis/Universidad Sergio Arboleda/Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, Bogotá, en prensa).

Asimismo, ha publicado medio centenar de artículos en lengua inglesa y española en revistas jurídicas de reconocido prestigio, incluyendo *The American Journal of International Law*, *The Journal of International Criminal Justice*, *Criminal Law Forum*, *International Criminal Law Review*, *Leiden Journal of International Law*, IBCCrim (Brasil), Casación Penal (Argentina), Revista de Derecho Penal y Procesal (Argentina), Poder Judicial (España), La Ley (España), Indret (España), Criminet (España), Revista de Derecho Penal (España), Revista de Derecho Público (Colombia), Legis (Colombia), *Iter Criminis* (México), Revista de la Universidad Central de Caracas (Venezuela) y Revista Global (República Dominicana).

2 Para mayor información ver sobre el Prof. Héctor Olásolo Alonso ver: www.uu.nl/h.olaso.

La presente obra recoge una colección de ensayos escritos en el periodo 2005-2011, algunos inéditos, otros objeto ya de previa publicación, en la que se incluye la lección inaugural del Prof. Olásolo Alonso como catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal Internacional en la Universidad de Utrecht, dictada en el Edificio Académico de la misma el 18 de octubre de 2010. En la misma se abordan problemas de la más reciente actualidad en las áreas de principal relevancia para justicia penal internacional: parte sustantiva, aspectos procesales, cooperación y asistencia judicial internacional y política criminal.

TABLA DE ABREVIATURAS

AECI:	<i>Agencia Española de Cooperación y Desarrollo.</i>
APIC:	<i>Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional.</i>
CE:	<i>Constitución Española.</i>
CECP:	<i>Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.</i>
CEDH:	<i>Corte Europea de Derechos Humanos.</i>
CG I, II, III y IV:	<i>Convenciones de Ginebra I, II, III y IV de 1949.</i>
CorteIDH:	<i>Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.</i>
CPI:	<i>Corte Penal Internacional.</i>
CPP:	<i>Comité para la Protección de los Periodistas.</i>
CVR:	<i>Comisión para la Verdad y la Reconciliación.</i>
DINA:	<i>Dirección de Inteligencia Nacional de Chile.</i>
EC:	<i>Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.</i>
ECC:	<i>Empresa Criminal Común.</i>
ECCC:	<i>Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia).</i>
ECIJ:	<i>Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.</i>
Ed:	<i>Edición</i>
<i>et al.:</i>	<i>Et álii, abreviada generalmente como et ál., es una locución latina que significa literalmente «y otros».</i>
EEUU:	<i>Estados Unidos de Norte-América.</i>
ELN:	<i>Ejército de Liberación Nacional.</i>
ETPIR:	<i>Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.</i>

ETPIY:	<i>Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.</i>
ER:	<i>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.</i>
FNI:	<i>Frente Nacionalista e Integracionista.</i>
FPLC:	<i>Fuerzas Patrióticas para la Liberación de Congo.</i>
FRPI:	<i>Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri.</i>
IMT:	<i>Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.</i>
IMTFE:	<i>Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokio.</i>
VRS/JNA:	<i>Ejército Serbo-Bonio.</i>
LECr:	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.</i>
LEP:	<i>Ley de Extradición Pasiva Española de 1985.</i>
LOCCPI:	<i>Ley Orgánica Española 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, de 10 de diciembre de 2003.</i>
LOPJ:	<i>Ley Orgánica Española 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.</i>
MLC:	<i>Movimiento por la Liberación de Congo.</i>
MJE:	<i>Movimiento por la Justicia y la Equidad.</i>
MSL:	<i>Movimiento Sudanes por la Liberación.</i>
ONG:	<i>Organización no Gubernamental.</i>
ONU:	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
OTAN:	<i>Organización del Tratado del Atlántico Norte.</i>
PA I:	<i>Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949, Aplicable a los Conflictos Armados de Carácter Internacional.</i>
PA II:	<i>Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra de 1949, Aplicable a los conflictos Armados de Carácter no Internacional.</i>
PIDCP:	<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.</i>
RAK:	<i>República Autónoma de Krajina.</i>

RCA:	<i>República Centro-Africana.</i>
RegC:	<i>Reglamento de la Corte Penal Internacional.</i>
RDC:	<i>República Democrática del Congo.</i>
RPP:	<i>Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.</i>
RTS:	<i>Radio Televisión Serbia.</i>
CECP:	<i>Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.</i>
SCP I, II y III:	<i>Sala de Cuestiones Preliminares I, II y III de la Corte Penal Internacional.</i>
SPI:	<i>Sala de Primera Instancia.</i>
SA:	<i>Sala de Apelaciones.</i>
ss.:	<i>Siguientes</i>
STS:	<i>Sentencia del Tribunal Supremo Español.</i>
TPIR:	<i>Tribunal Penal Internacional para Ruanda.</i>
TPIY:	<i>Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.</i>
UPC/RP:	<i>Unión Patriótica Congolesa.</i>
UPDF:	<i>Ugandan People Defence Forces.</i>

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....	9
EL AUTOR	11
TABLA DE ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO: EL DERECHO EN EL SIGLO XXI, POR LUIS MORENO OCAMPO, FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	29
REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA FUNCIÓN DE PREVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A TRAVÉS DE SU INTERVENCIÓN OPORTUNA, POR ELIZABETH ODIO-BENITO, MAGISTRADA Y EX VICE-PRESIDENTA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	33
PRESENTACIÓN POR FERNANDO CARDESA GARCÍA, EMBAJADOR Y JEFE DE LA DELEGACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN COLOMBIA.....	39
INTRODUCCIÓN POR FRANCISCO MUÑOZ CONDE, CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD PABLO OLAVIDE DE SEVILLA	43
LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS ATROCES MEDIANTE SU INTERVENCIÓN OPORTUNA: DE LA DOCTRINA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES EX POST FACTO AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE PROTEGER Y LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL¹.....	49
I. INTRODUCCIÓN	49
II. LA DOCTRINA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y EL CONCEPTO	

1 Lección Inaugural como Catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda), dictada en el Aula Magna de la Facultad de Economía, Derecho y Administración Pública de la Universidad de Utrecht el 18 de Octubre de 2010.

	DE RESPONSABILIDAD DE PROTEGER	50
III.	LAS DOS DIMENSIONES DEL MANDATO PREVENTIVO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: PREVENCIÓN GENERAL E INTERVENCIÓN OPORTUNA	58
IV.	LA INTERVENCIÓN OPORTUNA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CONSECUENCIA DE AMENAZAS CONCRETAS DE FUTUROS DELITOS ATROCES	61
V.	LA INTERVENCIÓN OPORTUNA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CUANDO DELITOS ATROCES SE ESTÁN YA COMETIENDO	71
VI.	CONCLUSIÓN.....	78

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PERSONAL, TERRITORIAL Y TEMPORAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ... 79

I.	INTRODUCCIÓN	79
II.	JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE CRÍMENES COMETIDOS EN EL TERRITORIO O POR NACIONALES DE ESTADOS PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA	83
II.1.	EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN PERSONAL, TERRITORIAL Y TEMPORAL DE LA CORTE	83
II.2.	LIMITACIONES A LA JURISDICCIÓN PERSONAL, TERRITORIAL Y TEMPORAL DE LA CORTE	85
II.2.1.	<i>Limitaciones derivadas de los artículos 26 y 27 del ER</i>	85
II.2.2.	<i>Limitaciones derivadas del artículo 11 del ER: especial referencia a los crímenes permanentes</i>	87
II.2.3.	<i>Limitaciones derivadas de la disposición transitoria del artículo 124 del ER</i>	94
II.2.4.	<i>Limitaciones derivadas de las solicitudes del Consejo de Seguridad conforme al artículo 16 del ER.....</i>	96
III.	JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE CRÍMENES COMETIDOS EN EL TERRITORIO DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA POR NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA	99
III.1.	DECLARACIONES ESTATALES DE CONSENTIMIENTO CONFORME AL ARTÍCULO 12(3) DEL ER.....	99
III.2.	REMISIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CONFORME AL	

ARTÍCULO 13(B) DEL ER.....	101
IV. CONCLUSIÓN.....	104
ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y CASOS OBJETO DE PROCESOS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	107
I. INTRODUCCIÓN	107
II. NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE FRENTE A LAS JURISDICCIONES NACIONALES	109
III. SITUACIONES Y CASOS COMO OBJETO DEL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD..	117
IV. ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y CASOS OBJETO DE LEYES DE AMNISTÍA, INDULTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE SÓLO EXIMEN PARCIALMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL	123
IV.1. LEYES DE AMNISTÍA ABSOLUTA Y LEYES DE AMNISTÍA CONDICIONADA CON O SIN CREACIÓN DE COMISIONES DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN.....	123
IV.2. MEDIDAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EX POST FACTO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INDULTOS.....	131
IV.3. MEDIDAS DE EXENCIÓN PARCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	135
V. EL EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN RELACIÓN CON SITUACIONES Y CASOS OBJETO DE LEYES DE AMNISTÍA, INDULTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE SÓLO EXIMEN PARCIALMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL	139
APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES: LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE KENIA.....	147
I. INTRODUCCIÓN	147
II. LOS CONCEPTOS DE SITUACIÓN Y CASO	148
III. EL CONCEPTO DE ADMISIBILIDAD Y SU APLICACIÓN A SITUACIONES Y CASOS.....	153
IV. LA ADMISIBILIDAD DE LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE KENIA	161
V. CONCLUSIÓN.....	171

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 173

I.	PRIMERA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.....	173
II.	LA DETERMINACIÓN NACIONAL DE LAS PENAS COMO OBJETO DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD	178
III.	LA DETERMINACIÓN LEGISLATIVA DE LAS PENAS COMO OBJETO DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD	183
III.1.	DETERMINACIÓN A PRIORI DE LA PENA APLICABLE A UN DELITO CONCRETO.....	183
III.2.	VARIACIÓN DEL GRADO DE LA PENA DEPENDIENDO DEL TIPO SUBJETIVO.....	190
III.3.	VARIACIÓN DEL GRADO DE LA PENA DEPENDIENDO DE LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO DE AUTOR O DE PARTÍCIPE EN LA COMISIÓN DEL DELITO	200
III.4.	VARIACIÓN DEL GRADO DE LA PENA DEPENDIENDO DE LA TENTATIVA O CONSUMACIÓN DEL DELITO	204
III.5.	EL CONCURSO DE DELITOS.....	205
IV.	LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS COMO OBJETO DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD.	207
V.	LA IRRELEVANCIA DE LA DETERMINACIÓN EJECUTIVA DE LAS PENAS A LOS EFECTOS DEL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD.....	209
VI.	ADDENDUM: EL DISTINTO ENFOQUE EN EL ESTUDIO DE LA DETERMINACIÓN NACIONAL DE LAS PENAS EN LOS ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y DE CASOS	213

LOS PRIMEROS CASOS A NIVEL INTERNACIONAL DE APLICACIÓN AUTÓNOMA DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER: LOS CASOS CONTRA OMAR AL BASHIR, MUAMMAR AL GADDAFI Y ABDULLAH AL-SENUSSI 217

I.	INTRODUCCIÓN	217
II.	CRITERIOS QUE JUSTIFICAN EL AUTOMATISMO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN	221
III.	EL GRADO DE CONTROL DE LA ORGANIZACIÓN REQUERIDO	226

IV.	EL CASO CONTRA THOMAS LUBANGA DYILO ANTE LA CPI: LOS PROBLEMAS RELATIVOS AL CONTROL DE LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS.....	228
V.	EL CASO OMAR AL BASHIR: ¿AUTORÍA O COAUTORÍA MEDIATA?	231
VI.	EL CASO CONTRA MUAMMAR GADDAFI Y SU HIJO SAIF AL-ISLAM GADDAFI: ¿AUTORÍA O COAUTORÍA MEDIATA?.....	234
VI.1.	INTRODUCCIÓN AL CASO: IMPUTACIÓN DE MUAMMAR GADDAFI COMO AUTOR MEDIATO Y DE SAIF AL ISLAM Y ABDULLAH AL-SENUSSI COMO COAUTORES MEDIATOS.....	234
VI.2.	DIFICULTAD EN LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA A MUAMMAR GADDAFI POR NO REUNIR UN SUFICIENTE GRADO DE CONTROL SOBRE EL APARATO DE PODER DEL ESTADO LIBIO .	235
VII.	EL CASO CONTRA EL JEFE DE LA INTELIGENCIA MILITAR DE LIBIA ABDULLAH AL-SENUSSI: AUTORÍA MEDIATA DE LOS COMANDANTES MILITARES INTERMEDIOS	239
VII.1.	SUPERIORES INTERMEDIOS	239
VII.2.	RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE LA INTELIGENCIA MILITAR LIBIA ABDULLAH AL-SENUSSI COMO AUTOR MEDIATO.....	242
VIII.	CONCLUSIONES	244

	LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA: DESDE EL JUICIO A LAS JUNTAS MILITARES ARGENTINAS HASTA LOS CASOS CONTRA ABIMAEEL GUZMÁN, ALBERTO FUJIMORI Y LOS LÍDERES POLÍTICOS COLOMBIANOS VINCULADOS AL PARAMILITARISMO.....	249
I.	INTRODUCCIÓN	249
II.	LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER POR LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA	251
II.1.	ARGENTINA	253
II.2.	CHILE	256
II.3.	COLOMBIA	263
II.4.	PERÚ.....	269

II.5.	ESPAÑA.....	276
II.6.	URUGUAY	279
III.	CONCLUSIÓN.....	280

REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL

COMÚN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL..... 283

I.	INTRODUCCIÓN	283
II.	ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN	286
II.1.	PLURALIDAD DE PERSONAS, PLAN COMÚN Y DELITOS INTEGRALES Y NO INTEGRALES	286
II.2.	CONTRIBUCIÓN A LA EJECUCIÓN DEL PLAN COMÚN.....	292
III.	ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN	294
III.1.	VARIANTE BÁSICA DE EMPRESA CRIMINAL COMÚN	294
III.2.	VARIANTE SISTÉMICA DE EMPRESA CRIMINAL COMÚN	298
III.3.	VARIANTE AMPLIA DE EMPRESA CRIMINAL COMÚN	300
IV.	CONCLUSIÓN.....	306

ANÁLISIS DEL CASO COUSO A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA 309

I.	INTRODUCCIÓN	309
II.	OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LOS ATAQUES DIRIGIDOS CONTRA PERSONAS Y BIENES CIVILES Y DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA	313
III.	LAS JURISDICCIONES NACIONALES COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO EN LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA	318
IV.	ANÁLISIS DEL CASO COUSO	326
IV.1.	JURISDICCIÓN, ADMISIBILIDAD Y MARCO PROCESAL APLICABLE	326
IV.2.	EL UMBRAL DE GRAVEDAD COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD.....	329
IV.3.	ELEMENTOS CONTEXTUALES	330

IV.4.	ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS CRÍMENES DE GUERRA DE LANZAR ATAQUES CONTRA PERSONAS O BIENES CIVILES O DE LANZAR ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA.....	333
V.	ANÁLISIS DE LOS HECHOS DEL CASO COUSO A LA LUZ DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS ATAQUES CONTRA PERSONAS Y BIENES CIVILES Y DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA	338
VI.	CONCLUSIÓN.....	343

EL ESTATUTO DE ROMA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS 345

I.	INTRODUCCIÓN	345
II.	¿QUIÉNES PUEDEN CALIFICAR COMO VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS ANTE LA CPI?	348
II.1.	PERSONAS FALLECIDAS COMO VÍCTIMAS	350
II.2.	VÍCTIMAS NO RELACIONADAS CON LOS DELITOS IMPUTADOS	352
II.3.	EL CONCEPTO DE DAÑO EN LA REGLA 85 RPP	355
II.4.	VÍCTIMAS INDIRECTAS	357
II.5.	LA RE-EVALUACIÓN POR LAS SPIs DE LAS DECISIONES DE LAS SCPs QUE AUTORIZAN LA PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS	361
III.	¿QUÉ ACTIVIDADES PUEDEN DESEMPEÑAR LAS VÍCTIMAS DURANTE LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN DE UNA SITUACIÓN, CONFIRMACIÓN DE CARGOS, JUICIO ORAL Y APELACIONES?.....	362
III.1.	DETERMINACIÓN SISTEMÁTICA Y CASUÍSTICA DEL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS.....	364
III.2.	EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DE UNA SITUACIÓN	369
III.3.	EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA AUDIENCIA DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS	371
III.4.	EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN EL JUICIO ORAL.....	377
	<i>III.4.1. El mal llamado derecho de las víctimas a aportar</i>	

	<i>elementos de prueba relativos a la culpabilidad o inocencia del acusado</i>	378
III.4.2.	<i>El derecho de las víctimas a interrogar testigos</i>	381
III.4.3.	<i>La intervención de las víctimas en el procedimiento de divulgación de prueba</i>	382
III.4.4.	<i>Presencia de las víctimas en las audiencias del juicio oral</i>	383
III.4.5.	<i>La práctica de la prueba en materia de reparación</i>	385
III.4.6.	<i>La intervención de las víctimas en la re-caracterización jurídica de los hechos imputados</i>	385
IV.	CONCLUSIÓN.....	389

REFLEXIONES SOBRE LA NECESIDAD DE AJUSTAR LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE COOPERACIÓN CON LA CORTE AL MARCO PROCESAL DEL ESTATUTO DE ROMA: ESPECIAL REFERENCIA AL MODELO ESPAÑOL.... 391

I.	INTRODUCCIÓN	391
II.	EL MARCO PROCESAL DEL ESTATUTO DE ROMA. ESPECIAL REFERENCIA AL LLAMADO PROCESO DE ACTIVACIÓN Y A LA DISTINCIÓN ENTRE SITUACIONES DE CRISIS Y CASOS COMO OBJETO DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES PROCESALES ANTE LA CORTE.....	392
III.	CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y DE ADMISIBILIDAD A LA LUZ DE LA DISTINCIÓN ENTRE SITUACIONES Y CASOS COMO OBJETO DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES PROCESALES ANTE LA CORTE.....	403
IV.	EL TRATAMIENTO DEL PROCESO DE ACTIVACIÓN DE LA CORTE EN LA LEY ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	409
IV.1.	LA INVERSIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN RELACIÓN CON LOS DELITOS RECOGIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA PRESUNTAMENTE COMETIDOS POR NO ESPAÑOLES FUERA DE TERRITORIO ESPAÑOL.....	409
IV.2.	REMISIÓN DE UNA SITUACIÓN DE CRISIS A LA FISCALÍA DE LA CORTE POR EL ESTADO ESPAÑOL Y SOLICITUD DE REVISIÓN DE LA DECISIÓN DE LA FISCALÍA DE LA CORTE DE NO PROCEDER A SU INVESTIGACIÓN.....	416
V.	EL TRATAMIENTO EN LA LOCCPI DEL REQUERIMIENTO DE	

INHIBICIÓN DE LA CORTE DEL ART. 18 (2) ER Y DEL INCIDENTE DE ADMISIBILIDAD DEL ART. 19 (2) ER	418
V.1. EL REQUERIMIENTO DE INHIBICIÓN DE LA CORTE DEL ART. 18 (2) ER	419
V.2. EL INCIDENTE DE ADMISIBILIDAD DEL ART. 19 (2) ER	421
V.3. TRANSFERENCIA A LA CORTE DE LAS ACTUACIONES DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA Y RENUNCIA A LA PRIMACÍA FORMAL DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA	426
VI. LA LOCCPI Y LA EFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y DE CASOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	427
CLÍNICAS JURÍDICAS EN EUROPA OCCIDENTAL: EL MODELO DE CLÍNICA JURÍDICA SOBRE CONFLICTO ARMADO, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT	431
I. INTRODUCCIÓN	431
II. ELEMENTOS EN COMÚN ENTRE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT Y LAS CLÍNICAS DE DERECHOS HUMANOS DE LOS ESTADOS UNIDOS	432
III. PRINCIPALES ASPECTOS INNOVATIVOS DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT	434
IV. CONCLUSIÓN.....	436
REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES DE JUSTICIA, POR RENÉ BLATTMANN, MAGISTRADO Y EX VICE-PRESIDENTE DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DR. HC. POR LA UNIVERSIDADES DE BASILEA Y HUMBOLDT DE BERLÍN	437
I. INTRODUCCIÓN	437
II. LA CPI Y LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES DE JUSTICIA.....	437
II.1. ANTECESORES DE LA CPI	438
II.2. RASGOS SALIENTES DE LA CPI.....	440
III. ADMISIBILIDAD: EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	441

IV. EFECTOS DE LA CPI EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS PARTES	449
V. CONCLUSIONES.....	452
REFLEXIÓN FINAL SOBRE LOS DESAFÍOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, POR SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI, MAGISTRADA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	453
I. LEGALIDAD	453
II. LEGITIMIDAD.....	454
III. EFICIENCIA	456
IV. COOPERACIÓN.....	457
EPÍLOGO: CONSTRUYENDO EL PROCEDIMIENTO ANTE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, POR SYLVIA H. STEINER, MAGISTRADA Y PRESIDENTA DE LA DIVISIÓN DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	459
BIBLIOGRAFÍA.....	463

PRÓLOGO

EL DERECHO EN EL SIGLO XXI

Escribir un prologo a la nueva obra de ensayos sobre justicia internacional del Profesor Héctor Olásolo Alonso es parte del dialogo que mantenemos desde que fue nombrado Profesor de la Universidad de Utrecht.

Conocí la dedicación del Profesor Olásolo cuando al poco tiempo de que la Corte Penal Internacional comenzara sus actividades se incorporó como letrado de la magistrada Sylvia Steiner, quien actuaría como juez ponente en las primeras actuaciones en fase preliminar ante la Corte. Por esos días, nuestro dialogo era breve y se refería normalmente a las extrañas horas en que nos encontrábamos en la puerta del tribunal. Mi hora de salida era su hora de reentrada. Héctor solía volver al edificio de la Corte a las once de la noche para aprovechar el tiempo silencioso y preparar sus argumentos. Era notable el cuidado y dedicación de Héctor por una institución en la que había nacido y se había desarrollado en su vida profesional.

A partir de su paso a la actividad académica, nuestro dialogo se pudo dirigir a las cuestiones sustanciales de la Corte Penal Internacional. Como académico el Profesor Olásolo conserva su convicción de fortalecer el sistema de justicia internacional y en particular la Corte Penal Internacional en cuanto que institución a través del cual el mismo se pueda realizar. Como pocos, el Profesor Olásolo ha sabido transformar su conocimiento del funcionamiento interno de la Corte Penal Internacional en saber teórico. Utiliza su experiencia en la Corte para identificar y analizar los mayores desafíos teóricos que enfrenta el innovativo sistema de justicia creado por el Estatuto de Roma.

La mayoría de los comentarios sobre el Estatuto de Roma y la forma en que diferentes actores lo implementan se dirigen a analizar en detalle el cumplimiento de las garantías fundamentales establecidas por los Estados nacionales: el principio de legalidad y el de culpabilidad, el principio de inocencia, el debido proceso. Ese escrutinio es bienvenido. La Corte Penal Internacional está construyendo sus cimientos y estos deben ser sólidos. El escrutinio acadé-

mico garantiza un control técnico y permitirá con el tiempo consolidar las diferentes visiones de autores nacionales influenciados por sus propias tradiciones jurídicas. Este proceso de discusión académica y síntesis es fundamental pues va a destilar los mecanismos penales que implementa la Corte y que pueden ser universales.

Al mismo tiempo, se hace necesario un análisis de los aspectos menos clásicos del sistema creado en Roma. La jurisdicción penal, como la moneda y la bandera, constituye uno de los elementos centrales de la soberanía nacional. La existencia de una Corte Penal Internacional con capacidad para investigar y juzgar a los jefes de estado de las naciones parte del Estatuto de Roma es al mismo tiempo una confirmación de los principios de Westfalia, como un rompimiento. Es una ruptura de la forma tradicional de las relaciones internacionales, aceptada en forma soberana por los estados que han firmado el tratado. Por eso no es una revolución, pero si es una evolución de un sistema jurídico a otro sustancialmente distinto. La academia del Derecho del siglo XXI debe analizar ese nuevo sistema jurídico, de aspiración universal y que no es parte de un solo gobierno, sino que ayuda a coordinar múltiples gobiernos nacionales.

Esa ruptura refleja un nuevo mundo, una demanda nueva de los ciudadanos de todo el mundo. Los ciudadanos del siglo XXI, forman parte de diferentes comunidades, son ciudadanos de una ciudad como Madrid, de una región como Cataluña, de un país como España, de la Unión Europea y de las Naciones Unidas y también hay dos mil millones de personas protegidas por el Estatuto de Roma. La academia deberá elaborar esas diferentes perspectivas y distinguir cuales son las cuestiones a ser resueltas por un Alcalde, cuales corresponden a un Primer Ministro y cuales son regionales o globales.

En este sentido, la obra que el Profesor Olásolo nos plantea en este volumen transita por ese camino innovador. En su lección inaugural como catedrático de la Universidad de Utrecht, se aborda la cuestión fundamental de la función preventiva de la Corte Penal. Esa es la misión establecida por los Estados signatarios en el Preámbulo del Estatuto de Roma: “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

El Profesor Olásolo aborda el tema, analizando el efecto preventivo de la actuación de la Corte, no solo por medio de la sentencia final, sino también a través de su intervención oportuna o *ex ante* durante la fase de examen preli-

minar, o incluso durante la fase de investigación de una situación.

Después de ocho años de experiencia como Fiscal de la Corte, en los cuales hemos realizado numerosos exámenes preliminares, me congratula que la lección inaugural de cátedra del Profesor Olásolo se refiere al tema. Es un análisis pionero, serio y riguroso de las posibilidades que el marco procesal del Estatuto de Roma y de las Reglas de Procedimiento y Prueba ofrecen a la Corte Penal, y en particular a su Fiscalía, para desarrollar de manera eficaz acciones preventivas dirigidas a evitar que ciertas situaciones de crisis terminen desencadenando la comisión sistemática o generalizada de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.

El tema tiene una enorme relevancia, requiere su discusión teórica y un análisis fáctico del impacto, y puede marcar una distinción entre la vida y la muerte para los habitantes de Darfur o de Costa de Marfil.

El libro reúne esta lección, que contiene algo diferente, nuevo e innovativo, acompañado de una colección de ensayos de gran calidad sobre los últimos desarrollos en una pluralidad de materias que abordan temas de parte general y especial de derecho penal, de derecho procesal, de política criminal, de cooperación internacional y asistencia judicial y de relaciones internacionales, mostrando con ello el autor el carácter comparado y multidisciplinar de su formación e investigación.

El trabajo del Profesor Olásolo abre un nuevo camino en el ámbito académico del derecho penal internacional, un análisis del sistema en su conjunto, que invita sin duda a que lo transitemos. Mis felicitaciones por ello.

La Haya, 15 de febrero de 2011

Luis Moreno Ocampo

Fiscal

Corte Penal Internacional

REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA FUNCIÓN DE PREVENCIÓN DE LA CORTE A TRAVÉS DE SU INTERVENCIÓN OPORTUNA

Afirmar hoy día que la aprobación del Tratado de Roma (julio de 1998) marcó un histórico antes y después en los desarrollos del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y fundamentalmente, del Derecho Penal Internacional, se ha convertido en un lugar común, casi una muletilla de quienes escriben y comentan estas normativas.

Ello no obstante, también es de general aceptación el hecho de que la aplicación de las normas penales del Estatuto contenido en el Tratado, delicada tarea confiada a la Corte Penal Internacional que el mismo Estatuto instituye, no ha sido sencilla ni pacífica.

Diversos factores explican esas dificultades de los primeros años de trabajo de la Corte –que empezó a funcionar en marzo del 2003–, muchos de ellos originados en la falta de oportuna voluntad política de los Estados Partes (detención de sospechosos, por ejemplo); otros, en la complejidad misma de un Derecho Penal Internacional aun en ciernes y que aún carece de una teoría general, apenas en formación. Sin olvidar lo que influye en las decisiones de la Corte las diversas procedencias y formaciones jurídicas de sus operadores más visibles, los jueces.

Esta compilación de algunos de los excelentes ensayos que el Profesor Héctor Olásolo lleva escritos en los últimos años, ofrece una variada muestra de muchos de los problemas teóricos y prácticos que se derivan de la aplicación del Estatuto a las situaciones y casos que han sido traídos por el Fiscal a conocimiento de los jueces.

En cada uno de ellos su autor ahonda en la doctrina, ofrece su visión del alcance de artículos estatutarios y de las reglas de procedimiento y prueba, compara legislaciones nacionales con el Estatuto y examina críticamente la jurisprudencia dictada hasta el momento de las Salas de Cuestiones Prelimina-

res, de las Salas de Primera Instancia y de la Sala de Apelaciones.

El Profesor Héctor Olásolo, pese a su juventud, es ya un conocido y respetado autor de libros, ensayos y artículos en los que permanentemente explora el panorama del Derecho Penal Internacional, por el que siente una apasionada vocación, la que sumada a su incuestionable vocación docente y su experiencia profesional en tribunales penales internacionales –incluida la Corte Penal Internacional en la que fue letrado–, lo impulsa a ofrecernos ahora esta compilación de ensayos, algunos de ellos inéditos, otros ya publicados. Lo hace, sin duda, para facilitarle al estudioso, al académico, al estudiante y a los operadores jurídicos, una obra de fácil consulta con enorme riqueza de aplicaciones.

Basta con leer los títulos de los ensayos compilados en este volumen para entender que a la Corte Penal Internacional le espera una ingente tarea para asentarse como pieza esencial del sistema de justicia penal internacional.

El abanico de los temas examinados es de amplia envergadura. Va de los criterios de admisibilidad de las situaciones y casos, a los problemas particulares que plantea su aplicación en una situación específica como la de Kenia o en el marco de la teoría de la penal; de los complejos criterios de autoría y coautoría mediata en ámbitos nacionales e internacionales, a las consideraciones los derechos de las víctimas a participar en los procedimientos; de las reflexiones sobre ataques desproporcionados contra personas y bienes civiles en el Estatuto (caso Couse), a las necesidades de ajustes legislativos nacionales de cooperación con la Corte, por sólo mencionar algunos. En todos ellos el Profesor Olásolo da sus importantes contribuciones académicas y prácticas que impulsarán sin duda, debates de los expertos y ayudarán en la construcción futura de una jurisprudencia penal, nacional e internacional, más coherente y acorde con los valores y principios del Estatuto de Roma.

De entre el conjunto de ensayos aquí compilados, uno en particular llamo mi atención y me mueve a dedicarle algunas reflexiones. Se trata del titulado «La Función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: De la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales Ex post Facto al concepto de responsabilidad de proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional».

Lo que ahora leemos como ensayo, fue la lección inaugural que para su incorporación como Catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda) dictó el Profesor Olásolo el 18 de octubre

del 2010 en esa prestigiosa universidad.

Durante los muchos años de arduos trabajos que precedieron a su aprobación, pero con mucho mayor énfasis a partir de su entrada en vigencia, se ha preconizado la enorme importancia para la paz mundial del Estatuto de Roma y de la Corte Penal Internacional. Se señala a ambos como instrumentos esenciales para combatir y poner fin a la impunidad de los más notorios criminales internacionales.

«No habrá paz sin justicia» fue el lema que se acuñó y se sigue repitiendo incesantemente para dotar de legitimidad el mandato de la Corte. Personalmente adhiero esa militancia.

Años después de Nuremberg y Tokio, tribunales militares internacionales que emergieron de las ruinas a las que la Segunda Mundial redujo el orden jurídico mundial hasta entonces vigente, la comunidad internacional creó dos tribunales penales ad hoc.

En la década de los 90 nuevos horrores cometidos contra poblaciones civiles hicieron sentir la obligación moral y jurídica de sancionar individualmente a sus máximos responsables. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció un Tribunal para juzgar los crímenes internacionales cometidos en la guerra librada en la antigua Yugoslavia (1993) y otro, para juzgar a los autores y perpetradores del genocidio en Ruanda (1994). Se buscaba no dejar impunes los crímenes cometidos, detener los que se estaban cometiendo y prevenir los que aun no habían ocurrido.

Igual que en Nuremberg y Tokio se juzgó solo a algunos de los máximos responsables civiles y políticos de las masacres y al igual que en Nuremberg y Tokio, no se oyó en los procedimientos de estos tribunales ad hoc la voz de las víctimas, ni los daños sufridos por ellas merecieron atención ni reparación. Su presencia en los juicios fue únicamente testimonial para asentar la responsabilidad de los acusados.

Ahora bien, sin duda alguna que la labor de la jurisprudencia de ambos tribunales ad hoc fue esencial y determinante para que en 1998 se aprobara el establecimiento de la Corte Penal Internacional permanente y para que su jurisprudencia sirviera de fundamento para la redacción del Estatuto de Roma. A ellos se debe que los crímenes de violencia sexual sufridos mayoritariamente, pero no únicamente por mujeres, en toda clase de conflictos, fueran tipificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en el Estatuto, ha-

ciendo realidad un viejo anhelo de las víctimas de esos atroces crímenes.

Empero, con haber sido tan relevantes para el desarrollo del moderno Derecho Penal Internacional, aun no se ha evaluado –ni pareciera que sea posible hacerlo aún–, la importancia del trabajo de ambos tribunales en el combate contra la impunidad a nivel internacional ni en la configuración de sociedades más solidarias, pacíficas y equitativas en los territorios y pueblos de la antigua Yugoslavia ni en Ruanda.

De ahí que la función de la Corte Penal Internacional y su contribución más sólida a un futuro de paz, no puede ni debe agotarse en la función jurisdiccional ni en juzgar a importantes líderes políticos y militares alrededor del mundo por delitos ya cometidos.

En su citado ensayo, el Profesor Olásolo explora magistralmente la posibilidad-necesidad (imperativo ético categórico, diría yo) de que la Corte Penal Internacional cumpla también una función crucial en la responsabilidad mundial de proteger a las víctimas inmersas en situaciones de conflicto, antes de que sus derechos fundamentales sean vulnerados.

La doctrina de la intervención humanitaria, de vieja data, se fue abandonando por diferentes razones de la geopolítica mundial y la real-politik internacionales. Pero como la necesidad de protección de las personas es permanente en un mundo cada vez más convulso, en el 2005 se empezó a hablar en las Naciones Unidas de la «responsabilidad de proteger». Amplio desarrollo a través de diferentes declaraciones, informes e incluso Resoluciones del Consejo de Seguridad, ha merecido ya la nueva doctrina.

En su ensayo, el Profesor Olásolo expone nítidamente los fundamentos del Derecho Internacional que respaldan la responsabilidad de proteger y pone énfasis en la prevención como función natural a cumplir por la Corte como parte de su mandato.

Pero con ser esos análisis tan importantes, la extraordinaria relevancia de este aporte del profesor Olásolo nace, en mi opinión, de la manera original, pero rigurosa, en que explica el modelo de acciones preventivas y de intervención oportuna que la Corte Penal Internacional puede ofrecer a una comunidad internacional cada vez más necesitada de ellas.

A partir de la Sección III y hasta el final del ensayo, se exponen los distintos escenarios de las dos dimensiones del mandato preventivo de la Corte: prevención general e intervención oportuna. «Los delitos atroces no son inevi-

tables», nos dice Héctor Olásolo, en afirmación que comparto y que se nutre de una fe profunda en la misión de la Corte. Se puede intervenir ante amenazas concretas de futuros delitos atroces (Sección IV). Pero también, cuando esos delitos atroces se están ya cometiendo (Sección V).

En el momento mismo en que estoy escribiendo estos comentarios, delitos atroces que pudieron haber sido prevenidos se están ya cometiendo en Libia y la situación general que se está viviendo en ese país del Norte de África, fue remitida hace apenas un par de semanas por el Consejo de Seguridad de la ONU para ser investigada por el Fiscal de la Corte.

Esta de Libia, y otras similares que ahora mismo están ocurriendo alrededor del mundo, podrían ser las históricas oportunidades para abrir esos nuevos espacios al mandato de la Corte Penal Internacional que la convertirían en una institución única. Sería entonces la Corte el mecanismo del Derecho Internacional (Penal, Humanitario, de Derechos Humanos) más eficaz para proteger la vida, la dignidad y la libertad de todos los seres humanos con el que tanto se ha soñado.

Su mandato lo prevé y la evolución de las instituciones jurídicas mundiales lo fundamenta. Pero mucho más importante que todo eso, los «millones de niños, mujeres y hombres (que) han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad» –como reza el párrafo segundo del Preámbulo del Estatuto de Roma–, lo demandan imperativamente.

Si algún día ello fuera posible gracias a una sólida cooperación de todos los miembros de la comunidad internacional, mucho se deberá a estos denodados esfuerzos de Héctor Olásolo por nutrir mentes y espíritus con ideas e ideales. Le damos las gracias por renovar nuestra fe y nuestro compromiso en la Corte Penal Internacional y en un sistema universal de justicia penal que nos protege a todas y todos al evitar que más crímenes atroces se sigan cometiendo.

La Haya, 2 de marzo de 2011
Elizabeth Odio Benito
Magistrada y ex Vice-Presidenta
Corte Penal Internacional

PRESENTACIÓN

Desde el año 2004, la Delegación de la Unión Europea en Colombia viene desarrollando una labor muy activa con el ánimo de fortalecer las diferentes entidades públicas encargadas de la impartición de Justicia en el país. La consolidación del Estado de Derecho y el respeto por los Derechos Humanos han constituido desde siempre una de las prioridades de la Unión Europea en las relaciones exteriores con terceros países. Promover la consecución de estos objetivos ha constituido también uno de los pilares de los diversos Documentos de Estrategia País¹ que han regido las relaciones bilaterales entre la UE y Colombia, y a buen seguro seguirán siéndolo, sin duda alguna, en los años venideros.

El esfuerzo en este campo de la Delegación de la Unión Europea en Colombia se ha encaminado principalmente al área de la Justicia Penal ordinaria, aunque desde la aprobación de la Ley 975 de 2005 –también llamada Ley de Justicia y Paz–, los asuntos de Justicia Transicional y Justicia Penal Internacional han cobrado particular relevancia en nuestra agenda de cooperación con la República de Colombia.

Es por ello que nos resulta tan oportuna la publicación de la nueva obra del Profesor Héctor Olásolo, en la que el lector encontrará toda una serie de artículos sumamente documentados que ilustran con gran claridad el funcionamiento de la Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales a través del principio de complementariedad.

El apoyo de la propia UE a dicho Estatuto se enmarca en la propia Estrategia de Seguridad Europea de 2003², la cual establece como uno de sus objetivos estratégicos un orden internacional basado en el multilateralismo efectivo. De esta forma, se establece que el mejor medio para consolidar el orden internacional es difundir el buen gobierno, apoyar las reformas políticas

1 http://www.eeas.europa.eu/colombia/csp/07_13_es.pdf.

2 <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIES.pdf>.

y sociales, combatir la corrupción y el abuso de poder, instaurar la supremacía de la ley y proteger los derechos humanos.

En relación con la Corte Penal Internacional (CPI), la Posición de la UE fue recientemente actualizada a través de la Posición Común 2011/168/PESC del Consejo³, la cual tiene por objetivo impulsar el apoyo universal al Estatuto de Roma fomentando la participación más amplia posible en el mismo con el fin de preservar la integridad del Estatuto, apoyar la independencia de la CPI y su funcionamiento efectivo y eficaz, apoyar la cooperación de la CPI y apoyar la aplicación del principio de complementariedad.

La importancia de dicha Corte se fundamenta en la necesidad de juzgar, perseguir y castigar actos de genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad cuando la justicia de un país ha dejado de operar. Es la CPI la que tiene la potestad de actuar cuando las instituciones nacionales de justicia no tienen voluntad de operar o se manifiestan incapaces de hacerlo. De ahí su importancia, ya que logra prevenir crímenes de lesa humanidad deteniendo a delincuentes de guerra futuros.

Desde el año 2002, la UE ha llevado a cabo más de 340 *démarches* apuntando hacia más de 100 países y organizaciones internacionales, con el fin de incentivar la ratificación e implementación del Estatuto de Roma y el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades. La importancia de apoyar a la CPI se aborda también con terceros países a través de otras iniciativas como el diálogo político, reuniones y cumbres.

Asimismo, desde el año 1995 la UE ha aportado más de €40 millones para la subvención de proyectos dirigidos a apoyar la acción de la CPI y de la justicia internacional a través del Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos⁴. Adicionalmente, más del 50% de la financiación de la CPI está siendo suministrada por la Comisión Europea y los propios Estados Miembros de la UE.

La Delegación de la Unión Europea ha puesto a disposición de las entidades de la rama ejecutiva y judicial colombianas, un apoyo técnico y financiero

3 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:076:0056:0058:ES:PDF>

4 http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/latin_america/114172_es.htm.

de más de 25 millones de euros, a través de tres proyectos⁵:

- Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia (10.5M€).
- Fortalecimiento Institucional para la atención a las víctimas (7.4M€)
- Apoyo institucional al Sistema Penal Colombiano (7.5M€)

Dicho apoyo se ha canalizado y se sigue canalizando a través del actual Ministerio de Justicia y del Derecho, el cual viene ejecutando los recursos a beneficio del propio Ministerio, del Consejo Superior de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y el Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República. A través de estos proyectos se pretende mejorar los servicios de justicia penal ordinaria y justicia transicional de Colombia, con el fin de darle un fiel cumplimiento al principio de complementariedad positiva. De esta forma, la República de Colombia deberá de cumplir con sus compromisos en materia de una justicia pronta y efectiva, evitando la intervención de la propia CPI, ya que desde 2006 la situación colombiana viene siendo objeto del llamado *Examen Preliminar*. En este sentido, es importante hacer un reconocimiento a los avances logrados por Colombia en materia de justicia, paz y verdad, avances que deberán de profundizarse con la reciente aprobación de la Ley de Víctimas y Tierras (Ley 1448 del 10 de Junio de 2011).

Sin embargo, los retos y desafíos siguen siendo enormes, por lo que estoy seguro que la presente publicación contribuirá al debate sobre los retos que tiene por delante este país. De esta forma, es importante destacar que en varios de los ensayos recogidos en la presente obra, relativos a la función preventiva de la Corte y al análisis de admisibilidad de situaciones en procesos de transición, el Prof. Héctor Olásolo analiza la función que la Corte ha de desempeñar en Colombia y su relación con las actuaciones que se están llevando a cabo en la jurisdicción nacional colombiana.

La Unión Europea celebra la publicación de esta obra con la que se pretende propiciar la reflexión sobre cuestiones esenciales que giran entorno al sistema de justicia penal internacional, que permitan avanzar el fortalecimien-

5 <http://www.mij.gov.co/UnionEuropea/Home/1>.

to de los Derechos Humanos y la Seguridad Internacional. Todo con el objetivo de que la Comunidad Internacional reaccione, de forma cada vez más rápida y unánime, para prevenir la comisión de delitos internacionales, y en particular de los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Se trata entonces de una iniciativa que contribuye enormemente a la difusión y conocimiento de los principios generales y de la normativa que regula la actividad de la Corte Penal Internacional, meta que de manera vigorosa se ha propuesto la Unión Europea.

Bogotá, 1 de noviembre de 2011

Embajador Fernando Cardesa García

Jefe de la Delegación de la Unión Europea en Colombia y Ecuador

INTRODUCCIÓN

Una de las tareas más importantes con las que se enfrenta el Derecho penal internacional, sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional, es la elaboración de una Teoría General que pueda servir como una Gramática jurídica universal común a las diferentes legislaciones nacionales y que permita el entendimiento entre los operadores jurídicos de los procesos penales que se lleven a cabo en los Tribunales internacionales, por más que pertenezcan a diferentes naciones y hablen diferentes lenguas.

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que se expresan. El sistema del Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del Civil Law, se preocupa especialmente por la construcción de grandes sistemas teóricos del Derecho penal, y dentro de ellos por la elaboración de una Teoría General del Delito, elaborada principalmente por la Ciencia jurídica alemana, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos en una misma Teoría. No obstante, en los últimos años se está produciendo una aproximación entre ambos sistemas, en la que fue pionero George P. Fletcher¹, y que más recién-

1 G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston/Toronto, 1978 (hay reimpresión del año 2000). En la misma línea se mueven otras obras suyas posteriores como *Basic Concepts of*

temente se puede observar en las obras de Antonio Cassese², Gerhard Werle³, Kai Ambos⁴ y Alicia Gil Gil⁵, entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del Common Law, conceptos de la Dogmática penal alemana.

Uno de los temas donde más se ha producido esta aproximación entre los dos sistemas es en materia de autoría y participación, cuya distinción se asume cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art. 25 ER en la que se emplea un concepto tan característico de la Dogmática penal alemana como el del “dominio del hecho”. Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados *Lubanga*, *Katanga* y *Omar Al Bashir*.

Probablemente ningún autor se ha ocupado con tanta profundidad de este tema como el autor de estos “Ensayos de Derecho Penal y Procesal Penal Internacional”, el Catedrático de Derecho penal y procesal internacional la Universidad de Utrecht, Héctor Olásolo, quien a su faceta de experto en el Derecho penal internacional une la de haber sido letrado de la Corte Penal Internacional, asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y asesor jurídico de la Delegación Española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Ello le ha permitido aunar sus muchos conocimientos teóricos en la materia con su experiencia en la

Criminal Law, 1991 (hay traducción española de Muñoz Conde, Valencia 1998), y *Grammar of Criminal Law*, 2007 (hay traducción española de Muñoz Conde, Buenos Aires 2008); véase al respecto F. Muñoz Conde, ‘Universalizing Criminal Law’, en *Tulsa Law Review*, 2006.

2 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003.

3 Véase principalmente G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2. ed., 2007 (de esta obra hay traducciones al español, inglés italiano y chino).

4 Especialmente K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2005. También El mismo, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.ed., Berlín 2004 (Hay una versión al español de esta obra traducida por E. Malarino, *La Parte General del Derecho penal internacional* a. cit.).

5 A. Gil y Gil, *Derecho penal internacional*. Especial consideración del delito de genocidio, Madrid 1999.

praxis de la misma, lo que sólo muy pocos especialistas pueden mostrar en su currículum, sobre todo si se tiene en cuenta la juventud de la que aún disfruta Héctor Olásolo. Esta doble faceta del teórico y del práctico la demuestra sobre todo, a mi juicio, en los capítulos que en estos ensayos dedica a la elaboración de una teoría de la participación en el ámbito del Derecho penal internacional. En ellos Olásolo, que ya ha publicado varios trabajos sobre el tema⁶, superando viejos modelos, como el de la “*Joint Criminal Enterprise*”, fundamenta la nueva doctrina jurisprudencial internacional sobre la “coautoría mediata” siguiendo un criterio que ya de modo genial había propuesto el penalista alemán Claus Roxin, en su famoso trabajo de principios de los años 60 sobre “Autoría mediata sirviéndose de un aparato de poder”⁷. En este trabajo, como es bien sabido, Roxin superando la teoría subjetiva de la participación, mantenida por el Tribunal Supremo alemán incluso después de la Segunda Guerra Mundial, conforme a la que el subordinado de un grupo criminal que ejecutaba directamente el hecho delictivo, sólo podía responder como cómplice en la medida en que actuaba con este ánimo y no con el de un verdadero autor, consideraba que en realidad se podía hablar de una verdadera autoría (mediata) también del que integrado en un aparato de poder ordenaba, seguía las órdenes o cooperaba en la organización del plan criminal, aún sin ejecutar directamente el hecho delictivo. Esta teoría de Roxin permitía considerar, por ejemplo, como autores (mediatos) del Holocausto a los Jefes y personal burocrático del aparato de poder de las SS creado por el régimen nazi y encargado

6 Véase, por ejemplo, H. Olásolo, ‘El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata’, en *Derecho penal contemporáneo*, Revista Internacional, 27, abril-junio 2009, Bogotá, p.71 ss.; El mismo, ‘Joint Criminal Enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration living rise to principal liability, a notion of accessory liability, or a form of partnership in crime’, en *Criminal Law Forum*, 2009, y más extensamente, en El mismo, *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, Hart Publishers, 2009.

7 Véase C. Roxin, ‘Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate’, en *Goltdammer´s Archiv* 1963, pp. 193-207. Este trabajo constituye un capítulo de su escrito de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft* 1ª ed. 1963, pp. 242 y ss. Esta obra ha alcanzado ya 7 ediciones, en las que se mantiene el texto original, pero se le han añadido apéndices en los que se informa sobre el reflejo que la misma ha tenido en la teoría del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto alemana, como la de otros países. Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid 2000). Posteriormente Roxin ha publicado otros trabajos sobre el tema, en los que matiza algunos puntos de su teoría original. Una exposición resumida de la misma se encuentra en el tomo II de su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2006.

de la organización, planificación y ejecución de millones de seres humanos, aunque no hubieran intervenido directamente en la ejecución misma de los terribles asesinatos llevados a cabo en los Campos de Concentración. Esta teoría no tuvo entonces mucha acogida en la doctrina alemana y ninguna en la jurisprudencia de aquel país, hasta que el Tribunal Supremo alemán la acogió en 1992 para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en las muertes causadas por los guardias fronterizos en el Muro de Berlín, durante la época de la Guerra Fría⁸. Desde entonces la tesis de Roxin ha tenido gran impacto no sólo en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, sino también en la de otros muchos países, como Argentina o Perú, en donde se ha utilizado por algunos tribunales para fundamentar la condena como autores (mediatos) de algunos dirigentes estatales (Videla, Fujimori) por los delitos cometidos a través del aparato de poder en cuya cúspide se encontraban. Y finalmente ha sido acogida por los Tribunales de Justicia Internacionales, que en los últimos años han juzgado casos similares a los que motivaron la tesis de Roxin, es decir, la responsabilidad de los líderes y dirigentes estatales por los delitos cometidos por los integrantes del aparato de poder por ellos controlados.

Sin embargo, como pone de relieve Olásolo, la tesis de Roxin en el plano de la jurisprudencia internacional ha tenido una evolución particular para adaptarla mejor a las peculiaridades de la casuística que presentan los casos que en ella se han planteado en los últimos años. Y es que más que de autoría mediata se trata en la mayoría de los casos de coautoría mediata; es decir, de un dominio funcional del hecho, en el que unos asumen tareas directivas y organizativas y otros llevan a cabo la ejecución del hecho. La figura de la coautoría se reserva tradicionalmente, también en la tesis de Roxin, para los casos en los que los que conciertan un plan delictivo, toman parte después en la ejecución del hecho. Pero como yo ya he defendido en varias ocasiones⁹, esta

8 Véase sentencia del Bundesgerichtshof (BGHSt 40, 268).

9 Véase F. Muñoz Conde, 'Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?', en *Revista Penal* 2002. Para una exposición resumida de esta tesis, véase F. Muñoz Conde/M. García Arán, *Derecho penal, Parte General*, 7. ed. Valencia 2007, p.448 ss. Más recientemente, F. Muñoz Conde/H. Olásolo, 'The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Num 1, 2011.

posterior intervención en la ejecución del hecho no es necesaria porque aún sin intervenir directamente en la misma existe un co-dominio funcional de los que lo planificaron y tuvieron el poder de controlar la ejecución llevada a cabo por otros. De un modo u otro, en todo caso, lo importante de la tesis de Olásolo y la de la Jurisprudencia internacional que la ha acogido, como lo fue en su día la de Roxin, es que a través del control de un aparato de poder y dándose las características de relación jerárquica entre sus miembros y la sustituibilidad e intercambialidad de los ejecutores, se puede fundamentar perfectamente la autoría o coautoría mediata de quienes desde la cúspide del poder controlan todo el devenir delictivo.

Sería, sin embargo, injusto limitar a este tema las importantes contribuciones al Derecho penal internacional que se contienen en estos ensayos. Sin ánimo de exceder de los límites racionales de una Introducción como ésta, me gustaría destacar las relativas al siempre difícil tema de las relaciones entre las Jurisdicciones nacionales y la Jurisdicción internacional, que es tanto como decir entre el Derecho penal nacional y el Derecho penal internacional. En esta materia el carácter vicarial o complementario del Derecho penal internacional hace que muchas veces sean difícil de resolver casos en los que la diferente regulación en el Derecho penal nacional crea problemas de compatibilidad, *ne bis in idem*, etc. Sucede especialmente esto en los casos en los que el delito en cuestión tiene asignado distintos marcos penales en el Derecho nacional y en el internacional, como sucede en los casos de tentativa y concurso de delitos; o distintas reglas de determinación de la pena; o distintos niveles de exigencia en la imputación subjetiva, donde siempre se plantea, por ejemplo, la difícil conciliación entre el concepto de *recklessness* utilizado en el sistema penal del Common Law y el de dolo eventual o imprudencia grave utilizado en el sistema continental. Olásolo ofrece un análisis pormenorizado de estos temas y de los problemas que plantea en su traslación al Derecho penal internacional.

Otro tema interesante que trata Olásolo en estos ensayos es el papel de la víctima en los Tribunales internacionales. Es bien sabido que el Estatuto de Roma considera como objetivo fundamental la protección y reparación de las víctimas a través del castigo de los responsables de los crímenes objeto de su competencia. Sin embargo, no hay en él una regulación clara de cómo la víctima puede participar en el proceso, ni de la forma en que mejor pueden protegerse sus derechos. Olásolo distingue entre la víctima globalmente considerada de los crímenes internacionales y la víctima del caso concreto, que es la que realmente tiene un protagonismo mayor y debe ser especialmente

protegida tanto en su calidad de víctima como en la de su calidad de elemento probatorio como testigo también del crimen internacional. La jurisprudencia habida en los Tribunales penales internacionales ad hoc¹⁰ demuestra las enormes dificultades que plantea en el proceso penal internacional la posición de la víctima. Y un caso que lo demuestra especialmente y con el que terminan estos ensayos es el llamado “caso Couso”. Este caso es particularmente interesante porque se trata de un supuesto crimen de guerra que obviamente debería de ser juzgado por un Tribunal penal internacional, al no haber sido juzgado por uno de la nación a la que pertenecía el oficial que dio la orden de disparar cuando el periodista Couso se encontraba cumpliendo con su cometido filmando desde el balcón de un Hotel de Bagdad la entrada de las tropas estadounidenses. Olásolo analiza las distintas posibilidades de que el hecho pueda ser juzgado por un Tribunal internacional, llegando a la conclusión, de que al que no quedar claro los distintos elementos constitutivos del crimen de guerra, que exigen el Estatuto de Roma, el hecho todo lo más puede ser juzgado por un Tribunal español.

No creo que sea este el momento ni el lugar para exponer con más detalles y mucho menos para polemizar sobre los muchos e interesantes problemas que se exponen en este libro. En todo caso a través de esta rápida exposición sólo he querido resaltar algunos de los temas importantes tratados en estos Ensayos; pero a poco que el lector profundice en su lectura podrá darse cuenta de que nos encontramos ante una selección bastante completa de las cuestiones más fundamentales del actual Derecho penal internacional; y tras la lectura detenida de sus distintos apartados, podrá comprobar, igual que lo he hecho yo, el excelente nivel de conocimientos teóricos y prácticos del que en todo momento hace gala el autor de estos Ensayos, a quien me atrevería a calificar, a pesar de su juventud, como uno de los mejores especialistas en Derecho penal internacional existente en estos momentos.

Sevilla, 26 de febrero de 2011
 Francisco Muñoz Conde
 Catedrático de Derecho penal

10 Véase al respecto J. del Carpio Delgado, *La víctima ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, Valencia 2009.

LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN
LA PREVENCIÓN DE DELITOS ATROCES MEDIANTE SU
INTERVENCIÓN OPORTUNA:

DE LA DOCTRINA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y DE
LAS INSTITUCIONES JUDICIALES EX POST FACTO AL CONCEPTO DE
RESPONSABILIDAD DE PROTEGER Y LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL*

* Lección Inaugural como Catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda), dictada en el Aula Magna de la Facultad de Economía, Derecho y Administración Pública de la Universidad de Utrecht el 18 de Octubre de 2010. El autor agradece a Gordon Brandt y Margaret Wichmann por su investigación legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

I. INTRODUCCIÓN

El legado de atrocidades del siglo veinte muestra las deficiencias colectivas de las instituciones internacionales y el profundo fracaso de los Estados para cumplir con sus responsabilidades más básicas¹. Dada la gravedad y duración en el tiempo de los costes generados para una sociedad por la comisión de delitos atroces (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²), el reforzamiento de la acción preventiva se convierte en fundamental³. Esto aparece subrayado en el nuevo concepto de “Responsabilidad de Proteger”⁴. En la presente lección inaugural, se abordará la función de la Corte Penal Internacional en la aplicación de este nuevo concepto a través de medidas distintas a aquellas que se dirigen a poner fin a la impunidad de los responsables de delitos atroces ya cometidos.

II. LA DOCTRINA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

Los años noventa vieron el establecimiento por las Naciones Unidas, o con la participación directa de las Naciones Unidas, de varios tribunales internacionales con jurisdicción sobre delitos atroces que ya se habían cometido⁵. Estos tribunales se caracterizaron por su primacía sobre las jurisdicciones nacionales, su naturaleza temporal y la limitación de su jurisdicción a situaciones de crisis determinadas, como el conflicto en la antigua Yugoslavia o el genocidio en Ruanda⁶. En definitiva, como Leila Sadat y Michael Scharf han

1 Asamblea General de Naciones Unidas, ‘Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General’, de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafos 5 y 6.

2 En este trabajo, la expresión “delitos atroces” incluye los siguientes delitos: genocidio, crímenes de lesa humanidad incluida la limpieza étnica, y crímenes de guerra. Véase en este sentido D. Scheffer, ‘Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect’, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40 (2007-2008), pp. 111 y ss, p. 117; y D. Scheffer, ‘Genocide and Atrocity Crimes’, en *Genocide Studies and Prevention*, Vol. 1 (2006), pp. 229 y ss, pp. 238-239.

3 Asamblea General de Naciones Unidas, ‘Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General’, de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafo 32.

4 *Ibíd.*, p. 2 y párrafos 1-10.

5 A. Cassese, ‘From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court’ en A. Cassese, et al (coords.), *The Rome Statute to the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Vol. I, pp. 10-17.

6 R. Cryer/H. Friman/D. Robinson/E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 102 – 117.

señalado, dichos tribunales no eran sino parte de una estrategia más amplia de las Naciones Unidas para enfrentar situaciones de post-conflicto, siendo su objetivo principal promover la reconciliación⁷.

La convivencia entre el fortalecimiento de la justicia penal internacional y el mantenimiento de un sistema internacional que, a través de su inacción, toleraba delitos atroces era insostenible⁸. Por ello, los años noventa experimentaron también el desarrollo más importante de la doctrina de la intervención humanitaria, y su aplicación a situaciones como las de Somalia en 1993 y Kosovo en 1999⁹.

La doctrina de la intervención humanitaria tiene su fundamento en un entendimiento del concepto de soberanía como responsabilidad, cuyos orígenes pueden remontarse a las ideas de Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, las cuales llevaron a la aprobación en 1542 de las Nuevas Leyes de Indias, en las que por primera vez en la historia colonial europea se abolía la esclavitud de los pueblos indígenas¹⁰. Así mismo, al inicio del siglo XVII, el

7 L. Sadat 'The Legacy of the ICTY: The International Criminal Court', en *New Eng. L. Rev.*, Vol. 37 (2003), pp. 1073 y ss; y vs Morris/M. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, 1995, Vol. I. Véase también el 'Informe Presentado por el Secretario General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad', de 3 mayo 1993, S/25704; y el 'Informe Presentado por el Secretario General en Cumplimiento con el Párrafo 5 de la Resolución 955(1994) del Consejo de Seguridad', de 13 de febrero de 1995, s/1995/134.

8 Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (International Commission on Intervention and State Sovereignty, ICISS), 'The Responsibility to Protect', de diciembre de 2001, disponible en www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf. Véase también D. Scheffer, 'Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect', en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40 (2007-2008), pp. 111 y ss, p. 117.

9 Véase en general, A. Hehir, *Humanitarian Intervention: an Introduction*, Palgrave Macmillan, Londres, 2010. Sobre Kosovo en particular véase el capítulo 11 de este mismo trabajo, páginas 201 y ss. En relación con Somalia véase, F. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Transnational Publishers, 3.ed., 2005, p. 298.

10 Las ideas de Francisco de Vitoria (1483/1486-1546) y Bartolomé de las Casas (1485-1566) llevaron a la aprobación de las Nuevas Leyes de Indias, que fueron aprobadas para evitar la explotación de los indígenas por los encomenderos mediante una estricta limitación de su poder y dominio sobre aquellos. Francisco de Vitoria extrapoló a nivel internacional sus ideas sobre el poder soberano legítimo de la sociedad. De esta manera, no sólo las relaciones entre estados debían regirse sobre la base del respeto de los derechos de los mismos, sino que existía un bien común del mundo en su conjunto que era superior al bien de cada uno de los estados por separado. En consecuencia, las relaciones entre estados deberían transformarse a los efectos de pasar a estar justificadas por el derecho y la justicia, y no por la fuerza. Véase.

jesuita Francisco Suárez, representante principal de la Escuela de Salamanca en aquel periodo¹¹, subrayó que el origen del poder político se fundamenta en el consenso de las voluntades libres y que, por lo tanto, los hombres tienen el derecho a desobedecer hasta el punto de terminar con un gobierno injusto¹². Con posterioridad, Hugo Grotius¹³, John Locke¹⁴, y los teóricos del contrato social del siglo XVIII, desarrollaron el concepto de soberanía como responsabilidad tal y como lo conocemos en la actualidad.

De Vitoria F., *Relectiones Theologicae (1557)*, in A. Pirotto (traducción), *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946. Tras la aprobación de las Nuevas Leyes de Indias en 1542, se produjo en 1550 y 1551 el debate de Valladolid sobre el tratamiento que había que dar a los indígenas. Bartolomé de las Casas defendió que aquellos eran hombres libres en el orden natural y que merecían el mismo tratamiento que los demás hombres según la teología católica. Por su parte, su hermano Domingo Juan Ginés Sepúlveda sostenía que los indígenas eran esclavos naturales y que su reducción a la servidumbre era coherente con la teología católica y la ley natural. Las Nuevas Leyes de Indias fueron ratificadas tras el triunfo de la posición sostenida por De las Casas. Véase a este respecto, A. Losada, *The Controversy between Sepúlveda and Las Casas in the Junta of Valladolid*, Northern Illinois University Press, DeKalb, 1971, pp. 280-282; B. Keen, *The Legacy of Bartolomé de Las Casas*, Westview Press, Boulder, 1998, pp. 57-69; D. A. Brading, *The First America: the Spanish Monarchy, Creole Patriots, and the Liberal State 1492-1867*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 80-88; A. Padgen, *The Fall of Natural Man: The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge University Press, CITY, 1982, p. 109; y J. Crow, *The Epic of Latin America*, University of California Press, 4. ed., Berkeley, 1992.

- 11 Los principales miembros de la Escuela de Salamanca fueron Francisco de Vitoria (1486-1546), Domingo de Soto (1494-1560), Martín de Azpilicueta (1491-1486), Tomás de Mercado (1525-1575) y Francisco Suarez (1548-1617).
- 12 Véase en particular F. Suárez, 'Defensio Fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae' en G.L. Williams/H. Davis (coord.), *Selections from three works of Francisco Suárez, S.J.: De legibus, ac deo legislatore, 1612; Defensio fidei catholicae, et apostolicae adversus anglicanae sectae errores, 1613; De triplici virtute theologica, fide, spe, et caritate, 1621*, Clarendon Press Oxford/Londres, 1944. Ver también, F. Suárez, *Guerra, intervención, paz internacional*, L. Pereña Vicente (traducción), Espasa Calpe, Madrid, 1956.
- 13 Este entendimiento es reflejado en la concepción de Hugo Grotius sobre las cosas que son públicas y comunes a todos los hombres. Véase H. Grotius, *De Mare Liberum* (1609) reimpresso por Oxford University Press en 1916, capítulo V; H. Grotius, *Dejure Belli AC Pacis* book II (1625) reimpresso por Clarendon Press en 1925, capítulo 2; véase en general H. Lauterpacht, 'The Grotian Tradition in International Law' en *British Yearbook of International Law*, 1946, pp. 1 y ss, p. 27.
- 14 Véase, por ejemplo, J. Locke 'The Second Treatise of Government' (1690), en P Laslet (coord.), *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 149.

Sobre esta premisa, la doctrina de la intervención humanitaria, formulada por primera vez por Hersch Lauterpacht al término de la Segunda Guerra Mundial¹⁵, justifica el derecho a la intervención armada en un estado que no tiene la disposición o la capacidad para proteger a su propia población de delitos atroces¹⁶. Según sus seguidores, la intervención humanitaria de las Naciones Unidas o de terceros estados con la autorización, o incluso sin la autorización de las Naciones Unidas, sería conforme con los principios de soberanía

15 H. Lauterpacht (coord.), *Oppenheim's International Law: A Treatise*, Longmans Green and Company, 6 ed., Londres, 1947, p. 280. Véase también P. Jessup, *A Modern Law of Nations*, The Macmillan Company, New York, 1948, pp. 172-74; I. Brownlie, 'Humanitarian Intervention', en J. Moore (coord.), *Law and Civil War in the Modern World*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974, p. 217; I. Brownlie, 'The Principle of Non-Use of Force in Contemporary International Law', en W. Butler (coord.), *The Non-Use of Force in International Law*, 1989, p. 17.

16 Quienes apoyan la doctrina de la intervención humanitaria consideran que ésta consiste en una ayuda transfronteriza proporcionada, que puede tener también un carácter armado, que dan los gobiernos a aquellos individuos de terceros estados a los que se les niegan los derechos humanos básicos y que se encontrarían racionalmente dispuestos a rebelarse contra los gobiernos que los oprimen. Véase a este respecto, F. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Transnational Publishers, New York, 1997, p. 5. Véase también B.F. Burmester, 'On Humanitarian Intervention: The New World Order and Wars to Preserve Human Rights', en *Utah Law Review*, Vol. de 1994, pp. 267 y ss.; J. Delbruck, 'A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations', en *Indiana Law Journal*, Vol. 62 (1992), pp. 887 y ss., pp. 897-901; R. Gordon, 'Humanitarian Intervention by the United Nations: Iraq, Somalia, and Haiti', en *Texas International Law Journal*, Vol. 31 (1996), pp. 43 y ss., pp. 44-46; R. Lillich, 'Forcible Self Help Under International Law', en *Readings in International Law from the Naval War College Review*, Vol., 62 (1980), pp. 129 y ss., p. 134; y J. Nafziger, 'Self-Determination and Humanitarian Intervention in a Community of Power', en *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 20 (1991), pp. 21-26. Para estos autores, la intervención humanitaria no sería contraria al artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas porque (i) no violaría la integridad territorial de los estados en cuanto que su propósito no es ganar territorio o alterar las fronteras existentes; y (b) no violaría la independencia de los estados porque no busca someter al estado opresor a la dominación política del estado interviniente. Además, subrayan estos autores, que la intervención humanitaria es conforme con el propósito de la Carta de promover los derechos humanos y la auto-determinación. Véase en particular R. Lillich 'Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights', en *Iowa Law Review*, Vol 53 (1967), pp. 325 y ss, pp. 332-338; R. Lillich, 'Intervention to Protect Human Rights', en *McGill Law Journal*, Vol. 15(1969), p. 205; J. Moore, 'Toward an Applied Theory for the Regulation of Intervention' en J. Moore (coord.), *Law and Civil War in the Modern World*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974, pp. 24-25; y W. Reisman, 'Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law', en *American Journal of International Law*, Vol 84 (1990), p. 866.

e integridad territorial recogidos en la Carta de las Naciones Unidas¹⁷. Como estos principios se dirigirían a proteger a los ciudadanos de los estados, y no a los estados en cuanto entidades, no podrían aplicarse a favor de aquellos estados que o bien cometen ellos mismos delitos atroces, o bien no son capaces de prevenirlos.

La doctrina de la intervención humanitaria ha sido abandonada de manera progresiva en la última década por varias razones¹⁸. En primer lugar, no ha sido capaz de ofrecer criterios precisos que permitan definir aquellas circunstancias que darían lugar al derecho de intervención armada¹⁹. En segundo lugar, no ha recibido un apoyo amplio porque para muchos la prohibición de uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas no admite excepciones en casos de intervención humanitaria²⁰. En tercer lugar, como el concepto de intervención humanitaria se limita a ofrecer un mecanismo de reacción frente a situaciones en las que ya se han cometido delitos atroces, presenta a los estados dos opciones igualmente indeseables: (i) permanecer impasibles; o (ii) enviar unidades militares para proteger a la población amenazada²¹.

17 R. Lillich 'Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights' en *Iowa Law Review* Vol 53 (1967), pp. 325 y ss, pp. 332-338; J. Moore, 'Toward an Applied Theory for the Regulation of Intervention' en J. Moore (coord.), *Law and Civil War in the Modern World*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974, pp. 24-25; y W. Reisman, 'Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law' en *American Journal of International Law* Vol 84 (1990), p. 866.

18 Los debates teóricos sobre la doctrina de la intervención humanitaria han sido sintetizados por S. Murphy, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, PAII Institute, Washington, DC, 1996, pp. 202-212; O. Ramsbotham/T. Woodhouse, *Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict: A Reconceptualization*, Polity Press Cambridge, 1991, pp. 33-65; y D. Richemond, 'Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention', en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol 6 (2003), pp. 45 y ss, pp. 48-49.

19 Véase en particular R. Zacklin, 'Beyond Kosovo: the United Nations and Humanitarian Intervention', en L.C. Vorah/F. Pocar/Y. Fetherstone/O. Fourney/C. Graham/J. Hocking/N. Robson (coords.), *Man's Inhumanity to Man*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 935; y T. Franck, 'Legality and Legitimacy in Humanitarian Intervention' en T. Nardin, M.S. Williams (coords.), *Humanitarian Intervention*, New York University Press, New York, 2006, p. 143.

20 M. Akehurst, 'Humanitarian Intervention' en H Bull (coord.), *World Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 104-07; y I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, Oxford, 1963, pp 338-342. Véase también, N Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht, 1985.

21 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: In-

Con el declive de la doctrina de la intervención humanitaria, y las limitaciones estructurales de las instituciones judiciales *ex post facto*, era necesario identificar nuevos mecanismos para la prevención de delitos atroces. El concepto de responsabilidad de proteger, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la cumbre mundial de 2005²², reafirmado por el Consejo de Seguridad en 2006²³, y desarrollado por el Secretario General de las

forme del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafos 5 y 6. Además, como la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados ha subrayado, la intervención militar externa por motivos humanitarios ha sido controvertida tanto cuando se ha producido, como en Somalia, Bosnia y Herzegovina y Kosovo, como cuando se falló en llevarla a cabo como en Ruanda ('The Responsibility to Protect' (diciembre de 2001), disponible en www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf)

22 En respuesta a la pregunta de Kofi Annan durante su discurso en la cumbre del Milenio del 2000, el gobierno de Canadá estableció una Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados que, bajo la dirección de Gareth Evans y Mohamed Sahnoun, dejó a un lado la controvertida doctrina de la intervención humanitaria y se centró en el concepto emergente de responsabilidad de proteger. El informe de la Comisión sobre este último concepto fue emitido en diciembre de 2001. Un análisis del desarrollo de los trabajos internos de la Comisión a este respecto puede leerse en G. Evans, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2008. También se puede consultar, A. Bellamy, *A Responsibility to Protect: the Global Effort to End Mass Atrocities*, Polity Press, Cambridge, 2009; R. Thakur, *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp 245-86; R. Thakur, 'Outlook: Intervention, Sovereignty and the Responsibility to Protect Experience from ICISS', en *Security Dialogue*, Vol 33 (2002), pp. 323 y ss.; y T. Weiss/D. Hubert, *The Responsibility to Protect: Research, Bibliography and Background*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001. El concepto de responsabilidad de proteger fue subsiguientemente aprobado por el informe del Grupo de Alto Nivel nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas sobre 'Amenazas, Desafíos y Cambio: Un Mundo Más Seguro, La Responsabilidad que Compartimos' (2004), disponible en <http://www.un.org/secureworld>, párrafos 65 y 66. El 16 de septiembre de 2005, la Asamblea General de Naciones Unidas en el marco de la Cumbre Mundial de 2005 aprobó por consenso el concepto de responsabilidad de proteger en relación con delitos atroces. Posteriormente en resolución de 24 de octubre de 2005, la Asamblea General adoptó el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 en el que se incluía dicho concepto (Asamblea General de Naciones Unidas, 'Documento Final de la Cumbre Mundial 2005', Res A/Res/60/1, párrafos 138 y 139).

23 En el párrafo 4 de la Resolución 1674 (2006) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 28 de abril de 2006, U.N. Doc. S/RES/1674, sobre la protección de civiles en conflicto armado, el Consejo de Seguridad reafirmó lo establecido en los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 en relación con la responsabilidad de proteger las poblaciones de genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes de lesa

Naciones Unidas en 2009, pretende cumplir esta función²⁴.

Como la doctrina de la intervención humanitaria, el concepto de responsabilidad de proteger tiene también su fundamento en el entendimiento de la soberanía como responsabilidad. Sin embargo, presenta varios elementos propios, que, como Carsten Stahn ha señalado²⁵, le han permitido obtener una amplia aceptación en un corto espacio de tiempo²⁶. En primer lugar, aborda el dilema de la intervención armada desde la perspectiva de aquellos que sufren delitos atroces, y no desde la perspectiva de quienes alegan tener un derecho a intervenir.

En segundo lugar, los conceptos de responsabilidad e intervención no se limitan a la mera reacción frente a la comisión de delitos atroces²⁷. Por el

humanidad. En el segundo párrafo del preámbulo de la resolución 1706 (2006) del Consejo de Seguridad de 31 de agosto de 2006 sobre la crisis en Darfur, el Consejo recordó su reafirmación previa de lo previsto en los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.

24 Véase Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677. Véase también C Joyner, 'The Responsibility to Protect: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention', en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47 (2007), pp. 693 y ss., pp. 709 y ss.

25 C Stahn, 'Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?', en *The American Journal of International Law* Vol. 101 (2007), pp. 101 y ss., p. 118.

26 *Ibid*, p. 103.

27 La necesidad de una visión consistente en una multiplicidad de fases a la hora de afrontar la intervención internacional se hizo evidente durante las operaciones de mantenimiento de la paz multidimensionales que tuvieron lugar durante la década de 1990. El entonces Secretario General de Naciones Unidas Boutros-Ghali desarrolló en su llamada Agenda para la Paz una concepción tripartita de la construcción de la paz, que distinguía entre las acciones consistentes en diplomacia preventiva y aquellas otras relativas al establecimiento y a la construcción de la paz después del conflicto. Véase a este respecto, Informe del Secretario General, 'Una Agenda para la Paz: Diplomacia Preventiva, Establecimiento de la Paz y Mantenimiento de la Paz' (1992), UN Doc. A/47/277-S/24111, 2, párrafo 5. Algunos aspectos de esta distinción fueron posteriormente desarrollados en otros informes. Véanse, por ejemplo, (i) el informe Brahimi del año 2000, que puso el énfasis en el carácter continuado de la intervención desde la acción preventiva hasta la construcción de la paz ('Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas', UN Doc. A/55/305-S/2000/809, de 21 de agosto de 2000), y (ii) el informe del Secretario General del año 2001, que puso su énfasis en la responsabilidad posterior a la intervención (Informe del Secretario General, 'Que no haya salida sin una estrategia: La adopción de decisiones en el Consejo de Seguridad para la terminación o transformación de las operaciones de las Naciones Unidas', de 20 de abril de 2001, UN Doc.

contrario, el concepto de responsabilidad de proteger constituye una aproximación global a situaciones de crisis que se basa en la premisa de que una respuesta efectiva requiere una intervención continua que debe comenzar con la adopción de medidas de prevención²⁸. Sólo si estas medidas fallan será necesario reaccionar a la comisión de delitos atroces²⁹. Además, la elección de los mecanismos más apropiados para la reacción, incluyendo la intervención armada, debe tener en cuenta la necesidad de cumplir con posterioridad el compromiso de construir una paz duradera, y promover el fortalecimiento del estado de derecho, la buena gobernabilidad y el desarrollo sostenible³⁰.

En tercer lugar, el concepto de responsabilidad de proteger se aplica conforme a un principio de complementariedad con tres pilares bien definidos. Conforme al primer pilar, aquellos estados cuyas poblaciones se encuentran en peligro tienen la responsabilidad principal de protegerlas frente a la instigación y la comisión de delitos atroces³¹. Cuando debido a su falta de capacidad o control territorial, los estados afectados no pueden proporcionar dicha protección, terceros estados, así como la comunidad internacional en su conjunto, deben asistirles en aplicación del segundo pilar³². Finalmente, en

S/2001/394, párrafo 26).

28 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, p. 2 y párrafos 1 a 10.

29 *Idem*.

30 *Idem*.

31 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Documento Final de la Cumbre Mundial 2005', Res A/Res/60/1, párrafo 138: "Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia". Según ha señalado el propio Secretario General, el primer pilar de este concepto se fundamenta en obligaciones de derecho internacional establecidas desde antaño, conforme a las cuales la responsabilidad para prevenir violaciones de derechos humanos corresponde principalmente a los sistemas de protección nacionales de cada estado (véase Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafo 18). Véase también, N Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 46-50; y B Ramcharan, 'The National Responsibility to Protect Human Rights', en *Hong Kong Law Journal*, Vol. 39 (2009), pp. 361 y ss, pp. 369-374.

32 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Documento Final de la Cumbre Mundial 2005', Res A/Res/60/1, párrafo 139: "También tenemos intención de comprometernos, cuando sea

aquellos casos en los que las medidas de asistencia sean ineficaces por la falta de disposición de la clase dirigente nacional o la existencia de graves problemas de capacidad, la responsabilidad se traslada a la comunidad internacional para adoptar medidas rápidas y eficaces en aplicación del tercer pilar³³, lo que incluiría también, en circunstancias excepcionales, la intervención armada³⁴.

En consecuencia, se puede afirmar que el concepto de responsabilidad de proteger pone su acento sobre la prevención³⁵, lo que, a su vez, ha favorecido que el centro del debate se haya trasladado en gran medida desde la determinación de los criterios que justificarían, o incluso requerirían, la intervención armada con o sin la autorización de las Naciones Unidas, a la adopción de medidas de prevención eficaces.

III. LAS DOS DIMENSIONES DEL MANDATO PREVENTIVO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: PREVENCIÓN GENERAL E INTERVENCIÓN OPORTUNA

Así como el siglo XXI ha experimentado un progresivo alejamiento de la doctrina de la intervención humanitaria en aras del concepto de responsabilidad de proteger, también ha observado el paso desde las instituciones judiciales *ex post facto* hacia el establecimiento y consolidación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente.

necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos". Así mismo, según se señala en este mismo párrafo: "La comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad". Por su parte, el párrafo 140 de esta misma Resolución añade: "Apoyamos plenamente la misión del Asesor Especial del Secretario General para la Prevención del Genocidio".

33 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Documento Final de la Cumbre Mundial 2005', Res A/Res/60/1, párrafo 139: "En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad".

34 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafos 40, 50 y 56.

35 *Ibid*, at pp. 1 y 2.

Como M. Cherif Bassiouni ha afirmado³⁶, la CPI representa un nuevo modelo de persecución y enjuiciamiento de delitos atroces porque: (i) ha sido creada por los Estados Partes a través de un tratado internacional; (ii) constituye una organización internacional independiente con un carácter permanente³⁷; y (iii) no es parte de la estrategia de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones de post-conflicto³⁸.

En particular, la CPI ha sido creada para conocer de situaciones de delitos atroces ocurridas a partir del 1 de julio de 2002³⁹ en el territorio de cualquiera de sus 114 Estados Partes⁴⁰, e incluso fuera de dicho territorio cuando haya una participación significativa de nacionales de los Estados Partes⁴¹ o una remisión por parte del Consejo de Seguridad⁴². Además, la CPI opera conforme a un régimen de complementariedad, conforme al cual sólo puede ejercitar su jurisdicción cuando los estados afectados no actúan, o, si lo hacen, no tienen la disposición necesaria o la capacidad suficiente para desarrollar de manera genuina sus actuaciones⁴³.

Existe una clara conexión entre el concepto de responsabilidad de proteger y el mandato de la CPI en cuanto que ambos se centran en situaciones

36 M. C. Bassiouni 'The Making of the International Criminal Court' en M C Bassiouni (coord.), *International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 3. ed, Vol. 3, pp. 117-153.

37 Artículos 1 y 4 ER.

38 La CPI tiene sus propios órganos políticos y financieros, que incluyen una Asamblea de Estados Partes, así como una mesa y una secretaria de la Asamblea de Estados Partes, y un Comité de Presupuesto y Finanzas (véase el artículo 112 ER, así como el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada). Además, tal y como establece el artículo 4 del ER, la CPI tiene personalidad jurídica internacional, y la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus fines.

39 Artículo 11 ER.

40 Artículo 12 ER.

41 *Ídem*. Desde que la presente lección inaugural fue dictada el 18 de octubre de 2011, el número de Estados Partes del Estatuto de Roma se ha incrementado a 116, siendo Túnez el último estado en haber adquirido esta condición el 1 de septiembre de 2011 tras haber presentado ante el Secretario General de las Naciones Unidas su instrumento de adhesión el 24 de junio de 2011.

42 Artículos 12 y 13 ER.

43 Párrafo 10 del preámbulo y artículos 1 y 17 del ER. Véase también, *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga Against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-0A8, de 25 de septiembre de 2009.

futuras de delitos atroces,⁴⁴ y tienen como fundamento de actuación la responsabilidad principal de los estados afectados. Por esta razón, el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, se refirió el año pasado al Estatuto de Roma de la CPI como uno de los instrumentos claves en la aplicación del concepto de responsabilidad de proteger⁴⁵.

En este sentido, es importante subrayar que la CPI comparte con las instituciones judiciales *ex post facto* de los noventa el compromiso de terminar con la impunidad como medio para promover: (i) la prevención general positiva consistente en garantizar la aplicación del derecho penal internacional y reforzar, de esta manera, los bienes jurídicos protegidos por el mismo; y (ii) la prevención general negativa resultante de transmitir a la clase dirigente mundial el mensaje de que aquellos que incurran en delitos atroces no quedarán impunes⁴⁶. Este compromiso es cumplido mediante una combinación de actuaciones judiciales con relaciones internacionales, programas de sensibilización y actividades de información pública⁴⁷.

Es importante señalar que los esfuerzos de la CPI en materia de prevención general pueden asistir a los representantes de las Naciones Unidas y de otras organizaciones y estados interesados que actúen en aplicación de los pilares segundo y tercero del concepto de responsabilidad de proteger, a la hora de subrayar ante las autoridades nacionales de los estados afectados los costes de incurrir en delitos atroces y las ventajas de su desistimiento⁴⁸.

44 El concepto de responsabilidad de proteger se limita a cuatro delitos específicos (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y limpieza étnica), que, junto con el delito de agresión, conforman también la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI (artículo 5 del ER). Sin embargo, es importante subrayar que la Comisión Internacional para la Intervención y la Soberanía de los Estados atribuía al concepto de responsabilidad de proteger un alcance significativamente más amplio. Véase a este respecto el informe de la Comisión que se encuentra disponible en www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf. Sobre el debate relativo al alcance del concepto de responsabilidad de proteger, véase D. Scheffer, 'Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect', en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40 (2007-2008), pp. 111 y ss, pp. 113-116.

45 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafo 19.

46 R. Cryer/H. Friman/D. Robinson/E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 22-39.

47 Véase, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

48 Asamblea General de Naciones Unidas, 'Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: In-

Sin embargo, a diferencia de las instituciones judiciales *ex post facto* de los noventa, el mandato preventivo de la CPI tiene una segunda dimensión consistente en la intervención oportuna en situaciones en las que existan amenazas concretas de futuros delitos atroces, o en las que este tipo de delitos se estén ya cometiendo. Esta segunda dimensión es principalmente desarrollada por el Fiscal de la CPI a través de sus exámenes preliminares e investigaciones, y puede cubrir un amplio abanico de situaciones tal y como lo demuestran:

las nueve mil comunicaciones recibidas hasta la fecha por el Fiscal, provenientes de personas y organizaciones residentes en más de 140 estados⁴⁹; y

la variedad de ubicaciones geográficas en las que se han llevado a cabo exámenes preliminares e investigaciones desde el año 2003: Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Darfur, Georgia, Guinea, Iraq, Kenia, Palestina, República Centro-Africana, República Democrática del Congo, Uganda y Venezuela⁵⁰.

Como el concepto de responsabilidad de proteger pone su acento en la prevención mediante una intervención rápida y efectiva, la segunda dimensión del mandato preventivo de la CPI, consistente en su intervención oportuna, puede contribuir significativamente al cumplimiento de la responsabilidad asumida por la Comunidad Internacional conforme a los pilares segundo y tercero de dicho concepto.

IV. LA INTERVENCIÓN OPORTUNA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CONSECUENCIA DE AMENAZAS CONCRETAS DE FUTUROS DELITOS ATROCES

Los delitos atroces no son inevitables. Su comisión requiere un planeamiento y preparación que se extiende a lo largo del tiempo, en cuanto que son fruto de un esfuerzo colectivo llevado a cabo a través de un marco organizativo⁵¹. Además, repetidas experiencias han mostrado que existe normalmente

forme del Secretario General', de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafos 19 y 53.

49 Hasta la fecha el Fiscal ha recibido 8733 comunicaciones individuales. Véase www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Communications+and+Referrals.htm, accedido por última vez el 20 diciembre 2010.

50 *Ídem*. El examen preliminar de la situación en Libia se inició a finales de febrero de 2011, mientras que la apertura de la investigación fue anunciada el 2 de marzo de 2011. Al suceder todo ello meses después de que se pronunciara la presente lección inaugural, dicha situación no ha sido objeto de análisis en la misma.

51 K. Ambos, 'Epilogue: Future Developments of International Criminal Law in relation to the

suficiente información sobre el hecho de que delitos atroces van a ser cometidos en un futuro próximo, la cual, desgraciadamente, es ignorada, desconsiderada o relativizada por altos dirigentes nacionales e internacionales con distintas agendas políticas⁵². En consecuencia, las disposiciones legislativas sobre planeamiento, preparación, instigación y tentativa son de gran relevancia para la eficacia de los esfuerzos preventivos a través de una intervención oportuna.

Desde esta perspectiva, no puede causar sorpresa que, excepto en relación con la definición del delito de genocidio que ha sido tomada siempre *verbatim* de la Convención contra el genocidio de 1948⁵³, la posición adoptada en el Estatuto de Roma es significativamente distinta de la posición adoptada en los estatutos de las instituciones judiciales *ex post facto* de los años noventa. En estos últimos, tal y como William Schabas ha afirmado, no se incluyeron disposiciones sobre planeamiento, preparación, instigación y tentativa porque habrían sido superfluas dado que los delitos ya se habían cometido⁵⁴.

El artículo 25 ER recoge la figura de la tentativa en relación con todos los delitos atroces (de manera que no se encuentra limitada al delito de genocidio), entendiendo como tal la realización de “actos que supongan un paso importante para su ejecución”⁵⁵. Si bien esta definición de la tentativa requiere algo más

Responsibility of Superiors for International Crimes’, en H Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, p. 333.

52 Asamblea General de Naciones Unidas, ‘Hacer Efectiva la Responsabilidad de Proteger: Informe del Secretario General’, de 12 de enero de 2009, UN Doc A/63/677, párrafo 6.

53 Genocidio es la única excepción puesto que su definición, incluidas las referencias a conspiración, instigación, y tentativa, ha sido tomada por los estatutos de las instituciones judiciales *ex post facto* de los noventa, tales como el TPIY, el TPIR y la Corte Especial para Sierra Leona, de manera literal del texto de la Convención de 1948 para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, que tipifica expresamente en su artículo 3 la conspiración para cometer genocidio, la instigación pública y directa para cometer genocidio y la tentativa para cometer genocidio. Véase a este respecto J. Ohlin, ‘Attempt to Commit Genocide’, en P Gaeta (coord.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 183; A. Eser, ‘Individual Criminal Responsibility’ en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Vol. I, pp. 807 y ss.; y K. Ambos, ‘Article 25 Individual Criminal Responsibility’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing/Verlag C.H. Beck, Oxford/Munich, 2.ed., 2008, pp. 764 y ss.

54 W A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 281.

55 Artículo 25 (3) (f) ER.

que el mero planeamiento, el problema que plantea es el de donde establecer la frontera entre actos meramente preparatorios, y conductas que constituyan realmente un “paso importante” para la ejecución de delitos atroces⁵⁶.

Ni el ER, ni la jurisprudencia de los tribunales internacionales ofrecen criterios a este respecto⁵⁷. Algunos sistemas nacionales, como el alemán, han adoptado un enfoque más restrictivo y requieren un movimiento directo hacia la consumación del delito⁵⁸. Otros sistemas, como el de los Estados Unidos, favorecen una concepción más amplia conforme a la cual conductas como la posesión, obtención o fabricación del instrumento del delito, o el seguimiento de la víctima serían suficientes para incurrir en responsabilidad penal por tentativa⁵⁹.

En consecuencia, si la jurisprudencia de la CPI adopta una concepción menos restrictiva de la figura de la tentativa, está podría ser de aplicación en situaciones como la ocurrida en Ruanda donde durante dieciséis meses consecutivos, comenzando en 1993, más de medio millón de machetes fueron importados y distribuidos, junto con armas de fuego y granadas, en el marco de un pretendido programa de defensa nacional⁶⁰.

El artículo 25 ER también atribuye responsabilidad penal a los actos de instigación pública y directa para cometer genocidio⁶¹. A pesar de su limitación al delito de genocidio, el alcance de su aplicación podría ser significativo en situaciones como las ocurridas en Ruanda, donde desde 1991 los medios de

56 J. Ohlin, ‘Attempt to Commit Genocide’, en P. Gaeta (coord.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, en Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 178.

57 *Ibíd.*, pp. 178 y 182-184.

58 StGB § 22. Véase también A. Eser, ‘Individual Criminal Responsibility’, en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Vol. I, pp. 812.

59 Código Penal Modelo de los Estados Unidos, sección 5.01(1)(c). Véase también G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2.ed., Nueva York, 2000, p. 180.

60 *Prosecutor vs Nahimana et al.*, (Judgment) ICTR-99-52-T, de 3 de diciembre de 2003, párrafo 113.

61 Con independencia de si el delito de genocidio llega o no a consumarse. Véase a este respecto, *Prosecutor vs Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-T TC 2, de 2 de septiembre de 1998, párrafo 561. Véase también J. Ohlin, ‘Incitement and Conspiracy to Commit Genocide’ en P. Gaeta (coord.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 186-204, pp. 192-195. Véase en particular el artículo 25 (3)(e) del ER. En esta área en particular, el ER es algo más restrictivo que la Convención contra el Genocidio y que los estatutos de los otros tribunales internacionales, los cuales prevén la figura de la conspiración, si bien limitada al delito de genocidio,

comunicación sistemáticamente incitaron a la población Hutu a cometer actos de violencia contra la población Tutsi⁶², o en Camboya donde durante años la radio del régimen de los Jémeres Rojos solicitó a sus radio oyentes que “purificaran” la población de Camboya⁶³.

En relación con el delito de agresión, la definición recientemente aprobada en junio de 2010 durante la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma atribuye responsabilidad penal tanto al planeamiento como a la preparación de un acto de agresión⁶⁴. Con ello, el Estatuto se acerca, al menos en lo que se refiere al delito de agresión, a la regulación contenida en la gran mayoría de las legislaciones penales nacionales, en las que se atribuye responsabilidad penal a actividades tales como el acuerdo para la comisión del delito, la participación en el diseño de un plan criminal común, o la contribución al establecimiento de las condiciones necesarias para su ejecución⁶⁵. De hecho, si

62 *Prosecutor vs Nahimana et al.* (Appeal Judgment) ICTR-99-52-A, de 28 de noviembre de 2007, párrafos 41 y 45. Véase también J.P. Chrétien, *Rwanda: Les Medias du Génocide*, Karthala/Reporters sans Frontiers, 2. ed., 2002. A pesar de los distintos informes sobre la programación incendiaria de la Radio *des Mille Collines*

realizados por la Misión de Asistencia de Naciones Unidas en Ruanda y por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, no hubo ningún intento por parte de la comunidad internacional para poner fin a dichas emisiones. Véase a este respecto, Secretario General de Naciones Unidas, ‘Informe del Secretario General sobre la Situación en Ruanda’, de 31 de mayo de 1994, S/1994/640, párrafo 11; Secretario General de Naciones Unidas, ‘Carta Fechada 15 de Diciembre de 1999 Dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General’, de 16 de diciembre de 1999, S/1999/1257, Anexo I; y Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ‘Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, Sr. B. W. Ndiaye, sobre la Misión que efectuó en Ruanda del 8 al 17 de abril de 1993’, de 11 de agosto de 1993, E/CN.4/1994/7/Add.1.

63 BBC, *Summary of World Broadcasts*, FE/5813/A3/2, de 15 de mayo de 1978.

64 Véase el párrafo 1 del artículo 8 bis del Anexo I a la Resolución RC/Res.6, ‘Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al Crimen de Agresión’, adoptada el 11 de junio de 2010 por consenso en el marco de la decimo-tercera reunión del plenario de la conferencia de Revisión del ER celebrada en Kampala (Uganda).

65 La extensión del castigo penal a este tipo de conductas a nivel nacional con independencia de que, en seguimiento de las mismas, puedan producirse posteriormente actos ejecutivos, o incluso la propia consumación del delito, ha sido realizada, en gran medida, para confrontar situaciones en las que una pluralidad de personas, actuando de manera concertada, recurren sistemáticamente a actividades ilícitas para alcanzar sus objetivos económicos (por ejemplo, el tráfico de personas, drogas, armas, el blanqueo de dinero) o políticos (por ejemplo, el terrorismo). De esta manera, no sorprende que a nivel nacional se haya extendido también

hoy en día es ampliamente aceptado a nivel nacional que actos preparatorios de este tipo den lugar a responsabilidad penal, entendemos que no existe justificación para concluir lo contrario en la esfera internacional en relación con delitos de la magnitud y la gravedad de los delitos atroces⁶⁶.

Aunque la actual regulación de la instigación y la tentativa en el Estatuto de Roma constituye una base suficiente para la intervención oportuna de la CPI, no cabe duda de que la extensión de la responsabilidad penal por planeamiento y preparación a todos los delitos atroces reforzaría significativamente la función preventiva de la CPI⁶⁷. Así mismo, en tanto en cuanto son líderes po-

el castigo penal para los actos preparatorios de los delitos atroces, puesto que estos últimos, además de constituir los ataques más serios a los valores más relevantes sobre los que se funda la comunidad internacional, tienen una magnitud única, una naturaleza colectiva y se desarrollan a través de un marco organizativo.

66 Véanse sobre esta cuestión las distintas posiciones adoptadas por Cassese y Fletcher en relación con el concepto de conspiración para cometer genocidio: A. Cassese, 'Jurisdiction *ratione materiae*—Genocide' en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coord.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 347; G.P. Fletcher, 'Amicus Curiae Brief of Specialists in Conspiracy and International Law in Support of Petitioner' 2006 WestLaw 53979, presentado en el caso *Hamdan vs Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), p. 12. Además, según Schabas, la exclusión del concepto de conspiración para cometer genocidio del ER se debió a un "descuido de los agotados redactores". Véase, W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 264.

67 En particular, la exclusión de la figura de la conspiración del ámbito del artículo 25 (3) ER (incluso en relación con el delito de genocidio) no parece estar justificada a la luz de su amplia aceptación a nivel nacional para delitos que tienen una menor gravedad. En este sentido, es importante subrayar que la razón última del castigo penal de la conspiración es que el diseño por varias personas de un plan común para la comisión de un delito grave incrementa el riesgo de que el bien jurídico protegido por la norma que tipifica dicho delito se vea finalmente afectado. El riesgo será todavía mayor cuando quienes han diseñado el plan común hayan comenzado a tomar los primeros pasos para preparar su ejecución. Además, cuanto mayor sea la posición jerárquica de quienes se encuentren involucrados en el diseño del plan común, mayor será también el riesgo generado. En consecuencia, el concepto de conspiración pareciera ser particularmente adecuado para prevenir la comisión de delitos atroces (que constituyen "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional") por altos líderes políticos y comandantes militares. En base a lo anterior, y considerando la inclusión de la figura de la conspiración en la Convención contra el Genocidio, en los estatutos de los tribunales *ad hoc* y en los sistemas jurídicos nacionales, entendemos injustificada su exclusión del ER. Esta conclusión se ve reforzada por la definición del delito de agresión recientemente aprobada el 11 de junio de 2010 en la Conferencia de Revisión del ER celebrada en Kampala (Uganda), en la que se incluyen actos preparatorios similares

líticos y militares quienes se encuentran normalmente involucrados en el planeamiento y preparación de este tipo de delitos⁶⁸, el hecho de que la actividad de la CPI ponga particular énfasis en esta fase inicial del *iter criminis* reduciría notablemente la controversia sobre algunas de las formas de responsabilidad puesta de manifiesto por Kai Ambos⁶⁹, George Fletcher⁷⁰, Göran Sluiter⁷¹, Herman van der Wilt⁷², Elise van Sliedregt⁷³, Tomas Weigend⁷⁴ y Gerard Werle⁷⁵. Además, esta línea de actuación se encontraría plenamente en conformidad con el estándar de gravedad exigido por el propio Estatuto de Roma y con la política de Luis Moreno Ocampo de centrar su actividad en “las personas más responsables”⁷⁶.

En tanto en cuanto una comunicación individual⁷⁷ o una carta de remisión⁷⁸ de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad contiene indicios tangibles de instigación o de tentativa de delitos atroces, el Fiscal de la CPI tiene la obligación de abrir un examen preliminar⁷⁹, a través del cual se pre-

a la conspiración como el “planifica[r]” (véase el párrafo 1 del artículo 8 bis del Anexo I a la Resolución RC/Res.6, ‘Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al Crimen de Agresión’).

68 Esta situación viene normalmente acompañada de la aceptación silenciosa por otros sectores del liderazgo, que, si bien no se involucran de manera activa, tampoco toman las medidas en su poder para poner fin a dichos planes y/o preparaciones.

69 K. Ambos, ‘Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 159 y ss., pp. 167-176.

70 G. Fletcher/J. Ohlin, ‘Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case’, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 539 y ss.

71 A. Zahar/G. Sluiter, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 221-257.

72 H. van der Wilt, ‘Joint Criminal Enterprise Possibilities and Limitations’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 91 y ss.

73 E. van Sliedregt, ‘Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 184 y ss.

74 T. Weigend, ‘Intent, Mistake of Law and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 6 (2008), pp. 471 y ss.

75 G. Werle, ‘Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 953 y ss.

76 Véase, Fiscalía de la CPI, ‘Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor’, de septiembre de 2003.

77 Artículos 13 (c) y 15 (1) ER.

78 Artículos 13(a) y (b), 14 y 53 (1) ER.

79 Todas las personas naturales y jurídicas tienen el derecho de acceso a la CPI a través de comunicaciones individuales, y en el caso de los Estados Partes a través de cartas de remisión.

tende distinguir entre aquellas situaciones que requieren la apertura formal de una investigación y aquellas otras situaciones que requieren otro tipo de tratamiento⁸⁰.

A los efectos de tomar esta decisión, no es suficiente con la obtención y análisis de información relativa a las alegaciones de instigación o tentativa. Por el contrario, es también necesario revisar la información disponible sobre *inter alia*:

- (i) La admisibilidad de la situación de que se trate, debido a la inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las autoridades nacionales del estado afectado, y a la gravedad de la violencia; y
- (ii) La posible existencia de razones sustanciales para creer que la apertura de una investigación no redundaría en interés de la justicia⁸¹.

En consecuencia, como Antonio Cassese⁸² y David Scheffer⁸³ han señalado, el Fiscal puede responder adecuadamente por razones de admisibilidad o intereses de la justicia cuando las autoridades nacionales de los estados afectados adopten medidas significativas para prevenir la comisión de delitos atroces.

Además, todos ellos tienen el derecho a que se les informe de las razones por las que el Fiscal de la CPI decide no proceder con la investigación de una situación. Véanse a este respecto los artículos 15 (6) y 53 (3) ER y las Reglas 104 y 105 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Véase también, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2005, pp. 65-70.

80 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2005, pp. 39-47. Véanse también las disposiciones 25 a 29 de las 'Regulations of the Office of the Prosecutor', de 23 de abril de 2009, ICC-BD/05-01-09.

81 Conforme a los artículos 15 (3) y (4) y 53 (1) ER, y la Regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, estos son los elementos del estándar "base razonable para abrir una investigación" que deben cumplirse para que la CPI pueda iniciar la investigación formal de una situación. Esto ha sido recientemente afirmado por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación en Kenia (Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya) ICC-01/09 (31 March 2010), párrafos 17-25.

82 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2.ed., 2008, pp. 395-409.

83 D. Scheffer/A. Cox, 'The Constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court', en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, 2008, pp. 983-1068.

Además, según el artículo 25 ER, quienes dan un paso importante para la ejecución de delitos atroces no serán penalmente responsables si desisten de sus esfuerzos para cometerlos o, de otra forma, impiden su consumación⁸⁴. Por lo tanto, el Fiscal puede cerrar un examen preliminar relativo a alegaciones de instigación o tentativa si su intervención oportuna ha contribuido a eliminar la amenaza de que delitos atroces puedan ser cometidos en un futuro cercano.

Si bien durante sus exámenes preliminares el Fiscal no puede adoptar medidas de carácter coercitivo⁸⁵, ni puede solicitar a los Estados Partes varias de las formas de cooperación recogidas en el ER⁸⁶, el potencial que tienen dichos exámenes preliminares para incentivar a las autoridades nacionales de los estados afectados no debería ser infravalorado.

84 Según el artículo 25(3)(f) ER: “[será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien] Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”. Véase K. Ambos, ‘Article 25 Individual Criminal Responsibility’, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing/Verlag C.H. Beck, Oxford/Munich, 2.ed., 2008, p. 764; y J. Ohlin, ‘Attempt to Commit Genocide’, in P. Gaeta (coord.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, en Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 175-177

85 Tras el inicio de una investigación, el Fiscal puede también recurrir a medidas de carácter coercitivo, así como a todas las formas de cooperación de los Estados Partes previstas en el artículo 93 ER (véanse los artículos 54, 57 y 93 ER). Sin embargo, desarrollar una investigación del artículo 54 cuando todavía nos encontramos en fase de examen preliminar bajo el artículo 15 (2) ER violaría el alcance limitado de esta última disposición. Véase a este respecto, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2005, p. 59. Una opinión diferente es mantenida por M. Bergsmo, J. Pejic, ‘Article 15’, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing/Verlag C.H. Beck, Oxford/Munich, 2. ed., 2008, p. 581.

86 Aquellas formas de cooperación previstas en el artículo 93 ER a las que la Fiscalía puede recurrir en esta fase procesal son las siguientes: (i) identificación y búsqueda de personas u objetos; (ii) interrogatorio voluntario de víctimas y testigos en territorio de los Estados Partes; (iii) notificación de documentos, incluidos los documentos judiciales; (iv) transmisión de registros y documentos, incluidos registros y documentos oficiales; (v) realización de exámenes oculares; y (vi) realización de cualquier otro tipo de asistencia que no tenga una naturaleza coercitiva y que no se encuentre prohibida por la legislación del Estado requerido. Véase sobre esta cuestión, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2005, p. 60.

Como lo demuestran varios exámenes preliminares, incluidos aquellos relativos a las situaciones en Georgia⁸⁷, Guinea⁸⁸ y Palestina⁸⁹, el Fiscal, además de recibir testimonio y buscar información de diversos tipos de fuentes⁹⁰, puede: (i) enviar misiones a los estados afectados; (ii) recibir en su oficina de La Haya a delegaciones de gobiernos nacionales, representantes del poder judicial, líderes de la oposición y organizaciones no gubernamentales; (iii) recomendar aquellas medidas que deberían ser tomadas a nivel nacional para eliminar la amenaza de delitos atroces; (iv) discutir una estrategia de prevención con las Naciones Unidas, así como con otras organizaciones y estados interesados; (v) intercambiar información con actores nacionales e internacionales; y (vi) abordar en los medios de comunicación la evolución de los acontecimientos en los estados afectados, y el grado de cooperación de las autoridades nacionales⁹¹.

87 En relación con el examen preliminar de la situación en Georgia, desde que el Fiscal de la CPI lo hizo público el 14 de agosto de 2008: (i) el ministro de justicia de Georgia ha visitado al Fiscal de la CPI en la Haya; (ii) 3817 comunicaciones individuales han sido enviadas al Fiscal de la CPI desde Rusia (un Estado no parte); (iii) el Fiscal ha solicitado información a los gobiernos de Rusia y de Georgia el 27 de agosto de 2008, y ambos han respondido; (iv) dos visitas a Georgia han sido realizadas por personal de la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2008 y en junio de 2010; y (v) una visita a Rusia ha sido realizada por personal de la Fiscalía de la CPI en marzo de 2010. Véase, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+And+Ref/Georgia/, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

88 En relación con el examen preliminar de la situación en Guinea, desde que el Fiscal de la CPI lo hizo público el 14 de octubre de 2009: (i) el Fiscal de la CPI ha sostenido en enero de 2010 consultas con el presidente de Burkina Faso (mediador del grupo de contacto para Guinea) y con el presidente de Senegal, a los efectos de asegurarse que ambos eran adecuadamente informados sobre el trabajo del Fiscal; (ii) dos visitas del personal de la Fiscalía a Guinea han tenido lugar en febrero y mayo de 2010 para reunirse entre otros con el Ministro de Justicia y varios magistrados. Véase a este respecto, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Guinea/, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

89 En relación con el examen preliminar de la situación en Palestina, una delegación de la Autoridad Nacional Palestina, y Representantes de la Liga Árabe visitaron respectivamente al Fiscal de la CPI el 15 y 16 de octubre de 2009, y el 11 de enero de 2010. Véase www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Palestine/, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

90 Artículo 15 (2) ER, y reglas 104 y 105 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

91 Véase en este sentido, W. Burke-White, 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice', en *Criminal Law Forum*, Vol 19 (2008), pp. 59 y ss, p. 61;

La utilización de canales diplomáticos y medios de comunicación para llamar la atención mundial sobre los planes de cometer delitos atroces de las autoridades nacionales de los estados afectados, al tiempo que se subraya la posibilidad de que puedan evitar su enjuiciamiento ante la CPI si desisten de dichos planes y toman las medidas preventivas necesarias, puede ser un mecanismo particularmente efectivo.

Además, desde la perspectiva de asegurar una intervención oportuna frente a la existencia de amenazas concretas de delitos atroces, el Estatuto de Roma ofrece posibilidades únicas. Así, mientras otros órganos de la comunidad internacional, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas, requieren normalmente de arduas negociaciones para tomar la decisión de intervenir en una determinada situación, el Fiscal de la CPI no necesita consultar con otras entidades interesadas antes de proceder a la apertura de un examen preliminar.

A pesar de la ausencia de pruebas concluyentes, existen indicios de que el examen preliminar en Afganistán contribuyó a que la OTAN, y en particular los Estados Unidos, definiesen de manera más estricta las condiciones para el lanzamiento de bombardeos aéreos⁹². Los Estados Unidos también parecen haber reafirmado su compromiso de recurrir a sus propios mecanismos de investigación y enjuiciamiento internos⁹³, lo que parece haber provocado la apertura en abril de 2010 de una investigación de alto nivel con respecto a las muertes de civiles presuntamente provocadas por fuerzas especiales norteamericanas⁹⁴.

y C. Hall, 'Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy', en C. Stahn/G. Sluiter, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009, pp. 220 y ss.

92 Véase D. Schwammenthal, 'Prosecuting American "War Crimes"', en *The Wall Street Journal*, Section Opinion Europa, The Hague, 26 de noviembre de 2009. Véase también, D. Filkins 'U.S. Tightens Airstrike Policy in Afghanistan' en *The New York Times*, section Asia-Pacific, 21 de junio de 2009.

93 Véase E. Barbour/M.C. Weed, 'The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and U.S. Policy', en Congressional Research Service, de 16 de marzo de 2010 (disponible en http://assets.opencrs.com/rpts/R41116_20100316.pdf, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010), p. 15.

94 Véase L. King, 'Inquiry puts Spotlight on U.S. Special Forces in Afghanistan' *The Los Angeles Times* (Los Ángeles, 9 de abril de 2010), refiriéndose a una investigación de alto perfil abierta por el ejército norteamericano en abril de 2010 sobre las presuntas muertes de civiles causadas por las fuerzas especiales que, hasta entonces, habían sido ocultadas al público.

Por su parte, el examen preliminar en Iraq, que comenzó a raíz de las numerosas comunicaciones individuales recibidas por el Fiscal desde el año 2003, fue cerrado debido a las actuaciones iniciadas por el Reino Unido con respecto a todas y cada una de las instancias en las que nacionales británicos pudieron verse involucrados en la comisión de crímenes de guerra⁹⁵.

Así mismo, el examen preliminar en Kenia parece haber fortalecido el mensaje enviado por el ex-Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en el sentido de que no habría impunidad para quienes incurriesen en la comisión de delitos atroces⁹⁶.

Cuando no es posible incentivar a las autoridades nacionales de los estados afectados a través de un examen preliminar, la fase de investigación de una situación⁹⁷, en la que el Fiscal puede recurrir a medidas coercitivas⁹⁸ así como a todas las formas de cooperación de los Estados Partes previstas en el Estatuto de Roma, puede constituir también un mecanismo eficaz para el cumplimiento del mandato preventivo de la CPI.

Así, el artículo 53 ER atribuye al Fiscal la potestad de cerrar una investigación cuando “no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento”. Para

95 Fiscalía de la CPI, ‘OTP Response to communications received concerning Iraq’, de 9 de febrero de 2010, disponible en www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB774CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf, accedido por última vez el 20 de diciembre, p. 9.

96 Ver el documento de investigación presentado por C. Bjork/J. Goebertus, de Harvard Law School, ‘Parallel Paths and Unintended Consequences: The Role of Civil Society and the ICC in Rule of Law Strengthening in Kenya’, disponible en works.bepress.com/christine_bjork/1/, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010. Véase también el comunicado de prensa de la Fundación Kofi Annan titulado: ‘Remarks by Kofi Annan on Conclusion of the Visit to Kenya, 2-8 December 2009’, disponible en <http://kofiannanfoundation.org/newsroom/press/2009/12/remarks-he-kofi-annan-conclusion-visit-to-kenya-au-panel-eminent-african>, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010. Sin embargo, son necesario estudios empíricos mucho más profundos para poder evaluar con mayor precisión el impacto del examen preliminar de la CPI en la situación en Kenia.

97 En estos casos, un análisis cualitativo del requisito de gravedad podría justificar el comienzo de una investigación en una situación en la que delitos atroces no se hayan consumado todavía. Una definición del análisis cualitativo del requisito de gravedad se puede encontrar en *Prosecutor vs Abu Garda* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-02/05-02/09 PTC I, de 8 de febrero de 2010, párrafos 31-33; y *Situation in the Republic of Kenya* (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya) ICC-01/09 PTC II, de 31 de marzo de 2010, párrafo 62.

98 Artículos 54 a 57 ER.

adoptar esta decisión es necesario analizar criterios semejantes a los aplicables durante la fase de examen preliminar⁹⁹. De esta manera, el Fiscal puede decidir el cierre de una investigación si la misma ha servido para hacer que autoridades nacionales que eran en principio renuentes a adoptar este tipo de medidas hayan finalmente dado pasos significativos dirigidos a prevenir realmente la comisión de delitos atroces¹⁰⁰.

V. LA INTERVENCIÓN OPORTUNA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CUANDO DELITOS ATROCES SE ESTÁN YA COMETIENDO

La intervención oportuna de la CPI puede tener lugar también en situaciones en las que ya se estén cometiendo delitos atroces. En estas situaciones, dicha intervención irá principalmente dirigida a poner fin a la comisión de dichos delitos. Además, el desistimiento de futuros delitos no excluirá la responsabilidad penal surgida por aquellos que ya hayan sido cometidos. Por lo tanto, en estos supuestos, el Fiscal sólo podrá decretar el cierre de sus exámenes preliminares e investigaciones por razones relativas a la admisibilidad o a los intereses de la justicia.

En este contexto, todo incentivo a las autoridades nacionales para poner fin a la comisión de delitos atroces debe ir acompañado de¹⁰¹:

- (i) La asistencia a dichas autoridades nacionales para que puedan cumplir con su deber de investigar y enjuiciar los delitos ya cometidos (“complementariedad positiva”)¹⁰²; y

99 Comparar el artículo 53 (2) ER con el artículo 53 (1) ER y la regla 48 de la Reglas de Procedimiento y Prueba.

100 Además, confirme al artículo 19, párrafo 11 ER, el Fiscal, antes de proceder al cierre formal de la investigación, puede decidir la suspensión de la misma y el seguimiento del desarrollo de las actuaciones a nivel nacional.

101 Tanto la complementariedad positiva como la complementariedad cooperativa parecen haber sido, en gran medida, implícitamente confirmadas por la decisión de la Sala de Apelaciones de 22 de junio de 2009 en el caso *Katanga y Ngudjolo*. Véase *Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision of the Presiding Judge of the Appeals Chamber in the appeal of Germain Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-1286, de 10 de julio de 2009.

102 Véanse W Burke-White, ‘Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice’ en *Criminal Law Forum*, Vol 19 (2008), pp. 59 y ss, p. 61; y C Hall, ‘Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy’ en C. Stahn/G. Sluiter (coords.), *The emerging practice of the International Criminal Court*,

- (ii) El reparto con la CPI, sobre todo cuando haya problemas serios de falta de capacidad, de la carga de investigar y enjuiciar dichos delitos (“complementariedad cooperativa”)¹⁰³.

En consecuencia, el apoyo a los estados afectados receptivos para que fortalezcan sus sistemas nacionales de justicia y lleven a cabo sus propias actuaciones, constituye un elemento esencial de la intervención oportuna de la CPI en cuanto que pilar básico de su mandato preventivo.

Como han afirmado William Burke-White¹⁰⁴ y Christopher Hall¹⁰⁵, el Fiscal puede recurrir al tipo de medidas previstas en la sección anterior para cumplir con este mandato a través de sus exámenes preliminares e investigaciones. En particular, el Fiscal puede entrenar a los actores jurídicos nacionales en la investigación y el enjuiciamiento de delitos atroces, y asistirles en el establecimiento de programas de diversa índole, incluyendo programas de protección de víctimas y testigos, y administración y gestión de la información. Así mismo, puede monitorear el desarrollo de las actuaciones nacionales y dar su parecer al respecto, así como trabajar en coordinación con los otros órganos de la CPI para incrementar la eficacia de las medidas preventivas adoptadas.

En este sentido, es importante subrayar que, a pesar de la cooperación internacional de terceros estados y organizaciones, las autoridades nacionales de los estados afectados receptivos parecen tener una clara preferencia por recibir directrices de actuación directamente de funcionarios de la CPI. Debido

Brill, Leiden, 2009, pp. 220 y ss. Véase también, M.E. Cross/S. Williams, ‘Recent Developments at the ICC: Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui: A Boost for Co-operative Complementarity?’, en *Human Rights Law Review*, Vol 10 (2010), pp. 336 y ss, p. 339.

103 A. Cassese, ‘The Rome Statute: A Tentative Assessment’, en Cassese et al. (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.1901 y ss., p. 1906; C. Kress, ‘“Self-Referrals” and “Waivers of Complementarity”’: Some Considerations in Law and Policy’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 2 (2004), pp. 944 y ss, pp. 947-948; y F. Gioia, ‘State Sovereignty, Jurisdiction, and “Modern” International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court’, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19 (2006), pp. 1095 y ss., p. 1115.

104 W. Burke-White, ‘Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice’, en *Criminal Law Forum*, Vol 19 (2008), pp. 59 y ss., p. 61.

105 C. Hall, ‘Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy’ en C. Stahn/ G. Sluiter (coord.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009, pp. 220 y ss.

a que las propias autoridades nacionales son conscientes de que sus esfuerzos por investigar y enjuiciar delitos atroces serán revisados en última instancia por la CPI, la recepción de criterios claros de actuación emitidos por la CPI es considerada por aquéllas como imprescindible para el éxito de dichos esfuerzos.

En consecuencia, el potencial de la CPI para contribuir a través de su intervención oportuna al fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad en los estados afectados receptivos es muy importante¹⁰⁶. El examen preliminar en Colombia ofrece ya a día de hoy indicios de este potencial.

Las investigaciones sobre los paramilitares desmovilizados en Colombia a partir del año 2003¹⁰⁷ no comenzaron hasta que la Corte Constitucional colombiana se pronunció en mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, pieza clave del proceso de desmovilización¹⁰⁸. Poco después, el Fiscal de la CPI hizo público su examen preliminar¹⁰⁹, y en octubre de 2007

106 Véase en este sentido, W. Burke-White, 'Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo', en *Leiden Journal of International Law*, Vol 18 (2005), pp. 557 y ss, pp. 589-590. Véase también a este respecto el documento emitido por la propia Fiscalía de la CPI una vez pronunciada esta lección inaugural y justo antes de la publicación de volume de ensayos el 1 de diciembre de 2010, 'Draft Policy Paper on Preliminary Examinations' (disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-43D7-83D2-6A2C-9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf). A los efectos de la Conferencia de Revisión del ER celebrada en Kampala en junio de 2010, la Mesa sobre el Principio de Complementariedad presentó una propuesta para que se encomendara a la Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes "la facilitación del intercambio de información entre la Corte, los Estados Partes, los Estados signatarios, las organizaciones internacionales, la sociedad civil y otras partes interesadas, con el objeto de reforzar las jurisdicciones nacionales". (Informe de la Mesa sobre el Balance: Complementariedad, 'Balance sobre el Principio de Complementariedad: Salvar la Brecha de la Impunidad', de 18 de marzo de 2010, ICC-ASP/8/51, párrafo 54 (e)). Aunque esta iniciativa pueda constituir un paso en la buena dirección, resulta insuficiente en vista del gran potencial de la CPI para el fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad en estados receptivos.

107 El proceso de desmovilización fue resultado del acuerdo de Santo Fe de Ralito firmado el 15 de julio de 2003. Dicho acuerdo se produjo entre el gobierno nacional de Colombia y las AUC.

108 Véase la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-370/2006, de 18 de mayo de 2006. Véase también, J.E. Arvelo 'International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process', en *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 77 (2006), pp. 411 y ss.

109 Véase www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Colombia, accedido por última vez el 20 de diciembre de

y agosto de 2008 realizó sendas visitas a Colombia¹¹⁰.

Desde entonces, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia ha subrayado la importancia de centrar las investigaciones desarrolladas conforme a la ley de Justicia y Paz en: (i) el patrón de delitos atroces a que se vio sometida la población civil; y (ii) la estructura, composición y apoyo externo recibido por los grupos paramilitares que cometieron estos delitos¹¹¹. Este énfasis se ha visto reflejado en el Protocolo para la Presentación de Medios de Prueba adoptado el 23 de agosto de 2010 por la Sala de Enjuiciamiento de Justicia y Paz de Bogotá.

Así mismo, desde finales de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia ha venido desarrollando investigaciones y enjuiciamientos por presuntos vínculos con el paramilitarismo contra una tercera parte de los miembros del Parlamento colombiano electo en 2006¹¹², así como contra cerca de una veintena de gobernadores¹¹³.

Estas actuaciones, basadas en las confesiones de los líderes paramilitares desmovilizados, han propiciado más de una decena de condenas hasta el momento, la mayoría de las cuales se han dictado contra miembros de partidos políticos que apoyaban al gobierno colombiano en el año 2007¹¹⁴. Las confesiones de los líderes paramilitares desmovilizados han provocado también la apertura en instancias inferiores de la jurisdicción ordinaria de investigaciones contra cientos de funcionarios públicos, políticos locales y miembros de las fuerzas armadas y la policía.

Es indiscutible que sólo un puñado de altos cargos militares y policiales se encuentra en este momento sometido a investigación, y que la aplicación de la ley de Justicia y Paz se enfrenta a desafíos notables como: (i) la falta

2010.

110 *Ídem*.

111 Ver, entre otras, las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia en los casos contra: (i) Wilson Salazar Carrascal, alias *el loro*, Caso Núm. 31539, de 31 de julio de 2009; y (ii) Gian Carlo Gutiérrez Suárez, alias *el tuerto*, Caso Núm. 32022, de 21 de septiembre de 2009.

112 Véase la información proporcionada al respecto por Verdad Abierta refiriéndose a datos recopilados por la Fundación Nuevo Arco Iris hasta julio de 2010 en: <http://www.verdadabierta.com/reconstruyendo/1856-estadisticas>

113 *Ídem*.

114 *Ídem*.

de publicidad de los criterios utilizados para la selección de los paramilitares desmovilizados sometidos a investigación conforme a dicha ley; (ii) las escasas condenas dictadas hasta el momento; (iii) la extradición de catorce líderes paramilitares claves a los Estados Unidos por delitos de narcotráfico; (iv) la falta de desmovilización de miembros de las guerrillas; y (v) el reciente incremento en los niveles de violencia como consecuencia, en gran medida, del accionar de las llamadas “bandas criminales emergentes” compuestas por antiguos paramilitares¹¹⁵.

Sin embargo, a la hora de valorar si las actuaciones por delitos atroces desarrolladas en Colombia desde el 2007 están contribuyendo al fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad del país, es importante recordar las décadas de violencia a gran escala en las que los grupos paramilitares y quienes les apoyaron disfrutaron en Colombia de completa impunidad.

Tal y como lo demuestran las visitas a la CPI durante el año 2010 del Fiscal General del Estado y de una amplia representación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia, el examen preliminar del Fiscal es uno de los factores que parece haber contribuido a la nueva situación en Colombia. Sin embargo, es difícil medir su impacto en las autoridades nacionales colombianas puesto que existen otros factores que también parecen haber contribuido a la misma, como por ejemplo: (i) las condiciones impuestas por el Congreso de los Estados Unidos para la aprobación de ayuda militar y condiciones de comercio favorables para Colombia¹¹⁶; y (ii) las decisiones de la

115 Para un análisis general del proceso de justicia y paz se pueden consultar, K. Ambos, *Procedimiento de La Ley de Justicia y Paz (Ley de 2005) y Derecho Penal Internacional*, GTZ/ Universidad de Göttingen, 2010; y Comisión Colombiana de Juristas, *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz: Una Mirada desde los Derechos de las Víctimas*, Bogotá 2007. Véase también, la recientemente publicada declaración extendida de Prof. K. Ambos en el marco de la mesa redonda con ONGs sobre la situación en Colombia organizada en la Haya por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional los días 19 y 20 de octubre de 2010, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?*, disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2770C2C8-309A-408E-A41B-0E69F098F421/282850/civil1.pdf>.

116 La última certificación realizada por el departamento de estado de los Estados Unidos en relación con el cumplimiento por las fuerzas armadas colombianas con las condiciones relativas al cumplimiento con las condiciones de respeto a los derechos humanos impuestas por el

Corte Inter-Americana de Derechos Humanos contra Colombia por violencia paramilitar¹¹⁷.

En este contexto, cabe afirmar que una mayor coordinación entre la intervención oportuna de la CPI y estos otros factores contribuiría a incrementar notablemente la eficacia en Colombia de las medidas adoptadas por la comunidad internacional en aplicación del concepto de responsabilidad de proteger. En este sentido, es importante subrayar la imperiosa necesidad de una mayor coordinación entre las Naciones Unidas y la CPI¹¹⁸, sobre todo a la luz de su reconocimiento y compromiso mutuo de cooperación¹¹⁹, y de las salvaguardias

Congreso de los Estados Unidos tuvo lugar el 9 de septiembre de 2010. Véase la información suministrada por la embajada de los Estados Unidos en Bogotá el 15 de septiembre de 2010: http://spanish.bogota.usembassy.gov/pr_117_15092010.html. Así mismo, se puede encontrar en la página web de la comisión colombiana de juristas el informe realizado por el departamento de estado norteamericano en el que analiza de manera pormenorizada si efectivamente las fuerzas armadas colombianas cumplieron en el año 2009 con los requisitos de respeto a los derechos humanos impuestos por el Congreso de los Estados Unidos (US Department of State, Memorandum of Justification concerning Human Rights Conditions with respect to Assistance for the Colombian Armed Forces, September 2010, disponible en <http://www.coljuristas.org/LinkClick.aspx?fileticket=ksYH5X9Cvy0%3d&tabid=160&language=es-CO.>)

- 117 Véanse las sentencias de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos en los siguientes casos: *Caso 19 Comerciantes vs Colombia*, Serie C, Núm. 93, de 5 julio de 2004; *Caso de la Masacre de Mapiroipán vs Colombia*, Serie C, Núm. 122, de 15 septiembre de 2005; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*, Serie C, Núm. 140, de 31 de enero de 2006; *Caso de la Masacre de Ituango*, Serie C, Núm. 148, de 1 de julio de 2006; *Caso de la Masacre de la Rochela*, Serie C, Núm. 163, de 11 de Mayo de 2007; y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia*, Serie C, Núm. 213, de 26 de mayo de 2010.
- 118 A. Cassese, 'Is the ICC Still Having Teething Problems' en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 4 (2006), pp. 434 y ss, p. 436. Véase también N. Jain, 'A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court', en *European Journal of International Law*, Vol 16 (2005), pp. 239 y ss.
- 119 Los párrafos 7 y 9 del preámbulo del ER reafirman los propósitos y principios de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y subrayan la intención de los Estados de que la CPI fuera establecida en relación con el sistema de las Naciones Unidas. Además, el artículo 87(7) ER permite a esta última remitir al Consejo de Seguridad para su consideración la falta de cooperación de los Estados. Otras disposiciones, como el artículo 87 (6) ER, disponen que la CPI podrá solicitar de cualquier organización intergubernamental, incluyendo las Naciones Unidas, información o documentos, así como otras formas de cooperación y asistencia que se hayan acordado con cualquiera de dichas organizaciones, de conformidad con su competencia o mandato. Además, el artículo 115 ER prevé que los gastos de la CPI y de la Asamblea de los Estados Partes podrán ser sufragados con cargo a "[f]ondos procedentes

existentes para evitar la interferencia de la CPI con las funciones del Consejo de Seguridad¹²⁰.

VI. CONCLUSIÓN

La función preventiva de la CPI es un medio importante para el cumplimiento de la responsabilidad que corresponde a la comunidad internacional según el concepto de responsabilidad de proteger. Hasta el momento, se ha puesto el énfasis en los esfuerzos preventivo generales de la CPI a través de aquellas actividades que se dirigen a poner fin a la impunidad por delitos atroces ya cometidos. Sin embargo, la contribución que la CPI puede realizar a la prevención de futuros delitos atroces mediante su intervención oportuna puede ser superior.

de las Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad". Por su parte, el Texto Negociado del Acuerdo de Relación entre la CPI y las Naciones Unidas (elaborado en desarrollo del artículo 2 ER) se fundamenta en el reconocimiento mutuo de ambas instituciones y su compromiso de cooperación. Su preámbulo subraya "la importante función que se asigna a la Corte Penal Internacional en el contexto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto [...] y que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo". Sobre la base de una obligación general de cooperación, coordinación y consulta entre ambas instituciones establecida en su artículo tercero, el Texto Negociado del Acuerdo del Relación desarrolla las formas de cooperación entre ambas organizaciones en diversas áreas, entre las que se incluyen las remisiones del Consejo de Seguridad (artículo 17(1)), las solicitudes del Consejo de Seguridad de suspensión de las investigaciones y enjuiciamientos de la CPI (artículo 17(2)), la cooperación del Consejo de Seguridad bajo condición de confidencialidad (artículo 18 (3)) y la cooperación del Consejo de Seguridad con el Fiscal de la CPI en el contexto de un examen preliminar (artículo 18 (2)).

- 120 Los artículos 12, 13 y 16 del ER permiten al Consejo de Seguridad remitir cualquier situación posterior al 1 de julio de 2002 a la CPI sin ningún tipo de limitación jurisdiccional, así como solicitar a la CPI la suspensión de una investigación o enjuiciamiento por periodos renovables de 12 meses. Además, la Asamblea de los Estados Partes ha aprobado recientemente por consenso en la primera Conferencia de Revisión del ER celebrada en Kampala que la CPI sólo ejercerá su jurisdicción sobre el delito de agresión después de comprobar si el Consejo de Seguridad ha determinado que el Estado afectado ha cometido un acto de agresión. A falta de dicha determinación, la CPI sólo podrá ejercer su jurisdicción si actúa sobre la base de la remisión de un Estado Parte o de una comunicación individual, y siempre y cuando el plenario de la División de Cuestiones Preliminares dé su autorización para hacerlo. Véase, artículo 15 bis, párrafo 6, del Anexo I a la Resolución RC/Res.6, 'Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al Crimen de Agresión', adoptada el 11 de junio de 2010.

La realización de este potencial requiere que los distintos órganos de la CPI reconozcan que el mecanismo de la intervención oportuna constituye un medio básico para el cumplimiento de la función preventiva de la CPI. Así mismo, requiere de un reconocimiento similar por los Estados Partes para que provean los recursos necesarios para su desarrollo eficaz, y extiendan a todos los delitos atroces la responsabilidad penal por los actos de planeamiento y preparación de la ejecución. Sobre esta base, una mayor coordinación entre la CPI, las Naciones Unidas y otras organizaciones y estados interesados permitiría incrementar significativamente el efecto preventivo de su intervención oportuna sobre los estados afectados.

En última instancia, lo que realmente está en juego es si la CPI se limita a ser uno de los varios mecanismos existentes para dirimir la responsabilidad penal individual surgida de la comisión de delitos atroces, o si por el contrario, más allá de cumplir con su mandato preventivo general, es capaz de desarrollar plenamente su enorme potencial para el fortalecimiento del estado de derecho y la buena gobernabilidad de los estados afectados a través de su intervención oportuna.

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PERSONAL, TERRITORIAL Y TEMPORAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

- * Escrito con Enrique Carnero Rojo, candidato a doctor en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht (Holanda); asesor legal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2004-2009); maestría por la Universidad de Leiden; licenciatura en derecho por la Universidad de Deusto [enriquecarnero@gmail.com]. Las opiniones expresadas en este artículo son únicamente las de sus autores y no pueden atribuirse a la Corte Penal Internacional, al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, a la Organización de las Naciones Unidas o al Gobierno de España. Artículo escrito como parte del Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia de España titulado: El principio de justicia universal: fundamento y límites (referencia DER2009-11267), dirigido por la profesora titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca Ana Isabel Pérez Cepeda.

I. INTRODUCCIÓN

Las dimensiones materiales, temporales, territoriales y personales de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (“Corte” o “CPI”) están claramente definidas en su principal instrumento legal, el Estatuto de Roma (“ER”).¹ Dicho instrumento establece que la Corte tiene jurisdicción sobre crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión (artículo 5 ER) cometidos después de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 (artículo 11 ER).² No obstante, la Corte sólo podrá ejercer su jurisdicción sobre crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación por treinta Estados Partes de las enmiendas al ER exigidas por la definición de dicho delito adoptada durante la Conferencia de Revisión del ER celebrada en Kampala (Uganda) en junio de 2010. Además, el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre crímenes de agresión está condicionado a que la misma mayoría de Estados Partes adopte una decisión al respecto después del 1 de enero de 2017.³ Por todo ello, el presente trabajo se centra únicamente en el alcance de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte en relación con los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra.

El ER también establece que la Corte puede ejercer su jurisdicción material y temporal sobre crímenes cometidos en el territorio de Estados que han ratificado el ER o sobre crímenes cometidos fuera de dicho territorio por nacio-

-
- 1 Así lo han confirmado las Salas de la Corte en varias ocasiones, haciendo referencia a los artículos 5-8, 11, 12, 13(b) y 26 del ER. *Vid. e.g. Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Sala de Apelaciones, Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, de 3 de octubre de 2006, doc. ICC-01/04-01/06-772, 14 de diciembre de 2006, párrs. 21-22; *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión relativa a la petición de autorización para abrir una investigación en el contexto de la situación en la República de Kenia emitida en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma, doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrs. 38-39; *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión relativa a la autorización de una investigación en el contexto de la situación en Costa de Marfil en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma, doc. ICC-02/11-14, 3 de octubre de 2011, párr. 22.
 - 2 La jurisdicción de la CPI sobre “crímenes permanentes” que han comenzado antes del 1 de julio de 2002, tales como las desapariciones forzadas de personas, es controvertida. *Vid. infra* sección 2.2.2.
 - 3 Conferencia de Revisión, Resolución RC/Res.6 (el crimen de agresión), aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo I, art. 15 bis (2) y (3).

nales de Estados que son Partes en el ER (artículo 12(2) ER).

La Corte puede además ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos por nacionales de Estados No Partes fuera del territorio de Estados Partes en el ER, siempre y cuando se produzca (i) una declaración de consentimiento del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate o del Estado del que sean nacionales los presuntos responsables (artículo 12(3) ER); o (ii) una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuando conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 13(b) ER).⁴

A la luz de la experiencia que la Corte ha acumulado en la aplicación de las normas relativas a la extensión y límites de su jurisdicción durante sus primeros diez años de vida, parece particularmente oportuno analizar el alcance de la jurisdicción personal, temporal y territorial de la Corte a los efectos de determinar si la jurisdicción de la CPI (i) es tan restringida como algunos han argumentado, (ii) por el contrario su alcance es *cuasi universal*, o (iii) nos encontramos en un escenario intermedio.

Para ello analizaremos en primer lugar el alcance jurisdiccional de la Corte en relación con escenarios en los que crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra presuntamente han tenido lugar en el territorio de Estados Partes en el ER o con respecto a los cuales nacionales de Estados Partes son presuntamente responsables (sección 2). Posteriormente, analizaremos la extensión y límites de la jurisdicción de la Corte sobre dichos delitos cuando los mismos son cometidos en el territorio de Estados no Partes por nacionales de Estados no Partes en el ER (sección 3). Finalmente, terminaremos exponiendo las conclusiones de estos análisis (sección 4).

En todo caso conviene subrayar que el estudio realizado en las presentes líneas se lleva a cabo sobre la base de que, tal y como señala el Preámbulo del Estatuto de Roma, la Corte tiene su fundamento en el reconocimiento de que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.⁵ Esto supone en última instancia afirmar que la

4 Para una explicación detallada del régimen jurisdiccional de la Corte, *vid.* D. Becheraoui, «L'exercice des compétences de la Cour pénale internationale», 76 *Revue internationale de droit pénal* 3 (2005), pp. 346-351.

5 Estatuto de Roma, preámbulo, párr. 6. Para ello resulta necesario adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que los presuntos responsables sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. *Vid.* Estatuto de Roma,

jurisdicción de la Corte en la investigación y enjuiciamiento de tales delitos es “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.⁶ Por tanto, la Corte no sustituye ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como a nivel internacional para la investigación y el enjuiciamiento de los “crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto”,⁷ incluido el principio de jurisdicción universal.⁸ En particular, hay determinados crímenes en relación a los cuales los Estados Partes en el ER tienen todavía la obligación internacional de ejercitar su jurisdicción penal.⁹ De hecho, como ya se ha señalado en trabajos previos,¹⁰ el ER refuerza la legitimidad de dicho principio en cuanto que atribuye a la Corte la competencia para analizar si las jurisdicciones nacionales que actúan sobre la base de dicho principio adolecen de falta de disposición o de capacidad.¹¹

preámbulo, párr. 4.

6 Estatuto de Roma, preámbulo, párr. 10.

7 *Ibid.*, párr. 9.

8 Para un análisis del principio de jurisdicción universal en España, *vid.* E. Carnero Rojo, “National Legislation Providing for the Prosecution and Punishment of International Crimes in Spain”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 3 (2011), pp. 710-720.

9 Por ejemplo, la entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones *aut dedere aut iudicare* de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949, su Protocolo Adicional Primero, y la Convención contra la tortura. *Vid.* Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (primer Convenio de Ginebra), art. 49; Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (segundo Convenio de Ginebra), art. 50; Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra (tercer Convenio de Ginebra), art. 129; Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra (cuarto Convenio de Ginebra), art. 146, concluidos el 12 de agosto de 1949; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de víctimas de conflictos armados internacionales, concluido en Ginebra el 8 de junio de 1977, art. 85(1); y Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, concluida en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, art. 5(2).

10 H. Olásolo Alonso, “Admisibilidad de Situaciones y Casos Objeto de Procesos de Justicia de Transición ante la Corte Penal Internacional”, en J. Almqvist y C. Espósito (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, 2009).

11 En este sentido, merece una mención especial el art. 7(2) de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (“LOCCPI”), que instruye a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales españoles para

II. JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE CRÍMENES COMETIDOS EN EL TERRITORIO O POR NACIONALES DE ESTADOS PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA

que se abstengan de actuar cuando les sea comunicada la *notitia criminis* o cuando les sea presentada una petición administrativa en relación con delitos previstos en el ER cometidos por no españoles fuera del territorio español. El órgano afectado, tras adoptar las “primeras diligencias urgentes” que sean necesarias, deberá informar al querellante o solicitante de la posibilidad de dirigir la misma directamente al Fiscal de la CPI de acuerdo con lo previsto en el art. 13(c) y 15 del ER. Por su parte, el art. 7(3) LOCCPI permite que las denuncias o solicitudes inicialmente presentadas ante las autoridades españolas puedan ser nuevamente presentadas ante las mismas, y esta vez sí tramitadas, cuando la Corte Penal Internacional se abstenga de actuar porque la Fiscalía decida no iniciar una investigación sobre la situación de crisis a la que refieren las mismas, o porque se produzca una declaración de inadmisibilidad. De esta manera, se asegura la posibilidad de aplicar el principio de jurisdicción universal en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma, si bien sólo después de que la Corte haya decidido no actuar. Una parte importante de la doctrina española ha venido reiterando que estas disposiciones no se encuentran en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una Corte informada por el principio de complementariedad porque hacen de la abstención de la Corte un requisito necesario para que la jurisdicción española pueda actuar conforme al principio de jurisdicción universal, cuando el principio de complementariedad exige exactamente lo contrario, es decir la inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales para que la Corte pueda actuar. *Vid. e.g.* L. Bujosa Vadell, *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional* (Barcelona: Atelier, 2008), sección 2.5; M.P. Pozo Serrano, “Medidas Nacionales Adoptadas para la Ratificación y la Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un Balance Provisional”, 19 *Anuario de Derecho Internacional* (2003), p. 345; J. Pueyo Losa, “Un Nuevo Modelo de Cooperación Internacional en Materia Penal: Entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacional”, en S. Álvarez González y J.R. Remacha Tejada (coords.), *Cooperación Jurídica Internacional* (Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 2001), p. 145; J.M. Gómez Benítez, “La Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, 41 *Actualidad Penal* (2003), pp. 1031 y ss.; C. Méndez Rodríguez, “Hacia la Internacionalización del Derecho Penal”, en I. Berdugo Gómez de la Torre y N. Sanz Mulas (coords.), *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública* (Granada: Comares, 2004), p. 51; H. Olásolo, “Spain”, en C. Kress et al. (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Volume II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement* (Fagnano Alto: Il Sirente, 2005), pp. 345 y ss.; H. Olásolo, “España”, en K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional* (Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2007), pp. 318-323; y M. Ollé Sesé, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales* (Madrid: La Ley, 2008), p. 422. Una opinión contraria se puede encontrar en F. Lattanzi, “Compétence de la Cour pénale Internationale et Consentement des États”, 103 *Revue Générale de Droit International Public* (1999), pp. 430-431; y A. Sánchez Legido, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), p. 394.

II.1. EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN PERSONAL, TERRITORIAL Y TEMPORAL DE LA CORTE

El hecho de que el sospechoso de un crimen de genocidio, de lesa humanidad o de guerra cometido a partir del 1º de julio de 2002 se encuentre bajo la custodia de un Estado Parte en el ER no es suficiente para que la Corte tenga jurisdicción sobre tal individuo.¹² Lo relevante es el lugar de comisión del supuesto crimen y la nacionalidad del sospechoso. Con cada ratificación estatal del ER la Corte pasa a tener jurisdicción sobre crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos por una persona de cualquier nacionalidad en el territorio del nuevo Estado Parte.¹³ Asimismo, con cada ratificación la Corte pasa a tener jurisdicción sobre crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos por nacionales del nuevo Estado Parte en cualquier parte del mundo.¹⁴ En consecuencia, a medida que más Estados ratifican el ER, la jurisdicción de la Corte se universaliza.¹⁵

A finales de octubre de 2011, la mayoría de la comunidad internacional ha ratificado el ER (119 de los 193 Estados que son miembros de la Organización de las Naciones Unidas),¹⁶ aunque países de gran potencia económica, política, militar o demográfica, tales como los Estados Unidos de América, Rusia, China, la India o Indonesia no son Estados Partes todavía. Sobre la base de las ratificaciones realizadas hasta el momento, la Corte está investigando crímenes de genocidio, de lesa humanidad y/o de guerra supuestamente cometidos en el territorio de cuatro Estados Partes: la República Democrática del Congo,¹⁷ Uganda,¹⁸ la República Centroafricana,¹⁹

12 S.A. Williams y W.A. Schabas, "Article 12: Preconditions to the exercise of jurisdiction", en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 560, párr. 18.

13 S. Bourgon, "Jurisdiction *ratione loci*", en A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 562.

14 M. Frulli, "Jurisdiction *ratione personae*", en A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 535.

15 M. Scharf, "The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: a Critique of the U.S. Position", 64 *Law & Contemporary Problems* 67 (2001), pp. 76, 98, 103 and 110-113.

16 Nota de prensa ICC-CPI-20111013-PR731, "Cabo Verde se convierte en el 119º Estado que se une al sistema del Estatuto de Roma", 13 de octubre de 2011.

17 La investigación comenzó en junio de 2004 (nota de prensa ICC-OTP-20040623-59).

18 La investigación comenzó en julio de 2004 (nota de prensa ICC-OTP-20040729-65).

19 La investigación comenzó en mayo de 2007 (nota de prensa ICC-OTP-20070522-220).

y Kenia.²⁰ La Corte también ha llevado a cabo un “examen preliminar”²¹ y ha decidido no investigar crímenes supuestamente cometidos en un Estado Parte (Venezuela),²² y está llevando a cabo exámenes similares en relación con crímenes alegados en otros Estados Partes para decidir si abre una investigación (Afganistán, Colombia, Corea del Sur, Georgia, Guinea, Nigeria y Honduras).²³ Del mismo modo, la Corte ha examinado de manera preliminar crímenes supuestamente cometidos por nacionales de Estados Partes en el territorio de un Estado que no es Parte en el ER y ha decidido no abrir una investigación (Irak).²⁴

II.2. LIMITACIONES A LA JURISDICCIÓN PERSONAL, TERRITORIAL Y TEMPORAL DE LA CORTE

II.2.1. Limitaciones derivadas de los artículos 26 y 27 del ER

Existen cuatro importantes limitaciones a la jurisdicción de la CPI sobre crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados Partes con-

20 La investigación comenzó en marzo de 2010 (nota de prensa ICC-CPI-20100331-PR512).

21 Según el artículo 15(6) ER, el Fiscal de la CPI debe llevar a cabo un “examen preliminar” de las alegaciones para decidir si abre una “investigación” sobre ellas. Tal examen tiene como objetivo (i) analizar la seriedad de la información recibida, (ii) determinar las dimensiones materiales, temporales, territoriales y personales de la situación en que se han cometido los supuestos crímenes, y (iii) asegurarse que los requisitos legales para abrir una investigación están presentes (e.g. ausencia de una petición de suspensión por parte del Consejo de Seguridad). El “examen preliminar” no está destinado a recoger pruebas y a establecer indicios razonables de la responsabilidad penal de un individuo por los crímenes comunicados al Fiscal. Vid. H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff: Leiden, 2005), pp. 59 y 61.

22 Respuesta de la Fiscalía a las comunicaciones recibidas sobre Venezuela, 9 de febrero de 2006.

23 El examen preliminar en relación con Colombia se hizo público en 2006 (página web <http://www.icc-cpi.int/Menus/Go?id=2cfd593e-c056-4786-8277-a26c2057a415&lan=en-GB>, accedida el 1 de noviembre de 2011); en relación con Afganistán, en 2007 (página web <http://www.icc-cpi.int/Menus/Go?id=86ca2e29-34e9-4a65-b6a5-021cce9dec71&lan=en-GB>, accedida el 1 de noviembre de 2011); en relación con Georgia, en 2008 (nota de prensa ICC-OTP-20080820-PR346); en relación con Guinea, en 2009 (nota de prensa ICC-OTP-20091014-PR464); y en relación con Corea del Sur, Honduras y Nigeria, en 2010 (nota de prensa ICC-CPI-20101206-PR608 e informe semanal de la Fiscalía número 64).

24 Respuesta de la Fiscalía a las comunicaciones recibidas sobre Irak, 9 de febrero de 2006.

tenidas en el ER. La primera limitación afecta a la jurisdicción personal de la Corte. El artículo 26 del ER determina expresamente que la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen. Tanto los jueces como el acusado pueden alegar este artículo para poner fin al ejercicio jurisdiccional de la Corte²⁵.

Por el contrario, el artículo 27 del ER establece que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona no obstarán para que la Corte ejerza su jurisdicción sobre ella.²⁶ No obstante, tales inmunidades pueden jugar un papel en la cooperación de los Estados Partes con la Corte. De hecho, el artículo 98(1) del ER establece que:

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.²⁷

En consecuencia, la Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre cualquier persona dentro de su jurisdicción personal a pesar de su inmunidad, pero no podrá obligar a Estados Partes a incumplir sus obligaciones bajo el derecho internacional para con tales personas o sus respectivos Estados.²⁸

Es importante destacar que estas obligaciones son diferentes a las establecidas en los tratados mencionados en el artículo 98(2) del ER, que impide a la Corte solicitar a un Estado la entrega de una persona de otro Estado si tal entrega es incompatible con las obligaciones internacionales impuestas por

25 R.S. Clark y O. Triffterer, "Article 26: Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen", en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Múnich: C.H. Beck, 2008), p. 776, párr. 19.

26 Para la primera aplicación de este artículo en referencia a un Jefe de Estado, *vid. Fiscal c. Omar Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión relativa a la petición de la Fiscalía para la emisión de una orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, doc. ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párrs. 41 y 43.

27 Estatuto de Roma, art. 98(1) ("Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega").

28 K. Prost y A. Schlunk, "Article 98: Cooperation with respect to waiver of Immunity and consent to surrender", en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 1132, párrs. 2-4.

un acuerdo internacional entre ambos Estados. Las inmunidades del artículo 98(1) son generalmente de carácter diplomático,²⁹ mientras que los acuerdos contemplados en el artículo 98(2) impiden generalmente la re-extradición de un sospechoso o limitan la jurisdicción de un Estado sobre los soldados y oficiales extranjeros enviados a dicho Estado.³⁰ No obstante, este último artículo es la base jurídica alegada para los acuerdos firmados entre los Estados Unidos de América y más de cien Estados desde 2002 que impiden a estos últimos entregar ciudadanos norteamericanos a la CPI.³¹

II.2.2. Limitaciones derivadas del artículo 11 del ER: especial referencia a los crímenes permanentes

La segunda limitación afecta a la dimensión temporal de la jurisdicción de la Corte. El artículo 11 del ER establece que:

si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.³²

En consecuencia, sin una declaración expresa por parte de los Estados que ratifiquen el ER en el futuro, la Corte no tendrá competencia sobre crímenes cometidos en dichos Estados o por nacionales de dichos Estados entre el 1 de julio de 2002 y la fecha de entrada en vigor del ER para dichos Estados.³³

29 Vid. e.g. los ejemplos explicados en A. Ciampi, "Other Forms of Cooperation", en A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 1736.

30 C. Kreß y K. Prost, "Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 1615, párrs. 32-33.

31 A. Bogdan, "The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98", 8 *International Criminal Law Review* 1-2 (2008), 1-54.

32 Estatuto de Roma, art. 11(2) ("Competencia temporal").

33 Al tiempo de escribir estas líneas 52 Estados han ratificado el Estatuto de Roma tras su entrada en vigor, pero no han aceptado la competencia de la Corte sobre crímenes cometidos entre el 1 de julio de 2002 y la fecha de entrada en vigor de su subsiguiente ratificación según el artículo 126(2) del ER (fecha indicada entre paréntesis): Afganistán (1 de mayo de 2003), Albania (1 de mayo de 2003), Australia (1 de septiembre de 2002), Bangladesh (1 de junio de 2010), Barbados (1 de marzo de 2003), Bolivia (1 de septiembre de 2002), Brasil (1 de

La única excepción hasta el momento ha sido Uganda, que tras ratificar el ER en junio de 2002 y otorgar consecuentemente jurisdicción a la CPI desde el 1 de septiembre de 2002, realizó una declaración bajo el artículo 12(3) del ER por la cual permitió a la Corte investigar crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales desde el 1 de julio de 2002.³⁴ Semejante declaración no ha sido necesaria en el caso de Kenia, ya que los supuestos crímenes en Kenia bajo investigación por la Corte son posteriores al 1 de junio de 2005, fecha de entrada en vigor del ER en dicho Estado.³⁵

No obstante, se plantean dudas acerca del alcance de la jurisdicción temporal de la Corte con respecto a crímenes supuestamente cometidos antes de la fecha de entrada en vigor del ER en el Estado Parte en cuyo territorio se han cometido tales crímenes (Estado Parte territorial) o cuyos nacionales son sospechosos de tales crímenes (Estado Parte de nacionalidad activa), cuando,

septiembre de 2002), Burkina Faso (1 de julio de 2004), Burundi (1 de diciembre de 2004), Cabo Verde (1 de enero de 2012), Chad (1 de enero de 2007), Chile (1 de septiembre de 2009), Colombia (1 de noviembre de 2002), Comoras (1 de noviembre de 2006), Congo (1 de agosto de 2004), Corea del Sur (1 de febrero de 2003), Filipinas (1 de noviembre de 2011), Gambia (1 de septiembre de 2002), Georgia (1 de diciembre de 2003), Granada (1 de agosto de 2011), Grecia (1 de agosto de 2002), Guinea (1 de octubre de 2003), Guyana (1 de diciembre de 2004), Honduras (1 de septiembre de 2002), Islas Cook (1 de octubre de 2008), Islas de San Cristóbal y Nieves (1 de noviembre de 2006), Islas Maldivas (1 de diciembre de 2011), Islas Seychelles (1 de noviembre de 2010), Japón (1 de octubre de 2007), Kenia (1 de junio de 2005), Letonia (1 de septiembre de 2002), Liberia (1 de diciembre de 2004), Lituania (1 de agosto de 2003), Madagascar (1 de junio de 2008), Malawi (1 de diciembre de 2002), Malta (1 de febrero de 2003), México (1 de enero de 2006), Moldavia (1 de enero de 2011), Montenegro (3 de junio de 2006), Namibia (1 de septiembre de 2002), República Checa (1 de octubre de 2009), República Dominicana (1 de agosto de 2005), Samoa (1 de diciembre de 2002), San Vicente y las Granadinas (1 de marzo de 2003), Santa Lucía (1 de noviembre de 2010), Surinam (1 de octubre de 2008), Tanzania (1 de noviembre de 2002), Timor Leste (1 de diciembre de 2002), Túnez (1 de septiembre de 2011), Uruguay (1 de septiembre de 2002), Yibuti (1 de febrero de 2003), y Zambia (1 de febrero de 2003).

34 *Situación en la República Democrática del Congo*, Presidencia, Decisión relativa a la asignación de la situación en la República Democrática del Congo a la Sala de Cuestiones Preliminares I, doc. ICC-01/04-1, 5 de julio de 2004, anexo; S.A. Williams y W.A. Schabas, "Article 12: Preconditions to the exercise of jurisdiction", en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 560, párr. 17.

35 *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión relativa a la petición de autorización para abrir una investigación en el contexto de la situación en la República de Kenia emitida en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma, doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrs. 172-174.

debido a las especiales características del tipo penal, la consumación de los crímenes se sigue prolongando en el tiempo después de dicha fecha.³⁶

Esta compleja cuestión dio lugar a un intenso debate durante la elaboración de los Elementos de los Crímenes del delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. En particular, se discutió la posible jurisdicción de la Corte en casos en que (i) la detención, aprehensión o secuestro de la víctima por parte del Estado o de una organización política, o con su autorización apoyo, o aquiescencia, seguida de la negativa a reconocer su privación de libertad o a dar información sobre su paradero, se hubiera producido antes de la entrada en vigor del ER para el Estado Parte territorial, o para el Estado Parte de nacionalidad activa; pero (ii) dicha negativa al reconocimiento de la privación de libertad de la víctima o a dar información sobre su paradero se estuviese prolongando más allá de dicha fecha.³⁷ Como consecuencia de este debate, los Elementos de los Crímenes incluyen dos medidas cuya compatibilidad con la definición del delito de desaparición forzada contenida en el artículo 7(2)(i) del ER –así como con los principios de legalidad y no retroactividad previstos en los artículos 22 y 24 del ER– no ha sido todavía objeto de análisis por la jurisprudencia de la Corte.

36 M. Scharf, “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: a Critique of the U.S. Position”, 64 *Law & Contemporary Problems* 67 (2001), pp. 79-80. En B.A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary* (Saint Paul, Minnesota: Thomson West Publishing Company, 8ª ed., 2004), p. 399, se entiende por crimen permanente (denominado con la expresión inglesa “continuing crime”): “1. A crime that continues after an initial illegal act has been consummated; a crime that involves ongoing elements [...] 2. A crime (such as driving a stolen vehicle) that continues over an extended period”. Si bien esta definición no es vinculante para la Corte Penal Internacional, ha sido utilizada en el pasado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y por la Corte Especial para Sierra Leona para definir la figura de los crímenes permanentes. Vid. *Ferdinand Nahimana et al. c. Fiscal*, caso n° ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 28 de noviembre de 2007, párr. 723; y *Fiscal c. Sesay, Kallon y Gbao (caso RUF)*, caso n° SCSL-04-15-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 26 de octubre de 2009, párr. 739, nota 1915. A pesar del uso de la expresión inglesa “continuing crimes” para referirse a los crímenes permanentes, es necesario no confundir estos últimos con la figura del delito continuado, que se aplica en casos de repetición múltiple de hechos punibles consumados que tienen una misma naturaleza (como por ejemplo una pluralidad de hurtos).

37 C.K. Hall, “The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court”, 94 *American Journal of International Law* 4 (2000), p. 781.

La primera medida está relacionada con la definición del crimen de desaparición forzada en el artículo 7(2)(i) del ER como un delito complejo cuya consumación requiere dos actos consecutivos en el tiempo: (i) la detención, aprehensión o secuestro de la víctima; y (ii) la posterior negativa a reconocer dicha privación de libertad o a dar información sobre el paradero de la víctima. Sobre esta base, los Elementos de los Crímenes convierten este delito en dos subtipos penales autónomos y alternativos, estableciendo que la realización de cada una de esas conductas independientemente consideradas provocará la consumación del delito.³⁸ En consecuencia, según la actual redacción de los Elementos de los Crímenes, la conducta típica de uno de los dos subtipos penales del delito de desaparición forzada consistiría en la mera negativa a reconocer la privación de libertad de una persona o a dar información sobre su paradero realizada con el apoyo o autorización de un Estado u organización, con tal de que se pueda constatar objetivamente que la víctima ha sido previamente privada de su libertad. De esta manera, los Elementos de los Crímenes estarían dejando abierta la posibilidad para que la Corte pudiera ejercitar su jurisdicción sobre aquellos casos en los que la privación de libertad se ha producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del ER para el Estado en cuyo territorio se han producido los hechos o cuyos nacionales son los presuntos responsables, pero la negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre el paradero de la víctima se produce con posterioridad a dicha fecha.

De aceptarse la conformidad del subtipo penal de desaparición forzada basado en la negativa a reconocer la privación de libertad o el paradero de la víctima con la definición del delito de desaparición forzada prevista en el artículo 7(2)(i) del ER y con el principio de legalidad previsto en el artículo 22 del ER, entendemos que no existiría un problema de retroactividad de la norma penal.³⁹ La conducta típica se estaría produciendo con posterioridad a

38 Elementos de los Crímenes, artículo 7(1)(i), elementos 1(a) “o” (b) y 2 (a) “o” (b).

39 La prohibición de la retroactividad de la norma penal es un principio fundamental del derecho penal internacional (*vid. e.g.* art. 22(1) ER – “Nullum crimen sine lege”). Sin embargo, surge la cuestión de si se trata de un principio absoluto que no admite excepción alguna. En este sentido, existen toda una serie de precedentes que cuestionan el carácter absoluto de este principio. Por ejemplo, se ha argumentado que el Tribunal de Núremberg juzgó delitos imputados que se recogieron en la Carta de Londres, aprobada después de que tales delitos hubieran tenido lugar. Del mismo modo, después de la segunda guerra mundial varios países europeos

dieron prevalencia a los principios de promoción de la justicia y eliminación de la impunidad sobre el principio de irretroactividad. Por ejemplo, en el caso de Holanda, la Carta de Londres sólo entró en vigor el 10 de junio de 1947, cuando fue adoptada por el Decreto Penal Extraordinario, mientras que en el caso del General Rauter los tribunales holandeses hicieron énfasis en que violaciones graves de un principio de derecho internacional generalmente aceptado no dejaban necesariamente de generar responsabilidad penal porque no hubiera existido una norma previa criminalizando específicamente dicha conducta. Vid. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht* (Deventer: Kluwer Law, 4ª ed., 2009), pp. 90-91. Esta doctrina fue codificada posteriormente en el art. 15(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 7(2) del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Más recientemente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado que las desapariciones forzadas son violaciones permanentes de derechos humanos y pueden por tanto constituir una excepción al principio de irretroactividad de la norma penal. Vid. e.g. *Quinteros Almeida c. Uruguay*, comunicación n° 107/1981, doc. CCPR/C/19/D/107/1981, dictamen de 21 de julio de 1983, párrs. 14-16; *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de fondo, serie C N° 4, 29 de julio de 1988, párr. 155; *Blake c. Guatemala*, sentencia sobre excepciones preliminares, serie C N° 27, 2 de julio de 1996, párrs. 34-40; *Blake c. Guatemala*, sentencia de fondo, serie C N° 36, 24 de enero de 1998, párr. 67; *Timurtas c. Turquía*, sentencia, solicitud n° 23531/94, informes de sentencias y decisiones 2000-VI, 13 de junio de 2000, párr. 98. Por su parte, algunos tribunales penales internacionales también han reconocido ciertas excepciones al principio de irretroactividad de la norma penal. Por ejemplo, la Corte Especial de Sierra Leona ha reconocido el concepto de delitos permanentes, a los que se refiere con la expresión “continuing crime”, como una posible excepción al principio de irretroactividad de la norma penal. Vid. *Fiscal c. Sesay, Kallon y Gbao (caso RUF)*, caso n° SCSL-04-15-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 26 de octubre de 2009, párr. 739, nota 1915 (en referencia a los “matrimonios forzados” como actos inhumanos). En cambio, la mayoría de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha rechazado el carácter permanente de la “instigación” porque dicha actividad no se continúa desarrollando en el tiempo. Vid. *Ferdinand Nahimana et al. c. Fiscal*, caso n° ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 28 de noviembre de 2007, párr. 723. Finalmente, en el marco de las jurisdicciones nacionales, si bien el principio de irretroactividad de la norma penal constituye un principio universalmente aceptado, no es menos cierta la existencia de precedentes dentro de algunas jurisdicciones en

la fecha de entrada en vigor del ER para el Estado Parte en cuyo territorio se producen los hechos o cuyos nacionales son los presuntos responsables, y sólo la condición objetiva de la previa detención de la víctima –que no forma parte de la conducta típica de este subtipo–, se habría producido con anterioridad.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el resultado de la subdivisión en dos subtipos penales del delito de desaparición forzada previsto en el artículo 7(2)(i) del ER no es sino la extensión del ámbito de las conductas punibles, así como el hecho de que la Corte pueda ejercer su jurisdicción en supuestos que a priori parecían quedar al margen de su jurisdicción temporal, la operación llevada a cabo en los Elementos de los Crímenes es, a la luz de la definición del delito de desaparición forzada en el artículo 7(2)(i) del ER, de una compatibilidad ciertamente dudosa con el principio de legalidad previsto en el artículo 22 del ER. En estas circunstancias, la Corte tendrá eventualmente que decidir, de acuerdo con los artículos 9 y 21 del ER y a la luz de principios recogidos en su jurisprudencia,⁴⁰ si hay una contradicción irreconciliable entre el ER y los Elementos de los Crímenes que deba dar lugar a la inaplicación de estos últimos.

La segunda de las medidas incluidas en los Elementos de los Crímenes, y cuya compatibilidad con la definición del delito de desaparición forzada prevista en el artículo 7(2)(i) del ER no ha sido todavía objeto de análisis por la jurisprudencia de la Corte, está contenida en la nota al pie número 24 de los Elementos de los Crímenes, que señala que:

El crimen [de desaparición forzada] será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.

Los elementos 7 y 8 referidos en esta nota al pie requieren respectivamente (i) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque

los que se afirma que los crímenes de lesa humanidad pueden ser una excepción a dicho principio. Los procesos contra Klaus Barbie, Paul Touvier y Maurice Papon en Francia constituyen ejemplos de este tipo de precedentes. Vid. J. Lelieur-Fischer, “Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour? The 2003 Decision of the French Court of Cassation in *Aussaresses*”, 2 *Journal of International Criminal Justice* 231 (2004), p. 233, nota 5.

40 Vid. e.g. *Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión relativa a la petición de la acusación para la emisión de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, doc. ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párr. 128.

generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (ii) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo. En consecuencia, esta nota al pie requiere que el elemento contextual exigido para la existencia de cualquier crimen de lesa humanidad se produzca después del 1 de julio de 2002, o tras la fecha de entrada en vigor del ER para el Estado Parte territorial o de nacionalidad activa. Por lo tanto, la Corte podrá ejercitar su jurisdicción sólo cuando la negación del reconocimiento de la detención o del paradero de la víctima se produzca en el marco de una multiplicidad de actos de violencia que, siendo dirigidos contra una población civil en ejecución de la política de un Estado o de una organización, y siguiendo un patrón de conducta (sistematicidad) o siendo de amplias dimensiones (generalizado),⁴¹ ocurran con posterioridad a dicha fecha.

La aplicación de esta nota al pie excluiría de la jurisdicción de la Corte los supuestos de desapariciones forzadas donde después de varias décadas el Estado no ha podido todavía informar a los familiares sobre el paradero de las víctimas, pero los ataques sistemáticos y/o generalizados contra la población civil en el marco de los cuales tuvieron lugar las desapariciones hace tiempo que cesaron. Tal sería el caso de los desaparecidos durante las dictaduras militares de España en los años 40 y 50 y de Argentina y Chile en los años 70 y 80. Sin embargo, de nuevo resulta controvertido el resultado de la aplicación de esta disposición a supuestos en los que ataques sistemáticos y/o generalizados contra la población civil que generaron miles de desapariciones forzadas en años anteriores a julio de 2002, continuaron ejecutándose con posterioridad al 1 de Julio de 2002 o con posterioridad a la entrada en vigor del ER para el Estado Parte territorial o de nacionalidad activa. Tal podría ser el caso de Colombia, donde decenas de miles de desapariciones forzadas fueron ocasionadas por el paramilitarismo, en particular durante la década de los noventa y que, a pesar de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Colombia el 1 de noviembre de 2002, continuaron llevándose a cabo con importante intensidad hasta la desmovilización de numerosos bloques paramilitares a finales de

41 Vid. *e.g.* *Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, doc. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 83.

2005 en aplicación de la Ley de Justicia y Paz.⁴² De nuevo tendrá que ser la Corte la que deberá decidir sobre el valor y contenido de esta nota al pie a la luz del valor de los Elementos de los Crímenes como fuente del derecho en el sistema del ER y de su previa jurisprudencia al respecto.

En todo caso será importante distinguir los supuestos en los que el carácter permanente del delito permite que desapariciones forzadas que se consumaron con anterioridad a la entrada en vigor del ER puedan ser objeto de la jurisdicción de la Corte, de aquellos otros supuestos en que hechos acaecidos con anterioridad al inicio de la jurisdicción temporal de la Corte pueden ser utilizados como elementos de prueba a los efectos de inferir la existencia de los elementos contextuales de los delitos, la existencia de ciertos elementos de las formas de intervención punible en el delito como la existencia de un plan criminal común, o el elemento subjetivo del tipo.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda constituye un buen ejemplo este sentido, ya que aunque no puede condenar por crímenes anteriores a 1994,⁴³ circunstancias anteriores a tal fecha han sido discutidas durante los juicios y posteriormente consideradas a la hora de dictar sentencia en varios casos. Por ejemplo, este tribunal ha permitido introducir pruebas de eventos

42 En favor de una consideración como crímenes permanentes de desapariciones forzadas cometidas en situaciones similares, *vid. e.g. Mónaco de Gallicchio c. Argentina*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n° 400/1990, doc. CCPR/C/53/D/400/1990, dictamen de 3 de abril de 1995, párr. 10.4; *Josip, Bozana y Tomislav Manatović c. República Serbia*, Sala de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina, caso n° CH/96/1, decisión sobre admisibilidad, 13 de septiembre de 1996, sección IV; *Ratko Grgić c. República Serbia*, Sala de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina, caso n° CH/96/15, decisión de fondo, 5 de agosto de 1997, párrs. 18-19; *Avdo y Esmá Palić c. República Serbia*, Sala de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina, caso n° CH/99/3196, decisión sobre admisibilidad y de fondo, 11 de enero de 2001, párrs. 41 y 44; *Ferida Selimović et al. c. República Serbia* (“caso Srebrenica”), Sala de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina, casos nos. CH/01/8365 a CH/02/9596, decisión sobre admisibilidad y de fondo, 7 de marzo de 2003, párrs. 166-169; y *Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre excepciones preliminares, Serie C N° 118, 23 de noviembre de 2004, párrs. 105-106.

43 *Juvénal Kajelijeli c. Fiscal*, case n° ICTR-98-44A-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 23 mayo de 2005, párr. 200; *Ferdinand Nahimana et al. c. Fiscal*, caso n° ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 28 de noviembre de 2007, párr. 310.

anteriores a 1994 relacionados con el subsiguiente genocidio y se ha basado en ellas para determinar si varios acusados contaban en 1994 con el elemento subjetivo requerido para la comisión de tal crimen.⁴⁴ La Sala de Apelaciones de este tribunal ha aclarado que pruebas de hechos previos al inicio de su jurisdicción temporal pueden ser tenidas en cuenta para (i) clarificar un contexto determinado, (ii) deducir los elementos de una conducta punible que tuvo lugar posteriormente en 1994, o (iii) demostrar un patrón de conducta deliberado.⁴⁵

II.2.3. *Limitaciones derivadas de la disposición transitoria del artículo 124 del ER*

La tercera limitación, establecida en la “disposición de transición” del artículo 124 del ER, se refiere también a la jurisdicción temporal de la Corte:

No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.⁴⁶

Según este artículo, la declaración del nuevo Estado Parte impide a la Corte ejercer durante un periodo de siete años su jurisdicción sobre crímenes de guerra incluso si el Estado en el que supuestamente se han cometido tales crímenes o el Estado del que son nacionales los sospechosos de tales crímenes es Parte en el ER.⁴⁷

44 Vid. e.g. *Fiscal c. Augustin Ngirabatware*, caso n° ICTR-99-54-T, Sala de Primera Instancia, Decisión relativa a la moción de la defensa para excluir pruebas que caen fuera de la jurisdicción temporal del tribunal, 3 de febrero de 2011.

45 *Ferdinand Nahimana et al. c. Fiscal*, caso n° ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, sentencia, 28 de noviembre de 2007, párr. 315.

46 Estatuto de Roma, art. 124 (“Disposición de transición”).

47 S. Bourgon, “Jurisdiction *ratione loci*”, en A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 563-565; D. Becheraoui, « L'exercice des compétences de la Cour pénale internationale », 76 *Revue internationale de droit pénal* 3 (2005), pp. 358-360.

Por ahora sólo dos Estados, Francia y Colombia, han hecho uso del artículo 124 al ratificar el ER, si bien Francia retiró su declaración más tarde.⁴⁸ Tal y como estaba previsto en este artículo, su mantenimiento fue discutido durante la Conferencia de Revisión del ER, celebrada en Kampala (Uganda) del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. Finalmente, se decidió mantener esta disposición en su forma actual y revisarla en 2015.⁴⁹

El mantenimiento del artículo 124 del ER fue justificado por la misma razón que esgrimió Francia para la introducción de esta disposición en 1998,⁵⁰ es decir, la necesidad de algunos Estados, especialmente aquellos Estados cuyos nacionales sirven en operaciones de mantenimiento de la paz en el extranjero, de contar con algún tiempo para valorar el trabajo de la Corte antes de proceder a la ratificación del ER.⁵¹ Sin embargo, esta argumentación puede ponerse en entredicho sobre la base de que 119 Estados ya han ratificado el ER y no han hecho uso de dicha disposición transitoria. En estas circunstancias, surgen dudas razonables acerca de si el mantenimiento de esta disposición no va sino a provocar que ciertos crímenes puedan quedar impunes en el futuro.⁵²

II.2.4. *Limitaciones derivadas de las solicitudes del Consejo de Seguridad conforme al artículo 16 del ER*

Finalmente, la cuarta limitación a la jurisdicción de la CPI sobre crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados Partes en el ER está recogida en el artículo 16 del ER, el cual establece que:

48 Vid. declaración de Francia, ref. C.N.404.2000.TREATIES-12, 9 de junio de 2000 y declaración de Colombia, ref. C.N.834.2002.TREATIES-33, 5 de agosto de 2002. Francia retiró su declaración el 15 de junio de 2008 (ref. C.N.592.2008.TREATIES-5) y la declaración de Colombia expiró el 21 de octubre de 2009. Para un análisis de los posibles motivos que llevaron a Francia y a Colombia a hacer uso del artículo 124, *vid.* S. Tabak, “Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute”, 40 *Georgetown Journal of International Law* 1069 (2009), pp. 1085-1086 y 1088-1092.

49 Conferencia de Revisión, Resolución RC/Res.4 (artículo 124), aprobada por consenso en la 11ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010.

50 S. Tabak, “Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute”, 40 *Georgetown Journal of International Law* 1069 (2009), pp. 1073 y 1083.

51 Vid. Documentos oficiales de la 8ª sesión de la Asamblea de Estados Partes, volumen I, doc. ICC-ASP/8/20, anexo II, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Conferencia de Revisión*, 9 de junio de 2010, párrs. 7-10.

52 S. Tabak, “Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute”, 40 *Georgetown Journal of International Law* 1069 (2009), pp. 1082 y 1098-1099.

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.⁵³

Por tanto, a pesar de que el Estado en cuestión haya ratificado el ER, el Consejo de Seguridad puede retrasar el ejercicio de la jurisdicción temporal y territorial de la CPI y evitar que ésta investigue y enjuicie crímenes dentro de su jurisdicción.⁵⁴ Este artículo, muy controvertido durante las negociaciones,⁵⁵ fue introducido con el objetivo de evitar que las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en ejercicio de las funciones que le confiere la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional pudieran verse negativamente afectadas por las actividades de investigación y enjuiciamiento de la Corte.⁵⁶ No obstante, dado que se introdujo en el ER para evitar un menoscabo de la efectividad de la acción del Consejo de Seguridad a resultas de la actuación de la Corte,⁵⁷ existe una cierta controversia sobre (i) el nivel de concreción del objeto de las peticiones a que se refiere el artículo 16; y (ii) el alcance de la prorrogación en el tiempo por el Consejo de las peticiones a la

53 Estatuto de Roma, art. 16 (“Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento”).

54 El artículo no contempla limitaciones al “examen preliminar” que pueda realizar el Fiscal antes de proceder a investigar. Vid. M. Bergsmo y J. Pejić, “Article 16: Deferral of investigation or prosecution”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 601, párr. 15; L. Condorelli y S. Villalpando, “Referral and Deferral by the Security Council”, en A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 651.

55 Vid. L. Yee, “The International Criminal Court and the Security Council”, en R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp. 149-151.

56 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff: Leiden, 2005), pp. 176-182; M. Bergsmo y J. Pejić, “Article 16: Deferral of investigation or prosecution”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 598, párr. 7 y p. 599, párr. 10.

57 M. Bergsmo, “Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council”, *69 Nordic Journal of International Law* 87 (2000), pp. 92-109.

Corte para que no investigue o no enjuicie una determinada situación o caso.⁵⁸

Esta controversia se vio reforzada a resultas del uso genérico de esta disposición que en julio de 2002 y junio de 2003 hizo el Consejo de Seguridad, a instancia de los Estados Unidos de América, para que la Corte no ejerciera su jurisdicción durante un periodo de doce meses sobre los crímenes que pudieran cometer los nacionales de Estados no Partes trabajando en misiones de mantenimiento de la paz por todo el mundo.⁵⁹ Dado su carácter genérico y no limitado a una determinada situación o caso ante la Corte, se puso en duda la legalidad y correspondiente eficacia de este primer recurso del Consejo al artículo 16 del ER, lo que también abrió el debate sobre la capacidad de la Corte de revisar si la solicitud del Consejo cumple con los requisitos formales y/o materiales necesarios para que la misma tenga eficacia conforme al artículo 16 del ER.⁶⁰ Sin embargo, la Corte no tuvo que pronunciarse sobre ninguna de estas cuestiones debido a que la Corte inició su primera investigación el 23 de junio de 2004 en relación con la situación en la República Democrática del Congo,⁶¹ y la solicitud del Consejo no fue prorrogada más allá del 1 de julio de 2004.

El Consejo de Seguridad no ha vuelto a hacer uso del artículo 16 del ER desde entonces,⁶² pero ha recordado su existencia en sus posteriores remisiones a la Corte.⁶³ En estas circunstancias, no está claro si la Corte revisará futu-

58 Vid. e.g. S. Bourgon, "Jurisdiction *ratione temporis*", en A. Cassese *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 554; L. Condorelli y Santiago Villalpando, "Referral and Deferral by the Security Council", *ibid.*, pp. 648-654; D. Becheraoui, «L'exercice des compétences de la Cour pénale internationale», *76 Revue internationale de droit pénal* 3 (2005), pp. 369-371.

59 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1422 (2002) (el mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas), 12 de julio de 2002, párr. 1; Resolución 1487 (2003) (mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas), 12 de junio de 2003, párr. 1. Vid. D. Becheraoui, «L'exercice des compétences de la Cour pénale internationale», *76 Revue internationale de droit pénal* 3 (2005), pp. 360-367.

60 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff: Leiden, 2005), pp. 176-182.

61 Nota de prensa de la Fiscalía de la CPI, doc. ICC-OTP-20040623-59, 23 de junio de 2004.

62 Se rumoreó que Estados Unidos y Francia, como miembros permanentes del Consejo de Seguridad, podrían conseguir que el Consejo suspendiera la orden de arresto emitida por la CPI contra el Presidente de Sudán por crímenes supuestamente cometidos en Darfur. Vid. Sudan Tribune, *U.S. denies reports on agreeing to deferring Bashir's warrant*, 8 de febrero de 2011.

63 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005) (informes del Secretario General sobre el Sudán), 31 de marzo de 2005, preámbulo; Consejo

ras solicitudes del Consejo de no ejercer su jurisdicción sobre una determinada situación o caso. Por un lado, se ha argumentado que el artículo 16 del ER concede un poder exclusivo al Consejo de Seguridad, que debe ser ejercido de acuerdo a unos instrumentos jurídicos que son vinculantes también para la Corte.⁶⁴ Por otro lado, se ha defendido la postura de que el Consejo de Seguridad no puede afectar el alcance de la jurisdicción de la Corte y que la Corte es garante de la correcta aplicación del ER. Desde este punto de vista, la Corte podría examinar el uso que el Consejo haga del artículo 16 del ER antes de cumplir con su solicitud de no iniciar o de suspender sus investigaciones o enjuiciamientos.⁶⁵

III. JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE CRÍMENES COMETIDOS EN EL TERRITORIO DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA POR NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA

En base a lo expuesto en los apartados anteriores, la Corte Penal Internacional no puede ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos en el territorio de Estados no Partes en el ER por nacionales de Estados no Partes en el ER. Esta limitación quedó patente en el año 2006, cuando el Fiscal de la Corte concluyó que no podía investigar crímenes de guerra supuestamente cometidos en territorio iraquí por soldados norteamericanos, ya que ni Irak ni los Estados Unidos de América habían ratificado el ER.⁶⁶ Sin embargo, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos en el territorio de

de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011) (paz y seguridad en África), 26 de febrero de 2011, preámbulo (“Recordando el artículo 16 del Estatuto de Roma, según el cual la Corte Penal Internacional no puede iniciar ni proseguir investigación ni enjuiciamiento alguno durante un plazo de 12 meses después de que el Consejo de Seguridad le haya formulado una petición a tal efecto”).

64 M. Bergsmo y J. Pejić, “Article 16: Deferral of investigation or prosecution”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 603, párr. 23.

65 L. Condorelli y S. Villalpando, “Can the Security Council Extend the ICC’s Jurisdiction?”, en A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 574; “Referral and Deferral by the Security Council”, *ibid.*, pp. 628 y 650; H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff: Leiden, 2005), p. 178.

66 Respuesta de la Fiscalía a las comunicaciones recibidas sobre Irak, 9 de febrero de 2006, p. 3 y nota al pie 14.

Estados no Partes en el ER por nacionales de Estados no Partes en el ER sobre la base de (i) una declaración estatal de consentimiento, o (ii) una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

III.1. DECLARACIONES ESTATALES DE CONSENTIMIENTO CONFORME AL ARTÍCULO 12(3) DEL ER

El artículo 12(3) del ER establece que en cualquier momento un Estado no Parte en el ER puede depositar ante el Secretario de la Corte una declaración consintiendo a que la Corte ejerza su competencia sobre crímenes supuestamente cometidos por sus nacionales o en su territorio:

Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.⁶⁷

En consecuencia, Estados no Partes en el ER deben consentir para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción sobre crímenes supuestamente cometidos en su territorio por nacionales de Estados no Partes. Esta disposición pone de relieve el respeto del ER para con la soberanía de los Estados no Partes, que de acuerdo con el derecho de los tratados no están obligados por el ER.⁶⁸ La única excepción a esta regla se produce cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remite a la Corte la situación en un Estado no Parte en el ER.⁶⁹

67 La regla 44(2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba aclara que “la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia [de la Corte] con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación”. Esta regla fue introducida para evitar que los Estados pudiesen limitar las investigaciones del Fiscal refiriendo unos crímenes pero no otros. Vid. M. Scharf, “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: a Critique of the U.S. Position”, 64 *Law & Contemporary Problems* 67 (2001), p. 78; J. Holmes, “Jurisdiction and Admissibility”, en R.S. Lee et al. (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (New York: Transnational Publishers, 2001), p. 326.

68 S.A. Williams, “Article 12: Preconditions to the exercise of jurisdiction”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 341, párr. 17.

69 Vid. *infra* sección 3.2.

El primer Estado no Parte en realizar una declaración bajo el artículo 12(3) del ER fue Costa de Marfil, en abril de 2003 y diciembre de 2010.⁷⁰ Sobre la base de esta declaración, en 2011 el Fiscal de la Corte solicitó, conforme al artículo 15(3) del ER, la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para proceder a una investigación en relación con la situación en el territorio de Costa de Marfil. El 3 de octubre de 2011 la Sala de Cuestiones Preliminares III concedió su autorización para proceder a dicha investigación, tras determinar que Costa de Marfil había dado su consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre crímenes cometidos en su territorio desde septiembre de 2002.⁷¹

En 2009 Palestina también hizo una declaración bajo el artículo 12(3) del ER con la expectativa de que la Corte investigara supuestos crímenes cometidos en su territorio desde julio de 2002.⁷² Tal declaración permitiría a la Corte investigar crímenes supuestamente cometidos por nacionales de Estados no Partes en el ER (e.g. Israel) en territorio palestino, en particular crímenes alegados en Gaza en diciembre de 2008 y enero de 2009.⁷³ Sin embargo, al tiempo de escribir estas líneas la Corte no ha actuado todavía sobre tal declaración y sigue analizando si la declaración satisface los requisitos del ER. Es controvertida la cuestión relativa a si Palestina puede calificarse como un “Estado” no Parte bajo el artículo 12(3) del ER, entre otras razones porque todavía no ha accedido como miembro de pleno derecho a la Organización de las Naciones Unidas.⁷⁴

70 República de Costa de Marfil, Declaración reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, 18 de abril de 2003; Carta confirmando el reconocimiento de jurisdicción, 14 de diciembre de 2010.

71 *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión relativa a la autorización de una investigación en el contexto de la situación en la República de Costa de Marfil en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma, doc. ICC-02/11-14, 3 de octubre de 2011, párr. 15.

72 Carta del Fiscal a la Alta Comisionada Adjunta para los Derechos Humanos, 12 de enero de 2010, párr. 5.

73 *Ibid.*, párrs. 4 y 14.

74 *Vid.* Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Resumen de informes sobre si la declaración presentada por la Autoridad Nacional Palestina reúne los requisitos estatutarios, 3 de mayo de 2010, párr. 38. Al tiempo de escribir estas líneas, la adhesión de Palestina a la Organización de las Naciones Unidas como Estado miembro está pendiente de decisión en el Consejo de Seguridad. No obstante, Palestina ya se ha adherido a algunas de las agencias de esta organización, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *Vid.* Servicio de Noticias de las Naciones Unidas, *UNESCO admite a Palestina*

III.2. REMISIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 13(B) DEL ER

La jurisdicción de la Corte puede extenderse en todo caso sobre crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de Estados no Partes en el ER si

[e]l Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.⁷⁵

La conveniencia de otorgar este poder ilimitado al Consejo de Seguridad fue muy debatida durante las negociaciones. Eventualmente se acordó, por un lado, que la remisión del Consejo no vinculara a la Corte para que ésta preservara su independencia y tuviera la última palabra a la hora de decidir si investigar o no.⁷⁶ Por otro lado, sobre la base del precedente de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda establecidos por el Consejo, se dispuso que la facultad de remisión del Consejo pudiera afectar tanto a Estados Partes como no Partes en el ER.⁷⁷

Al tiempo de escribir estas líneas el Consejo de Seguridad ha hecho uso del artículo 13(b) del ER únicamente en relación con situaciones en Estados no Partes en el ER. En 2005 el Consejo remitió al Fiscal de la Corte la situación en Darfur (Sudán), y en 2011, la situación en Libia. La primera remisión extiende la jurisdicción de la Corte sobre crímenes supuestamente cometidos en dicha región de Sudán desde el 1 de julio de 2002.⁷⁸ La segunda remisión extiende la jurisdicción de la Corte sobre crímenes supuestamente cometidos en todo el territorio de Libia desde el 15 de febrero de 2011.⁷⁹

como Estado miembro, 31 de octubre de 2011.

75 Estatuto de Roma, art. 13(b) (“Ejercicio de la competencia”).

76 S.A. Williams, “Article 13: Exercise of jurisdiction”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 568, párr. 13.

77 L. Yee, “The International Criminal Court and the Security Council”, en R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp. 147-148.

78 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005) (informes del Secretario General sobre el Sudán), 31 de marzo de 2005.

79 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011) (paz y seguridad en África), 26 de febrero de 2011.

En relación con la situación de crisis en Siria desde abril de 2011, varias organizaciones de derechos humanos han solicitado al Consejo que remita dicha situación a la Corte para su investigación.⁸⁰ Sin embargo, hasta el momento el Consejo de Seguridad no ha realizado remisión alguna en este sentido conforme al artículo 13(b) del ER. Tal remisión, bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, requeriría el voto afirmativo de nueve miembros del Consejo y la ausencia de veto por parte de cualquiera de sus cinco miembros permanentes.⁸¹ De estos últimos, ni Rusia ni China están de acuerdo con la intervención de la Corte en la situación en Siria al tiempo de escribir estas líneas.⁸²

Es de destacar que en sus dos remisiones a la Corte Penal Internacional, el Consejo de Seguridad ha decidido que

los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado [contribuyente] que no sea [el Sudán o Libia] y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional quedarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado respecto de todos los [presuntos o supuestos] actos u omisiones derivados de operaciones en [el Sudán o Libia] establecidas o autorizadas por el Consejo o relacionados con ellas, a menos que ese Estado [contribuyente] haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva.⁸³

Esta excepción puede probablemente explicarse en términos políticos por el hecho de que tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, los Estados Unidos de América y Rusia) no son Estados Partes en el Estatuto de Roma y por tanto no desean renunciar a su jurisdicción sobre

80 Vid. e.g. Human Rights Watch, “*We’ve Never Seen Such Horror*”: *Crimes against Humanity by Syrian Security Forces*, 1 de junio de 2011; Amnistía Internacional, *La ONU debe actuar tras un fin de semana sangriento en Siria*, 6 de junio de 2011; Amnistía Internacional, *Deadly detention: Deaths in custody amid popular protest in Syria*, agosto de 2011, p. 24; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic*, 15 de septiembre de 2011, párr. 94(c).

81 Carta de las Naciones Unidas, capítulo V (El Consejo de Seguridad), artículo 27(3).

82 Servicio de Noticias de las Naciones Unidas, *Rusia y China vetan resolución sobre Siria en Consejo de Seguridad*, 4 de octubre de 2011.

83 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005) (informes del Secretario General sobre el Sudán), 31 de marzo de 2005, párr. 6; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011) (paz y seguridad en África), 26 de febrero de 2011, párr. 6.

los delitos que sus nacionales puedan cometer en Darfur y Libia.

Sin embargo, el Estatuto de Roma deja dudas acerca de si una remisión del Consejo de Seguridad bajo el artículo 13(b) del ER puede limitar la jurisdicción personal de la Corte de esta manera. El tenor literal del artículo 13(b) del ER, reproducido más arriba, indica únicamente que la remisión del Consejo debe referirse a una “situación” en la que parece que se han cometido uno o varios crímenes de la jurisdicción material de la Corte.⁸⁴ Dicho artículo no hace referencia expresa al poder del Consejo de Seguridad para determinar el ámbito personal de tal “situación” además de sus dimensiones geográficas y temporales.⁸⁵ La posibilidad de incluir una dimensión personal concreta en las remisiones del Consejo de Seguridad podría ser también contraria al propósito que animó la introducción de “situaciones” en vez de “casos” como objeto de tales remisiones: los redactores del ER pretendían que los sospechosos que tuvieran que comparecer ante la Corte fueran identificados por la propia Corte y no por el Consejo de Seguridad, entre otras cosas para evitar “la politización del procedimiento de remisión”.⁸⁶

IV. CONCLUSIÓN

A fecha de 1 de noviembre de 2011, cuando apenas faltan unos meses para que se cumpla el décimo aniversario de la entrada en vigor del ER, la

84 “Situaciones” están generalmente definidas por parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales, como la situación en el territorio de la República Democrática del Congo desde el 1 de julio de 2002, e implican los procedimientos previstos en el ER para determinar si una situación en particular debería dar lugar a una investigación penal así como la investigación como tal. *Vid.* H. Olásolo y E. Carnero Rojo, “The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investigation: the admissibility of ‘situations’”, en C. Stahn y M.M. El Zeidy (eds.), *The International Criminal Court: From Theory to Practice* (Cambridge: Cambridge University Press: 2011), pp. 395-402.

85 En cambio, el artículo 16 del ER concede al Consejo de Seguridad la capacidad de pedir a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado. *Vid. supra* sección 2.2.4.

86 S.A. Fernández de Gurmendi, “The Role of the International Prosecutor”, en R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 180; S.A. Williams, “Article 13: Exercise of jurisdiction”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 568, párr. 13; M. Bergsmo y J. Pejčić, “Article 16: Deferral of investigation or prosecution”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Múnich: C.H.Beck, 2008), p. 600, párr. 13.

Corte Penal Internacional se encuentra ejerciendo su jurisdicción mediante el desarrollo de investigaciones en las situaciones de Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Kenia, Libia, República Centroafricana, República Democrática del Congo y Uganda. Asimismo, diez situaciones han sido o siguen siendo en este preciso momento objeto de un examen preliminar: Afganistán, Colombia, Corea del Sur, Georgia, Guinea, Irak, Nigeria, Honduras, Palestina y Venezuela. Además, de conformidad con los artículos 13(c) y 15(1) del ER, el Fiscal de la Corte ha recibido a día de hoy más de nueve mil “comunicaciones” de personas y organizaciones residentes en más de 140 Estados.⁸⁷

Ante esta situación parece cobrar fuerza la posición de quienes afirman que, más allá de la indudable vocación universal de la Corte, se puede afirmar en la actualidad que gracias a los mecanismos de extensión de su jurisdicción temporal, territorial y personal previstos en los artículos 12(3) y 13(b) del ER, la CPI posee en la práctica una jurisdicción *potencialmente* universal sobre aquellas situaciones en las que se hayan podido cometer crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra con posterioridad al 1 de julio de 2002.

No obstante, en el presente estudio también hemos comprobado que durante los primeros diez años de vida de la Corte han existido situaciones de presuntos delitos que, a pesar de estar dentro de la competencia material y temporal de la Corte, han quedado excluidas de su conocimiento por encontrarse fuera de los ámbitos personal y territorial de su jurisdicción. En particular hemos analizado lo ocurrido con (i) la situación en Irak desde marzo de 2003, donde la Corte no ha podido entrar a investigar alegaciones de crímenes de guerra y/o lesa humanidad cometidos por nacionales iraquíes o soldados norteamericanos; y (ii) la situación en Siria desde abril de 2011, donde a pesar de los reiterados llamamientos de varias organizaciones de derechos humanos, la Corte no ha podido entrar a investigar por la oposición de Rusia y China a que el Consejo de Seguridad remita esta situación de crisis a la Corte. Han existido además otras situaciones en las que la Corte no ha podido ejercer su jurisdicción material y temporal por falta de jurisdicción personal y territorial, como la

87 Una “comunicación” al Fiscal de la CPI se asemeja a la denuncia de un crimen presentada ante las autoridades españolas. Vid. H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff: Leiden, 2005), p. 55, nota 133. A finales de mayo de 2011, la Fiscalía había recibido 9.124 comunicaciones. Vid. página web de la CPI, “Communications, Referrals and Preliminary Examinations”, disponible en <http://www.icc-cpi.int/Menu/Go?id=da143d8f-eb36-4f87-9818-1a6891956160&lan=en-GB> (accedida el 1 de noviembre de 2011).

situación en *Sri Lanka* relativa a los presuntos crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante las operaciones que desembocaron en la finalización del conflicto armado en mayo de 2009 y la captura de las últimas áreas del país controladas por los Tigres Tамиles.⁸⁸ Lo mismo ha ocurrido hasta el momento en relación con la situación en *Myanmar*, donde existen indicios de la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra por el régimen militar que ha permanecido en el poder durante los últimos años.⁸⁹

En consecuencia, si bien la vocación de universalidad de la CPI es indudable –los mecanismos de los artículos 12(3) y 13(b) del ER para extender la jurisdicción personal, territorial y temporal de la CPI son reflejo de tal vocación, lo cierto es que la jurisdicción de la Corte– aun teniendo potencial para ser plenamente universal, no ha sido desarrollada todavía hasta sus últimas consecuencias. Por ello, a día de hoy, más que de una jurisdicción universal de la CPI propiamente dicha, se puede hablar de una “jurisdicción con vocación de universalidad” –también denominada jurisdicción cuasi universal–, y de un escenario en el que día a día se profundiza en la consecución de dicha vocación.

88 Naciones Unidas, *Informe del panel de expertos del Secretario General sobre la responsabilidad en Sri Lanka*, 31 de marzo de 2011, párrs. 132-137, 247-248 y 251-252 (el número de víctimas civiles de este conflicto puede estar alrededor de las 40.000).

89 Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe acerca de la marcha de los trabajos del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar*, Sr. Tomás Ojea Quintana, doc. A/HRC/13/48, 10 de marzo de 2010, párr. 121.

ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y CASOS OBJETO DE
PROCESOS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN ANTE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL*

* Publicado en Almqvist, J./ Espósito, C. (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de justicia de transición ha sido definido como el conjunto de procesos y mecanismos –que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial, con distintos niveles de participación internacional o sin ella, y que pueden consistir en actuaciones de carácter penal, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, destituciones o una combinación de ellas¹– asociados con los intentos de una sociedad por afrontar un legado de abusos a gran escala y por asegurar las respectivas responsabilidades, hacer justicia y lograr la reconciliación². Se trata éste de un concepto relativamente reciente que subraya la importancia de la justicia en los procesos de transición y que “no se limita a situaciones post-conflictuales o de cambio de régimen, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal”³.

La justicia de transición se configura como una justicia de excepción en la que el componente justicia “supone bastante más que la justicia penal retributiva –se asume, en la práctica, que la justicia penal no puede ser completamente administrada– y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar e incluso reconstruir la comunidad”⁴. A este respecto, numerosos autores han subrayado que abstenerse de llevar a cabo actuaciones penales o de aplicar una pena constituye en ocasiones una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación.⁵

Al mismo tiempo que el concepto de justicia de transición se desarrollaba con las características con las que lo conocemos en la actualidad, el Estatuto

1 Para un estudio de los mecanismos utilizados durante el proceso de transición en España, vid. en particular A. Gil Gil, *La Justicia de Transición en España: De la Amnistía a la Memoria Histórica*, Barcelona, Atelier, 2008.

2 Véase el Informe del Secretario-General de las Naciones Unidas, ‘El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos’, 3 de Agosto de 2004, S/2004/616, párrafo 8. Véase también L. Bickford, ‘Transitional Justice’, en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 3, Macmillan, New York, 2004, p. 1045.

3 K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 7 y 8.

4 *Ibíd.*, p. 11.

5 G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2005, p. 66; y M.J. Osiel, ‘Why Prosecute? Critics for Punishment for Mass-Atrocity’, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 22 (2000), pp. 118 y ss, pp. 119 y ss; y K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, p. 12.

de Roma creaba en 1998 la Corte Penal Internacional como una institución permanente que tiene como fin último 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.

Como señala el Preámbulo del Estatuto de Roma, la Corte nace sobre una doble premisa. Por una parte, el reconocimiento de que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”⁶ y la decisión de los Estados Partes de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y [a] contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.”⁷

Por otra parte, la afirmación de que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”⁸ –para lo cual es necesario adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que los presuntos responsables sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia⁹– y el correspondiente reconocimiento de que la función de la Corte en la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos en el Estatuto de Roma es “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”¹⁰.

Surge por tanto la cuestión de cuál es el marco legislativo que rige el ejercicio por la Corte de su función complementaria en la investigación y enjuiciamiento de los delitos más graves para la comunidad internacional que estén siendo objeto de procesos de justicia de transición. Traer un poco de claridad sobre esta cuestión es precisamente el objeto del presente trabajo.

II. NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE FRENTE A LAS JURISDICCIONES NACIONALES

El principio de complementariedad, desarrollado por los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER, tiene como fundamento un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que no es sino una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes¹¹. Conforme a este principio,

6 Párrafo 4 ER.

7 Párrafo 5 ER.

8 Párrafo 6 ER.

9 Párrafo 4 ER.

10 Párrafo 10 ER.

11 C. Escobar Hernández, ‘La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Interna-

la Corte constituye una jurisdicción de *última ratio* que solo puede activarse y ejercitarse ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera, el Estatuto de Roma consagra la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte¹².

cional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 257; J.T. Holmes, 'The Principle of Complementarity', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, p. 73; y H. Olásolo '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 de Análisis de Admisibilidad', en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, IBCCRIM, Vol. 67, pp. 59-112, p. 63.

- 12 C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 258; S.A. Williams, 'Article 17. Issues of Admissibility', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 384; y H. Olásolo, 'International Criminal Court and International Tribunals: Substantive and Procedural Aspects', en C. Jiménez Piernas (coord.) *The Legal Practice in International Law and European Community Law: A Spanish Perspective*, pp. 159-204, p. 167.

El TPIY y el TPIR fueron creados 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 para el restablecimiento de la paz y seguridad internacional en determinadas situaciones de crisis. Ver 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. Sin embargo, desde el comienzo del proceso de negociación del Estatuto de Roma se aceptó la idea de que la creación de la Corte a través de una resolución del Consejo de Seguridad habría convertido a aquella en un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, que podría ser disuelto en cualquier momento mediante resolución del propio Consejo de Seguridad y cuya jurisdicción estaría limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo de Seguridad como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Por ello, los negociadores del Estatuto de Roma decidieron que la creación de la Corte se llevaría a cabo a través de un tratado internacional, lo que permitiría garantizar mejor su carácter permanente e independencia frente a entidades políticas como el Consejo de Seguridad o los Estados.

El origen diverso de la Corte y de los Tribunales *Ad Hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes. Así, los primeros, debido a su creación por el Consejo de Seguridad, disfrutaban de primacía en relación con las jurisdicciones nacionales, lo que según los arts. 10 del estatuto del TPIY y 9 del estatuto del TPIR, se concreta en los siguientes elementos: (i) la concurrencia entre la jurisdicción de los Tribunales *ad Hoc* y las jurisdicciones nacionales; (ii) la prohibición de que las jurisdicciones nacionales realicen investigaciones o enjuiciamientos si los Tribunales *Ad Hoc* ejercitan su jurisdicción; (iii) la le-

Sin embargo, a través del propio Estatuto de Roma, los Estados Partes han conferido a la Corte el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, lo que incluye el poder para declarar la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, o, lo que es lo mismo, la primacía material de la Corte sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada en el Estatuto de Roma¹³.

En consecuencia, se puede afirmar que el principio de complementariedad está formado por dos elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía material de la Corte sobre aquéllas¹⁴. Cada uno de estos dos elementos se encuentra estrechamente rela-

gitimación de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar si los Tribunales *Ad Hoc* no ejercitan su jurisdicción; (iv) 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; y (v) 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 fueron calificados como delitos ordinarios o las actuaciones nacionales no fueron independientes o imparciales, estuvieron dirigidas a proteger al imputado frente a su responsabilidad penal internacional, o la causa no fue tramitada con la debida diligencia. Véase a este respecto, Decision (Trial Chamber) on the Defense Motion on Jurisdiction, *The Prosecutor vs. Kanyabashi*, Case Num. ICTR-96-15-1, de 18 de junio de 1997, párrafo 32. Véase también 'Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)', S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafo 16; vs. Morris/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; y vs Morris/M.P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, 1998, pp. 314-315.

El principio de primacía de los Tribunales *ad Hoc* sobre las jurisdicciones nacionales ha jugado un papel tan importante para garantizar su eficacia que ya en 1995 la Sala de Apelaciones común a ambos Tribunales *Ad Hoc* enfatizaba la necesidad de otorgar primacía a los tribunales internacionales sobre las jurisdicciones nacionales. Véase, Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, ICTY Case No. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1995, párrafos 55-60.

13 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 228-230.

14 C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 258; J. Alcaide Fernández, 'La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de "Ingeniería Jurisdiccional"?'', en Carrillo Salcedo, J.A. (coord.) *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000,

cionado con uno de los dos fines básicos del principio de complementariedad. Por un lado, el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales pretende promover a nivel nacional las investigaciones y los enjuiciamientos de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” con pleno respeto a los principios de justicia recogidos en el Estatuto de Roma¹⁵. Por otro lado, el principio de primacía material de Corte se dirige a terminar con la impunidad en aquellos supuestos en los que haya conseguido impedir la investigación y enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de los presuntos responsables de los delitos previstos en el Estatuto de Roma¹⁶.

Debido a que el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales impide únicamente la actuación de la Corte cuando aquéllas lleven a cabo actuaciones penales, el primer supuesto de admisibilidad de situaciones y casos se produce cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma que se hayan presuntamente cometido en la situación o caso de que se trate. Por lo tanto, el requisito básico para que se pueda declarar la inadmisibilidad de una situación o de un caso ante la Corte es que los delitos presuntamente cometidos en dicha situación o caso (i) estén siendo objeto “de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él” (art. 17 (1)(a) ER; (ii) hayan sido objeto “de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate” (art. 17 (1)(b) ER); o (iii) “la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia” (art. 17 (1)(c) ER).

pp. 383-433, pp. 416-417; J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Análisis del 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*, 1999, Núm. 3, pp. 120-122.

15 B. Broomhall, ‘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, Èrès, 1999, 113-159, p. 159.

16 C. Escobar Hernández, ‘La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional’, en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crímen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 261; y .T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, pp. 73-74.

Pero incluso cuando las jurisdicciones nacionales están actuando (investigando o enjuiciando) –o han actuado y decidido no incoar acción penal, o han emitido sentencia firme– con respecto a los delitos presuntamente cometidos en la situación o caso de que se trate, la Corte puede también actuar si aquéllas no están dispuestas (falta de disposición) o no pueden (falta de capacidad) llevar realmente a cabo sus actuaciones. Por lo tanto, la falta de capacidad o de disposición de las jurisdicciones nacionales constituye el segundo supuesto de admisibilidad de situaciones y casos¹⁷.

El artículo 17 (3) ER define los supuestos de falta de capacidad como aquéllos en los que las jurisdicciones nacionales afectadas, debido “al colapso total o sustancial de su administración de justicia o al hecho de carecer de la misma”,¹⁸ no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas o de los testimonios necesarios, o no se encuentran en condiciones de llevar a cabo el juicio oral. Se trata, en definitiva, de supuestos excepcionales que pueden tener lugar, por ejemplo, en un contexto de ausencia de un gobierno central, de una guerra civil o de un desastre natural que provoque un colapso total o sustancial en la administración de justicia¹⁹.

Los artículos 17 (2) y 20 (3) ER definen los supuestos de falta de disposición como aquellos 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: (a) se llevan a cabo con el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; (b) sufren una demora injustificada que es incompatible

17 H. Olásolo, ‘El Tribunal Penal Internacional: ¿Utopía o Realidad?’, en *Las Organizaciones de Seguridad y de Defensa a Debate, XII Curso Internacional de Defensa (27 septiembre -1 Octubre 2004)*, Ministerio de Defensa/Universidad de Zaragoza, Zaragoza, pp. 289-300, p. 294.

18 El art. 15(2) del proyecto de estatuto preparado enviado por el Comité Preparatorio a la Conferencia Diplomática de Roma en 1998 se refería a un “colapso total o parcial”. Sin embargo, numerosas delegaciones insistieron durante la Conferencia Diplomática que la expresión “colapso parcial” establecía un listón demasiado bajo. De ahí que el adjetivo “parcial” fuese finalmente sustituido por el adjetivo “sustancial”. Véase a este respecto, T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, 1999, pp. 41-78, pp. 54-55.

19 S.A. Williams, ‘Article 17. Issues of Admissibility’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 394; y T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, 1999, pp. 41-78, pp. 54-55.

con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o (c) ni 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 justicia²⁰.

De particular importancia es la interpretación que se haga del concepto de inacción de las jurisdicciones nacionales. Si este concepto sólo incluye los supuestos de inacción *a priori*, es decir aquellos casos en los que las jurisdicciones nacionales no han iniciado ningún tipo de actuación penal con respecto a los delitos presuntamente cometidos en la situación o caso bajo examen, la Corte, una vez que a nivel nacional se inicia cualquier tipo de actividad de investigación, sólo podría ejercitar su jurisdicción previa declaración de la falta de disposición o de capacidad de la jurisdicción nacional correspondiente. Como consecuencia, la Corte, para poder actuar, podría verse obligada a declarar la falta de disposición de aquellos Estados que están haciendo todo lo que está en su mano para cumplir con sus obligaciones internacionales de persecución penal de los delitos previstos en el Estatuto de Roma.

Así, por ejemplo, supongamos que la jurisdicción nacional del estado X, en cumplimiento con las obligaciones asumidas al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, inicia una investigación sobre ciertas infracciones graves a dichos convenios presuntamente cometidas durante un conflicto armado de carácter internacional que se desarrolla en el territorio de los estados Y y Z. Como resultado de dicha investigación, las autoridades del estado X encuentran indicios racionales de criminalidad y ejercitan la acción penal contra ciertos mandos militares de las fuerzas armadas de los estados Y y Z que

20 *Ídem*. Lógicamente, en los casos del art. 17 (1)(c) ER en los que las jurisdicciones nacionales han dictado sentencia firme, no cabe ya hablar de una demora injustificada en el desarrollo de unas actuaciones nacionales que ya han concluido. Por eso, en estos casos, el art. 20 (3) ER se refiere únicamente a que las actuaciones nacionales se hayan llevado a cabo con el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; o (b) no hayan sido sustanciadas de manera independiente o imparcial, ni sean compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. En opinión del autor, este mismo tratamiento se debería haber dado a los supuestos del art. 17(1)(b) ER que se caracterizan porque las autoridades nacionales han concluido su investigación y han decidido no ejercitar la acción penal. De otra manera, una vez que se toma la decisión de no incoar la acción penal, las actuaciones nacionales adolecerán necesariamente de una “demora injustificada” puesto que dicha decisión provocará el archivo de las actuaciones. Véase a este respecto, H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 219-221.

residen en el territorio de estos estados. Además, como la legislación nacional del estado X impide los enjuiciamientos por delitos graves *in absentia*, las autoridades del Estado X envían solicitudes de extradición a los estados Y y Z, que vienen devueltas sin cumplimiento en cuanto que las legislaciones nacionales de los estados Y y Z les impiden extraditar a sus nacionales. De esta manera, pasan años sin que sea posible iniciar el enjuiciamiento contra los mandos militares imputados.

Lógicamente, la actuación ineficaz de la jurisdicción del estado X no puede impedir indefinidamente la actuación de la Corte. Por ello, al constatar la incapacidad del estado X para obtener la extradición de los mandos militares imputados, la Corte podría ejercitar su jurisdicción sobre los mismos por los hechos que se les imputan en el estado X. Ahora bien, si el concepto de “inacción” se limita a aquellos supuestos en los que las jurisdicciones nacionales no han desarrollado actuación penal alguna, entonces la Corte, para poder actuar, debería declarar la falta de disposición o de capacidad del estado X para enjuiciar a los mandos militares imputados de las fuerzas armadas de los estados Y y Z. Si como hemos señalado, el art. 17 (3) ER limita los supuestos de falta de capacidad a aquellos casos en los que exista un colapso total o substancial de la administración de justicia, o la misma sea inexistente, la Corte sólo podría actuar si declara expresamente la falta de disposición del estado X para llevar a cabo sus actuaciones contra los mandos militares imputados.

Ahora bien, ¿se puede realmente calificar el comportamiento del estado X como de “falta de disposición” cuando dicho estado no sólo ha cumplido con su obligación de ejercitar el principio de jurisdicción universal en relación con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra presuntamente cometidas en el conflicto entre los estados Y y Z, sino que además ha hecho todo lo posible por obtener la extradición de los mandos militares imputados? En opinión del autor, ante esta situación, no cabe hablar de falta de disposición del estado X, sino de inacción *a posteriori* del mismo (en este caso por causas ajenas a su voluntad), lo que en aplicación del principio de complementariedad - que no hace sino regular las relaciones entre las jurisdicciones concurrentes de la Corte y de los Estados afectados - debería permitir la actuación de la Corte.

En consecuencia, entendemos que el concepto de “inacción”, que conforme al art. 17 (1) ER constituye el primer supuesto de admisibilidad de situaciones y casos, debe interpretarse de manera que no sólo incluya los supuestos de inacción *a priori*, sino también todos aquellos supuestos de inacción *a posteriori*, que se producen cuando las actuaciones nacionales se interrumpen

por razones distintas de aquéllas de carácter técnico previstas en las leyes procesales penales nacionales²¹.

Finalmente, surge la pregunta de cuáles son las jurisdicciones nacionales relevantes a los efectos de determinar la admisibilidad de situaciones y casos: las de los Estados afectados por la situación o caso de que se trate (estados territorial, de nacionalidad activa y de nacionalidad pasiva), o también las de aquellos otros Estados que hayan introducido en su legislación interna el principio de justicia universal sobre los delitos previstos en el Estatuto de Roma. A este respecto, conviene subrayar que la Corte no sustituye ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como a nivel internacional para la investigación y el enjuiciamiento de los “crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto”, incluido el principio de jurisdicción universal, particularmente en aquellos casos en los que los Estados tienen el deber de ejercerlo²². Además, el Estatuto de Roma refuerza la legitimidad de

21 Una breve discusión del concepto de inacción a posteriori puede encontrarse en X. Aguirre/A. Cassese/R.E. Fife/H. Friman/C. Hall/J.T. Holmes/J. Kleffner/H. Olásolo/N.H. Rashid/D. Robinson/E. Wilmshurst/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, nota al pie 26. Véase también, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill, 2005, pp. 149-150, donde se señala: “This a posteriori inaction scenario is perfectly distinguishable from the unwillingness scenario because in the latter the States concerned are carrying out their investigations and prosecutions for the purposes of shielding the perpetrators, or are carrying them out in ways which are not compatible with the intention of bringing the perpetrators to justice. Even in the “unjustifiable delay in the proceedings” scenario, unwillingness is only possible if States are moving forward, though unjustifiably slowly, with their national proceedings. If, however, the States concerned take initial action and suddenly stop, there is no unwillingness because States are simply not acting any longer [] The a posteriori inaction scenario is also distinguishable from investigations and prosecutions that have been completed for the purposes of shielding the perpetrators or in ways that are not compatible with the intent to bring the perpetrators to justice. Indeed, a posteriori inaction will not be applicable when national proceedings are finished for any of the technical reasons provided for in the States’ concerned laws on criminal procedure [] Finally, the a posteriori inaction scenario is also distinguishable from the inability scenario. In accordance with Art. 17.3, inability entails that a state is unable to carry out its own proceedings because of “a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system”. As described above, there can be many situations of a posteriori inaction that are not caused by a total or substantial collapse or unavailability of the national judicial systems of the States concerned”.

22 La entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones *aut dedere aut iudicare* de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949, su Proto-

dicho principio en cuanto que atribuye a la Corte la competencia para analizar si las jurisdicciones nacionales que actúan sobre la base de dicho principio adolecen de falta de disposición o de capacidad.²³

colo Adicional Primero, y la Convención contra la Tortura. Véase el artículo 49 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra); el artículo 50 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra); artículo 129 del Convenio de Ginebra Relativo al Trato de Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra); y artículo 146 del Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra. Los cuatro Convenios de Ginebra fueron concluidos el 12 de Agosto de 1949). Véase también el artículo 85.1 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, concluido en Ginebra el 8 de Junio de 1977; y artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, concluida en Nueva York el 10 de Diciembre de 1984.

23 En este sentido, merece una mención especial el art. 7(2) de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (“LOCCPI”), 15/2003, que instruye a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstengan de actuar cuando les sea comunicada la *noticia criminal* o cuando les sea presentada una petición administrativa en relación con delitos previstos en el Estatuto de Roma cometidos fuera de territorio español por no españoles. De esta manera, el órgano afectado, tras adoptar las medidas cautelares urgentísimas que sean necesarias, deberá informar a las personas físicas o jurídicas que presentan la denuncia o solicitud de la posibilidad de dirigir la misma directamente a la Fiscalía de la CPI de acuerdo con lo previsto en el art. 13(c) y 15 ER. Por su parte, el art. 7 (3) LOCCPI permite que las denuncias o solicitudes inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles puedan ser nuevamente presentadas ante los mismos, y esta vez sí tramitadas, cuando la Corte se abstenga de actuar porque la Fiscalía decide no iniciar una investigación sobre la situación de crisis a la que refieren las mismas, o porque se produce una declaración de inadmisibilidad. De esta manera, se asegura la posibilidad de aplicar el principio de jurisdicción universal en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma, si bien sólo después de que la Corte haya decidido abstenerse de actuar. Una parte importante de la doctrina española ha venido reiterando que estas disposiciones no se encuentran en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una Corte informada por el principio de complementariedad porque hacen de la abstención de la Corte un requisito necesario para que la jurisdicción española pueda actuar conforme al principio de jurisdicción universal, cuando el principio de complementariedad exige exactamente lo contrario, es decir la inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales para que la Corte pueda actuar. Véanse, entre otros, L. Bujosa Vadell, *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, 2008, sección 2.5; M.P. Pozo Serrano, ‘Medidas Nacionales Adoptadas para la Ratificación y la Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un Balance Provisional’, en *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, p. 345; J. Pueyo Losa, ‘Un Nuevo Modelo de Cooperación Internacional en Materia Penal: Entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacio-

III. SITUACIONES Y CASOS COMO OBJETO DEL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD

Los TPIY y TPIR han sido creados para conocer de los delitos de genocidio y de lesa humanidad, así como de los crímenes de guerra, cometidos en “situaciones” de crisis específicas –conflicto en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 enero de 1991²⁴ y situación de crisis en el territorio Ruanda entre enero y diciembre de 1994²⁵– que han sido definidas por el órgano político que los ha creado: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por ello, los TPIY y TPIR son normalmente conocidos como Tribunales *Ad Hoc*.

A diferencia de los Tribunales *Ad Hoc*, la Corte tiene un carácter permanente y su jurisdicción personal, temporal y territorial no se limita a una única situación de crisis. Por el contrario, los arts. 1, 5, 11 y 12 ER extienden la jurisdicción de la Corte a los delitos de genocidio y de lesa humanidad, así como a los crímenes de guerra, cometidos en “situaciones”²⁶ de crisis ocurridas tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma en (i) el territorio de un Estado Parte; o (ii) en el territorio de cualquier Estado si los delitos han sido presuntamente cometidos por nacionales de un Estado Parte, o si la Corte actúa a instancia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Debido al carácter permanente de la Corte y a la amplia extensión de su jurisdicción, los Estados Partes decidieron introducir ciertas salvaguardias contra quienes intentaran activarla por razones políticas, así como contra la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder por parte del Fiscal de la Corte. Entre ellas, tiene

nal’, en Álvarez González/Remacha y Tejada (coords.) *Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, 2001, p. 145; J.M Gómez Benítez, ‘La Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional’, en *Actualidad Penal*, Núm. 41, 2003, pp. 1031 y ss; C. Méndez Rodríguez, ‘Hacia una Internacionalización del Derecho Penal’, I. Berdugo/N. Sanz Mulas (coords.) en *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*, Comares, 2004, p. 51; y H. Olásolo, Spain, en F. Lattanzi/C. Kress (coords.) *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance*, Il Sirente, 2005, pp. 345 y ss. Una opinión contraria se puede encontrar en A. Sánchez Legido, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 394, y F. Lattanzi, ‘Compétence de la Cour pénale Internationale et Consentement des États’, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, pp. 430-431.

24 Art. 1 del estatuto del TPIY.

25 Art. 1 del estatuto del TPIR. Si bien, el TPIR también conoce de los delitos cometidos en 1994 por nacionales ruandeses en el territorio de los estados fronterizos con Ruanda.

26 El ER utiliza el termino “situacion(es)”, frente a los términos “caso(s)”, “causa(s)” o “asunto(s)” en los arts. 13(a) y (b), 14 (1), 15 (5) y (6), 18 (1), y 19 (3) ER.

particular importancia la relativa al establecimiento por los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 ER de un proceso de activación, también denominado de apertura de la investigación, que se dirige a la determinación de los ámbitos personal, temporal y territorial que definen las “situaciones” con respecto a las cuales la Corte va a ejercitar su jurisdicción, así como la consiguiente distinción entre los conceptos de “situaciones” y “casos”²⁷.

El primero de estos conceptos se refiere a situaciones de crisis, es decir situaciones excepcionales, que no estructurales, que rompen con el devenir normal de los acontecimientos, como por ejemplo las acaecidas en el territorio de Timor Oriental durante los treinta días siguientes a la celebración del referéndum sobre la independencia de la región el 30 de agosto de 1999 o en el territorio de Sierra Leona desde el inicio de la guerra civil que asoló el país a partir de 1991²⁸. Por su parte, las expresiones “caso”, “causa” y “asunto”²⁹ hacen referencia a hechos concretos aparentemente constitutivos de uno o más delitos previstos en el Estatuto de Roma por los que son presuntamente responsables una o varias personas determinadas³⁰. Mientras situaciones de crisis son el objeto de las actuaciones que se desarrollan durante el procedimiento de activación o de apertura de la investigación y durante la fase de investigación de una situación, casos, causas o asuntos son el objeto de todas las actuaciones penales y de reparación que se desarrollan tras la emisión de una orden de arresto o de comparecencia³¹.

27 H. Olásolo, ‘Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma’, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 82, Julio/Diciembre 2003, pp. 47-76, pp. 50-56. Véase también H. Olásolo, ‘España’, en *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (coords.) Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 315-350, p. 321.

28 C. Hall, ‘Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court’, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer, (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 405-418, p. 407. Véase también, H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 393-394.

29 La expresión “caso”, “causa” o “asunto” se recoge, *inter alia*, en los arts. 15 (4), 17(1) y (2), 19(1) y (2) y 53(1)(b) ER.

30 C. Hall, ‘Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court’, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer, (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1. ed. 1999, pp. 405-418, p. 407. Véase también, H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 393-394.

31 H. Olásolo, ‘La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional’, en *La Ley*, Núm. 6343, 20 Octubre 2005, pp. 1-7, pp. 1 y 2.

Los arts. 15, 16, 17, 18 y 53 (1) ER y la regla 48 RPP requieren que para la activación de la jurisdicción de la Corte (o la apertura de una investigación) sobre una cierta situación de crisis se cumplan los siguientes requisitos³²:

- (i) La existencia de “fundamento razonable” para creer que los parámetros personales, temporales y territoriales que definen dicha situación entran dentro de la jurisdicción personal, temporal y territorial de la Corte;
- (ii) La existencia de “fundamento razonable” para creer que hechos constitutivos de los elementos contextuales de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma han tenido lugar en tal situación³³;
- (iii) La admisibilidad de la situación de que se trate como consecuencia de (a) la inacción de las jurisdicciones nacionales con respecto a los hechos que parecen ser constitutivos de los elementos contextuales de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma, o (b) la falta de disposición o capacidad de aquellas jurisdicciones nacionales que han iniciado, o han llevado a cabo, actuaciones sobre los mismos;
- (iv) La inexistencia de un requerimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que no se active la jurisdicción de la Corte con respecto a la situación de crisis de que se trate;
- (v) La inexistencia de circunstancias que aconsejen no activar la jurisdicción de la Corte en aplicación del principio de oportunidad no reglada que informa la actuación de la Fiscalía en esta fase procesal.³⁴

Por su parte, los arts. 16, 17, 19, 53 (2) y 58 ER, requieren que se cumplan los siguientes requisitos para la iniciación de un caso como resultado de la investigación de una situación de crisis:

32 Un análisis detallado de estos requisitos y de su distinción de los requisitos necesarios para la apertura de un caso ante la Corte se encuentra en H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill, 2005, pp. 40-41 y 121-194.

33 Los elementos contextuales del delito de genocidio se recogen en los arts. 6(a)(4), 6(b)(4), 6(c)(4), 6(d)(4) y 6(e)(4) de los Elementos de los Crímenes, mientras que los elementos contextuales del delito de lesa humanidad y de los crímenes de guerra se prevén en los arts. 7(1) y 8(1) ER y en los Elementos de los Crímenes que los desarrollan.

34 Esto incluiría, entre otras cosas, la insuficiente gravedad de los delitos previstos en el ER que hayan sido presuntamente cometidos en la situación bajo examen (art. 17 (1)(d) ER).

- (i) La existencia de “fundamento razonable” para creer que la persona imputada y los hechos que se le imputan entran dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen tanto la situación bajo investigación como la jurisdicción de la Corte.
- (ii) La existencia de “fundamento razonable” para creer que la persona imputada es responsable por la comisión de uno o más delitos previstos en el Estatuto de Roma;
- (iii) La admisibilidad del caso de que se trate como consecuencia de (a) la inacción de las jurisdicciones nacionales con respecto a la persona imputada por los hechos específicos que se le imputan; o (b) la falta de disposición o capacidad de aquellas jurisdicciones nacionales que han iniciado, o han llevado a cabo, actuaciones sobre los mismos;
- (iv) La inexistencia de un requerimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que la Corte no conozca del caso del que se trate;
- (v) La inexistencia de circunstancias que aconsejen la no apertura del caso en aplicación del principio de oportunidad no reglada que informa la actuación de la Fiscalía al decidir si solicita o no la emisión de una orden de arresto o comparecencia³⁵.

En consecuencia, se puede advertir como, dependiendo del momento procesal en el que nos encontremos, el análisis de admisibilidad tiene un objeto distinto. Así, al decidir si se activa la jurisdicción de la Corte, o se inicia una investigación, será preciso analizar la admisibilidad de la situación de crisis en su conjunto, mientras que, posteriormente, en el momento de iniciar un caso, el análisis de admisibilidad se limitará a la persona o personas imputadas y a los hechos específicos que se les imputan³⁶.

35 Esto incluiría, entre otras cosas, la insuficiente gravedad de los delitos que se imputan a la persona contra la que estudia la posibilidad de solicitar la emisión de una orden de arresto o de comparecencia (art. 17(1)(d) ER).

36 Véase a este respecto, *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning Pre Trial Chamber I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, versión pública de 24 de febrero de 2006, Anexo I, párrafos 35 and 40. Véase también, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill, 2005, pp. 164-168.

Ahora bien, mientras que el análisis de admisibilidad de casos no presenta mayores problemas en cuanto que se limita a fiscalizar las actuaciones llevadas a cabo por las jurisdicciones nacionales con respecto a la persona o personas contra las que la Fiscalía solicita la emisión de una orden de arresto o comparecencia por los hechos que se les imputan en dicha solicitud³⁷, el análisis de admisibilidad de situaciones en su conjunto plantea la cuestión de cuáles son las actuaciones nacionales que han de tenerse en consideración para llevarlo a cabo.

En este sentido, es importante tener en cuenta que tanto la Fiscalía de la Corte³⁸, como la Sala de Cuestiones Preliminares I³⁹, han señalado repetidamente que la Corte sólo va a ejercitar su jurisdicción personal en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad por las campañas de delitos previstos en el Estatuto de Roma presuntamente cometidos en las situaciones de crisis objeto de investigación⁴⁰. Esto significa

37 El contenido del análisis de admisibilidad de un caso ha sido definido en estos términos por la Sala de Cuestiones Preliminares I en las siguientes decisiones: (i) *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning Pre Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, versión pública de 24 de febrero de 2006, Anexo I, párrafos 37 a 40; (ii) *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Evidence and Information Provided by the Prosecution for the Issuance of a Warrant of Arrest for Germain Katanga, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-55, versión pública de 5 de noviembre de 2008, párrafos 20 and 21; y (iii) *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Evidence and Information Provided by the Prosecution for the Issuance of a Warrant of Arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-252, de 6 de julio de 2008, párrafos 21 and 22. La Sala de Cuestiones Preliminares III ha adoptado recientemente la misma posición en relación con el contenido del análisis de admisibilidad de un caso. Véase, *The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-tEN, de 10 de junio de 2008, párrafos 21 y 22.

38 Fiscalía de la Corte, 'Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor' (disponible en www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf), 2003, pp. 3 and 7; y Fiscalía de la Corte, 'Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593' (available at www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_English.pdf), 2005, p. 4.

39 *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8, de pública de 24 de febrero de 2006, anexo I, párrafo 50.

40 Las experiencias de las actuaciones de la jurisdicción argentina en los ochenta y ruandesa

que la Corte no va a fiscalizar las actuaciones de las jurisdicciones nacionales en relación con todos y cada uno de los miles de presuntos responsables de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma que se hayan podido cometer en dichas situaciones, ni tampoco va a perseguir penalmente a todo aquel que no haya sido investigado y/o enjuiciado de buena fe por las jurisdicciones nacionales.

De esta manera, el análisis de admisibilidad de situaciones tiene únicamente por objeto las actuaciones desarrolladas por las jurisdicciones nacionales con respecto al pequeño grupo de líderes políticos y militares arriba mencionados - y no los innumerables procedimientos penales que podrían abrirse contra la mayoría de los miembros de instituciones como el ejército, la policía militar o la policía civil, o de grupos armados organizados⁴¹. En consecuencia, una situación será admisible cuando las jurisdicciones nacionales permanezcan inactivas, sean incapaces o no tengan una auténtica disposición para perseguir penalmente a dichos líderes políticos y militares⁴².

en los noventa ha mostrado que es materialmente imposible enjuiciar a los miles, o incluso cientos de miles, de personas que han cometido alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma en ciertas situaciones de crisis. Como G.K. McDonald (ex Presidenta del TPIY) ha señalado: "by now, of course, there is certainly no question that the Tribunal's mandate and its limited resources require it to focus on the persons most responsible for violations of international law". Véase K. Felde/G.K. McDonald/A. Tieger/M. Wladimiroff, 'War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects. The Prosecutor vs Dusko Tadic', en *American University International Law Review*, Vol. 13, 1998, pp. 1441 y ss., p. 1445.

- 41 De esta manera, como bien ha sido señalado, la actividad de la Corte se concentra en el frente más estratégico en el que puede librar su batalla contra la impunidad: la persecución penal de los líderes que están detrás de la planificación y ejecución de los delitos que más gravemente menoscaban los valores sobre los que se asienta la Comunidad Internacional. Esto se produce sin renunciar ni a una investigación exhaustiva de la actividad delictiva presuntamente ocurrida en la situación de crisis objeto del análisis de admisibilidad (art. 54 (1) ER), ni a la satisfacción de los intereses de las víctimas mediante la documentación con la autoridad de cosa juzgada de los delitos presuntamente cometidos en dicha situación, el castigo de los líderes políticos y militares involucrados en los mismos y la entrega de reparaciones. Véase M.C. Bassiouni, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, Segunda Edición, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1999, pp. 22-23.
- 42 Véase H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Brill, 2005, pp. 164-168, para el desarrollo de criterios específicos a través de los cuales realizar el análisis de admisibilidad de situaciones.

IV. ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y CASOS OBJETO DE LEYES DE AMNISTÍA, INDULTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE SÓLO EXIMEN PARCIALMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

IV.1. LEYES DE AMNISTÍA ABSOLUTA Y LEYES DE AMNISTÍA CONDICIONADA CON O SIN CREACIÓN DE COMISIONES DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN

En el contexto de la justicia de transición, las leyes de amnistía constituyen el instrumento técnico más eficaz para evitar las persecuciones penales. Ahora bien, existe una gran variedad de leyes de amnistía, que, a la hora de analizar sus efectos sobre el análisis de admisibilidad de situaciones y casos ante la Corte, conviene dividir en tres grandes grupos: leyes de amnistía absoluta, leyes de amnistía condicionada sin Comisión de Verdad y Reconciliación, y leyes de amnistía condicionada con Comisión de Verdad y Reconciliación⁴³.

Leyes de amnistía absoluta son aquellas que no sólo eximen de responsabilidad penal, sino que prohíben cualquier tipo de investigación, de ahí que algunos autores se refieran a las mismas como “amnistías amnésicas”⁴⁴. Ejemplos de las mismas serían el Acuerdo de Paz de Lomé firmado el 7 de julio de 1999 entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario o el decreto 2191 firmado por el General Augusto Pinochet en abril de 1978.

Leyes de amnistía condicionada son aquellas que condicionan la exención de responsabilidad penal a la realización de ciertas actuaciones por quienes deseen beneficiarse de la misma. La naturaleza de estas actuaciones puede ir desde la desmovilización y entrega de las armas hasta la entrega de bienes para la reparación a las víctimas, pasando por la cooperación activa en la investigación de los delitos cometidos por las fuerzas armadas o grupos armados organizados a los que pertenezcan los beneficiarios, incluida la confesión de los delitos propios⁴⁵.

43 Esta misma división es realizada por K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, p. 144, al analizar el papel de la Corte en relación con procesos de transición.

44 R.C. Slye, ‘The Legitimacy of Amnesties under international Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?’, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43 (2002), pp. 240-241.

45 Véase R. Cryer/H. Friman/D. Robinson/E. Wilmshurst, *International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 33; K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 104-105; y L. Mallinder, ‘Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties’, publicado en www.peace-justice.info/documents.asp,

Las leyes de amnistía condicionada pueden encomendar la verificación de las condiciones para la exención de responsabilidad a órganos individuales del Estado como fiscales o jueces instructores, o pueden crear a dichos efectos una Comisión de Verdad y Reconciliación. En ambos casos, cuando una de dichas condiciones es la cooperación activa del beneficiario en la investigación de los delitos cometidos, los órganos encargados de verificar el cumplimiento de las condiciones de amnistía tienen normalmente también el mandato de esclarecer la verdad de lo sucedido y presentar un informe al respecto⁴⁶.

Así, por ejemplo, la Ley de Verdad y Reconciliación sudafricana⁴⁷, sin duda el ejemplo más conocido de las llamadas “amnistías responsables”, creó, por un lado, un Comité de Amnistía cuyo mandato era el de verificar el cumplimiento de las condiciones exigidas para otorgar la misma, y en particular los requisitos de que el solicitante revelara todos los delitos en que hubiera participado y de que los mismos pudieran calificarse como delitos políticos, y, por otro lado, un Comité de Derechos Humanos cuyo mandato incluía la emisión de un informe sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante el antiguo régimen⁴⁸.

Las leyes de amnistía absoluta, así como aquellas que establecen amnistías condicionales que no prevén la investigación de los hechos ocurridos para obtener su esclarecimiento, resultan en la ausencia de actuaciones a nivel

párrafos 42 y ss.

46 R.C. Slye, ‘The Legitimacy of Amnesties under international Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?’, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43 (2002), pp. 245-246, denomina a este tipo de leyes de amnistía condicionada como “accountable amnesties”. Por su parte, K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, p. 106, se refiere a las mismas como “amnistías responsables”.

47 Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 34/1995.

48 El tercer comité creado por la Ley de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica fue el Comité de Reparación y Rehabilitación. Véase sobre esta ley, J. Sarkin, *Carrots and Sticks: TRC and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Oxford/Antwerp, 2004; A. Boraine, *A Country Unmasked, Inside South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, 2001; J. Dugard, ‘Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty an Option?’, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, 2003; P. van Zyl, ‘Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission’s to Justice in Post-Apartheid South Africa’, en M.C. Bassiouni (coord.) *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers, 2002, pp. 745 y ss; y vs Nerlich, ‘Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process’, en G. Werle (coord.) *Justice in Transition- Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, BWV, Berlin, 2006, pp. 55 y ss.

nacional y, por tanto, en una inacción *a priori* de las jurisdicciones nacionales. Por lo tanto, no afectan a la admisibilidad de las situaciones para las que han sido dictadas o de cualquiera de los casos que puedan surgir a raíz de la investigación por la Fiscalía de la Corte de dichas situaciones⁴⁹.

Por su parte, las leyes que establecen amnistías condicionales que requieren la cooperación de los beneficiarios en la investigación de los hechos ocurridos, así como el esclarecimiento de los mismos por el órgano encargado de verificar las condiciones de exención de responsabilidad penal, provocan, en principio, la inadmisibilidad de las situaciones para las que han sido dictadas, o de cualquiera de los casos que puedan surgir a raíz de la investigación de las mismas por la Fiscalía de la Corte, durante el tiempo que duren las actividades de investigación desarrolladas por las autoridades nacionales competentes.

Así, en aquellos supuestos en los que las leyes de amnistía condicional atribuyen a los órganos nacionales normalmente competentes para la investigación y el ejercicio de la acción penal (fiscales y/o jueces de instrucción) la competencia para investigar y esclarecer los delitos revelados en aplicación de dichas leyes, nos encontramos con una auténtica investigación penal. Ello provoca la inadmisibilidad de la situación o caso de que se trate mientras se desarrolla dicha investigación a no ser que se aprecie la falta de disposición o de capacidad de los órganos nacionales que la están llevando a cabo⁵⁰.

49 M. el Zeidy, 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law', en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2002, pp. 869 y ss, pp. 940-942; D. Robinson, 'Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court', en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 481 y ss, p. 501; A. Seibert Fohr, 'The Relevance of the Rome Statute of the ICC for Amnesties and Truth Commissions', en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 553 y ss, pp. 563 y ss; C. Stahn, 'The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, pp. 425 y ss., p. 461; y K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, p. 145.

50 En este sentido, K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 147-148, ha señalado recientemente que:

(...) es difícil imaginar un cumplimiento efectivo de las condiciones que acompañan a una amnistía sin una CVR efectiva. Es perfectamente posible, ciertamente, poner condiciones a una amnistía independiente de la existencia de una CVR, por ejemplo, la completa confesión de los crímenes cometidos. Sin embargo, es más difícil hacer cumplir con estas condiciones para órganos individuales del Estado, por ejemplo, un fiscal o un juez instructor, que no tienen apoyo de la población, los recursos y la legitimidad de una CVR efectiva. Aunque los requisitos de la investigación y de la decisión de abrir un enjuiciamiento pueden ser

Si bien en estos supuestos no cabría hablar de una inacción *a priori* de las jurisdicciones nacionales puesto que éstas llevan a cabo una auténtica investigación penal, terminada la investigación y presentado el informe resultante de la misma, desaparecería toda causa de inadmisibilidad de la situación o caso bajo examen, a no ser que se deniegue finalmente la concesión de amnistía a los presuntos responsables y se proceda a su enjuiciamiento a nivel nacional. A este resultado se llega porque la concesión de la amnistía impide el enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de aquellas personas contra las que se han hallado durante la investigación indicios razonables de criminalidad por su presunta participación en la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma⁵¹.

La cuestión que se plantea es si la admisibilidad de la situación o caso de que se trate se debe a que nos encontramos ante un supuesto de inacción *a posteriori* (art. 17 (1)(a) ER); o si, por el contrario, no cabe aplicar este concepto porque se ha producido, conforme al art. 17 (1)(b) ER, una investigación que ha concluido con la decisión de no incoar acción penal por los órganos competentes del Estado en el que se dictó la ley de amnistía condicional, en cuyo caso la admisibilidad de la situación o caso debería justificarse por la falta de disposición (art. 17 (2) ER) o de capacidad (art. 17 (3) ER) de dicho Estado en el desarrollo de sus actuaciones.

En opinión del autor, el art. 17 (1)(b) ER incluye únicamente aquellos supuestos en los que la decisión de las autoridades nacionales de no incoar la acción penal se basa en criterios exclusivamente técnicos a la luz de los resultados obtenidos durante su investigación. En otras palabras, el art. 17 (1)(b) ER cubriría únicamente aquellos casos en los que las autoridades nacionales no observan indicios racionales de criminalidad para incoar la acción penal. Es en estos casos en los que, conforme al principio de complementariedad (que no olvidemos se encuentra dirigido a promover la investigación y enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de los delitos previstos en el Estatuto de Roma, así como a terminar con el virus de la impunidad en aquellos casos

cumplidos incluso por dichos órganos individuales, si es que ellos pueden llevar adelante una investigación (por ejemplo, para verificar una confesión) y tomar una decisión de abrir un enjuiciamiento en caso de que no se cumplan las condiciones (por ejemplo, si solo se dio una confesión parcial o falsa), la ausencia de una CVR efectiva priva al proceso del más importante elemento de justicia alternativa y esta ausencia no pueden ser compensada con otros mecanismos alternativos (párr. 17), si estos sólo apuntan a las consecuencias como, por ejemplo, sanciones no penales.

51 Si la concesión de la amnistía es denegada, los órganos jurisdiccionales nacionales procederán.

en los que haya conseguido paralizar a las mismas), es necesario que la Corte entre a analizar si se puede apreciar una posible falta de disposición o de capacidad de las autoridades nacionales en la manera en que han llevado a cabo la investigación o en la decisión adoptada al final de la misma a la luz de sus resultados.

Ahora bien, en aquellos casos en los que las propias autoridades nacionales competentes, a pesar de reconocer que su investigación ha revelado la existencia de indicios racionales de criminalidad contra las personas investigadas (en nuestro caso los solicitantes de amnistía), no pueden proceder a su enjuiciamiento porque la legislación nacional vigente (en nuestro caso el cumplimiento de los requisitos previstos para la concesión de amnistía en la ley que establece la amnistía condicional) se lo prohíbe por razones políticas (incluidas el favorecimiento de la paz y de la reconciliación social), no parece adecuado que la Corte –en aplicación de un principio como el de complementariedad, que se limita a regular el ejercicio de jurisdicciones concurrentes– proceda a fiscalizar las razones de oportunidad política que han llevado a las autoridades nacionales a actuar de esta manera a los efectos de dictaminar sobre su posible falta de disposición o de capacidad.

Por ello, en opinión del autor, en estos supuestos no cabe sino hablar de una interrupción de las actuaciones nacionales por razones de carácter no técnico que da lugar a una inacción *a posteriori* del Estado que dictó la ley de amnistía condicional y a la consiguiente admisibilidad de la situación o caso objeto de la misma.⁵² Con ello se preserva la naturaleza del principio de complementariedad como principio exclusivamente dirigido a regular el ejercicio de las jurisdicciones concurrentes de la Corte y de los Estados, y por tanto a evitar conflictos de jurisdicción entre las mismas, mediante la limitación de la actuación de la Corte a aquellas situaciones y casos en los que las jurisdicciones nacionales no proceden a la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos que más gravemente afectan a la Comunidad Internacional. Así mismo, se promueve también de esta manera

52 K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, p. 147, también llega a la conclusión de que las leyes que establecen amnistías condicionales sin la creación de Comisiones de la Verdad y Reconciliación no provocan la inadmisibilidad ante la Corte de las situaciones para las que se dictan o de los casos derivados de la investigación de dichas situaciones. Sin embargo, para Ambos, estas leyes constituirían supuestos de falta de disposición de las jurisdicciones nacionales (art. 17 (2) ER) y no de inacción (art. 17 (1) ER) en cuanto que los órganos nacionales competentes inician una auténtica investigación penal.

la consecución de los fines últimos arriba mencionados a los que se dirige el propio principio de complementariedad.

Además, como veremos con mayor detalle en la sección siguiente, esto no impide que las razones de oportunidad política esgrimidas por los Estados al aprobar y aplicar este tipo de leyes de amnistía condicional sean fiscalizadas por la Fiscalía de la Corte en ejercicio del principio de oportunidad no reglada que, conforme a los arts. 15(3) y (4) y 53 ER y la regla 48 RPP, informa su decisión de abrir una investigación sobre una situación o de iniciar un caso. Ahora bien, este tipo de control, y la decisión que pueda tomar la Fiscalía de no abrir una investigación o un caso porque ello “no redundaría en el interés de la justicia”, no sólo no forman parte del análisis de admisibilidad que la Corte debe realizar en aplicación del principio de complementariedad, sino que sólo se lleva a cabo si se llega a la conclusión de la que la situación o caso bajo examen es realmente admisible.

En aquellos supuestos en los que las leyes de amnistía condicional crean Comisiones de Verdad y Reconciliación, las investigaciones desarrolladas por las mismas sólo provocan la inadmisibilidad de las situaciones o casos de que se trate si se adopta una interpretación amplia del concepto de investigación que incluya las actuaciones llevadas a cabo por Comisiones de Verdad y Reconciliación efectivas⁵³. Siguiendo a AMBOS, éstas deberían cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Composición por personalidades independientes y reconocidas por los distintos grupos involucrados en el conflicto;
- (ii) Establecimiento de un punto de contacto identificado a nivel operacional;
- (iii) Definición del mandato de manera que, además de ser limitado en el tiempo e incluir los delitos previstos en el Estatuto de Roma, requiera la investigación de las causas del conflicto, así como la investigación de casos representativos;
- (iv) Identificación de las víctimas y formulación de recomendaciones de re-

53 D. Robinson, ‘Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court’, en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 481 y ss, p. 501; y K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, p. 146. Este último autor se refiere a este tipo de investigaciones como investigaciones “quasi-judiciales”.

- paración a los órganos estatales competentes para su ejecución;
- (v) Cooperación con aquellos otros órganos estatales que tienen competencia en la aplicación de la justicia de transición y transmisión de la información obtenida a los órganos encargados de ejercitar la acción penal;
 - (vi) Requerimiento a los sospechosos para que, sin violar las garantías del derecho al debido proceso, confiesen sus delitos, proporcionen pruebas sobre los mismos y sobre aquellos otros cometidos por las fuerzas armadas o grupos armados organizados a los que pertenecieron, y confronten a las víctimas;
 - (vii) Determinación de la concesión o no de amnistía a los solicitantes en virtud de la gravedad del delito, de la forma de participación en su comisión, y de la extensión de la cooperación al descubrimiento de la verdad y a la reparación de víctimas;
 - (viii) Amplia participación de los diferentes sectores de la sociedad concernida; y
 - (ix) Consideración de buena fe por los órganos competentes del Estado de las recomendaciones dadas⁵⁴.

La adopción de un concepto amplio de investigación que incluya las actuaciones llevadas a cabo por aquellas Comisiones de Verdad y Reconciliación que cumplan con los requisitos arriba mencionados impediría hablar de una inacción *a priori* de las jurisdicciones nacionales, y resultaría en la inadmisibilidad de las situaciones o casos de que se trate durante el tiempo en que desarrollen sus respectivos mandatos. Ahora bien, terminadas sus actuaciones y presentado el informe resultante de las mismas, desaparecería toda causa de inadmisibilidad a no ser que se deniegue la concesión de amnistía a los presuntos responsables y se proceda a su enjuiciamiento a nivel nacional. Se trata en definitiva de un nuevo supuesto de inacción *a posteriori* derivado del hecho de que la concesión de la amnistía impide el enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de aquellas personas contra las que se han hallado durante la investigación indicios razonables de criminalidad por su presunta participación en la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma⁵⁵.

54 K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 65 a 70.

55 Para algunos autores, los trabajos de Comisiones de Verdad “efectivas” con mandato para

conceder o denegar amnistía a los solicitantes, podría provocar la inadmisibilidad de situaciones y casos incluso después de haber concluido sus trabajos. Para estos autores se trataría de supuestos del art. 17 (1)(b) ER, en los que las autoridades nacionales decidirían no incoar la acción penal después de haber concluido la investigación, y en los que, dependiendo de las circunstancias concretas que rodeen la concesión de amnistía a los presuntos responsables de delitos recogidos en el Estatuto de Roma, podría no apreciarse una falta de disposición en las autoridades nacionales. Véase en este sentido, C. Cárdenas, 'The Admissibility Test before the ICC under Special Considerations of Amnesties and Truth commissions', en J. Kleffner/G. Kor (coords.) *Complementarity Views on Complementarity*, TMC Asser Press, 2006, pp. 115 y ss., pp. 135-136; D. Robinson, 'Comments on Chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena', en J. Kleffner/G. Kor (coords.) *Complementarity Views on Complementarity*, TMC Asser Press, 2006, pp. 141 y ss., p. 146; G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Institute, 2005, p. 66; y Ambos, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 146-147. Para estos autores, los trabajos de aquellas Comisiones de Verdad y Reconciliación que cumplen con los requisitos necesarios para ser calificadas como "efectivas, y que tienen el mandato para poder decidir si finalmente se concede o se deniega la amnistía a los solicitantes, entrarían dentro del supuesto del art. 17 (1)(b) ER en cuanto que se trataría, a su entender, de investigaciones que terminan con la decisión del Estado de no proceder al ejercicio de la acción penal. En consecuencia, los trabajos de estas Comisiones de Verdad y Reconciliación podrían provocar la inadmisibilidad de situaciones y casos siempre y cuando no se aprecie en el Estado que dicta las leyes de amnistía condicionada que las crea una falta de disposición o de capacidad según lo previsto en el art. 17 (2) y (3) ER. Es desde esta perspectiva desde la que hay que entender las palabras de Ambos, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 146-147:

En cuanto al tercer requisito, el asunto es más complicado y la decisión última depende de las circunstancias de cada caso con la debida consideración del test de proporcionalidad (párrs. 19 y ss) y los criterios concernientes a las amnistías condicionales (párr. 18) y a una CVR efectiva (párr. 16). Si, por ejemplo, una CVR es independiente e imparcial esto puede ser considerado – con base en una interpretación a contrario del artículo 17 (2) (c) – como un indicio de la voluntad y, por tanto, un argumento en contra de la admisibilidad. Además, se podría diferencia según la naturaleza de la decisión de amnistía: si ella es decidida individualmente, como en el caso sudafricano, cada decisión individual debe ser examinada a la luz del artículo 17 (2) y (3); si ella es decidida de manera general respecto de un número de personas y crímenes, la decisión es comparable a una amnistía (general) como tal indica falta de voluntad, aunque la valoración final depende, como siempre de las circunstancias del caso concreto. En suma, es posible concluir que una amnistía condicional con una CVR deriva en la inadmisibilidad del caso solo en supuestos excepcionales, a saber solo si una CVR efectiva concede una amnistía individualmente y bajo ciertas condiciones estrictas.

Sin embargo, en opinión del autor, incluso si se acepta un concepto amplio de investigación, la decisión de una Comisión de Verdad o Reconciliación de conceder finalmente amnistía al solicitante no puede equipararse a la decisión de un Estado de "no incoar acción penal contra la persona de que se trate". Las razones son las mismas arriba mencionadas al tratar de las leyes de amnistía condicional que, en lugar de crear una Comisión de la Verdad y Recon-

IV.2. MEDIDAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EX POST FACTO:
 ESPECIAL REFERENCIA A LOS INDULTOS

Además de las leyes de amnistía, en el contexto de justicia de transición existen otros mecanismos técnicos para eximir o atenuar las responsabilidades penales. En este sentido, la alternativa más frecuente a la adopción de leyes de amnistía en los procesos de transición es la aprobación de exenciones de responsabilidad penal tras el pronunciamiento de sentencia firme condenatoria, y en particular de los indultos administrativos. La admisibilidad de aquellas situaciones y casos objeto de este tipo de medidas se encuentra íntimamente relacionada con el carácter dinámico del principio de complementariedad⁵⁶.

Conforme al mismo, la aplicación del principio de complementariedad se extiende a las actividades de investigación, ejercicio de la acción penal y declaración de la responsabilidad penal individual derivada del Estatuto de Roma desarrolladas tanto por las jurisdicciones nacionales como por la Corte. Sin embargo, se excluye de su ámbito de aplicación la fase de ejecución de sentencia firme condenatoria. En consecuencia, según lo previsto en el art. 20 (2) ER, pronunciada sentencia firme condenatoria por la Corte, esta última asume jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, lo que impide toda actuación de las jurisdicciones nacionales con respecto a las personas condenadas por los mismos hechos objeto de la condena. Asimismo, pronunciada sentencia firme condenatoria en un Estado, éste adquiere también jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, siempre y cuando la Corte no declare la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 20 (3) ER⁵⁷.

ciliación, encomiendan el esclarecimiento de los hechos previo a la concesión de la amnistía al solicitante a los órganos competentes del Estado para la investigación y el ejercicio de la acción penal (fiscales o jueces de instrucción).

56 Véanse los arts. 15(4), 17, 18, 19 y 20 y 53(1) ER.

57 Sobre las razones por las que los negociadores finalmente decidieron no extender la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución de sentencia vid, T.J. Holmes, 'The Principle of Complementarity', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp 41-78, p. 59, donde afirma: "The bilateral consultations on the proposal regarding pardons, parole or commutation of the sentence were much less successful. Not surprisingly, given the tenor of the general debate, resistance to the inclusion of such article remained strong among a wide range of delegations. Concerns were expressed by a number of delegations from the "like-minded" States, normally supporters of the inclusion of stronger provisions in the Statute. Some delegations continued argue that the Statute should not permit the Court to intercede in the administrative (parole)

Por lo tanto, en cuanto que las llamadas exenciones *ex post facto* no afectan, en principio, a la investigación, al enjuiciamiento y a la emisión de sentencia firme por las jurisdicciones nacionales, las mismas quedan fuera del ámbito de aplicación del principio de complementariedad⁵⁸. Esto significa que dichas medidas no habrán de tenerse en cuenta al realizar el análisis de admisibilidad de las situaciones y de los casos objeto de las mismas, lo que en principio provocará que dichas situaciones y casos sean inadmisibles ante la Corte.

La única excepción serían aquellos supuestos en que se demuestre que la adopción de tales medidas afectó en la manera prevista en el art. 20 (3) ER a las actuaciones penales nacionales que concluyeron con la emisión de sentencia firme condenatoria.⁵⁹ Para ello será necesario analizar si dichas actuaciones (i) fueron dirigidas a “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”, o (ii) no fueron sustanciadas de manera independiente o imparcial ni son compatibles con la intención de ha-

or political decision-making process (pardons, amnesties) of a State. A second, more practical argument was that, given the resistance to the proposal, it would be difficult to secure a solution and protracted negotiations could lead to a reopening of the entire package on the subject of complementarity. Finally, there were some who argued that the proposal was not absolutely necessary, as the provisions on admissibility could give the Court sufficient breadth to examine cases of pardons or amnesties made in bad faith. The Coordinator undertook extensive consultations on this issue and realized that open-ended negotiations were unlikely to produce a compromise solution. After consulting the sponsors of this proposal, the Coordinator recommended that it be dropped and it was not included in the final package”.

58 En cuanto a los problemas que plantea la no extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución de sentencia condenatoria firme, T.J. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp 41-78, p. 76, afirma: “Potentially, the greatest weakness to the complementarity regime lies in the failure to include in the Statute provisions related to pardons. The *lacunae* may permit a State to investigate, prosecute, convict and sentence a person, and then pardon or parole the person soon thereafter. Clearly, that possibility exists, especially since the *travaux préparatoires* will indicate that a proposal existed to cover this possibility but was not included in the Rome Conference”. Para evitar estos problemas, Holmes defiende en la p. 77 de esta misma obra que la extensión jurisprudencial de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución mediante la interpretación extensiva de las circunstancias que provocan que las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales produzcan efectos de cosa juzgada con respecto a la Corte.

59 En el mismo sentido, K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, pp. 150-151.

cer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia⁶⁰. Este será el caso de los llamados indultos *a priori*, es decir aquellos que se conceden antes de la conclusión de las actuaciones penales nacionales. Sin embargo, quedarán fuera de esta excepción los indultos otorgados por un nuevo régimen que llega al poder una vez que las actuaciones penales nacionales concluyeron durante el antiguo régimen⁶¹.

La solución adoptada por el Estatuto de Roma no es plenamente satisfactoria y, en opinión del autor, debería haber ido acompañada de la adopción de otras medidas, como por ejemplo, el establecimiento en el propio Estatuto de Roma de una obligación inequívoca de ejecución de las condenas firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales contra los perpetradores de estos delitos, y de un régimen de sanciones para el caso de su incumplimiento similar al previsto en el art. 112(8) ER para los supuestos de incumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones de financiación de la Corte, es decir la suspensión automática de sus derechos políticos en la organización internacional Corte Penal Internacional.

Sin embargo, también es cierto que, pese a sus deficiencias, la exclusión de la fase de ejecución de sentencias del ámbito de aplicación del principio de complementariedad aparece como la menos mala de las soluciones posibles. A este respecto es importante recordar que la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado inevitablemente problemas de *ne bis in idem*. Así, o la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de

60 Si bien en la versión española del art. 21 (3)(b) ER se habla de que el proceso “no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”, en la versión en inglés en que se negoció el texto se utiliza la locución “o”. Por lo tanto, ambas condiciones son cumulativas y no alternativas.

61 En este sentido, K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, pp. 150-151, ha señalado que “es difícil asumir en todos estos casos la admisibilidad del proceso ante la CPI, dado que esto presupondría un juicio de valor muy severo acerca del sistema nacional respectivo, a saber que está actuando de mala fe para salvar a los autores de un castigo real. Cuanto más avanzado esté el proceso, tanto más difícil será el uso del argumento de la mala fe. En todo caso, él solo puede ser usado convincentemente si puede demostrarse una “intención de impunidad” de los órganos estatales responsables; esto no sería posible, por ejemplo, si hubo un cambio de régimen y el régimen que concede la exención es completamente diferente de aquel en el poder durante el juicio.

ejecución iba 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 concurrirían ninguna de las circunstancias previstas en el art. 20(3) 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 órganos jurisdiccionales nacionales y otra por la Corte)⁶².

La extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado también que la ejecución por la Corte de sus sentencias firmes se hubiera visto suspendida como consecuencia de las investigaciones y enjuiciamientos de las jurisdicciones nacionales con respecto a las personas y hechos objeto de las sentencias firmes condenatorias de la Corte. En este sentido, no podemos olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad actúa en un doble sentido en cuanto que no sólo afecta a las actuaciones de las jurisdicciones nacionales sino también a las de la Corte.

Finalmente, hay que tener también en cuenta que la extensión del carácter dinámico del principio de complementariedad a la fase de ejecución sería de muy difícil aplicación práctica. Así, sólo una minoría de Estados autorizan el enjuiciamiento *in absentia* con respecto a crímenes de la gravedad de los previstos en el Estatuto de Roma. Por lo tanto, es de suponer que el Estado que dicte sentencia firme condenatoria y posteriormente indulte a quienes han sido condenados sea el Estado en cuyo territorio se encuentran los mismos. De esta manera sería difícil que este Estado, aunque esté obligado a ello por ser un Estado Parte del Estatuto de Roma, se encuentre dispuesto a entregarlos a la Corte, máxime no previéndose expresamente en el Estatuto de Roma sanción alguna para los casos de incumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la Corte.

62 En este sentido hay que señalar que es cierto que el principio *ne bis in idem* contenido en el art. 14 (7) PIDCP 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 los arts. 10 ETPIY, 9 ETPIR y 20 ER es superior al tradicionalmente ofrecido por el art. 14 (7) PIDCP. Véase J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia y Rwanda*, 2.ed., Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson (Nueva York), 2000, pp. 151-154 y 504-505.

IV.3. MEDIDAS DE EXENCIÓN PARCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En lugar de recurrir a leyes de amnistía o a medidas de exención de responsabilidad *ex post facto*, aquellos Estados inmersos en procesos de transición pueden optar por la adopción de medidas de exención parcial de responsabilidad penal por la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma. El recurso a este tipo de medidas no es tan frecuente en cuanto que las mismas, a diferencia de las leyes de amnistía o los indultos, no eximen completamente de responsabilidad penal. Sin embargo, en los últimos años han aparecido algunos ejemplos paradigmáticos, como es el caso de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz⁶³.

Esta ley prevé que al final del proceso se imponga, junto con las penas principales y accesorias que correspondan conforme a la normativa penal ordinaria, una pena alternativa de la que se podrán beneficiar los miembros de grupos armados al margen de la ley (entendiéndose por tales, los grupos de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos) que, además de desmovilizarse, cumplan con las condiciones establecidas en la propia Ley de Justicia y Paz⁶⁴. Esta pena alternativa consiste “en privación de la libertad por un período mínimo de cinco años y no superior a ocho años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”⁶⁵.

63 Nos limitaremos en este artículo a una breve descripción del contenido de esta ley.

64 Además de los supuestos de desmovilización colectiva previstos en el art. 10 de la Ley de Justicia y Paz, el art. 11 prevé “los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación.”

65 Art. 29 de la Ley de Justicia y Paz.

La pena alternativa sólo se concede al dictarse sentencia firme condenatoria después de que el solicitante haya tenido que pasar por un proceso judicial que incluye las etapas siguientes. En primer lugar, los desmovilizados han de rendir versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien tiene la obligación de interrogarlos sobre todos los hechos de que tenga conocimiento. De esta manera, los desmovilizados:

En presencia de su defensor, manifestaran las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo⁶⁶.

Concluida la versión libre, se lleva a cabo una audiencia de imputación en la que el fiscal, ante el juez de control de garantías:

[...] hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas⁶⁷.

A partir de esta audiencia, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, a quien se le transmite las versiones libres y las demás actuaciones realizadas en el proceso de desmovilización⁶⁸, lleva a cabo, con el apoyo de su grupo de policía judicial, las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por los desmovilizados, y de todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia⁶⁹. Al concluir estas actuaciones, se celebra ante el juez de control de garantías la audiencia de formulación de cargos en la que los desmovilizados, de manera libre, voluntaria,

66 Art. 17 de la Ley de Justicia y Paz.

67 Art. 18 de la Ley de Justicia y Paz. Conforme a esta misma disposición, esta audiencia sólo se llevará a cabo “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación”.

68 Art. 17 de la Ley de Justicia y Paz.

69 Art. 18 de la Ley de Justicia y Paz.

espontánea y asistidos por su defensor, pueden aceptar ante el juez de control de garantías los cargos presentados por la Fiscalía como consecuencia de las versiones libres o de las investigaciones realizadas a raíz de la misma⁷⁰.

Realizada la audiencia de imputación de cargos, se transmiten los expedientes al Tribunal Superior de Distrito Judicial competente que convoca una audiencia pública para examinar si la aceptación de cargos por los desmovilizados fue conforme a la ley, y de ser así, abre el incidente de reparación integral⁷¹ y cita a una audiencia de sentencia o individualización de la pena⁷². Finalmente, en la sentencia condenatoria, además de evaluarse “el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”, se fijan: (i) la pena principal y las accesorias; (ii) la pena alternativa; (iii) los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal; (iv) las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y (v) la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación⁷³.

70 Art. 19 de la Ley de Justicia y Paz. Conforme al art. 21 de la Ley de Justicia y Paz, “Si el imputado o acusado acepta parcialmente los cargos se romperá la unidad procesal respecto de los no admitidos. En este caso la investigación y el juzgamiento de los cargos no aceptados se tramitarán por las autoridades competentes y las leyes procedimentales vigentes al momento de su comisión. Respecto de los cargos aceptados se otorgarán los beneficios de que trata la presente ley”.

71 En relación con el incidente de reparación integral, el art. 23 de la Ley de Justicia y Paz señala: “En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del ministerio público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes. Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones. La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley. Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oír el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria.”

72 Arts. 19 y 23 de la Ley de Justicia y Paz.

73 Art. 24 de la Ley de Justicia y Paz.

A diferencia de las leyes de amnistía –que en el mejor de los casos sólo pueden provocar la inadmisibilidad de una situación o caso mientras se produce el esclarecimiento de los hechos a nivel nacional, de manera que cualquier decisión de la Corte de no actuar con posterioridad puede fundarse exclusivamente en el llamado “interés de la justicia” o principio de oportunidad no reglada– y de los indultos tras la emisión de sentencia firme condenatoria (que, en principio, quedan fuera del ámbito de aplicación del principio de complementariedad y no afectan por lo tanto al análisis de admisibilidad), el impacto de las medidas de exención parcial de responsabilidad penal en el análisis de la admisibilidad de situaciones y casos dependerá de las características específicas de la medida de que se trate.

Así, del breve análisis realizado de la Ley de Justicia y Paz se deriva que su aplicación va a impedir que se pueda hablar ni de una inacción *a priori* ni de una inacción *a posteriori* del Estado colombiano, en cuanto que las autoridades nacionales llevan a cabo una auténtica investigación penal seguida de un procedimiento de conformidad, y en su caso la emisión de sentencia condenatoria, en el que el Tribunal Superior de Distrito Judicial tiene el deber de garantizar que el imputado se conforma con los cargos presentados por la Fiscalía de manera libre, voluntaria e informada. Además, si bien un procedimiento de conformidad como el recogido por la Ley de Justicia y Paz se encuentra expresamente prohibido para delitos graves en ciertas jurisdicciones nacionales como la española, es, sin embargo, la norma general en otras jurisdicciones nacionales, como la de los Estados Unidos⁷⁴, y se encuentra expresamente incorporado en el art. 65 del Estatuto de Roma.

Además, aunque la pena alternativa se aplica únicamente tras el pronunciamiento de sentencia firme condenatoria, su aplicación se prevé antes de que se inicien las actuaciones penales a nivel nacional (en teoría, antes incluso de que se produzca la desmovilización, pues la aplicación de la pena alternativa es el incentivo para que se produzca la misma) por lo que, como en el caso de los indultos *a priori*, podría tener un impacto en el análisis de admisibilidad si se demuestra que en las actuaciones nacionales realizadas en aplicación de la Ley de Justicia y Paz concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 20 (3) ER - es decir que las mismas han sido dirigidas a “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la

74 Véase sobre este particular el interesante estudio de N. Rodríguez García, *La Justicia Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

Corte”; o no han sido 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.

Las dificultades para probar que concurre alguna de las circunstancias del art. 20 (3) ER son evidentes, sobre todo si se tiene en cuenta que, a diferencia de los indultos *a priori*, la pena alternativa prevista en la Ley de Justicia y Paz solo exime parcialmente de responsabilidad penal. Ahora bien, en opinión del autor, sería un error excluir esta posibilidad, y para ello habrá que estudiar con cuidado diversos factores tales como los plazos que se conceden a la Fiscalía Nacional de la Justicia y de la Paz para proceder a su investigación, los medios materiales con los que se dota a la misma a la vista de la magnitud de las actividades delictivas objeto de su actividad, los recursos destinados a la persecución de bienes afectos a indemnizaciones y la efectividad en el ejercicio de la posición procesal atribuida a las víctimas en el procedimiento.

V. EL EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN RELACIÓN CON SITUACIONES Y CASOS OBJETO DE LEYES DE AMNISTÍA, INDULTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE SÓLO EXIMEN PARCIALMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

Durante los años que precedieron a la aprobación definitiva del Estatuto de Roma numerosos autores defendieron que a través de medidas de exención de responsabilidad penal se podía hacer justicia de manera más eficaz que a través de enjuiciamientos penales⁷⁵. Un segundo grupo de autores defendía, sin embargo, la necesidad de perseguir penalmente los delitos recogidos en el Estatuto de Roma, y afirmaba que mediante el apoyo expreso o tácito de la Comunidad Internacional a medidas tales como las leyes de amnistía o los indultos se enviaría a los futuros autores de estos delitos el mensaje de que no debían preocuparse porque terminarían por no ser penalmente perseguidos⁷⁶.

75 Véase por todos M. Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Ed. Beacon Press, Boston, 1998, p. 9.

76 La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de los Menores ha llegado a la conclusión de que la impunidad es una de las razones principales de las violaciones continuadas de derechos humanos en todo el mundo (United Nations Commission on Human Rights, 'Report on the Consequences of Impunity', U.N. Doc. E/CN.4/1990/13). En el caso de los Barrios Altos, la Corte Inter-americana de Derecho Humanos declaró recientemente que la ley de amnistía dictada en Perú era nula, y, por lo tanto, privada de todo efecto jurídico. La Corte Inter.-americana llegó a esta conclusión tras declarar que, en principio, las leyes de amnistía

Como vimos en la introducción a este trabajo, el Preámbulo del Estatuto de Roma constituye una apuesta sin compromisos por la persecución penal de los presuntos responsables de aquellos delitos que más gravemente afectan a la Comunidad Internacional. Para ello, se subrayan expresamente las obligaciones asumidas por los Estados para su investigación y enjuiciamiento, así como para la cooperación con aquellos terceros estados que los estén persiguiendo penalmente. Además, se crea la Corte como instrumento complementario de las jurisdicciones nacionales en la persecución penal de estos delitos⁷⁷.

Sin embargo, los arts. 15(3) y (4) y 53 ER, y la regla 48 RPP, hacen del principio de oportunidad no reglada el principio rector de la actuación de la Fiscalía de la Corte a la hora de decidir tanto sobre la activación de la jurisdicción de la Corte con respecto a situaciones de crisis como sobre la posterior apertura de casos. De esta manera, a pesar de que, como hemos visto en el apartado anterior, las leyes que establecen amnistías absolutas o condicionales (con o sin Comisiones de Verdad y Reconciliación) no convierten las situaciones o casos objeto de las mismas en inadmisibles, y por tanto no impiden *per*

77 son contrarias a la letra y espíritu de la Convención Inter.-americana de Derechos Humanos. M.C. Bassiouni, 'Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court', en *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, 2000, p. 468: "The ICC reminds governments that *realpolitik*, which sacrifices justice at the altar of political settlements, is no longer accepted. It asserts that impunity for the perpetrators of genocide, crimes against humanity and war crimes is no longer tolerated". Por su parte, T.J. Holmes, 'The Principle of Complementarity', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp 41-78, p: 77, afirma lo siguiente: "A related problem is the question of amnesties before an investigation and trial. It is clear that the Statute's provisions on complementarity are intended to refer to criminal investigations. Thus, where no such investigation occurred, the Court would be free to act. A Truth commission and the amnesties it provides may not meet the test of a criminal investigation, since the simple telling the truth to a non-judicial body may convey an individual immunity from national prosecution". Véase también, J.G. White, 'Nowhere to Run, Nowhere to Hide: Augusto Pinochet, Universal Jurisdiction, the ICC, and a Waking Up Call for Former Head of State', en *Case Western Law Review*, Vol. 50, 1999, pp 169-172; C.K. Morales, 'Establishing an International Criminal Court: Will it Work?', en *DePaul International Law Journal*, Vol 4, 2000, p. 137; B. Concannon Jr., 'Beyond Complementarity: The International Criminal Court and National Prosecutions, A View from Haiti', en *Columbia Human Rights Law Review*, Vol 32, 2000, pp. 201-203; y G.W. Mugwanaya, 'Expunging the Ghost of Impunity for Severe and Gross Violations of Human Rights and the Commission of Delicti *ius Gentium*: A Case for the Domestication of International Criminal Law and the Establishment of a Strong Permanent International Criminal Court', en *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Vol. 8, 1999, pp. 707-709.

se la actuación de la Corte, la Fiscalía de la Corte, en ejercicio del principio de oportunidad no reglada puede declinar abrir una investigación sobre una cierta situación o iniciar un caso porque no redundaría en interés de la justicia al ser objeto de una ley de amnistía. La Fiscalía de la Corte puede tomar esta decisión, incluso a pesar de la gravedad de los delitos, de los intereses de las víctimas o de cualesquiera otras circunstancias que pudieran favorecer la actuación de la Corte, como la importancia del grado de participación del presunto o presuntos responsables en la comisión de los delitos⁷⁸. Si bien, conforme al art. 53 (3)(b) ER, la Sala de Cuestiones Preliminares, y en su caso la Sala de Apelaciones, tiene siempre la competencia para revisar de oficio la manera en que la Fiscalía de la Corte utiliza su discrecionalidad política no reglada para decidir no abrir la investigación de una situación o para decidir dar por concluida una investigación sin proceder a la apertura de más casos derivados de la misma.

Este mismo escenario puede también plantearse cuando, en lugar de leyes de amnistía, se aprueban a nivel nacional medidas de exención parcial de responsabilidad penal que afectan de tal manera a las actuaciones penales nacionales que hacen que las situaciones o casos objeto de las mismas sean admisibles. Es más difícil, sin embargo, que esto ocurra en el caso de la aprobación de indultos, o de otras medidas de exención de responsabilidad *es post facto*, en cuanto que normalmente las mismas se encuentran fuera del ámbito de aplicación del principio de complementariedad y por lo tanto no tienen ningún efecto sobre la admisibilidad o no de las situaciones o casos sobre las que recaen.

78 Por lo tanto, no se puede sino concluir que algunas de las opciones político-legislativas adoptadas en el Preámbulo del ER han sido sutilmente anuladas, y, que, por lo tanto, aquellos órganos de la Corte que originalmente fueron concebidos para implementarlas, en particular la Fiscalía de la Corte, se han convertido de la noche a la mañana en auténticos legisladores. El problema es que estas opciones de política-legislativa van a la esencia misma del Estatuto de Roma. Así, si, como muchos creen, las leyes de amnistía son el instrumento a través del cual se propaga la inmunidad, ¿cómo han podido los Estados Partes dejar principalmente en las manos de los órganos competentes de la Corte la decisión sobre si el Estatuto de Roma prohíbe o no las mismas? Del mismo modo, si, como otros han sugerido, las leyes de amnistía constituyen indispensables monedas de cambio para inducir a los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional a que acepten la paz y dejen el poder, ¿cómo es posible que los Estados Partes hayan atribuido a los órganos competentes de la CPI la decisión sobre la legalidad o ilegalidad de tan preciosos instrumentos de negociación? Véase en particular H. Olásolo, 'The Prosecutor of the ICC before Initiations of Investigations: A Quasi-Judicial or Political Body', en *International Criminal Law Review*, 2003, Vol. 2, pp. 87-150.

Desafortunadamente, ni el Estatuto de Roma, ni las Reglas de Procedimiento y Prueba, ni la propia Fiscalía de la Corte han establecido hasta el momento criterio alguno que permita determinar *a priori* cuáles son las características que debe tener una ley que establece una amnistía para que la actuación de la Corte sobre la situación o caso a que se refiere no redunde en interés de la justicia. Además, tampoco las Salas de la Corte han tenido hasta el momento la oportunidad de pronunciarse al respecto en cuanto que a día de hoy la Fiscalía no ha adoptado todavía ninguna de las decisiones sujetas a revisión conforme al art. 53 (3)(b) ER.

En opinión del autor existen cuatro factores que habrán de tenerse necesariamente en consideración a la hora de elaborar estos criterios. En primer lugar, la necesidad de no apartarse de manera sustancial de los principios generales recogidos en el Preámbulo del Estatuto de Roma. En este sentido, no se puede olvidar que la creación de la Corte como un órgano jurisdiccional interestatal de supervisión y control que incentive a las jurisdicciones nacionales para que realicen adecuadamente su trabajo de investigación y enjuiciamiento de los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional, y que coopere, si bien manteniendo su independencia, con el órgano político internacional encargado del mantenimiento y re-establecimiento de la paz y seguridad internacionales (el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), continúa siendo hoy tan necesaria como cuando se celebró la Conferencia Diplomática de Roma.

En segundo lugar, el hecho de que, tal y como la Fiscalía de la Corte⁷⁹ y la Sala de Cuestiones Preliminares I⁸⁰ han señalado, la Corte sólo va a ejercer su jurisdicción personal en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad por las campañas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos en las situaciones objeto de investigación.⁸¹ Esto significa que la persecución penal

79 Fiscalía de la Corte, 'Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor' (available at www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf), 2003, pp. 3 y 7; y Fiscalía de la Corte, 'Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593' (disponible en www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_English.pdf), 2005, p. 4.

80 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8, 24 February 2006, párrafo 50.

81 Véase también este sentido, M.C. Bassiouni, *International Criminal Law: A Draft Interna-*

de la gran mayoría de las personas involucradas en la preparación y ejecución de dichas campañas (mandos intermedios y autores materiales) seguirá correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales, y que es precisamente en relación con estas personas sobre las que la Corte no va a ejercitar su jurisdicción personal donde las leyes que establezcan amnistías condicionales (particularmente si van acompañadas del establecimiento de Comisiones de Verdad y Reconciliación efectivas) y otras medidas de exención parcial de responsabilidad penal pueden jugar un papel más destacado.

De esta manera, este tipo de medidas, sin favorecer que los señores de la guerra puedan convertirse de la noche a la mañana en interlocutores de paz, podrían ser utilizadas como moneda de cambio para inducir al resto de miembros de un grupo o facción a que fueren a sus líderes a abandonar el poder, o como instrumento para promover la estabilidad de un Estado que está saliendo de una situación de crisis o para evitar el colapso de su sistema de justicia penal⁸². Además, la eficacia de este tipo de medidas a nivel nacional, y en particular los trabajos de Comisiones de Verdad y Reconciliación efectivas, no se vería necesariamente afectada por las actuaciones que la Corte desarrolle en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad en las campañas de delitos cometidos en las situaciones bajo investigación⁸³. De hecho, se podría dar la situación contraria si en las propias leyes de amnistía condicional o de exención parcial de responsabilidad penal se incluyera expresamente como condición para su concesión la cooperación de los solicitantes con las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por la Corte.

En tercer lugar, la necesidad de rechazar expresamente la utilización del principio de oportunidad no reglada a resultas de la aprobación a nivel nacional de leyes que establecen amnistías absolutas como las aprobadas en Chile o en Sierra Leona, en cuanto que no sólo existe un consenso con res-

tional Criminal Code, 2.ed., Transnational Publishers, 1999, pp. 22-23.

82 Véase A.S. Brown, 'Adios Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentine', en *Texas International Law Journal*, Vol. 37, 2002, pp. 217 y ss.

83 Sobre los potenciales problemas que se puedan derivar de la actuaciones simultánea de la Corte y de Comisiones de la Verdad a nivel nacional sobre una misma situación de crisis, ver J. Dugard, 'Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions', en A. Cassese/P. Gaeta/J. R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 693-704.

pecto a que constituyen una violación del derecho internacional⁸⁴, sino que son también contrarias al objeto último del Estatuto de Roma⁸⁵. Además se debería condicionar el recurso al principio de oportunidad no reglada para no iniciar investigaciones o casos como consecuencia de la aprobación de leyes de amnistía condicional (u otras medidas que eximan parcialmente de responsabilidad penal) a que las mismas establezcan mecanismos efectivos para el esclarecimiento de los hechos y la reparación a las víctimas. En este sentido, los criterios ofrecidos por Ambos para la calificación de una Comisión de Verdad y Reconciliación como efectiva constituyen sin duda un buen punto de partida⁸⁶.

Finalmente, la realización de un esfuerzo de concretización sobre cuáles son los intereses últimos que en un momento dado pueden justificar el recurso al principio de oportunidad no reglada para no actuar en situaciones o casos

84 Véanse, entre otros, M.C. Bassiouni, *International Criminal Law*, 3.ed. Transnational Publishers, 1999, pp. 10-14 and 22; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000, p. 58; K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia Transicional*, Temis, 2008, p. 87; A. Casse-se, 'The Special Court and International Law: The Decision concerning the Lomé Agreement Amnesty', en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2, pp. 1130 y ss; R. Goldstone/N. Fritz, 'In the Interests of Justice and Independent Referral: ICC Prosecutor's Unprecedented Powers', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, 2000, pp. 655 y ss, p. 659-660; A. Sánchez Legido, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 372 y ss; J.E. Méndez, 'National Reconciliation, Transnational Justice and the International Criminal Court', en *Ethics and International Affairs*, Vol. 15, 2001, pp. 15 y ss, p. 33; A. O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer International, 2002, pp. 195-196; P. Seils/M. Wierda, *The International Criminal Court and Conflict Mediation*, International Center for Transitional Justice, 2005, p. 14; C. Stahn, 'Complementarity, Amnesties, and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 703 y ss, p. 704; E.G. Salmón, 'Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience', en *Review of the International Committee of the Red Cross*, Vol. 88, 2006, pp. 327 y ss, pp. 332 y ss; W. Burke-White, 'Complementarity in Practice. The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of the Congo', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, pp. 559 y ss, p. 582.

85 A. Seibert Fohr, 'The Relevance of the Rome Statute of the ICC for Amnesties and Truth Commissions', en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 553 y ss, pp. 557-558; D. Robinson, 'Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court', en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 481 y ss, p. 505; K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, p. 144.

86 K. Ambos, *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, pp. 65-70.

objeto de leyes de amnistía condicional o de medidas de exención parcial de responsabilidad, así como de la metodología a utilizar para ponderar los distintos intereses en juego.

Este esfuerzo, contrariamente a lo que se ha presumido hasta la actualidad, es perfectamente posible, como recientemente lo ha demostrado la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia de 6 de mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, en la que realiza un detallado examen de proporcionalidad entre los valores justicia y paz⁸⁷, teniendo presente que el objeto declarado de la norma bajo análisis es el “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley” (grupos de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos),⁸⁸ garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación⁸⁹ y con pleno respeto al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados⁹⁰.

Además, al llevarlo a cabo será necesario analizar si la satisfacción de dichos intereses exige únicamente el recurso temporal al principio de oportunidad política, de manera que, aunque a día de hoy no redunde en interés de la justicia la investigación y enjuiciamiento de los líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad en las campañas de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra que presuntamente se hayan cometido en la situación bajo examen (o de algunos de ellos), esto no impida necesariamente la actuación de la Corte contra los mismos dada la imprescriptibilidad de dichos delitos conforme al art. 29 ER.

87 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. Para un análisis en profundidad de esta sentencia ver el trabajo del Dr. Alejandro Aponte que también es parte de esta obra colectiva.

88 Art. 1 de la Ley de Justicia y Paz.

89 Arts. 1 y 4 de la Ley de Justicia y Paz.

90 Art. 4 de la Ley de Justicia y Paz.

APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS DE
ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES:
LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE KENIA*

* Publicado con Enrique Carnero Rojo, candidato a doctor en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht; asesor legal asociado de la Fiscalía de la CPI (2004-2009); maestría por la universidad de Leiden; licenciatura en derecho por la Universidad de Deusto. Publicado en libro homenaje al Profesor Julio González Campos, Catedrático de Derecho Internacional Público, 2011. Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas a los autores y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional ni las de ninguna otra institución.

I. INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional (“CPI”) autorizó al Fiscal de la Corte a abrir una investigación por iniciativa propia sobre la situación en la República de Kenia, en relación con crímenes de lesa humanidad dentro de la competencia de la Corte presuntamente cometidos en el territorio de Kenia entre el 1 de junio de 2005 y el 26 de noviembre de 2009.¹ En aplicación del art. 15(4) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“ER”), la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que había un “fundamento suficiente para abrir una investigación”, tras determinar que (i) los crímenes alegados por el Fiscal eran de la competencia de la Corte, (ii) la situación era admisible, y (iii) la apertura de una investigación sobre dichos crímenes no sería contraria al interés de la justicia. Ésta ha sido la primera, y al tiempo de escribir estas líneas la única, decisión de la CPI autorizando al Fiscal a comenzar una investigación. Como tal la decisión es notable en muchos aspectos. Sin embargo, el presente capítulo se centrará en las conclusiones de la Sala sobre la admisibilidad de situaciones.

Hasta la decisión aquí analizada, la CPI había dictado varias resoluciones sobre la admisibilidad de casos. Sin embargo, no se había discutido en detalle la cuestión relativa a si era posible llevar a cabo análisis de admisibilidad de situaciones. Tal ausencia se debía a que todas las investigaciones anteriores se abrieron sobre la base de remisiones hechas por estados partes del Estatuto de Roma (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana) o por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (Darfur). El Estatuto de Roma determina que la apertura de investigaciones sobre la base de tales remisiones no requiere una autorización judicial previa sino únicamente un examen previo por parte del Fiscal.²

1 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

2 Asamblea General de Naciones Unidas, ‘Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’, 17 de julio de 1998, documento A/Conf.183/9 (‘ER’), Artículo 15 en relación con Artículo 13(a) and (b). Véanse también los comunicados de prensa de la Fiscalía de la CPI, ‘La Fiscalía de la Corte Penal Internacional abre su primera investigación’, ICC-OTP-20040623-59, 23 de junio de 2004; ‘El Fiscal de la Corte Penal Internacional abre una investigación en el No[r]te de Uganda’, ICC-OTP-20040729-65, 29 de julio de 2004; ‘El Fiscal de la CPI abre una investigación en Darfur’, ICC-OTP-0606-104, 6 de junio de 2005; ‘El Fiscal abre una investigación en la República Centroafricana’, ICC-OTP-20070522-220, 22

De ahí que este estudio discuta el concepto de admisibilidad de situaciones desarrollada en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares autorizando al Fiscal a investigar crímenes de lesa humanidad supuestamente cometidos en la República de Kenia.

II. LOS CONCEPTOS DE SITUACIÓN Y CASO

El Estatuto de Roma hace una clara distinción entre situaciones y casos. Los arts. 13(a) y (b), 14(1) y 19(3) del ER establecen que el objeto de una remisión hecha por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas debe tener una “situación” como objeto.³ Además, el art. 18(1) afirma que los exámenes preliminares y las investigaciones iniciadas por la Fiscalía como resultado de dichas remisiones deben también hacer referencia a “situaciones”.⁴ De manera similar, los arts. 18(1) y 15(5) y (6) ponen de relieve que son también “situaciones” el objeto de los exámenes preliminares e investigaciones que resulten de las comunicaciones enviadas a la Fiscalía por personas naturales y jurídicas diferentes de los Estados Partes y del Consejo de Seguridad.⁵

de mayo de 2007.

- 3 H. Olásolo, ‘The Lack of Attention to the Distinction between Situations and Cases in National Laws on Cooperation with the ICC: Special Attention to the Spanish Case’, *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20, 193-205, y H. Olásolo y E. Carnero Rojo, ‘The Application of the Principle of Complementarity to Decide Where to Open an Investigation: The Admissibility of Situations’, en C. Stahn y M.M. El Zeidy (coords.) *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011. Véanse también L. Yee, ‘The International Criminal Court and the Security Council’, en R. Lee (coord.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 147; S.A. Fernández de Gurmendi, *The Role of the international Prosecutor*, en R. Lee (coord.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, pp. 180-82; E. Wilmshurst, ‘Jurisdiction of the Court’, en R. Lee (coord.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 131; y H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2005, p. 44.
- 4 J.T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en R. Lee (coord.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 71, fn. 40; 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*, 2005, vol. 5, 106.
- 5 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, p. 44. La palabra ‘asunto’ en el Artículo 15(4), leída junto a las referencias a la noción de situación en el Artículo

En lo referente a casos, es únicamente tras la apertura de la investigación de una ‘situación’ que el Fiscal puede pedir la emisión de una orden de detención o comparecencia bajo el art. 58 contra uno o más individuos concretos si considera que existen ‘motivos razonables’ para creer que son responsables penalmente por uno o más delitos de la competencia de la Corte. El inicio de un caso viene marcado por la emisión por una Sala de Cuestiones Preliminares de la orden de detención o comparecencia solicitada.⁶

A pesar de esta clara referencia a los conceptos de situaciones y casos (“asuntos”) en los instrumentos legales de la CPI, ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba (‘RPP’) de la CPI proporcionan una definición de los mismos. Ambos conceptos, así como las características que los diferencian, han sido elaborados por la Corte en diferentes escenarios.

La elaboración judicial más clara hasta el momento sobre los conceptos de situaciones y casos ha tenido lugar en el contexto de la participación de las víctimas en los procedimientos. La Sala de Cuestiones Preliminares I, al dictar la primera decisión de la Corte en enero de 2006 sobre la participación de las víctimas en los procedimientos, aclaró que:

[S]ituaciones, que generalmente están definidas en términos de parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales, como la situación en el territorio de la República Democrática del Congo desde el 1 de julio de 2002, implican los procedimientos previstos en el Estatuto para determinar si una situación en particular debería dar lugar a una investigación penal así como la investigación como tal.⁷

En la misma decisión, la Sala definió un caso refiriéndose a:

15(5) y (6) y en vista de la intención de los redactores del Estatuto de introducir protecciones adecuadas contra el inicio de investigaciones políticamente motivadas, no puede referirse literalmente a ‘asuntos’ sino a ‘situaciones’, de acuerdo con el objeto del Artículo 15.

6 Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo 44. Véanse también R. Rastan, ‘What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute?’, *Criminal Law Forum* 19, 2008, 442-43; K. Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley de 2005) y Derecho Penal Internacional*, GTZ: Universidad de Göttingen, 2010, párrafos 331-334.

7 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006, párrafo 65.

[E]pisodios específicos durante los que uno o más crímenes de la competencia de la Corte parecen haber sido cometidos por uno o más sospechosos identificados.⁸

Sobre la base de esta distinción entre situaciones y casos, las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones han decidido posteriormente que las víctimas de una situación sólo pueden participar en “procedimientos judiciales” específicos que tengan lugar en el contexto de la investigación de su respectiva situación,⁹ mientras que las víctimas de un caso pueden participar además en los procedimientos relativos a la audiencia de confirmación de cargos del caso que trate los crímenes que alegan haber sufrido¹⁰ y en el posterior juicio oral.¹¹

8 Ibid. Véase también *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning PTC I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8, de pública de 24 de febrero de 2006, anexo I, párrafo 31.

9 Situation in the Democratic Republic of the Congo, Appeals Chamber, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber 1 of 24 December 2007, ICC-01/04-556, 19 de diciembre de 2008, párrafos 45 y 55-57; Situation in Darfur (Sudan), Appeals Chamber, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007, ICC-02/05-177, 2 de febrero de 2009, párrafo 7; Prosecutor v Joseph Kony et al., Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Defence against the decisions entitled ‘Decision on victims’ applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and a/0123/06 to a/0127/06’ of Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-371, 23 de febrero de 2009, párrafo 33.

10 The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Arrangements for Participation of Victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 at the Confirmation Hearing, ICC-01/04-01/06-462, 22 de septiembre de 2006, pp. 7-8; The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 de mayo de 2008, párrafos. 124-145; The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Fourth Decision on Victims’ Participation, ICC-01/05-01/08-320, 12 de diciembre de 2008, párrafos 101-110.

11 The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation

Las Salas de la Corte también han utilizado estos conceptos de situación y caso al tratar de otras cuestiones legales sustantivas, tales como temas de competencia,¹² “oportunidades únicas de proceder a una investigación”¹³ y la posibilidad de que *amici curiae* participen en los procedimientos.¹⁴ Además, los conceptos de situación y caso se han convertido también en un tema de importancia procesal en la práctica diaria de la Corte, ya que el Secretario guarda los documentos y las decisiones en archivos separados para cada situación y para cada caso.¹⁵ Al comenzar un caso, la Sala de Cuestiones Preliminares ordena que el archivo del caso se complete con copias de los documentos relevantes del archivo del caso correspondiente.¹⁶

-
- of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1432, 11 de julio de 2008, párrafo 109.
- 12 The Prosecutor vs Joseph Kony y otros, Pre-Trial Chamber II, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009, párrafo 14 (para decidir si debe hacerse una determinación de admisibilidad conforme al Artículo 19(1) del Estatuto de la CPI, ‘los procedimientos deben haber alcanzado la fase del caso (incluyendo ‘episodios específicos durante los que uno o más crímenes de la competencia de la Corte parecen haber sido cometidos por uno o más sospechosos identificados’), a diferencia de la fase anterior de la situación que sigue a la decisión del Fiscal de comenzar una investigación de acuerdo al artículo 53 del Estatuto’).
- 13 Situation in the Democratic Republic of the Congo, Pre-Trial Chamber I, Decision following the Consultation held on 11 October 2005 and the Prosecution’s Submission on Jurisdiction and admissibility filed on 31 October 2005, ICC-01/04-93, 9 de noviembre de 2005, p. 4 (‘que en esta fase de los procedimientos [investigación de la situación] no se ha emitido una orden de detención o comparecencia y por tanto no ha surgido ningún caso ...’).
- 14 Situation in Darfur (Sudan), Pre-Trial Chamber I, Décision relative aux conclusions aux fins d’exception d’incompétence et d’irrecevabilité, ICC-02/05-34, 23 de noviembre de 2006, pp. 3-4 (‘que en este estado del procedimiento [investigación de la situación], no se ha emitido ninguna orden de detención o comparecencia [y por tanto no ha surgido ningún caso]).
- 15 CPI, ‘Reglamento de la Secretaría’, Normas 20 (‘Apertura de un expediente de situación o de caso’) y 21 (‘Contenido de un expediente de situación o de caso’), ICC-BD/03-01-06-Rev.1, 25 de septiembre de 2006.
- 16 Véase por ejemplo, *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision concerning Pre-Trial Chamber I’s Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, versión pública de 24 de febrero de 2006, pp. 4-5; *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Order concerning the incorporation of certain documents into the record of the case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-35, 16 de marzo de 2006, p. 3; *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the incorporation of documents in the record of the case and convening a

En conclusión, situaciones y casos son conceptos diferentes de acuerdo a los instrumentos legales y la práctica consolidada de la Corte. Situaciones son el objeto de exámenes preliminares e investigaciones.¹⁷ Casos dentro de una ‘situación’ se inician posteriormente con la emisión de una orden de detención o comparecencia por la Sala de Cuestiones Preliminares competente a petición del Fiscal.¹⁸

III. EL CONCEPTO DE ADMISIBILIDAD Y SU APLICACIÓN A SITUACIONES Y CASOS

El art. 17 del ER, titulado “cuestiones de admisibilidad”, se refiere literalmente a la admisibilidad e inadmisibilidad de casos o “asuntos”. Sus cláusulas establecen un análisis de admisibilidad compuesto de dos partes, “complementariedad” y “gravedad”.¹⁹

La primera parte del análisis se refiere a las investigaciones y enjuiciamientos. El art. 17(1)(a) a (c) del ER establece que un caso es inadmisibile cuando (i) está siendo realmente investigado o enjuiciado por un estado que tiene competencia sobre el mismo, (ii) ha sido realmente investigado por un estado que tiene competencia sobre el mismo y tal estado ha decidido no en-

hearing, ICC-01/04-01/07-27, 18 de octubre de 2007, p. 3; *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Incorporation of Documents in the Record of the Case and Convening a Hearing, ICC-01/04-01/07-59, 5 de noviembre de 2007, p. 3; *Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 de mayo de 2008, párrafo 133; *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decision on unsealing and re-classification of certain documents and decisions, ICC-01/05-01/08-20, 20 de junio de 2008, p. 6.

17 Situation in the Democratic Republic of the Congo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006, párrafo 65.

18 Situation in the Democratic Republic of the Congo, Pre-Trial Chamber I, Decision following the Consultation held on 11 October 2005 and the Prosecution’s submission on jurisdiction and admissibility filed on 31 October 2005, ICC-01/04-93, 9 de noviembre de 2005, p. 4; Situation in the Democratic Republic of the Congo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006, párrafo 65.

19 Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo. 52.

juiciar a la persona de que se trate, o (iii) la persona de que se trata ya ha sido realmente enjuiciada por la conducta a la que se refiere la queja y un juicio en la Corte supondría en consecuencia un *bis in idem*. En consecuencia, un caso será admisible sólo si aquellos estados que tienen competencia sobre el mismo permanecen inactivos en relación con el mismo, o, habiendo iniciado actuaciones, no están “dispuestos” o son “incapaces” de investigar y enjuiciar dicho caso en el sentido del art. 17(2) y (3) del ER.²⁰

La segunda parte del análisis de admisibilidad se refiere a la “gravedad” del asunto. El art. 17(1)(d) del ER estipula que un caso es inadmisibile cuando no es de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. En consecuencia, según el art. 17 del ER un caso es admisible sólo si (i) las autoridades nacionales están inactivas, tienen falta de disposición o tienen falta de capacidad, y (ii) el caso es lo suficientemente grave.²¹ La Corte puede investigar y enjuiciar tales casos como le parezca apropiado.

Las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones de la CPI ya han aplicado el art. 17 del ER a varios casos. Aunque según la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones, una decisión sobre admisibilidad no es necesaria para emitir una orden de detención o comparecencia,²² varias Salas de Cuestiones Preliminares han analizado cuestiones de admisibilidad bajo el art. 58 del ER tras encontrar motivos razonables para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. Además, dos personas han impugnado la admisibilidad de sus casos después de comparecer ante la Corte, y en una ocasión la Corte ha creído necesario pronunciarse sobre la admisibilidad de un caso en ausencia de los sospechosos. Como consecuencia, al tiempo de escribir estas líneas, ningún caso ha sido declarado inadmisibile y siete casos han sido declarados admisibles sobre la base del art. 17 del ER, concretamente los casos contra *Bosco Ntaganda*, *Thomas Lubanga*, *Joseph Kony et al.*, *Germain Katanga Mathieu Ngudjolo*, *Ahmed Harun* y *Ali Kushayb*, *Abu Garda*, y *Jean-Pierre Bemba*.

20 Interpretación *a contrario* del Artículo 17(1)(a) a (c) del ER.

21 Véase por ejemplo *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, Annex, ICC-01/04-01/06-8-Corr, 10 de febrero de 2006, párrafo. 29.

22 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 42.

En lo que se refiere al asunto contra *Bosco Ntaganda*, en 2006 la Sala de Apelaciones anuló la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I que rechazó la petición del Fiscal de ordenar la detención del sospechoso sobre la base de que este caso era inadmisibile por carecer de suficiente gravedad (art. 17(1)(d) del ER).²³ La Sala de Apelaciones aclaró que, contrariamente a las conclusiones de la Sala de Cuestiones Preliminares, el componente de “gravedad” del análisis de admisibilidad no requiere necesariamente que en el caso concurren los siguientes tres elementos: (i) que refiera a una conducta “sistemática o de gran escala”, que cause “alarma social” en la comunidad internacional, y que se refiera exclusivamente a “los líderes de más alto rango sospechosos de ser los máximos responsables’.²⁴ Por tanto, la Sala de Apelaciones revocó el fallo de inadmisibilidad de la Sala de Cuestiones Preliminares y reenvió la cuestión de vuelta a dicha Sala, que posteriormente dictó una orden de detención contra *Bosco Ntaganda*.²⁵

Por el contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares I dictó una orden de detención contra *Thomas Lubanga* en 2006, tras declarar admisible el caso contra el mismo. La Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que la República Democrática del Congo (‘RDC’) y cualquier otro Estado se encontraban inactivos con respecto al caso *Lubanga* y que el mismo, consistente, en el alistamiento, reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, era lo suficientemente grave (art. 17(1)(d) del ER).²⁶ Esta decisión declarando la admisibilidad del caso no fue modificada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en su decisión confirmando los cargos contra *Thomas Lubanga* en 2007.²⁷

23 *The Prosecutor vs Bosco Ntaganda*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decision on Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58, ICC-01/04-02/06-20-Anx2, de 10 de febrero de 2006.

24 *Situación en la República Democrática del Congo*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 82.

25 *The Prosecutor vs Bosco Ntaganda*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of arrest, ICC-01/04-02/06-2, 22 de agosto de 2006.

26 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58, Annex, ICC-01/04-02/06-20-Anx2, 10 de febrero de 2006, párrafo. 40 y 74-75.

27 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, párrafos 165-166. La

De manera similar, sobre la base de la incapacidad y falta de voluntad declaradas del Gobierno de Uganda, la Sala de Cuestiones Preliminares II determinó que el caso contra *Joseph Kony*, y los comandantes del Ejército de Resistencia del Señor *Vincent Otti*, *Okot Odhiambo* y *Dominic Ongwen* era admisible cuando dictó una orden de detención contra ellos en 2005 por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.²⁸ En 2008, la Sala confirmó este fallo por iniciativa propia en ausencia de los sospechosos pero en presencia de la Fiscalía, las víctimas, representantes del gobierno de Uganda y un abogado nombrado para representar los intereses de la Defensa. La Sala concluyó que el Acuerdo sobre Responsabilidad y Reconciliación entre la República de Uganda y el Ejército de Resistencia del Señor (al que los sospechosos pertenecen) y su Anexo, que habían sido redactados tras la emisión de las órdenes de detención, no cambiaban el escenario de inactividad estatal respecto de la investigación y el enjuiciamiento del asunto.²⁹ La Sala de Apelaciones no encontró error en esta decisión.³⁰

En lo que respecta a los casos contra *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo*, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó su admisibilidad al dictar órdenes de detención en 2007 sobre la base de la inactividad estatal en lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra alegados por el Fiscal.³¹ En 2009, la Sala de Primera Instancia II rechazó la impugnación de

Sala de Apelaciones desestimó la apelación de *Thomas Lubanga* contra esta decisión. Véase *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, Decision on the admissibility of the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Décision sur la confirmation des charges” of 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-926, 13 de junio de 2007.

28 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.*, Pre-Trial Chamber II, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005, ICC-02/04-01/05-53, 27 de septiembre de 2005, párrafos 36-38.

29 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al. Pre-Trial Chamber II.*, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009.

30 *The Prosecutor. Joseph Kony et al.*, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Defence against the “Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute” of 10 March 2009, ICC-02/04-01/05-408, 16 de septiembre de 2009.

31 *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-4, 6 de julio de 2007, párrafos 17-21; *The Prosecutor vs Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/07-3, 6 de julio de 2007, párrafos 17-22.

Germain Katanga contra la admisibilidad de su caso sobre la base, entre otras cosas, de que la decisión del gobierno de la RDC de no investigar ni enjuiciar los delitos relativos al mismo y dejar que en su lugar lo hiciera la CPI no daba lugar a ninguna de las causales de inadmisibilidad enumeradas en el art. 17(1) (a) a (c) del ER, y era coherente con el principio de “complementariedad”.³² Esta interpretación sobre la admisibilidad de un caso fue confirmada, y clarificada, por la Sala de Apelaciones al desestimar el recurso presentado por el acusado contra la decisión de la Sala de Primera Instancia que declaraba admisible su caso.³³

La Sala de Cuestiones Preliminares I también concluyó que el caso contra *Ahmed Harun* y *Ali Kushayb* era admisible sobre la base de la inactividad estatal cuando se dictaron las órdenes de detención contra los mismos en 2007.³⁴ En cambio, la misma Sala Cuestiones Preliminares concluyó que no era necesario determinar en dicha fase del procedimiento la admisibilidad de los casos contra *Omar Al Bashir*, *Abu Garda*, y *Banda y Jerbo*, considerando que estas personas no podían tener acceso a las solicitudes del Fiscal de emisión órdenes de arresto o de comparecencia, que el Fiscal había indicado que no había procesos nacionales en relación con los delitos a que se referían su solicitudes, y que no existía una razón ostensible o un factor evidente que llevara a la Sala a ejercer su facultad discrecional para decidir sobre la admisibilidad de dichos casos.³⁵ No obstante, una vez que Abu Garda compareció ante la Corte, la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó la admisibilidad del caso contra el

32 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber II, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 de junio de 2009, párrafos. 77-79.

33 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párrafos. 85-86.

34 *The Prosecutor vs Ahmad Harun and Ali Kushayb*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007, párrafos 18-25.

35 *The Prosecutor vs Omar Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párrafos 47-51; *The Prosecutor vs Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58, ICC-02/05-02/09-1, 7 de mayo de 2009, párrafo 4; *The Prosecutor vs Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Pre-Trial Chamber I, Second Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58, ICC-02/05-03/09-1, 27 de agosto de 2009, párrafo 4.

mismo, sobre la base de la inactividad estatal y su gravedad suficiente.³⁶

En lo que se refiere a Jean-Pierre Bemba, la Sala de Cuestiones Preliminares III falló que el caso contra el mismo por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra era admisible cuando emitió una orden de detención en 2007. La Sala concluyó que Jean-Pierre Bemba no estaba siendo enjuiciado a nivel doméstico por los crímenes alegados por el Fiscal y que las autoridades judiciales de la República Centrafricana (“RCA”) habían abandonado todo intento de enjuiciarlo por su inmunidad como vicepresidente de la RDC.³⁷ Este fallo sobre la admisibilidad del caso no fue modificado por la Sala de Cuestiones Preliminares II en su decisión confirmando los cargos contra el Jean-Pierre Bemba en 2009.³⁸

En 2010 la Sala de Primera Instancia III también declaró admisible el caso contra Jean-Pierre Bemba cuando desestimó una impugnación del acusado contra la admisibilidad del caso. La Sala de Primera Instancia concluyó entre otras cosas que la RCA no había tomado una decisión de “no enjuiciar” el caso contra Jean-Pierre Bemba en el sentido del art. 17(1)(b) del ER, sino que había intentado que su enjuiciamiento lo realizara la CPI.³⁹ La Sala también concluyó que el sistema judicial nacional de la RCA era “incapaz” de llevar a cabo el enjuiciamiento porque no tenía la capacidad de hacer frente a la complejidad y la amplitud del caso contra el acusado y estaba por tanto “no disponible” (art. 17(3) del ER).⁴⁰ Además, la Sala de Primera Instancia se basó en el fallo de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la gravedad del caso.⁴¹ Esta interpretación de la admisibilidad del caso fue posteriormente confirmada por la Sala de Apelaciones al desestimar la apelación del acusado contra la decisión

36 *Fiscal c. Abu Garda*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión sobre la Confirmación de los Cargos, ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 de febrero de 2010, párrafo 29-34.

37 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14, 10 de junio de 2008, párrafo 21.

38 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafos 25-26.

39 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, ICC-01/05-01/08-802, 24 de junio de 2010, párrafos 241-244.

40 *Ibíd.*, párrafos. 245-246.

41 *Ibíd.*, párrafo 249.

de la Sala de Primera Instancia.⁴²

En contraste con las decisiones judiciales sobre la admisibilidad de casos arriba mencionadas, hasta la decisión de la Sala de Primera Instancia II de marzo de 2010 autorizando al Fiscal a investigar la situación en la República de Kenia, las Salas de la Corte no habían prestado mucha atención a la aplicabilidad del art. 17 del ER a ‘situaciones’.

En abril de 2005, al tratar el primer supuesto de ‘oportunidad única de investigación’ dentro de la situación en la RDC, la Sala de Cuestiones Preliminares I se refirió al análisis realizado por el Fiscal antes de abrir su investigación sobre dicha situación, y al hecho de que el Fiscal no había recibido información de ningún estado según el art. 18(2) del ER.⁴³ Más claramente, en Febrero de 2006, al emitir una orden de detención contra Thomas Lubanga, la misma Sala de Cuestiones Preliminares indicó que tal decisión estaba “limitada a determinar el contenido del umbral de gravedad ...cuando debe aplicarse a un asunto que surja de la investigación de una situación”,⁴⁴ pero aclaró que:

[S]egún una interpretación contextual,... el umbral de gravedad previsto en el art. 17(1)(d) del Estatuto debe ser aplicado en dos fases diferentes: (i) en la fase de inicio de la investigación de una situación, la situación de que se trate debe alcanzar tal umbral de gravedad y (ii) una vez que un asunto surge de la investigación de la situación, éste debe también alcanzar el umbral de gravedad.⁴⁵

Además, en noviembre de 2006 la Sala de Cuestiones Preliminares I desestimó la petición de un abogado *ad hoc* para la Defensa de que se analizase la admisibilidad de la situación en Darfur, Sudán, de la siguiente manera:

42 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, ICC-01/05-01/08-962, 19 de octubre de 2010, párrafos 74 and 107-109.

43 *Situación en la República Democrática del Congo*, Pre-Trial Chamber I, Decision to Hold Consultation under Rule 114, ICC-01/04-19, 21 de abril 2005, pp. 2-5.

44 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr, version pública de 24 de febrero de 2006, anexo I, párrafo 44.

45 Ídem. Véase también H. Olásolo y E. Carnero Rojo, ‘The Admissibility of Situations’, en C. Stahn y M.M. El Zeidy (coords.) *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011.

VISTO por un lado que ninguna disposición del Estatuto o de las Reglas menciona que la Sala deba detenerse a decidir una impugnación de la admisibilidad y de la competencia de la Corte presentada por el abogado ad hoc para la Defensa en el marco de la investigación de una situación.⁴⁶

Sin embargo, al tiempo de estas decisiones judiciales, el Fiscal de la Corte ya había hecho referencia a su análisis de admisibilidad de situaciones. Por ejemplo, cuando comenzó a investigar la situación en la RDC en julio de 2004, el Fiscal informó al Presidente de la Corte de que:

[C]omo requieren el art. 53 del Estatuto y la Regla 104, mi Oficina ha llevado a cabo un análisis y solicitado información adicional para *fundamentar una conclusión bajo el artículo 53 sobre la situación en la RDC*. Habiendo considerado *todos los criterios*, he determinado que hay un fundamento razonable para iniciar una investigación.⁴⁷

Asimismo, al explicar su decisión de no investigar la situación en Irak en 2006, el Fiscal indicó que “debe seleccionar situaciones de acuerdo a los criterios del artículo 53”,⁴⁸ lo que sugería que el Fiscal entendía la admisibilidad como aplicable también a situaciones.⁴⁹ El documento posterior del Fiscal sobre los “intereses de la justicia” (art. 53(1) y (2)(c) del Estatuto), hecho público en 2007, también se refería a determinar si ‘la situación es de suficiente gravedad’ para justificar acción de la Corte según el art. 17(1)(d) del ER.⁵⁰ Del mismo modo, el Reglamento de la Fiscalía de la CPI aprobado en 2009 dictaba que:

[A] actuar bajo el artículo 15, párrafo 3, o el artículo 53, párrafo 1, la Fiscalía producirá un informe interno analizando la seriedad de la información

46 *Situation in Darfur (Sudan)*, Pre-Trial Chamber I, Décision relative aux “Conclusions aux fins d’in limine litis sursis à statuer” déposées par le conseil ad hoc de la Défense, ICC-02/05-25, 2 de noviembre de 2006, p. 4.

47 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Presidency, Decision Assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-10, 5 de julio de 2004, Anexo I.

48 Fiscalía de la CPI, ‘Respuesta a las comunicaciones recibidas relativas a Irak’, 9 de febrero de 2006, p. 8.

49 K.J. Heller, ‘Situational Gravity under the Rome Statute’, en C. Stahn y L. van den Herik (co-ords.) *Future Directions in International Criminal Justice*, La Haya: T.M.C. Asser/Cambridge University Press, 2009, p. 4.

50 Fiscalía de la CPI, ‘Documento de Políticas sobre los Intereses de la Justicia’, septiembre de 2007, p. 5.

y considerando los factores contenidos en el artículo 53, párrafos 1(a) a (c), concretamente temas de competencia, admisibilidad (incluida gravedad), y también intereses de la justicia, de acuerdo a las reglas 48 y 104.⁵¹

Por último, en octubre de 2010 el Fiscal hizo público un borrador sobre “exámenes preliminares”.⁵² Este documento confirma que el Fiscal analiza la admisibilidad de las situaciones antes de comenzar a investigarlas:

Para distinguir aquellas situaciones que merecen una investigación de aquellas que no lo hacen, la Fiscalía has establecido un proceso de filtro que incluye cuatro fases: ... (c) La fase 3 se centra en un análisis de admisibilidad...⁵³

Además, este borrador examina cómo el Fiscal aplica cada uno de los factores de admisibilidad contenidos en el art. 17 del ER para determinar si hay un ‘fundamento razonable’ para proceder a investigar una ‘situación’, sea por iniciativa propia o bajo remisión de estados partes al ER o del Consejo de Seguridad.⁵⁴

Por lo tanto, la práctica de la Corte hasta el momento parece rebatir algunas opiniones académicas de que el análisis de complementariedad bajo el art. 17 del ER sólo se aplica cuando de la investigación de una situación en un país o conflicto determinado surge un caso.⁵⁵ Por el contrario, tal análisis

51 CPI, ‘Reglamento de la Fiscalía’, Norma 29(1) (‘Apertura de una Investigación o Enjuiciamiento’), ICC-BD/05-01-09, 23 de abril de 2009.

52 Fiscalía de la CPI, ‘Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares’, 4 de octubre de 2010.

53 *Ibíd.*, párrafo 86.

54 *Ibíd.*, párrafos 51-72. En 2011, el Fiscal anunció la apertura de una investigación sobre la base de la remisión por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de la ‘situación’ en Libia desde el 15 de febrero de 2011, tras concluir que ‘tras un examen preliminar de la información disponible ... una investigación está justificada’. Véase el comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, ‘El Fiscal de la CPI abrirá una investigación en Libia’, 2 de marzo de 2011.

55 C. Kress y L. Grover, ‘International Criminal Law Restraints in Peace Talks to End Armed Conflicts of a Non-International Character’, en M. Bergsmo and P. Kalmanovitz (coords.) *Law in Peace Negotiations*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009, p. 45. Véanse, sin embargo, las directrices para la conducción del análisis de admisibilidad de situaciones contenidas en H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, pp. 164-72; K. Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, párrafos 329, 334 and 336-7; H. Olásolo y E. Carnero Rojo, ‘The Admissibility of Situations’, en C. Stahn y M.M. El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity*; K. Ambos,

debe llevarse a cabo antes de que la investigación de la situación comience, tal y como lo ha confirmado la Sala de Cuestiones Preliminares II en su decisión autorizando al Fiscal a investigar la situación en la República de Kenia.

IV. LA ADMISIBILIDAD DE LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE KENIA

En febrero de 2008 el Fiscal de la Corte emitió un comunicado en relación con la violencia post-electoral que comenzó en seis de las ocho provincias de la República de Kenia en diciembre de 2007. El Fiscal dio a conocer que estaba realizando un examen preliminar de esta situación:

Kenia es un estado parte del Estatuto de Roma. La Fiscalía considera cuidadosamente toda la información referente a crímenes dentro de su competencia supuestamente cometidos en el territorio de estados partes o por nacionales de estados partes, sin consideración de las personas o del grupo que supuestamente hayan cometido el crimen.⁵⁶

Un año después, el Fiscal ratificó que su oficina estaba examinando la situación en Kenia y aclaró en particular que “la Fiscalía continúa controlando si se están desarrollando procesos nacionales en relación con la violencia post-electoral de comienzos de 2008”.⁵⁷ El Fiscal también indicó que desde enero de 2008 había recibido ‘comunicaciones’ de individuos y organizaciones no gubernamentales (‘ONGs’) bajo el art. 15 del ER relacionadas con la violencia post-electoral en Kenia. En julio de 2009 el Fiscal se reunió en la sede de la Corte con una delegación del gobierno keniano. Este último acordó transmitir al Fiscal un informe sobre las investigaciones y los enjuiciamientos que tuvieran lugar en Kenia en relación con la violencia post-electoral e informó al Fiscal que el parlamento keniano debería establecer un tribunal especial u

The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is There Sufficient Willingness and Ability on The Part of The Colombian Authorities or Should the Prosecutor Open an Investigation Now?, Universidad de Göttingen, 5 de enero de 2011, párrafo 3(a); y H. Olásolo, ‘The Role of the International Criminal Court in Preventing Atrocity Crimes through Timely Intervention’, en H. Olásolo, *Essays in International Criminal Law*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011.

56 Fiscalía de la CPI, ‘Declaración en relación con los acontecimientos en Kenia’, 5 de febrero de 2008.

57 Hoja informativa de la Fiscalía de la CPI, ‘El Fiscal reafirma que su Oficina sigue observando la situación en Kenia’, 11 de febrero de 2009.

otro mecanismo judicial para investigar y enjuiciar a los responsables de la violencia de 2008. Por último, ambas partes acordaron que el gobierno de Kenia remitiría la situación al Fiscal bajo el art. 14 del ER si no se alcanzaba un acuerdo parlamentario para conseguir el “final de la impunidad de los máximos responsables por los crímenes más graves” dentro de los siguientes 12 meses.⁵⁸

Como consecuencia del acuerdo con el gobierno de Kenia, el Fiscal de la Corte recibió más tarde un informe del Fiscal General keniano sobre crímenes cometidos durante la violencia post-electoral.⁵⁹ Además, la Comisión de Investigación sobre la Violencia Post-Electoral en Kenia (“Comisión Waki”) también transmitió al Fiscal los materiales que había recogido, junto con un sobre sellado que contenía una lista de personas que podrían estar implicadas en dicha violencia.⁶⁰ Tras la recepción de estos materiales, el Fiscal de la Corte afirmó que:

Consideraremos en particular la existencia de procedimientos nacionales. Las autoridades kenianas están discutiendo opciones para establecer una corte nacional que enjuicie estos casos. Según el Estatuto de Roma, la responsabilidad principal para la investigación y el enjuiciamiento de estos crímenes es de Kenia... Las conclusiones de la Comisión Waki son importantes pero no vinculantes para mi Oficina; debo alcanzar una conclusión imparcial.⁶¹

Tras mantener consultas con el gobierno de Kenia, en septiembre de 2009 el Fiscal de la Corte sugirió un enfoque de tres vías para tratar la violencia post-electoral de comienzos de 2008 en Kenia. La CPI enjuiciaría a “los más responsables”; procesos nacionales establecidos por el parlamento de Kenia se encargarían de “otros responsables”; y una “Comisión de Justicia, Verdad y Reconciliación” sería establecida en Kenia para esclarecer toda la historia de los acontecimientos pasados y para sugerir mecanismos de prevención de crímenes similares en el futuro.⁶²

58 Fiscalía de la CPI, ‘Actas Acordadas de la reunión entre el Fiscal Moreno Ocampo y la delegación del Gobierno de Kenia’, 3 de julio de 2009.

59 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, ‘El Fiscal de la CPI recibe materiales sobre la violencia post-electoral en Kenia’, 16 de julio de 2009.

60 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, ‘La lista de nombres preparada por la Comisión Waki está en manos del Fiscal de la CPI’, 16 de julio de 2009.

61 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, ‘El Fiscal de la CPI recibe materiales sobre la violencia post-electoral en Kenia’, 16 de julio de 2009.

62 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, ‘El Fiscal de la CPI Apoya un Enfoque de Tres Vías para la Justicia en Kenia’, 30 de septiembre de 2009.

Sin embargo, en noviembre de 2009 no hubo suficiente quórum en el parlamento keniano para discutir una propuesta para establecer un tribunal nacional especial para la violencia post-electoral y el gobierno de Kenia no remitió la situación en Kenia al Fiscal de la Corte. Como consecuencia, el Fiscal, tras informar a las autoridades kenianas,⁶³ notificó al Presidente de la Corte que tenía intención de pedir autorización judicial para comenzar a investigar la situación en Kenia bajo el art. 15(3) del ER e informó públicamente a las víctimas de la posibilidad de presentar sus observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares sobre si debería abrirse una investigación de los crímenes supuestamente cometidos en Kenia durante la violencia post-electoral de 2007-2008.⁶⁴

Una vez que la situación en Kenia fue asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares II,⁶⁵ el 26 de noviembre de 2009 el Fiscal presentó ante esta Sala su petición de autorización para comenzar a investigar la violencia post-electoral de Kenia en 2007-2008.⁶⁶ Sobre la base de informes públicos de las autoridades kenianas, de la ONU y de varias ONGs, el Fiscal alegó en su petición que los actos cometidos en el territorio de Kenia a finales de 2007 y comienzos de 2008 suponían crímenes dentro de la competencia de la Corte, concretamente crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, deportación o traslado forzoso de la población y otros actos inhumanos supuestamente cometidos en una estado parte tras su ratificación del ER.⁶⁷

Lo que resulta más interesante, la solicitud del Fiscal también trató de la admisibilidad de la situación, considerando “casos potenciales” que probable-

63 Hoja informativa de la Fiscalía de la CPI, ‘Las autoridades de Kenia se muestran comprometidas a cooperar con la CPI cuando el Fiscal de la CPI les informa de que en diciembre pedirá a los jueces de la CPI la apertura de una investigación sobre la violencia post-electoral’, 5 de noviembre de 2009.

64 *Situation in the Republic of Kenya*, Presidency, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1-Anx, 6 de noviembre 2009; Anuncio público de la Fiscalía de la CPI, ‘Las víctimas de la violencia post-electoral en Kenia tienen 30 días para presentar observaciones ante la CPI en La Haya’, 23 de noviembre de 2009.

65 *Situation in the Republic of Kenya*, Presidency, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1, 6 de noviembre de 2009.

66 *Situation in the Republic of Kenya*, Office of the Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009.

67 *Ibid.*, párrafos 48 y 61-101.

mente surgirían de una investigación de la “situación”.⁶⁸ El Fiscal sostuvo que los casos que surgieran de su investigación de la situación serían admisibles en ese momento porque no había pendientes investigaciones o procesos nacionales contra “los máximos responsables por los crímenes de lesa humanidad supuestamente cometidos”. El Fiscal declaró que según los informes de las autoridades kenianas sólo un número limitado de procedimientos por delitos menos graves habían comenzado en Kenia en relación con los crímenes presuntamente cometidos durante la violencia post-electoral. El Fiscal también sostuvo que la información disponible en ese momento no indicaba la existencia de procedimientos nacionales en otros estados con competencia sobre la violencia post-electoral (art. 17(1)(a) a (c) del ER).⁶⁹ Además, el Fiscal afirmó que los crímenes supuestamente cometidos eran lo suficientemente graves, teniendo en cuenta su número de víctimas, su organización y planificación y su impacto sobre las comunidades locales (art. 17(1)(d) del ER).⁷⁰

Antes de decidir sobre la petición del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares II también mostró su intención de analizar la admisibilidad de la situación. En febrero de 2010, la Sala pidió información adicional al Fiscal referente a la “admisibilidad en el contexto de la situación en la República de Kenia”. Concretamente la Sala pidió información sobre (i) los episodios que probablemente serían el centro de la investigación del Fiscal, (ii) los grupos de personas involucradas que probablemente serían el objetivo de la investigación, y (iii) las investigaciones nacionales existentes, en caso de que hubiera alguna, con respecto a los “asuntos potenciales” constituidos por los anteriores dos elementos.⁷¹

Sobre la base de la información proporcionada por el Fiscal y las observaciones recibidas de supuestas víctimas,⁷² el 31 de marzo de 2010 la Sala de Cuestiones Preliminares autorizó la apertura de una investigación sobre la situación en Kenia.⁷³ La Mayoría de la Sala falló que (i) los crímenes alegados

68 *Ibid.*, párrafo 51.

69 *Ibid.*, párrafo 55.

70 *Ibid.*, párrafos 56-59.

71 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Requesting Clarification and Additional Information, ICC-01/09-15, 18 de febrero de 2010, párrafos 11 y 14.

72 *Situation in the Republic of Kenya*, Registry, Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations, ICC-01/09-17-Corr-Red, 18 de marzo de 2010.

73 *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión Conforme al Artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la Autorización de una Investigación de la

por el Fiscal eran parte de la competencia de la Corte,⁷⁴ (ii) la situación era admisible, y (iii) la apertura de una investigación sobre estos crímenes no sería contraria a los intereses de la justicia.

En lo relativo a la admisibilidad, la Mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares falló que el requisito de que “la causa es o sería admisible de conformidad con el art. 17” (art. 53(1)(b) del ER) requería que la Sala revisara la conclusión del Fiscal “excepcionalmente” antes del comienzo por iniciativa propia de una investigación de la situación porque de lo contrario tal revisión sólo podría tener lugar como consecuencia de una solicitud del Fiscal bajo el art. 18. Tras subrayar que el ER está redactado de una manera que tiende a resolver cuestiones relativas a la admisibilidad en diferentes fases de los procedimientos que conducen al juicio, la Mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que en esta fase de los procedimientos el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares operaban dentro de los parámetros de una situación en vez de un caso, causa o asunto específico. En consecuencia, sobre la base de una interpretación literal y contextual de los arts. 13(a) and (b), 14(1), 15(5) and (6), 18(1) and 53(1)(b) del ER, la Mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que el juicio de admisibilidad necesario para autorizar una investigación debería estar relacionado con una situación y empleó la expresión “admisibilidad de una situación”.⁷⁵

Situación en la República de Kenia, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

- 74 El Juez Kaul no apreció que ni en Nairobi, ni en el Valle norte del Rift, ni en el Valle sur del Rift, ni en el Valle central del Rift, ni en la provincia de Nyanza, ni en la provincia occidental, ni en la provincia costera, ni en la provincia central se había cometido un ataque contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización o para promover esa política, debido a la ausencia de un propósito común, de una estructura jerárquica, de pertenencia a las organizaciones durante un plazo de tiempo prolongado, y de la falta de adopción o aprobación de una política a alto nivel de estado. Su análisis general de la información le llevó a concluir que existieron varios centros de violencia en varias provincias que no llegaron al nivel de crímenes de lesa humanidad. Véase *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, párrafos 82-83, 93-94, 102-103, 112-113, 119-120, 127-128, 137-138, 146-147 y 150.
- 75 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafos 41-45. El Juez Kaul no trató la admisibilidad en su opinión disidente.

Una vez revisados los trabajos preparatorios del Estatuto, la Mayoría de la Sala consideró que los redactores del Estatuto conscientemente mantuvieron la terminología de “asunto” o “causa” (equivalente a “caso”) en todas las disposiciones que tratan sobre la admisibilidad, incluido el art. 17 del Estatuto, dejando por tanto en manos de la Corte la armonización de su significado según las diferentes fases del procedimiento. Como consecuencia, la Mayoría de la Sala concluyó que, dado que no es posible tener un caso, “causa” o “asunto” concreto que implique a un sospechoso identificado para su enjuiciamiento antes de que comience la investigación de una “situación”, el análisis de admisibilidad en esta fase realmente se refiere a la admisibilidad de uno o más “casos potenciales” dentro del contexto de la situación.⁷⁶ Una aproximación similar al tipo de análisis propuesto por autores como Rastan, Guariglia y Ambos.⁷⁷ Además, la Mayoría también aclaró que la determinación de la admisibilidad de una situación sobre la base de “casos potenciales” a los efectos de autorizar la investigación sobre la misma no es vinculante para la Sala de cara a futuras impugnaciones de admisibilidad que puedan ser presentadas ante la Sala con respecto a aquellos casos que surjan a raíz de dicha investigación.⁷⁸

Como resultado, la Mayoría consideró que la admisibilidad de la situación debe analizarse en relación con casos potenciales definidos conforme a criterios tales como los grupos de personas y los presuntos delitos de la competencia de la Corte que probablemente serán el centro de una investigación de cara a configurar los caso(s) futuro(s).⁷⁹

76 *Ibíd.*, párrafos 47-48.

77 Según estos autores, el análisis de complementariedad de la Corte durante la fase de la situación debería limitarse a ‘el tipo de caso que serían investigados en la situación’, ‘el conjunto probable de casos que surgirían de la investigación de la situación’ o a ‘un conjunto de probables casos que surgirían de la investigación de una situación’. Véanse respectivamente Rastan, ‘What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute?’, p. 441; F. Guariglia, ‘The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court’, en C. Stahn y G. Sluiter (coords.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2009, p. 213, nota 17; y Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, párrafo 334.

78 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo 50.

79 *Ibíd.*, párrafos 49-50. Sin embargo, la Sala aclaró que la selección del Fiscal de los episodios y grupos de personas que podrían configurar su(s) futuro(s) caso(s) era de naturaleza preliminar y no vinculante para futuros análisis de admisibilidad. Esto quería decir que la selección de ‘asuntos potenciales’ llevada a cabo por el Fiscal para esta fase en particular puede cam-

Como ya se ha señalado, todo análisis de admisibilidad requiere un test de complementariedad y otro de gravedad. Esto no varía cuando se trata de analizar la admisibilidad de situaciones. De esta manera, en relación con el primero, la Mayoría afirmó que un análisis de complementariedad con respecto a una situación requiere un examen de si los Estado(s) relevante(s) están llevando o han llevado a cabo procedimientos nacionales en relación con los grupos de personas y los crímenes supuestamente cometidos durante los episodios que probablemente serán el objeto de las investigaciones del Fiscal (art. 17(1)(a) a (c) del ER).

A este respecto, basándose en la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Katanga y Ngudjolo* anteriormente mencionada,⁸⁰ la Mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que no era necesario examinar cuestiones de falta de disposición o capacidad, dado que había un escenario de inactividad estatal con respecto a los elementos que probablemente darían forma a los “casos potenciales”.⁸¹ La Mayoría de la Sala decidió que aunque había referencias a un número de investigaciones y enjuiciamientos domésticos en relación con crímenes menores cometidos durante la violencia post-electoral, había una ausencia de procesos nacionales en Kenia o en cualquier otro Estado en relación con los “elementos fundamentales que podrían configurar “caso(s) potencial(es)” de la Corte”, concretamente los “líderes políticos y empresariales” relacionados o asociados con el Partido de Unidad Nacional y el Movimiento Democrático Naranja y los “crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el contexto de los episodios criminales más graves” a los que se refirió el Fiscal a petición de la Sala.⁸²

bien en una fase posterior, dependiendo del desarrollo de la investigación.

80 *The Prosecutor Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párrafos 85 y 86.*

81 *Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafos 53-54 y 182.*

82 *Ibíd, párrafos 185-87.* El Fiscal había presentado sin audiencia de la otra parte una lista con los episodios criminales más graves y una lista con los 20 líderes que parecían ser los más reponsables por los crímenes más graves. Véase *Situación en la República de Kenia*, Fiscalía, Respuesta de la Fiscalía a la Decisión Solicitando Aclaración e Información Adicional, ICC-01/09-16, 3 de marzo de 2010.

En lo que se refiere al análisis de gravedad (art. 17(1)(d) del ER), la Mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que la gravedad de la situación también debería examinarse teniendo en cuenta el conjunto probable de “casos potenciales” que surgiría de la investigación de la situación.⁸³ Más concretamente, la Mayoría consideró que tal análisis implicaba (i) un análisis general de si el grupo de personas que probablemente sería objeto de investigación incluía a “aquellos que pueden ser los máximos responsables por los crímenes presuntamente cometidos”, y (ii) un análisis de la gravedad de los crímenes cometidos en los episodios que probablemente serían el centro de una investigación, teniendo en cuenta su escala, naturaleza, modo de comisión, impacto sobre las víctimas y la existencia de circunstancias agravantes.⁸⁴

Aplicando esta teoría a la situación en la República de Kenia mediante el estudio de la gravedad de los “casos potenciales” que pudieran derivarse de su investigación, la Mayoría consideró que dicha situación superaba el umbral de gravedad que era exigible en cuanto que (i) el grupo de personas que probablemente estarían en el centro de las futuras investigaciones del Fiscal ocupaban posiciones de alto rango que supuestamente jugaron un papel en la violencia, y (ii) algunos de los crímenes concretos cometidos en el contexto de los potenciales episodios sugeridos por el Fiscal satisfacían los elementos de escala y/o brutalidad,⁸⁵ y tuvieron un impacto devastador en las víctimas.⁸⁶

Es importante señalar que a pesar de los esfuerzos de la Sala de Cuestiones Preliminares en su análisis de gravedad relativo a la situación, se observan ciertas limitaciones en el mismo. En particular, la Sala no ha proporcionado una guía concreta sobre cómo llevar a cabo el análisis de gravedad de una situación a través de “casos potenciales”, puesto que se ha limitado a enumerar y a aplicar a los hechos concretos de los casos potenciales identificados algunos factores generales (“posición de mando”, “escala”, “brutalidad”, etc.). As these factors had already been adopted by the Prosecutor for the purpose of conducting gravity assessments of specific ‘cases’,⁸⁷ the ques-

83 *Ibíd.*, párrafo 58.

84 *Ibíd.*, párrafos 60-62 y 188.

85 *Ibíd.*, párrafos 198-99.

86 *Ibíd.*, at paras 191, 193, 195-6.

87 These general factors had already been adopted by the ICC Office of the Prosecutor for the purpose of assessing the gravity of specific ‘cases’. See ICC-OTP, ‘Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor’ (Sep 2003) www.icc-cpi.int/Menu/Go?id=1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6&lan=en-GB, para 2.1; ICC-OTP, ‘Report on Prosecuto-

tion arises as to controlling criteria to distinguish between gravity analysis of 'situation' and 'cases'.

Se puede, por tanto, afirmar que la Sala de Cuestiones Preliminares II ha desperdiciado una gran oportunidad para aclarar el alcance del umbral de gravedad previsto en el art. 17(1)(d) del ER, en particular cuando se aplica a situaciones,⁸⁸ sobre todo si tenemos en cuenta que la Sala de Apelaciones, a pesar de no haber adoptado el criterio de “los líderes de más alto rango sospechosos de ser los máximos responsables”,⁸⁹ no ha proporcionado hasta el momento un criterio alternativo para examinar dicho umbral de gravedad.⁹⁰

rial Strategy' (14 Sep 2006) www.icc-cpi.int/Menus/Go?id=d673dd8c-d427-4547-bc69-2d363e07274b&lan=en-GB, para 2.b.

88 Asimismo, si bien no es el objeto del presente artículo, también cabe mencionar el hecho de que la Sala de Cuestiones Preliminares II no aborda ninguno de los varios dilemas presentados por las amnistías, los indultos, las medidas de exención parcial de responsabilidad penal o las formas tradicionales de justicia en relación con el análisis de complementariedad como parte del test de admisibilidad. Estos dilemas han sido abordados en profundidad en otros trabajos. Véase, en particular, H. Olásolo, 'Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional', en Almqvist, J./ Espósito, C. (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009.

89 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 82. A este respecto, P. Seils ha apoyado tal decisión señalando que el criterio de “los líderes más superiores sospechosos de ser los máximos responsables” constituye “una expresión estereotipada, rígida, que corre un serio riesgo de adentrarse en la traicioneras aguas de la responsabilidad objetiva, pero también garantizando en un sentido excesivamente limitado la impunidad para todos excepto aquéllos que estén en el nivel más alto” y ha sostenido que tal estándar debería basarse “únicamente en pruebas” con referencia a cada caso. Véase P. Seils, 'The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court', en M. Bergsmo (coord.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009, p. 56. De manera similar, para F. Guariglia este tipo de criterio podría convertirse en “una barrera legal permanente que proporcione impunidad *ex ante* a categorías enteras de responsables, y que les permita presentar impugnaciones reclamando prueba de que no sólo son culpables sino los más culpables.” Véase Guariglia, 'The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court', p. 215.

90 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006,

En consecuencia, para poder llevar a cabo adecuadamente en los próximos años los análisis de admisibilidad de situaciones será necesario que el contenido del umbral de gravedad previsto en el art. 17(1)(d) del ER sea interpretado con mayor detalle.⁹¹

V. CONCLUSIÓN

El derecho y la práctica de la CPI refrendan una clara distinción entre situaciones y casos. Situaciones están generalmente definidas en términos de

parrafo 89. En su opinión separada y parcialmente disidente, el Juez Píkiš habló sobre el criterio bajo del Artículo 17(1)(d), afirmando que ‘un crimen no tiene importancia como tal sí, a pesar de que reúne las condiciones legales ..., los actos que lo constituyen son totalmente secundarios en relación con los objetivos perseguidos por el legislador que ha criminalizado la conducta. Tanto el origen como las consecuencias del crimen deben ser insignificantes. En tales circunstancias, la Corte no debe preocuparse del crimen ni asumir competencia sobre su enjuiciamiento si los tribunales nacionales no lo hacen ... Los hechos del caso deben ser tan secundarios que la Corte los puede ignorar’. Véase la Opinión Separada y Parcialmente Disidente del Juez Georghios M. Píkiš, párrafo 40. Para una crítica similar y sugerencias sobre la interpretación de la gravedad, véase Ambos, Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, párrafos 339-343.

91 Asimismo, si bien no es el objeto del presente artículo, también cabe mencionar el hecho de que la Sala de Cuestiones Preliminares II no aborda ninguno de los varios dilemas presentados por las amnistías, los indultos, las medidas de exención parcial de responsabilidad penal o las formas tradicionales de justicia en relación con el análisis de complementariedad como parte del test de admisibilidad. Estos dilemas han sido abordados en profundidad en otros trabajos. Como resultado, este criterio de los “casos potenciales” no proporciona mucha orientación para afrontar el principal problema que plantean tales dilemas: decidir en la fase de comienzo de una investigación (y por tanto antes de recoger pruebas) qué procesos nacionales deben ser revisados para analizar la admisibilidad de la situación y qué procesos se encuentran al margen de dicho análisis. Los autores han analizado estos dilemas y los problemas que plantean en otras obras. Véanse en particular, H. Olásolo, H. Olásolo, ‘Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional’, en J. Almqvist and C. Espósito (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009; y H. Olásolo and E. Carnero-Rojo, ‘The Application of the Principle of Complementarity to Decide Where to Open an Investigation: The Admissibility of Situations’ en C. Stahn and M. M. El Zeidy (coords.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011). En estos trabajos, los autores consideran que un elemento esencial para el adecuado desarrollo de los análisis de complementariedad de situaciones es que en los años venideros el contenido de los criterios de selección utilizados por el Fiscal para determinar los casos que investiga y enjuicia sean elaborados en mayor detalle a la luz de lo dispuesto en los párrafos (1)(a)-(c) del art. 17 del ER.

parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales, mientras que los casos se refieren a episodios específicos durante los que uno o más crímenes de la competencia de la Corte parecen haber sido presuntamente cometidos por uno o más sospechosos identificados. Como ejemplos de esta distinción, la práctica de la Corte se refiere a víctimas de la situación y a víctimas del caso y mantiene archivos separados de los procedimientos en relación con cada situación y cada caso.

Aunque el tenor literal del ER parece limitar el análisis de admisibilidad a casos, las situaciones también deben ser sometidas a un análisis de admisibilidad de acuerdo a una lectura literal y contextual del ER. Sin embargo, hasta la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 31 de marzo de 2010 autorizando el inicio de la investigación de la situación en Kenia, las Salas de la Corte sólo se habían referido de manera tangencial al análisis de admisibilidad de situaciones y en su lugar habían prestado atención al análisis de admisibilidad de casos. He aquí precisamente donde radica el valor fundamental de esta decisión.

El análisis de admisibilidad de situaciones, como todo análisis de admisibilidad, requiere de un test de complementariedad y otro de gravedad. Para la Sala de Cuestiones Preliminares II, el test de complementariedad (art. 17(1) (a) a (c) del ER) debe centrarse en los ‘casos potenciales’ presentados por la Fiscalía dentro de la situación de que se trate, los cuales se definen por criterios tales como los grupos de personas y los supuestos crímenes de la competencia de la Corte que probablemente serán el centro de una investigación de cara a configurar lo(s) caso(s) futuro(s).

En cuanto al test de gravedad (art. 17(1)(d) del ER), éste debe centrarse en determinar si las personas que probablemente serán el objeto de investigación incluirán a “aquéllos que pueden ser los máximos responsables por los crímenes presuntamente cometidos”, y en la entidad de los crímenes cometidos en los episodios que probablemente serán el objeto de una investigación.

Realizar el análisis de admisibilidad de una situación no es una tarea fácil; mucho menos si este se realiza por primera vez. De ahí que sea necesario reconocer el mérito de la Sala de Cuestiones Preliminares II al llevarlo a cabo en relación con la situación en Kenia. Sin embargo, esto no obvia para que se puedan observar ciertas limitaciones en el mismo. En este sentido, destaca, en particular, la oportunidad perdida para aclarar el alcance del umbral de gravedad cuando se aplica a situaciones como parte del análisis de admisibilidad.

As a result, the question arises as to controlling criteria to distinguish between gravity analysis of 'situation' and 'cases'.

En consecuencia, y considerando la importancia del análisis de admisibilidad de situaciones para el inicio y desarrollo de las investigaciones de la CPI, la jurisprudencia de la Corte deberá continuar clarificando en años sucesivos los criterios para llevar a cabo los análisis de admisibilidad de situaciones.

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

* Publicado en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, IBCCRIM, Vol. 67, pp. 59-112, y reimpreso en *Casación Penal*, Vol. 7, Buenos Aires, 2008.

I. PRIMERA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La relación entre los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda y las jurisdicciones nacionales se rige por el principio de primacía de los llamados tribunales *ad hoc*. Así, de acuerdo con el art. 10 ETPIY y con el art. 9 ETPIR, la primacía de los tribunales *ad hoc* se concreta en los siguientes elementos¹: (i) la concurrencia entre la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* y las jurisdicciones nacionales²; (ii) la prohibición de que las jurisdicciones nacionales realicen investigaciones o enjuiciamientos si los tribunales *ad hoc* ejercitan su jurisdicción³; (iii) la legitimación de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar si los tribunales *ad hoc* no ejercitan su jurisdicción⁴; (iv) 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 trate⁵; y (v) 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 delitos 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 diligencia⁶.

1 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: *The Prosecutor vs Kanyabashi*, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, Trial Chamber, Case Num. ICTR-96-15-1, de 18 de junio de 1997, párrafo 32.

2 '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.

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

4 vs Morris/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.

5 *Ídem*.

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

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 determinadas⁷ y su primacía sobre las jurisdicciones nacionales ha jugado un papel tan importante para garantizar su eficacia que ya en 1995 la Sala de Apelaciones enfatizaba la necesidad de otorgar primacía a los tribunales internacionales sobre las jurisdicciones nacionales⁸.

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 internacional⁹. A los efectos de 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 Seguridad¹⁰. El distinto origen de la Corte y de los tribunales *ad hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes. Así, la relación entre la Corte y los Estados se rige por el llamado principio de complementariedad, previsto en los arts. 1, 17, 18, 19 y 20 ER,¹¹ cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que constituya una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes¹².

7 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.

8 *The Prosecutor vs Dusko Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Appeals Chamber, ICTY Case Num. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1995, párrafos 55-60.

9 Párrafos 4 y 5 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5 ER.

10 Desde el inicio del proceso de negociación se aceptó la idea de que la creación de la Corte a través de una resolución del Consejo de Seguridad habría convertido a aquella en un órgano subsidiario del Consejo, que podría haber sido disuelto en cualquier momento mediante resolución del Consejo y cuya jurisdicción estaría limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

11 J.T. Holmes, 'The Principle of Complementarity', en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, 1999, pp. 41-78, p. 73.

12 C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción*

Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que solo 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 nacionales¹³. Pero al mismo tiempo, los Estados Partes, a través del Estatuto de Roma, han conferido a la Corte el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, lo que incluye el poder para decidir sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, o, lo que es lo mismo, su primacía material sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada a través del Estatuto¹⁴. De esta manera, se puede afirmar que el principio de complementariedad está compuesto de los elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía formal de la Corte sobre aquéllas.¹⁵

Cada uno de estos dos elementos se encuentra estrechamente relacionado con una de los dos fines básicos del principio de complementariedad. Por un lado, el principio de primacía material de las jurisdicciones nacionales pretende promover a nivel nacional las investigaciones y los enjuiciamientos de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁶ con pleno respeto a los principios de justicia recogidos en el

Universal (el Caso Pinochet), Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 257.

13 *Ídem*, p. 258. See also, S.A. Williams, ‘Article 17. Issues of Admissibility’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 384.

14 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 228-230.

15 La misma opinión es sostenida por C. Escobar Hernández, ‘La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional’, en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 260; J. Alcaide Fernández, ‘La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de “Ingeniería Jurisdiccional”?’’, en Carrillo Salcedo, J.A. (coord.) *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 383-433, pp. 416-417; J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Análisis del 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*, 1999, Núm. 3.

16 Article 1 RS.

Estatuto.¹⁷ Por otro lado, el principio de primacía material de Corte se dirige a extirpar el llamado virus de la impunidad en aquellos supuestos en que haya conseguido impedir la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de dichos delitos por las jurisdicciones nacionales¹⁸.

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 que aquéllas 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 Estatuto 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 aquéllas de carácter técnico previstas en las leyes procesales penales de los Estados afectados¹⁹.

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 actuar si aquéllas no tienen la capacidad o la disposición para llevar realmente a cabo sus actua-

17 The same view is held by B. Broomhall, '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, 113-159, p. 159. Ver también C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 261.

18 C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 261, y J.T. Holmes, 'The Principle of Complementarity', en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, pp. 41-78, pp. 73-74.

19 Por ejemplo como resultado de la aprobación de una ley de amnistía general o de la llegada al poder de un gobierno que se opone a la investigación o enjuiciamiento de este tipo de delitos a nivel nacional. Una breve discusión del concepto de inacción *a posteriori* puede encontrarse en X. Aguirre/A. Cassese/R.E. Fife/H. Friman/C. Hall/J.T. Holmes/J. Kleffner/H. Olásolo/N.H. Rashid/D. Robinson/E. Wilmshurst/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.

ciones. Por lo tanto, la falta de capacidad o de disposición de las jurisdicciones nacionales afectadas constituye el segundo supuesto de admisibilidad.

El artículo 17 (3) ER define los supuestos de “incapacidad” como aquéllos en los que las jurisdicciones nacionales afectadas 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”²⁰. Como varios autores han señalado, los supuestos de incapacidad se refieren a supuestos excepcionales como puede ser el caso de la ausencia de un gobierno central o del acaecimiento de una guerra civil o de un desastre natural que provoque un colapso total o sustancial en la administración de justicia²¹.

Finalmente, los artículos 17 (2) y 20 (3) ER definen los supuestos de falta de disposición como aquellos 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: (a) se llevan a cabo con el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; (b) sufren una demora injustificada que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; y (c) 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.

II. 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 lí-

20 El art. 15(2) del proyecto de estatuto preparado enviado por el 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 el adjetivo “parcial” fuera finalmente reemplazado por el adjetivo “sustancial”. Véase a este respecto, J.T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, 1999, pp. 41-78, pp. 54-55.

21 S.A. Williams, ‘Article 17. Issues of Admissibility’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 394; y J.T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, pp. 54-55.

deres políticos y militares que puedan ser considerados como los responsables últimos de los delitos que más gravemente atentan contra los valores superiores de la comunidad internacional terminan siendo enjuiciados por tribunales internacionales donde 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 a nivel 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 lo tanto, en última instancia, la exposición a una pena superior o inferior a resultados 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 informan y su sistema de penas, así como el hecho de que el análisis de admisibilidad previsto en el Estatuto incluye tanto las actuaciones procesales como la determinación de la pena a nivel 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 los efectos 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 Estatuto 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 lo tanto, la determinación nacional de las penas es únicamente un factor relevante para el análisis de admisibilidad en tanto en cuanto puede ser indicativo de la falta de disposición de las jurisdicciones nacionales afectadas para llevar realmente a cabo sus actuaciones²². Así, de acuerdo con los artículos 17 (1) (c) y (2) y 20 (3) ER, la sentencia final dictada por los tribunales nacionales no surtirá efecto de cosa juzgada en relación con la Corte, y, por lo tanto, no será aplicable el principio *ne bis in idem*, si, a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidos por el derecho internacional, concurre uno de los dos siguientes supuestos:

- (a) La pena impuesta responde “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”;²³
- (b) 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.²⁴

22 Además, de la lectura combinada de los art. 17 y 20 (3) 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 los tribunales nacionales hayan podido incurrir en el desarrollo de sus actuaciones. Ver a este respecto H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 219-220.

23 Sobre el contenido de este supuesto ver entre otros L. Arbour/M. Bergsmo, ‘Conspicuous Absence of Jurisdictional Overreach’, en H. von Hebel/J.G. Lammers/J. Schukking (coords.) *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, ‘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, 113-159, p. 145; S.A. Williams, ‘Article 17. Issues of Admissibility’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 393; J.T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, p. 50 y H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 150-154.

24 Sobre el contenido de este supuesto ver entre otros J.T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, p. 50; S.A. Williams, ‘Article 17. Issues of Admissibility’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 394; y H. Olásolo, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 150-154.

Sin embargo, al mismo tiempo que se puede afirmar 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 aquéllos 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 condenado²⁵. Además, como veremos en los siguientes apartados, son numerosas las razones que aconsejan ser prudente y respetar en la mayor medida posible los principios generales que inspiran los sistemas nacionales de justicia penal.

En este sentido, es importante distinguir cuando el análisis de admisibilidad se centra en la determinación nacional de las penas y cuando tiene principalmente 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 siguientes²⁶:

- (a) 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;
- (b) 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:
 - (i) Se califican los hechos imputados como constitutivos de delitos que de acuerdo con la legislación nacional conllevan penas notablemente más leves;
 - (ii) Se califican los hechos imputados como constitutivos de delitos ordinarios cuando también son constitutivos de delitos internacionales expresamente incluidos en la legislación nacional;
 - (iii) Se imputa la comisión imprudente del delito cuando existen elementos

25 B. Broomhall, '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, 113-159, p. 153. Véase también, '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. Num. 22, 1996, Vol. I, párrafo 173.

26 Olásolo, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 164-168.

- fundados para imputar la comisión dolosa;
- (iv) 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);
 - (v) Se imputa la tentativa del delito cuando existen elementos fundados de que el delito fue finalmente consumado.
 - (c) 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;
 - (d) El hecho de que la prueba presentada durante el juicio oral sea valorada de manera manifiestamente inadecuada y que ello resulte en:
 - i) 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 alguna durante el juicio oral;
 - ii) La condena del acusado por un delito menos grave o por un delito ordinario;
 - iii) La condena del acusado por la comisión imprudente del delito imputado;
 - iv) 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;
 - v) La condena del acusado por la mera tentativa del delito.

El proceso de determinación nacional de la pena comienza con la determinación *a priori* por el legislador nacional del grado de pena correspondiente a cada delito previsto en el Estatuto e integrado en la legislación nacional, y se extiende en el tiempo hasta la conclusión de la fase de ejecución de la pena.

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, el legislador nacional 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 nacional puede

establecer criterios de obligatoria 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* las jurisdicciones nacionales se extiende también a la fase de ejecución de pena.

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

III.1. 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 consideran como normas determinativas entienden las normas penales como mandatos o prohibiciones que pretenden influenciar a los ciudadanos para que desarrollen o dejen de desarrollar una cierta conducta²⁷. Para quienes

27 D.M., Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Universitas S.A., 1999, p. 64.

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 menoscaban²⁸.

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 miembros²⁹. Como resultado, para una concepción determinativa de la norma penal, la retribución juega, como 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 dirigido a influenciar a 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 conducta³⁰. 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 delito³¹.

La concepción de las normas penales y las funciones de la pena adoptadas por los sistemas nacionales de justicia penal tienen un impacto directo en la definición de las penas aplicables y, en menor medida, en la determinación

28 Idem, p. 68. Véase también G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 414.

29 Véase a este respecto por ejemplo el art. 25 (1) de la Constitución Española.

30 D.M. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Universitas, 1999, p. 68.

31 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 415.

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 énfasis 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 principio de la intervención mínima del derecho penal. De acuerdo con este principio, las normas penales son un instrumento de *última 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 aquellas conductas que más seriamente los menoscaban³². Las manifestaciones más importantes de este principio son el principio de la retroactividad *pro reo* en la aplicación de las normas penales y los principios de humanidad y 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 en cuanto se garantice la restauración del orden legal, se debe dar preferencia a las penas más leves sobre aquéllas 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 en la sociedad en condiciones de igualdad con el resto de sus miembros³³. Igualmente, el principio de proporcionalidad requiere que, a los efectos 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 la que dichos valores se han visto menoscabados.³⁴ Aquellos sistemas penales nacionales que están

32 F. Muñoz Conde/M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 78.

33 *Ibid.*, p. 92.

34 *Ibid.*, p. 93.

fundados sobre una concepción minimalista del derecho penal protegen con un cuidado particular el principio de proporcionalidad de las 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 Estatuto solo incluye aquellas conductas que más gravemente menoscaban los valores superiores sobre los que se asienta la comunidad internacional³⁵, que en opinión de numerosos autores se encuentran tipificadas por normas de *ius cogens*³⁶. 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 guerra³⁷, 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 Estatuto a pesar de generar responsabilidad penal conforme al derecho internacional³⁸. A lo que hay que añadir que los elementos contextua-

35 Párrafos 3 y 4 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5(1) ER Ver también a este respecto 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*, Nomos, Baden-Baden, 1. ed. 1999, pp. 97-106, pp. 98-100.

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

37 H. von Hebel/D. Robinson, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', en R.S. Lee, (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, pp. 79-126, p.104.

38 En concreto, los tres criterios siguientes fueron utilizados por los redactores del ER para determinar *a priori* qué infracciones del derecho internacional humanitario merecían ser incluidas en el ER y cuáles otras debían ser excluidas: (i) que con independencia de su posible origen convencional, la norma afectada hubiese alcanzado la condición de costumbre internacional

les de los delitos recogidos en el Estatuto atribuyen a los mismos una especial gravedad en cuanto que han de producirse³⁹: (i) “en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar contra ese grupo” o sea de tal magnitud que pueda por sí misma causar la destrucción total o parcial del grupo afectado (genocidio)⁴⁰; (ii) “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (crímenes contra la humanidad)⁴¹; o (iii) “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (crímenes de guerra)⁴².

Además, la reciente decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 en el caso *The Prosecutor vs 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 tres requisitos para que tenga la gravedad suficiente como para poder ser admisible ante la Corte: (i) 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; (ii) la persona imputada debe ser uno de los líderes de más alto nivel de uno de los grupos involucrados en la situación bajo investigación; y (iii) la persona imputada debe ser considerada como uno de

y por tanto vinculase a todos los Estados miembros de la comunidad internacional; (ii) 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; y (iii) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente. Véase H. von Hebel/D. Robinson, ‘Crimes within the Jurisdiction of the Court’, en R.S. Lee, (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126, p.104.

39 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*, Vol. 86, June-December 2005, pp. 107-152, sección 2.

40 Ver los elementos del delito de genocidio (art. 6(a) a (e) RS) en los Elementos de los Crímenes.

41 Article 7(1) RS.

42 Si bien el art. 8(1) ER, que 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”, introduce más bien una condición objetiva de procedibilidad que un elemento contextual del tipo objetivo. Ver a este respecto, F. Pignatelli 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, 2008, pp. 301-304.

los líderes de más alto nivel sospechosos de ser los responsables últimos de la actividad criminal ocurrida en la situación bajo investigación⁴³.

Ahora bien, esto no significa que el desvalor de los distintos delitos previstos en el Estatuto deba ser necesariamente el mismo, y ello a pesar de que algunos hayan afirmado que todos los delitos recogidos en el Estatuto afectan a la existencia misma de la comunidad internacional⁴⁴. Así, no es necesario un estudio particularmente exhaustivo para comprobar que el delito de saqueo de localidades enemigas⁴⁵, 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 los efectos 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 la normas penales, los principios generales de derecho penal y las funciones de la pena acogidas en su ordenamiento jurídico.

Este fenómeno puede producirse tanto con respecto a aquellos sistemas nacionales que adoptan una concepción valorativa de la norma penal y se decantan por la retribución como principal función de la pena (como ocu-

43 La versión pública de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10 de febrero de 2006 se encuentra en el anexo I (párrafo 63) a la siguiente decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr.

44 Incluso aquellos 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. Ver a este respecto los arts. 407 a 416 del Código Penal Español. Véase también Pignatelli y Meca, F, *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Ministerio de Defensa, 2002, p. 41.

45 Art. 8(2)(b)(xvi) y (e)(v) ER.

ren con aquellos sistemas en los que se prevé la pena de muerte) como en relación con aquellos otros 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 lo tanto, no han sido plenamente desarrollados por escrito.

La pregunta que se plantea es aquélla relativa a si la Corte debe jugar 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: (i) como inhumanas y desproporcionadas desde la perspectiva del principio de intervención mínima del derecho penal; o (ii) 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 Estatuto. 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 Estatuto recoge únicamente aquellos delitos que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y que, por lo tanto, pueden afectar al patrimonio común formado por las culturas de los distintos pueblos del mundo. Por lo tanto, el Estatuto 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 Estatuto, tal y como han sido definidos en su preámbulo, requieren el mayor respeto posible por 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 aquellos valores superiores de la comunidad internacional que el Estatuto protege, la Corte podrá jugar, 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 con-

siderase 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 Estatuto conlleva automáticamente un menor desvalor de la conducta, y, por lo tanto, justifica la imposición de una pena inferior en grado.

En este sentido, conviene señalar que el sistema de penas en el Estatuto se limita a una mera definición genérica de los tres tipos de penas previstos en el mismo⁴⁶: (a) 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; (b) la multa con arreglo a los criterios previstos en la Reglas de Procedimiento y Prueba; y (c) el decomiso del producto, los bienes y los haberes directa o indirectamente obtenidos del delito sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Además, la regla 145 RPP establece una lista abierta de circunstancias agravantes y atenuantes, así como una serie de factores adicionales que deben ser tenidos en cuenta para la individualización de la pena de acuerdo a las circunstancias personales del condenado⁴⁷.

Sin embargo, ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento y Prueba establecen el grado de pena que corresponde a cada uno de los delitos previstos en el Estatuto, ni 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 Estatuto 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 art. 80 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 Estatuto “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 Estatuto, tales como la pena de muerte, la inhabilitación

46 I. Lirola Delgado/M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, 2001, pp. 236-238

47 Regla 145(1)(c) RPP.

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 aquellas penas, como por ejemplo la cadena perpetua, previstas en el Estatuto⁴⁸. De ahí que se pueda afirmar que el Estatuto de Roma se encuentra redactado en el entendimiento de que los principios generales que informan 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 posible.

En consecuencia, cualquier análisis de las penas previstas a nivel nacional para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra debe tener un carácter intra-sistémico que se centre en la comparación de dichas penas con aquéllas otras 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.

III.2. 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 delito⁴⁹. Surge, por tanto, la cuestión de si estas reglas son relevantes a los efectos de 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 Estatuto. Así, el art. 30 (1) 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

48 R.E. 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.

49 Si bien los sistemas de *Common Law* utilizan una categoría intermedia denominada *recklessness*. Ver a este respecto, G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 443 et seq.

para los delitos recogidos en el Estatuto. 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 aquellos supuestos en los que el autor se representa el resultado prohibido como de probable producción y aunque su propósito no es que acaezca, 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 art. 30 (1) ER⁵⁰. 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 lo tanto, de seguir adelante con su actuación se presume que acepta su producción.

No parece, sin embargo, que el elemento general del tipo subjetivo previsto en el art. 30 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 prohibido⁵¹. Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido puede variar entre la mera posibilidad⁵² y la probabilidad⁵³. Se exige además la aceptación del riesgo, lo que

50 También entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del art. 30 ER, J.L., Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 381-441, p. 417; y D.K., Piragoff, ‘Article 30. Mental Element’, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1 ed., 1999, pp. 527-535, p. 534.

51 Como G.P Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, 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”.

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

53 El conocimiento de la probabilidad de producir el resultado prohibido se requiere, al menos

es considerado como inherente al hecho de seguir adelante con la conducta prevista⁵⁴. A diferencia del dolo eventual que requiere la aceptación del resultado, la *recklessness* subjetiva no requiere 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 art. 30 ER definen los conceptos de “intención” y de “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 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 art. 30 (1) 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 Estatuto⁵⁵. Esta interpretación es reforzada por la aplicación del principio *nullum crime sine lege* que, confor-

en relación con el homicidio, en Australia (*The Queen vs Crabbe* (1985) 156 C.L.R. 464. Ver también B. Fisse *Howard's Criminal Law*, 5. ed., 1990, p. 59); Bahamas (secciones 311 y 11(2) del Código Penal de 1987); Kenia (secciones 203 and 206 (b) del Código Penal de 1985); Malawi (secciones 209 y 212(b) del Código Penal); Sierra Leona (ver B. Thompson, *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999, p. 61); y Zambia (secciones 200 y 204 (b) del Código Penal).

54 K.W. Simons, 'Rethinking Mental States', en *Boston University Law Review*, May 1992, p. 486.

55 Ven entre otros, D.K. Piragoff, 'Article 30. Mental Element', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 527-535, p. 535 y A. Eser, 'Mental Element-Mistake of Fact and Mistake of Law', en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 889-950, pp. 898-899.

me al art. 22 (2) ER, exige que los tipos penales recogidos en el Estatuto 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 art. 30 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 ni siquiera consciente del riesgo que asume con su conducta⁵⁶. 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 art. 30 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 producirse⁵⁷.

56 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).

57 Ver G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3.ed., Aranzadi, 2002, pp. 354-355. El elemento general del tipo subjetivo del art. 30 ER no es, sin embargo, aplicable en relación con un reducido número de delitos para los que se prevé un tipo subjetivo específico. Entre ellos destacan aquellos 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 que por lo 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” (art. 8.2(a)(iii) ER y sus correspondientes EC), mientras que, por el contrario, parece referirse al elemento general del tipo subjetivo del art. 30 ER en el crimen de “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” (art. 8.2(b)(ix) y (e)(iv) ER y sus correspondientes EC).

Finalmente, existen también delitos que además de requerir el dolo del art. 30 ER como elemento general del tipo subjetivo, exigen un elemento subjetivo adicional consistente en un propósito o finalidad particular por la que 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

De esta manera, se puede afirmar que, en principio, aquellas 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 Estatuto, excepto en aquellos casos de responsabilidad de los superiores jerárquicos, sólo tipifica la comisión dolosa de los delitos recogidos en el mismo⁵⁸.

La excepción principal a la no tipificación de la comisión imprudente de los delitos recogidos en el Estatuto se recoge en el art. 28 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. En este sentido, el art. 28(a)(i) 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 haberse creado una excepción a la exigencia general de comisión dolosa recogida en el art. 30 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 obligaciones⁵⁹. En otras palabras, el Estatuto 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 los efectos

la intención” o “con el propósito” en la definición de ciertos delitos, entre los que se pueden citar el genocidio (art. 6 ER y sus respectivos EC), la persecución como crimen de lesa humanidad (art. 7 (2)(g) ER y sus respectivos EC), el apartheid como crimen de lesa humanidad (art. 7 (2)(i) ER y sus respectivos EC), así como ciertos crímenes de guerra como la toma de rehenes (art. 8.2(a)(viii) y (c)(iii) y sus respectivos EC), la tortura (art. 8.2(a)(ii) y (c)(i) y sus respectivos elementos EC), la declaración de que no habrá cuartel (art. 8.2(b)(xii) y (e)(x)ER y sus respectivos EC), el saqueo (art. 8.2(b)(xvi) y 8.2(e)(v) ER y sus respectivos EC), la prostitución forzada (art. 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER y sus respectivos EC), la utilización de personas protegidas como escudos humanos (art. 8.2(b)(xxiii) ER y sus respectivos EC) y la utilización del hambre como método de guerra (art. 8.2(b)(xxv) ER y sus respectivos EC).

58 Solamente de manera sumamente excepcional, se prevé la comisión imprudente de algún que otro 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” (art. 8.2(b)(xxvi) y (e)(vii) ER y sus respectivos Elementos de los Crímenes).

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

de poder cumplir con sus deberes de prevenir y, en su caso, castigar los delitos cometidos por los mismos⁶⁰.

Sorprende, sin duda, que uno de los ejemplos más sobresalientes en los que el Estatuto admite la comisión imprudente sea un delito de omisión pura como es el incumplimiento del superior militar del deber de castigar a sus subordinados. No se puede olvidar a este respecto que en los delitos de omisión pura la imprudencia no es normalmente punible⁶¹. 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: (i) apreciar que sus subordinados han cometido un delito previsto en el Estatuto (imprudencia en la apreciación de la situación típica); (ii) apreciar las medidas a su alcance para cumplir con su deber de castigar (imprudencia en la apreciación de las posibilidades de intervención); o (iii) la falta de cuidado en la aplicación de dichas medidas.

Pero lo que resulta singularmente llamativo es que el art. 28(a)(i) 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 Estatuto cuando, como regla general, el art. 30 ER únicamente considera penalmente relevante su comisión dolosa. En nuestra opinión, no se comprende bien el porqué de esta regulación cuando el desvalor de la comisión imprudente de la inmensa mayoría de los delitos previstos en el Estatuto no ha sido 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 contrario⁶², entendemos que en aquellos delitos que exigen en el tipo subjeti-

60 En todo caso, hay que señalar que entre las especialidades recogidas en el art. 28(2) ER con respecto a 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 proponía cometerlos”. Véase a este respecto, 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, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 515- 522, pp. 520-522; y K. Ambos, ‘Superior Responsibility’, en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 823-872, pp. 870-871.

61 F. Muñoz Conde/M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 270.

62 *Prosecutor vs Radoslav Brdjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case Num. IT-99-36-A, de 19 de marzo de 2004, párrafos 5- 7.

vo 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 tan 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 arts. 86 y 87 PA I, apoyan la opción adoptada por los redactores del Estatuto. De hecho, el art. 28 (a)(i) ER extiende la responsabilidad de los superiores militares al no atender a los límites repetidamente establecidos por las sentencias de apelación en los casos *Celebici*, *Bagilishema*, *Krnjelac* y *Blaskic*. Así, en estas sentencias: (i) 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*,⁶³ y (ii) se afirma que el estándar “tenía razón para conocer” es más exigente puesto que no castiga la

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

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 debido alertar sobre la necesidad de poner en marcha una investigación⁶⁴.

En el contexto particular de la responsabilidad de los superiores militares, aquellas normas penales nacionales que establecen distintos grados de pena dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito sí 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 aquellos casos que tienen por objeto el incumplimiento por superiores militares de 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 lo 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 Estatuto son cometidos por superiores militares. En

64 Ver las Sentencias de apelación en los casos *Celebici* (*Prosecutor vs Zejnil Delalic et al.*, Appeals Judgement, Case Num. IT-96-21-A, de 20 de febrero de 2001, párrafo 241), *Bagilishema* (*Prosecutor vs Bagilishema*, Judgement, Case Num. ICTR-95-01A-A, de 3 de julio de 2002, párrafo 42), *Krnjelac* (*Prosecutor vs Milorad Kunarac*, Judgement, Case Num. IT-96-23 and 23/1-A, de 12 de junio de 2002, párrafo 151) y *Blaskic* (*Prosecutor vs Blaskic*, Judgement, Judgement, Case Num. IT-95-14-A, Judgement, de 29 de julio de 2004, párrafo 62). Véase también la Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar* (*Prosecutor vs Pavle Strugar*, Judgement, Case Num. IT-01-42-T, de 31 de enero de 2005, párrafo 399) y su comentario por E. Carnero Rojo/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.

opinión del autor, sólo en este último supuesto pudiera estar justificada una declaración de admisibilidad.

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 mismos⁶⁵. 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 como 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 granjero⁶⁶.

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 en cuanto el tratamiento de los errores de tipo arriba descrito no se prevea exclusivamente para los delitos recogidos en el Estatuto si no que tenga un alcance general en el sistema nacional de que se trate, la Corte deberá respetarlo. En consecuencia, como el Estatuto solo 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

65 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.

66 F. Muñoz Conde/M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 308.

a la legislación nacional vigente resultó en la absolución por la comisión dolosa del delito⁶⁷.

III.3. VARIACIÓN DEL GRADO DE LA PENA DEPENDIENDO DE LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO DE AUTOR O DE PARTÍCIPE 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 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 buen 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 pepe-*

67 Un tanto diferente el problema que plantean los errores de prohibición o los errores sobre los presupuestos legales de las causas de justificación. Estos 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 normalmente irrelevantes para el derecho penal. En este sentido, G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, 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” (G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 691). Por su 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 (de manera 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/M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 428-432), se les puede aplicar lo dicho sobre el papel de las circunstancias agravantes y atenuantes en el análisis de admisibilidad.

*trator by means?*⁶⁸ 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 mismo⁶⁹.

Sin embargo, ciertos sistemas nacionales de tradición romano-germánica, como es el caso de España⁷⁰ o de Alemania⁷¹, 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 imputado⁷². 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 lo tanto puede ser merecedor de una pena más leve. A lo que hay que unir que cada una de las personas involucradas en la comisión del delito debe ser castigada de acuerdo a 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 impacto directo en la pena que será impuesta en última instancia, y, por lo tanto, son relevantes para el análisis de admisibilidad por la Corte.

Sin embargo, es importante distinguir entre este tipo de normas y aquellas otras que definen los conceptos de autoría mediata y coautoría a los efectos 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 Estatuto ⁷³, no forma parte de un análisis de admisibilidad que se centre

68 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 649.

69 *Ibíd.*, p. 650.

70 Artículo 63 del Código Penal Español.

71 Sección 27 (2) del Código Penal Alemán.

72 G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 651.

73 Una lectura cuidadosa del art. 25 (3) ER permite hacerse 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 (art. 25(3)(a) ER). A continuación recoge varias for-

mas de participación en la comisión del delito por terceras personas (art. 25(3)(b) y (c) ER). Finalmente se refiere a otras formas menores de participación en la ejecución de un plan criminal común (art. 25(3)(d) ER) que normalmente no darían lugar a responsabilidad penal pero que se convierten en penalmente relevantes como consecuencia de ser llevadas a cabo: (i) con la intención de ejecutar el plan criminal común; o (ii) con el conocimiento de que se está asistiendo a la ejecución del plan criminal común. Por lo tanto, se puede afirmar que el art. 25 (3) (d) ER constituye una especie de disposición residual que hace penalmente relevantes ciertas formas de participación que 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 nivel objetivo de su contribución. Ver a este respecto la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 (esta decisión se encuentra *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr, Anexo 1) 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".

Ver también, H. Olásolo/A.I. Perez 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. 475 y ss, pp. 476-478; así como *Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgement, Case Num IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999, párrafos 227-228; *Prosecutor vs Anto Furundzija*, Appeals Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-95-17/1-A, de 21 de julio de 1998, párrafo 118; *Celebici Appeal Judgement*, párrafos 365-366; *Krnjelac Appeal Judgement*, párrafo 29; *Prosecutor vs Miroslav Kvocka et al*, Appeals Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafos 81-86, 91 and 97); *Prosecutor vs Zoran Kupreskic et al.*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-95-16-T, de 14 de enero de 2000, párrafo 772; *Prosecutor vs Dario Kordic and Mario Cerkez*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001, párrafo 397; *Prosecutor vs Radislav Krstic*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-98-33-T, de 2 de agosto de 2001, párrafo 601; *Prosecutor vs Miroslav Kvocka et al.*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-98-30/1-T, de 2 de noviembre de 2001, párrafo 265; *Prosecutor vs Milorad Krnjelac*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-97-25-T, de 15 de marzo de 2002, párrafo 81; *Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-98-32-T, de 29 de noviembre de 2002, párrafo 65; *Prosecutor vs Milomir Stakic*, Judgement, Case Num. IT-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafo 431; and *Prosecutor vs Blagoje Simic, Miroslav Tadic and Simo Zaric*, Trial Chamber Judgement, ICTY Case Num. IT-95-9-T, de 29 octubre de 2003, párrafo 149. Véase también *Prosecutor vs Milan Milutinovic*,

en la determinación nacional de las penas.

Al margen de que la jurisprudencia de la Corte se decante o no finalmente 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 intra-sistémico a los efectos de determinar si se trata éste de un fenómeno que se aplica de manera general en el sistema nacional de justicia penal analizado, o, si, por el contrario, se aplica únicamente con respecto a aquellos delitos recogidos en el Estatuto. Además, la Corte deberá ser particularmente cuidadosa en evitar que aquellos problemas de imputación o de prueba, que puedan resultar en sentencias manifiestamente leves en las que no se refleje la participación 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 Estatuto, 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,⁷⁴ 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 subordinados⁷⁵.

Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, Appeals Chamber, Case Num. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2002, párrafos 20 y ss.

74 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 art. 13(a) 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 que 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.

75 Esta posición se encuentra íntimamente relacionada con el hecho de que los tribunales *ad*

En este sentido, es importante subrayar que no puede haber vínculo de causalidad alguno entre la omisión del superior jerárquico y la previa comisión del delito por su subordinado⁷⁶ puesto que el castigo que el superior pudiera haber impuesto al subordinado no hubiera de ninguna manera evitado la comisión del delito. Por lo 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 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 superiores⁷⁷. De otra manera, la omisión de los superiores debería ser considerada como un delito de omisión pura, de manera 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.

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. Ver, *Blaskic Appeal Judgement*, párrafo 77.

76 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 aquellos subordinados que cometieron el delito.

77 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 que la omisión se produce siempre después de la comisión del delito por los subordinados.

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 lo 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 aquellos subordinados que hayan cometido delitos previstos en el Estatuto de Roma.

III.4. 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 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 voluntad⁷⁸. Esta posición ha sido adoptada no sólo por aquellos sistemas nacionales que acogen una concepción valorativa de las normas penales, sino también por algunos ordenamientos jurídicos que se decantan más bien 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 delito⁷⁹.

Sin embargo, existen también algunos sistemas nacionales⁸⁰ 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 el daño finalmente causado por dicha acción u omisión es inferior cuando el resultado típico no se ha producido. Por lo 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.

78 G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, 2002, p. 591.

79 *Ibid*, p. 592.

80 Véase, por ejemplo, la sección 30(1) del Código Penal Alemán o el art. 62 del Código Penal Español.

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 delito⁸¹.

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 ello aunque ello pueda resultar en la imposición por los tribunales nacionales de penas más leves en caso de tentativa. Por lo tanto, todo análisis de admisibilidad que ponga su énfasis en la determinación nacional de las penas debería centrarse en estudiar desde un punto de vista intra-sistémico si la mayor levedad de la pena en caso de tentativa se aplica de manera general en el sistema nacional analizado o si, por el contrario, se trata de un fenómeno exclusivamente circunscrito a los delitos recogidos en el Estatuto de Roma.

III.5. EL CONCURSO DE DELITOS

El problema de la determinación legislativa de las penas es particularmente complejo en aquellos supuestos en los que una acción causa más de un delito o en los que una sola persona comete varios delitos⁸². 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,

81 G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, 2002, p. 592.

82 F. Muñoz Conde/M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 511-512; y G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, 2002, pp. 747-748.

se ha distinguido entre los supuestos en los que una sola acción provoca una pluralidad de delitos y aquellos otros casos en los que una misma persona comete una pluralidad de delitos mediante la realización de varias acciones u omisiones. Una variante adicional del concurso de delitos se puede encontrar en la noción de delito continuado, que 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 hubieran en principio debido haber sido acumuladas⁸³.

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

IV. 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.

83 En principio, el concepto de delito continuado requiere que se cumplan al menos los tres requisitos siguientes: (i) la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones típicas, cada una de las cuales constituye en sí misma considerada un delito; (ii) la existencia de un plan o el hecho de que el autor se aprovechara de ciertas circunstancias similares para cometer los delitos y (iii) la sucesiva violación de una misma norma penal o de varias normas penales que protegen bienes jurídicos homogéneos (Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 519-520).

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 un buen número de sistemas nacionales, la discreción judicial se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad, que 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 ley⁸⁴. 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 pena⁸⁵.

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

Si bien no siempre se manifiesta 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 valor jurídico se encuentra íntimamente vinculado 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 de la misma. Además, la definición y

84 G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, 2002, p. 715.

85 *Ibíd.*, pp. 714-715.

el valor jurídico de las circunstancias agravantes se encuentran también directamente relacionados con las distintas posiciones adoptadas por los sistemas nacionales con 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 pueden ir 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 a nivel nacional debería ser particularmente respetuoso con aquellos criterios vinculantes en el ejercicio de la discreción judicial 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 juegan 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 consecuencia, el margen de apreciación atribuido a los órganos jurisdiccionales nacionales debería ser más limitado. En consecuencia, se puede afirmar que aquellas sentencias en las que, a la luz de la práctica jurisprudencial del sistema nacional afectado, las motivaciones personales de los jueces parezcan haber jugado 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 arts. 17(1)(c) y (2) y 20(3) ER, es decir: (i) que la pena im-

puesta responda “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; y (ii) 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.

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

Como hemos señalado, durante la fase de ejecución de la pena, las penas impuestas por los tribunales nacionales pueden sufrir ciertas modificaciones por 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 permiten 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 es aquella relativa a 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 solamente operaría hasta el momento en que bien las jurisdicciones nacionales, bien la Corte, comenzasen sus actuaciones sobre una situación de crisis o caso determinado. Por lo tanto, dada la definición negativa de los supuestos previstos en el art. 17(1)(a) a (c) 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 aparecía 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 Estatuto y ejecución de la pena.

La solución finalmente adoptada por los negociadores en los arts. 15(4), 17, 18, 19 y 20 y 53(1) 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 Estatuto 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 sentencia firme por la Corte, esta última asume jurisdicción exclusiva sobre su ejecución e impide toda actuación de las jurisdicciones nacionales sobre los delitos objeto de la misma (Art. 20.2). Asimismo, pronunciada sentencia firme en un Estado, éste adquiere también jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, siempre y cuando la Corte no declare la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 20(3) ER.

La solución adoptada por el Estatuto 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*. Así, o la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución iba 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 ninguna de las circunstancias previstas en el art. 20.3 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 art. 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 art. 10 ETPIY, el art. 9 ETPIR y el art. 20 ER es superior al tradicionalmente ofrecido por el art. 14 (7) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁸⁶.

86 Véase a este respecto J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia y Rwanda*, Transnational Publishers, 2.ed., Irvington-on-Hudson

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 de ejecución de sus sentencias firmes se hubiera visto archivada provisionalmente como consecuencia de las investigaciones y enjuiciamientos de los Estados con respecto a los hechos objeto de las sentencias firmes de la Corte. En este sentido, no podemos olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad actúa en un doble sentido en cuanto que no sólo afecta a las actuaciones de las jurisdicciones nacionales sino también a las de la Corte.

Finalmente, hay que tener también 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 a este respecto, que sólo una minoría de Estados autorizan el juicio en ausencia con respecto a crímenes de la gravedad de los previstos en el Estatuto. Por lo 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 mismos. De esta manera sería difícil que este Estado, aunque estuviera obligado a ello por ser un Estado Parte del Estatuto, estuviera dispuesto a entregarlos a la Corte, máxime no previéndose en el propio Estatuto sanción alguna para los casos de incumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la Corte.

Por estas razones, 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 Estatuto, 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, de un régimen de sanciones para el caso de su incumplimiento similar al previsto en el art. 112(8) 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 que también constituye la Corte).

Distinto es el supuesto de las Leyes de Amnistía que, por su misma naturaleza, resultarían, bien en la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales

(Nueva York), 2000, pp. 151-154 y 504-505.

cuando no fueren acompañadas de una Comisión de la Verdad, bien en su inacción *a posteriori* tras completarse la investigación que se pueda desarrollar a través de una Comisión de la Verdad. Por lo tanto, en nuestra opinión, las Leyes de Amnistía que no sean acompañadas del establecimiento de Comisiones de la Verdad no impedirán, de ninguna manera, la actuación de la Corte sobre 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, el inicio de las investigaciones por dichas Comisiones de la Verdad sólo impediría la actuación de la Corte si se considera que: a) su desarrollo no está motivado por el propósito de sustraer a las personas de que se trate de su responsabilidad penal; y b) 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 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 Estatuto, 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 art. 53(1)(c) ER y la regla 104 RPP, 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.

En cualquier caso, a 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 pena⁸⁷, se puede afirmar que la determinación ejecutiva de las penas a nivel nacional es irrelevante desde la perspectiva del análisis de admisibilidad.

87 Idem. Véase también H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 162-163.

VI. ADDENDUM: 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 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 personales⁸⁸ (como por ejemplo el conflicto armado que asoló el territorio de la ex – 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 de sus Estados fronterizos a partir del 6 de Abril de 1994 y hasta principios de julio de ese mismo año) las que sean objeto de aquellos análisis de admisibilidad realizados: (i) en el marco del proceso de activación (también conocido como de apertura de una investigación) conforme a los arts. 15(3) y (4), 18(2), 53(1) y 82(1)(a) ER,⁸⁹ o durante la fase de investigación de una situación de acuerdo con los arts. 19(11) y 53(2)(b) ER⁹⁰.

88 *Situation in Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6, ICC-01/04-101, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 17 de enero de 2006, párrafos 65-66 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf). Véase también H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 125-126.

89 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, Cambridge, 2004, pp. 125-126; C. 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*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 1. ed., pp. 405-418, p. 407; 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 et seq., 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 y ss, p. 123.

90 Como, C. 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*, Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, 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 para. 2 or a suspension of an investigation pursuant to paragraph 7 after

Por su parte, serán casos definidos por incidentes concretos en los que aparentemente se hayan cometido uno o varios delitos recogidos en el propio Estatuto (como 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 el 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 comparecencia⁹¹.

Por otro lado, si bien los art. 17 y 20 (3) ER prevén la aplicación de los mismos criterios para realizar los análisis de admisibilidad de situaciones y de casos, la manera en que se apliquen estos criterios no puede ser la misma cuando el énfasis del análisis de admisibilidad se pone en la determinación nacional de las penas en relación con los delitos presuntamente cometidos en una determinada situación de crisis, que cuando dicho énfasis se concentra en la determinación nacional de las penas en un caso concreto. De hecho, si bien el estándar de revisión no tiene porqué ser necesariamente distinto,⁹² el nivel 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 ER. En opinión del autor, con el uso de esta expresión se viene a reconocer que, como el objeto del análisis de admisibilidad en el art. 18 ER es una situación de crisis, el escrutinio de la determinación de las penas impuestas a nivel 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, hipotética-

an admissibility challenge”.

91 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 112-113.

92 X. Aguirre/A. Cassese/R.E. Fife/H. Friman/C. Hall/J.T. Holmes/J. Kleffner/H. Olásolo/N.H. Rashid/D. Robinson/E. Wilmshurst/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 lo tanto, corresponderá a la Sala de Cuestiones Preliminares y a la Sala de Apelaciones determinar cuál es el estándar aplicable.

mente, el escrutinio de la 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:

- (i) El objeto del análisis de admisibilidad se extiende a todas las penas impuestas por los tribunales croatas con respecto a delitos presuntamente cometidos en la situación de conflicto armado existente en la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995; que cuando.
- (ii) El objeto del análisis de admisibilidad se extiende únicamente a la pena(s) impuesta(s) a Darío Kordic por los tribunales croatas por los delitos presuntamente cometidos durante el ataque bosnio-croata en el valle del río Lasva entre el 16 y el 20 de abril de 1993⁹³.

En este sentido, es importante subrayar que un análisis de admisibilidad que pone el énfasis 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 Estatuto. Así, conforme a la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10 de febrero de 2006, esto significaría fiscalizar las penas impuestas a los líderes del más alto nivel de cualquiera de los grupos involucrados en la situación bajo investigación que sean sospechosos de encontrarse entre los máximos responsables de la actividades criminales cometidas en dicha situación como consecuencia de su participación personal, así como la del grupo que dirige, en las mismas⁹⁴.

93 El diferente objeto del análisis de admisibilidad de una situación y del análisis de admisibilidad de un caso, así como el diferente nivel 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. Véase sobre esta cuestión, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 44-45.

94 Ver el Anexo I (párrafo 63) a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 24 de febrero de 2006: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr.

Ver también, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 183.

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 a revisar la pena(s) impuesta(s) contra la persona afectada por los hechos que se le imputan en el proceso penal abierto contra el mismo ante la Corte.

LOS PRIMEROS CASOS A NIVEL INTERNACIONAL DE
APLICACIÓN AUTÓNOMA DEL CONCEPTO DE AUTORÍA
MEDIATA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS
DE PODER: LOS CASOS CONTRA OMAR AL BASHIR,
MUAMMAR AL GADDAFI Y ABDULLAH AL-SENUSSI

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los delitos se cometen a través de estructuras organizadas de poder (como el ejército, o grupos armados de oposición jerárquicamente organizados), la decisión de cometerlos es normalmente adoptada por sus dirigentes, quienes se encuentran ubicados lejos de la escena del crimen.¹ Esto complica la investigación e identificación de los principales protagonistas del delito puesto que quienes finalmente realizan sus elementos objetivos no participan en la decisión inicial de cometerlo, ni en la planificación y preparación de su ejecución que se lleva a cabo en los diferentes niveles de la estructura organizada de poder. De hecho, ellos simplemente reciben la “orden” de ejecutar el delito de una manera determinada.²

En este tipo de casos, los auténticos protagonistas principales de los delitos son los dirigentes que planean su comisión, dirigen las estructuras organizadas de poder que controlan para que se ejecuten los mismos, y supervisan cómo los superiores de nivel medio definen con mayor detalle el plan criminal por ellos orquestado, y cómo los miembros de menor rango de la organización lo ejecutan, realizando así físicamente los elementos objetivos de los delitos.³

Surge, por tanto, la cuestión de si dichos dirigentes son responsables principales de los delitos a título de autores o si sólo pueden ser considerados como responsables accesorios como partícipes en los delitos cometidos por sus subordinados, quienes a su vez son plenamente responsables por los delitos que cometen de propia mano. En este contexto el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, propuesto inicialmente por Roxin en 1963, cuestionó seriamente los intentos por considerar como meros partícipes en los delitos cometidos durante la ejecución de la llamada Solución Final a los dirigentes políticos y militares nazis, así como a los mandos medios.

Sin embargo, en un principio, este concepto fue recibido con escepticismo y rechazo tanto a nivel nacional como a nivel internacional debido a tres razones principales.

1 K. Ambos. *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 12.

2 Véase C. Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: Cram, 1963. p. 247 [en adelante: Roxin].

3 F. Muñoz Conde, ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista de Derecho Penal* 9/62.

En primer lugar, la ausencia de toda referencia a dicho concepto en la legislación nacional o internacional de la época.⁴ En segundo lugar, la creencia tradicional de que cuando los subordinados que cometían materialmente el delito eran plenamente responsables no cabía la aplicación de la autoría mediata porque se consideraba que los superiores carecían del dominio del hecho al no poder estar seguros sobre si sus decisiones serían realmente cumplidas por sus subordinados –utilizándose usualmente formas de responsabilidad accesorias como la instigación, el inducir o el ordenar debido a que los superiores que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados de cometer los delitos, no tienen ninguna participación más durante la ejecución.⁵ En tercer lugar, el hecho de que la aplicación de la autoría mediata no tuviera necesariamente un impacto en la pena impuesta a los dirigentes incluso en aquellos sistemas pertenecientes a la tradición Romano-Germánica, como el español o los latino-americanos, en los que el principio de atenuación de la pena para los partícipes constituye una razón importante para distinguir entre autores y partícipes.⁶

Ha sido necesario el paso del tiempo para que la jurisprudencia nacional comparada primero, e internacional después, haya acogido paulatinamente en la últimas dos décadas el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder para reflejar de manera más precisa la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y militares. Así, a nivel internacional, la primera aplicación de este concepto tuvo lugar en la sentencia de 31.07.2003 de la SPI II del TPIY en el caso contra *Milomir Stakic* –ex alcalde de la ciudad de

4 La ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales de América-Latina que expresamente preveían el concepto general de autoría mediata fue una de las principales razones de su inicial rechazo en estos países, en los que a partir del proceso a las Juntas Militares Argentinas de 1985 ha sido progresivamente aplicada con mayor asiduidad.

5 F. Muñoz Conde y H. Olásolo. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes colombianos vinculados al paramilitarismo. *Revista Penal*. vol. 1 [en adelante: Muñoz Conde y Olásolo].

6 Por ejemplo, en la mayoría de los códigos penales latino-americanos (tales como en Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el código penal español, se atribuye la misma pena a la autoría que a la instigación o a la contribución necesaria. Ver a este respecto F. Muñoz Conde y H. Olásolo. The application of the notion of indirect perpetration through organised structures of power in Latin America and Spain. *Journal of International Criminal Justice*. vol. 9, n. 1 [en adelante: Muñoz Conde y Olásolo, Indirect Perpetration].

Prijedor (Bosnia y Herzegovina) que se encuentra situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska.⁷ Desde entonces, esta modalidad de autoría mediata ha sido aplicada por varios tribunales internacionales, incluyendo entre otros los casos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) contra *Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martić, Vlastimir Dordevic, y Ante Gotovina*, el caso contra Protais Zigiranyirazo ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”), el caso ante la Corte Especial de Sierra Leona (“CESL”) contra *Isaa Hassan Sesay, Morris Kallon, y Augustine Gbao* (conocido como caso RUF), y los casos ante la Corte Penal Internacional (“Corte”) contra *Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta, William Samoei Ruto y Henry Kiprono Kosgey*.

Sin embargo, de todos los casos arriba mencionados ante tribunales internacionales, sólo en los casos contra *Omar al Bashir* y *Abdullah Al-Senussi* el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado de forma autónoma. En el primer caso, su aplicación autónoma se debe a que, según la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”) I de la Corte, *Omar al Bashir* es un dirigente con un grado de control tan alto sobre el aparato de poder del Estado de Sudán, que saliéndose de forma excepcional de lo que es habitual, existen indicios de que puede haber concentrado en su persona el control sobre el conjunto del mismo, lo que habría utilizado para hacer cometer los delitos. Por su parte, el caso contra *Abdullah Al-Senussi* (jefe de la inteligencia militar del Estado libio) pertenece a un segundo grupo de casos, en los que también cabe la aplicación de esta variante de la autoría mediata de forma autónoma porque los mismos se dirigen contra los jefes de unidades concretas por los delitos cometidos exclusivamente por los miembros integrantes de dichas unidades.⁸

El resto de casos arriba mencionados tienen en común que se refieren a situaciones en las que varios dirigentes políticos y/o militares, que dirigen

7 *Prosecutor vs. Stakic*, Judgment, Case n. ICTY-97-24-T, de 31.07.2003, párrafos 808-816.

8 *Prosecutor vs. Gaddafi et al Case*, Decision on the “Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27.06.2011, párrafos 89, 90 [Decisión de Orden de Arresto en el Caso Gaddafi y Al-Senussi].

distintas organizaciones (o partes de las mismas), las utilizan para ejecutar de manera coordinada un plan criminal común. En consecuencia, en los mismos el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder no puede ser aplicado autónomamente, sino que es aplicado en combinación con el concepto de coautoría, dando lugar al concepto de “coautoría mediata”, que la SCP I ha aceptado repetidamente como una cuarta manifestación del concepto del dominio del hecho, tal y como se recoge en la Primera Decisión de Orden de Arresto contra *Omar al Bashir* de 04 de julio de 2009:

(...) la Sala subraya que, en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo, la Sala ha sostenido que el artículo 25 (3)(a) del Estatuto acoge el concepto de dominio del hecho como criterio determinante para distinguir entre la autoría y la participación. Además, como la Sala ha señalado ya en tales casos, el artículo 25(3)(a) del Estatuto también adopta las siguiente cuatro manifestaciones del concepto de dominio del hecho: autoría directa, autoría mediata o a través de una tercera persona, coautoría basada en el codominio funcional del hecho, y coautoría mediata.⁹

Según la reciente decisión de orden de arresto dictada el 27 de junio de 2011 por la SCP I de la Corte contra *Muammar Gaddafi*, su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y el jefe de la inteligencia militar de Libia *Abdullah Al-Senussi*, cuando el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder es aplicado de manera autónoma, éste se encuentra compuesto de los siguientes elementos:

(...) (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos deber ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata.¹⁰

9 *Prosecutor vs. Bashir Case*, Decision on the prosecution’s application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 04.03.2009, párrafo 210 [en adelante: Primera Decisión de Orden de Arresto contra Omar al Bashir].

10 Decisión de Orden de Arresto en el Caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8), párrafo 69.

II. CRITERIOS QUE JUSTIFICAN EL AUTOMATISMO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN

El automatismo en el cumplimiento de las órdenes como consecuencia del carácter jerárquico de la organización y la fungibilidad de los miembros de la organización que actúan como autores materiales es el factor clave que sustenta el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados, de manera que la voluntad dominante del superior será ejecutada en todo caso por estos últimos. Para ello, además de una estricta estructura jerárquica, se requiere que la organización sea lo suficientemente amplia como para que se pueda afirmar que sus miembros rasos tengan un carácter intercambiable de manera que si uno de ellos se niega a cumplir la orden del superior de cometer el delito, otro lo sustituya automáticamente, con lo que la comisión del mismo se ve frustrada como consecuencia de la decisión del primero.¹¹ A este respecto, la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, ha señalado lo siguiente:

[a]demás, las características particulares del aparato organizado y jerárquico permiten al líder garantizar efectivamente la comisión de delitos. En esencia, el control del líder sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como ‘un mero engranaje en una máquina gigante’ para producir el resultado delictivo ‘automáticamente’ (...) Sobre todo, esta “mecanización” procura asegurar que la ejecución exitosa del plan no se verá comprometida porque algún subordinado particular no cumpla con la orden. Cualquiera de los subordinados que no cumpla puede ser simplemente reemplazado por otro que lo hará; el ejecutor real de la orden simplemente es un individuo fungible. Como tal, la organización también debe ser suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados. (...) La principal característica de este tipo de organización es un mecanismo que permite a sus más altas autoridades asegurar el cumplimiento automático de sus órdenes. Por lo tanto, ‘[d]icha organización desarrolla concretamente una vida que es independiente de la composición variable de sus miembros. Ella funciona sin depender de la identidad individual del ejecutor, como si fuera automática’. Por lo tanto, la autoridad que emite una orden dentro de una organización tal asume un tipo de responsabilidad diferente que la de los casos ordinarios de emisión de órdenes criminales. En estos últimos casos, el artículo 25(3)(b) del Estatuto establece que un líder o comandante que ordena la comisión de un crimen puede ser considerado partícipe.¹²

11 Ídem.

12 *Katanga and Ngudjolo Case (Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges)*

El cumplimiento del requisito de la fungibilidad tal y como ha sido definido por la SCP I en el caso *Katanga* (“fungibilidad negativa simultánea”) plantea problemas importantes en el caso de grupos paramilitares o de grupos armados organizados que, o bien tienen un tamaño limitado, o bien actúan a través de varias unidades de tamaño medio, desplegadas en diversas áreas geográficas, y que, si bien se encuentran dirigidas por un Comando Central, no tienen un alto grado de comunicación y coordinación horizontal con las otras unidades del grupo desplegadas en otras áreas del país.

Algunos tribunales nacionales han tratado de interpretar el criterio de la fungibilidad de un modo más amplio para tratar de superar estos problemas. Así, por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia de 14.12.2007 en el caso contra Abimael Guzmán, máximo dirigente del grupo armado organizado Sendero Luminoso, aplicó un criterio de “fungibilidad negativa sucesiva”, conforme al cual si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente/Comité Central, otro miembro lo reemplazaría automáticamente en algún momento posterior para realizar ese cometido.¹³ Con ello se separaba de la “fungibilidad negativa simultánea” requerida por la SCP I, conforme a la cual la negativa del miembro de la organización al que se transmite la orden de cometer el delito no perturba su ejecución puesto que puede ser inmediatamente reemplazado por otro de sus miembros.

Así mismo, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia contra el ex presidente de Perú Alberto Fujimori de 07.04.2009,¹⁴ confirmada por la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30.12.2009,¹⁵ aplicó el llamado criterio de la “fungibilidad positiva”, conforme al cual el dirigente de la organización selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible, con el objeto de evitar cualquier fallo. De esta manera, aunque el grupo especial de operaciones “Colina” del Servicio de Inteligencia Nacional al que se le encargaron los delitos estaba

ICC-01/04-01/07 (de 01.10.2008), párrafos 515-517 [en adelante: confirmación de cargos en el caso *Katanga*]. Véase también Roxin (supra n. 2), p. 245.

13 Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú del 14.12.2007, Caso n. 5385-200.

14 Sentencia de la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú de 07.04.2009, Exp. n. AV 19-2001.

15 Sentencia de la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30.12.2009, Exp. No. AV 19-2001.

compuesto únicamente de unos treinta miembros, esto no excluía su fungibilidad, puesto que habían sido cuidadosamente seleccionados y entrenados para realizar este tipo de actividades.¹⁶

Las jurisdicciones nacionales también han recurrido a criterios distintos de la fungibilidad para justificar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización. Así, por ejemplo, en el caso del *Muro de Berlín*, el Tribunal Supremo alemán aplicó la estructura de los delitos de omisión que requieren una posición de garante por parte del autor y la aplicó a la doctrina del dominio del hecho, atribuyendo así al Jefe del Estado responsabilidad penal a título de autor mediato por el incumplimiento voluntario de su deber especial de proteger a sus ciudadanos. El estado se constituye así como un garante de los derechos básicos de sus ciudadanos, y por lo tanto la atribución del daño de la víctima a los dirigentes del aparato del estado no puede ser sólo considerada desde la perspectiva de la relación entre los dirigentes y quienes realizan el acto, sino también debe tener en cuenta la víctima y el deber especial del estado con respecto a sus ciudadanos, lo que provee en todos estos casos una base normativa para justificar el control sobre el acto cuando falla la base empírica en la que se justifica la fungibilidad de los miembros de la organización. Lógicamente, esto sólo es aplicable a los más altos dirigentes del estado. Además, no será de aplicación a grupos no estatales, donde no existe una relación comparable entre el grupo y las personas que le son afiliadas.¹⁷

Igualmente, la decisión de 13.10.2006 de la Sala Penal Nacional de Perú en el caso contra *Abimael Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, por la masacre de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca acaecida el 03.04.1983.¹⁸ En esta decisión se afirmó que en el caso de grupos armados organizados de oposición el automatismo en el cumplimiento de las órdenes no es tanto consecuencia de su carácter jerárquico y de la fungibilidad de sus miembros, sino de la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por sus superiores como consecuencia de su motivación política e ideológi-

16 Ambos, K., The Fujimori judgement. A president's responsibility for crimes against humanity as indirect perpetrator by virtue of an organized power apparatus, en *Journal of International Criminal Justice* 9/155 [en adelante: Ambos, Fujimori Judgement].

17 Ídem, p. 156.

18 Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13.10.2006, Caso n. 560-03.

ca.¹⁹ Según la Sala, mientras la fungibilidad de los ejecutores materiales dentro de la organización sólo aumenta la probabilidad de que se termine actuando de conformidad con lo ordenado por los superiores, el dominio que pueden ejercer éstos últimos sobre grupos armados organizados de oposición como Sendero Luminoso se basa en la actitud favorable de sus miembros para el cumplimiento de sus órdenes.²⁰

Sin embargo, hasta la fecha, ni la interpretación extensiva del criterio de la fungibilidad, ni la aplicación de criterio alguno distinto de la fungibilidad para justificar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización, ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte o de alguno de los otros tribunales penales internacionales. La única excepción aceptada hasta el momento por la Corte tiene que ver con el caso de fuerzas armadas del Estado o de grupos armados organizados de oposición que recluten menores de edad, en cuyo caso dicho automatismo puede ser el resultado de someter a los menores reclutados a un periodo de formación particularmente intenso y violento. Así, según ha afirmado la SCP I en el caso *Katanga*:

(...) Un medio alternativo por el cual un líder asegura el cumplimiento automático mediante su control del aparato puede ser a través de regímenes intensivos, estrictos y violentos de entrenamiento. Por ejemplo, secuestrar menores y someterlos a regímenes de entrenamiento extenuantes en los que se les enseña a disparar, saquear, violar y matar puede ser un medio efectivo para garantizar el cumplimiento automático de las órdenes de los líderes de cometer tales actos.²¹

Sin embargo, en estos casos, más que ante un criterio alternativo a la fungibilidad para determinar la existencia del automatismo de la organización en el cumplimiento de las órdenes, nos encontramos ante el supuesto tradicional de autoría mediata por uso de instrumentos que no son plenamente responsables.

-
- 19 La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, tuvo lugar esta sentencia que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14.12.2007, Caso n. 5385-200. Si bien la sentencia de la Corte Suprema retomó de nuevo el criterio de la fungibilidad, junto con su carácter jerárquico, como criterio rector del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización.
- 20 Ver a este respecto, I. Meini, El caso peruano, en K. Ambos (coord.) *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*. Bogotá: Temis, 2008. p. 144.
- 21 Confirmación de cargos en el caso *Katanga* (supra n. 12), párrafo 518.

Junto al carácter jerárquico de la organización y a la fungibilidad de sus miembros, Roxin requiere también para la existencia del automatismo en el cumplimiento de las órdenes que la organización actúe al margen de la ley no sólo en ocasiones excepcionales.²² De lo contrario, muy pocas personas dentro de la organización estarían dispuestas a cumplir la orden ilícita, especialmente si se tiene en cuenta que dicha orden tendría que ser emitida y llevada a cabo evadiendo el modo regular de funcionamiento de la organización y tendría que ser cuidadosamente ocultada a los demás miembros de la misma. Así, los autores materiales tendrían que ser cuidadosamente seleccionados e individualmente incorporados al plan común, porque ellos no son reemplazables.

Otros autores como Ambos o Bottke han señalado que no es tan decisivo que exista una cultura institucional de actuación al margen de la ley, como que sus dirigentes puedan controlar la misma de tal manera que sus miembros sean piezas en el engranaje de un aparato criminal sin capacidad de influir en la ejecución de sus órdenes.²³

22 Roxin (supra n. 2), p. 249 requiriendo “*rechtsgeloste Apparate*”. Véase también T. Rotsch, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 495 [en adelante: Rotsch, *Die Rechtsfigur*]. Compárese con K. Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Múnich: Vahlen Franz GmbH, 2002. § 20, n. 73b [en adelante: Kühl].

23 Ambos, K., The Fujimori judgement... cit., p. 137-158, p. 154. S. Bottke, Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania, *Revista Penal* 4/25 [en adelante: Bottke]. Además, para este autor, a pesar de que el concepto de EOP se basa en criterios prejurídicos, como el supuesto dominio de una estructura organizada de poder y la supuesta utilización de un instrumento para cometer un delito, su uso se justifica cuando la situación constituye una grave violación de los valores más importantes sobre los cuales está construida la comunidad internacional. Véase Bottke, p. 26; también Tribunal Supremo Federal alemán, *wistra* (1998) 150;; A. Ransiek, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*. Múnich: Müller Jur Vlg CF, 1996. p. 46-49; K. Lackner y K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 24 ed. Múnich: C.H. Beck, 2001. § 25, n. 2; compárese con Kühl, (supra n. 22), en § 20, n. 73b, . Como ha explicado el juez Iain Bonomy, el Tribunal Supremo Federal alemán ha adoptado el concepto de EOP: “[e]n Alemania, un acusado puede ser considerado responsable como autor (*Täter*) por usar a otro como un instrumento o herramienta (*Werkzeug*) para cometer materialmente un delito, independientemente de si el autor físico es culpable o es un ‘agente inocente’, es decir, no responsable por el delito, porque, por ejemplo, es menor de edad o carece de los elementos subjetivos requeridos por el delito”. Véase *Prosecutor vs. Milutinovic (Decision On Ojdic’s Motion Challenging Jurisdiction: indirect co-perpetration, separate opinion of Judge Iain Bonomy)* ICTY-05-87-PT (22.03.2006). Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte no ha abordado realmente esta cuestión hasta el momento, de manera que al definir los elementos de esta modalidad de autoría mediata, la Sala no exige que la organización en cuestión deba actuar al margen de la ley no sólo en situaciones excepcionales.²⁴

III. EL GRADO DE CONTROL DE LA ORGANIZACIÓN REQUERIDO

Según ha subrayado la SCP I en el caso *Katanga*, el segundo elemento de la autoría mediata, requiere que tanto el dirigente como los autores materiales subordinados al primero,²⁵ sean miembros de una misma estructura organizada de poder. Además, esta relación jerárquica tiene que venir acompañada de un grado de control suficiente sobre la organización por parte del dirigente de manera que pueda afirmarse el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. En este sentido, la SCP I de la Corte ha explicado que:

[l]a capacidad del dirigente para asegurar este cumplimiento automático de sus órdenes es la base de su responsabilidad por autoría –en lugar de participación. La máxima autoridad no ordena meramente la comisión de un delito, sino que a través de su control sobre la organización esencialmente decide si y cómo será cometido.²⁶

En consecuencia, quienes aconsejan que se emprenda una campaña de persecución, planean una deportación en masa sin tener poder ejecutivo, reclutan voluntarios que posteriormente serán utilizados como autores materiales, o proporcionar la información necesaria para cometer los delitos, no podrán ser en ningún caso considerados autores mediatos.²⁷

En este sentido, es importante subrayar, que el campo de aplicación de la autoría mediata es ciertamente más limitado que el del concepto de re-

no ha sostenido el requisito de que la estructura organizada de poder deba no sólo excepcionalmente actuar al margen de la ley. Véase Tribunal Supremo Federal alemán, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 40 p. 237, 43 p. 219; véase también *Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht* (1998) 150.

24 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* (supra n. 12), párrs. 500-508.

25 Ídem, párrafos 511-514.

26 Ídem, párrafo 518. Véase también sentencia de juicio en el caso *Stakic* (*Prosecutor vs. Stakic* (*Judgment*) ICTY-97-24-T (31.07.2003), párrafos 497-498 [en adelante: sentencia de juicio en el caso *Stakic*].

27 Ídem.

sponsabilidad del superior por cadena de mando en cuanto que el primero requiere, por un lado, que el dirigente y el autor material pertenezcan necesariamente a una misma organización, y, por otro lado, exige un control operacional suficiente que permita afirmar el carácter automático del cumplimiento de las órdenes del dirigente, lo que excluye los casos de “control efectivo” basado en un mero control disciplinario o a un control operacional parcial.²⁸

A este respecto, Weigend, ha afirmado que si la Corte y los otros tribunales penales internacionales van a optar por la aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, tienen una tarea fundamental por delante en términos de especificar el grado de control necesario para su aplicación a los efectos de “ofrecer un fundamento adecuado”.²⁹ En su opinión, esto es particularmente necesario teniendo en cuenta que tradicionalmente el principal problema presentado por esta modalidad de la autoría mediata es la ambigüedad en el grado de control/dominio requerido, puesto que mientras hay consenso en que dicho grado de dominio/control existe cuando una persona utiliza a otra que no es penalmente responsable, es difícil encontrar la frontera entre el influir en un subordinado punible como una mera participación por ordenar, instigar o cooperar, y el grado de dominación o control que caracteriza al autor mediato.³⁰

Este problema del grado de control/dominio requerido para su aplicación se ha presentado desde los primeros casos en los que la autoría mediata ha estado en el centro del análisis de la Corte, con independencia de que se refirieran a grupos armados organizados como a aparatos de poder estatales. Pasemos a continuación a estudiar como se ha manifestado este fenómeno en los casos contra *Thomas Lubanga*, *Omar al Bashir* y *Muammar Gaddafi*, y su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi*.

IV. EL CASO CONTRA THOMAS LUBANGA DYILO ANTE LA CPI: LOS PROBLEMAS RELATIVOS AL CONTROL DE LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS

El caso contra *Thomas Lubanga Dyilo* ante la CPI es un buen ejemplo de los problemas que se pueden plantear. Este caso se ocupa de aconteci-

28 Weigend, T., Perpetration through an organisation. The unexpected career of a german legal concept, in *Journal of International Criminal Justice* 9/103-104, 110-111 [en adelante: Weigend].

29 Ídem, p. 110.

30 Ídem, p. 103.

mientos que tuvieron lugar en el contexto del conflicto armado ocurrido en el territorio de Ituri (distrito de la Provincia Oriental de la República Democrática del Congo) entre el 01.07.2002 y el 31.12.2003.³¹ En su decisión de confirmación de cargos, la SCP I consideró que en este conflicto armado, además del ejército de la República de Uganda (UPDF), estaban involucrados varios grupos armados organizados, incluyendo la *l'Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* (UPC/RP) y su brazo militar *les Forces Patriotiques pour la Liberation du Congo* (FPLC), *le Parti pour l'Unite et la Sauvegarde de l'Integrite du Congo* (PUSIC) y *le Front National Integrationniste* (FNI).³² En este contexto, las FPLC desarrollaron una política de alistamiento y reclutamiento de jóvenes, que también incluía a niños menores de 15 años.³³ Tras completar su entrenamiento, los jóvenes reclutas de las FPLC, entre los que se encontraban también los menores de 15 años, eran utilizados activamente en las hostilidades.³⁴

Según la SCP I, desde comienzos de septiembre de 2002 hasta finales del 2003, *Lubanga*, además de ejercer como Presidente electo de la UPC/RP:

(...) tenía el control último de hecho sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de las Secretarías Nacionales del movimiento.³⁵

Por otra parte, desde la creación de las FPLC como brazo militar de la UPC/RP a principios de septiembre de 2002, y hasta finales del 2003, *Lubanga* fue formalmente el comandante en jefe de las FPLC. En tal condición era informado sobre las operaciones militares de las FPLC y la situación en los campos de entrenamiento militar de las FPLC, y con regularidad cumplía de hecho los deberes inherentes a tal posición.³⁶

31 *Lubanga Case (Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges)* ICC-01/04-01/06 (29.01.2007) párrafos 167-237, en particular los párrafos 220, 236, 237 [en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*].

32 El conflicto armado fue de carácter internacional hasta el momento en que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 02.06.2003, y de carácter no internacional con posterioridad. Véase Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (supra n. 31), párrafos 220, 236, 237.

33 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (supra n. 31), párrafos 249, 253, 254, 258.

34 Ídem, párrafos 266-7.

35 Ídem, párrafo 368.

36 Ídem, párrafo 373.

No obstante, como resultado de las diversas crisis internas que tuvieron lugar a fines del 2002 y comienzos del 2003 dentro de las FPLC, surgieron importantes divisiones internas entre sus oficiales militares.³⁷ Esto hizo que Lubanga trabajara de manera más cercana con algunos oficiales militares. Por lo tanto, Lubanga tenía “por lo general, pero no siempre”, la última palabra acerca de la adopción de las políticas de las FPLC, así como sobre la ejecución por parte de las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las FPLC.³⁸

La SCP I también sostuvo que, como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho ejercido por Lubanga dentro de las FPLC era menor que el ejercido dentro de la UPC/RP; como lo demostraba el hecho de que los miembros del Estado Mayor de las FPLC y, en particular, el Jefe del Estado Mayor de las FPLC “ordenó el lanzamiento de operaciones militares sin consultar a Thomas Lubanga Dyilo”.³⁹

Probablemente esta sea la razón por la cual la SCP I desestimara la aplicación del concepto de autoría mediata en este caso. En efecto, en ausencia de una relación vertical clara entre el acusado y algunos de los oficiales de alto rango de las FPLC que estaban aparentemente involucrados en la comisión de los delitos, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC bajo el dominio del acusado.

En consecuencia, la SCP I ni siquiera analizó si las FPLC cumplían los requisitos para ser calificadas como una estructura organizada de poder compuesta por miembros fungibles,⁴⁰ y pasó directamente a analizar la posible responsabilidad penal de Lubanga como coautor de los delitos debido a la

37 Ídem, párrafo 375(a)-(b).

38 Ídem, párrafos 375(c)-376.

39 Ídem, párrafo 374.

40 Esto, a pesar del hecho de que, en el párrafo 9 de la Decisión de orden de arresto en el caso *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte había sostenido que “hay motivos razonables para creer que, dada la relación jerárquica entre el Sr. Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con el de coautoría basada en el dominio conjunto del hecho al que se refiere la solicitud de la Fiscalía, está previsto en el artículo 25(3)(a) del Estatuto, podría ser aplicable al presunto rol del Sr. Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los crímenes expuestos en la solicitud de la Fiscalía”. Véase, *Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/06-37Annex 1* (de 10.02.2006, reclasificado como público el 17.03.2006) párrafo 9 [en adelante: Decisión de orden de arresto en el caso Lubanga].

existencia de un plan común desde el establecimiento de las FPLC a principios de septiembre de 2002 entre el propio *Lubanga* y (a) los oficiales del más alto rango de la UPC/RP a cargo de defensa y seguridad (el Vicesecretario Nacional de Defensa de la UPC/RP y el Jefe de Seguridad de la UPC/RP), (b) los oficiales de más alto rango de las FPLC (el Jefe del Estado Mayor de las FPLC y el Jefe Adjunto de Operaciones Militares del Estado Mayor de las FPLC), y (c) otros superiores militares de las FPLC.⁴¹ Todos estos individuos se conocían y habían trabajado juntos mucho antes de la creación de las FPLC.⁴²

Según la SCP I, este plan común, que fue ejecutado desde comienzos de septiembre de 2002 hasta fines del 2003, se dirigió a promover el esfuerzo bélico de la UPC/RP y las FPLC: (a) reclutando, voluntariamente o por la fuerza, a jóvenes para las FPLC; (b) sometiéndolos a entrenamiento militar; y (c) utilizándolos para participar activamente en operaciones militares y como guardias para proteger objetivos militares. Si bien no iba dirigido a cometer ningún delito pues su objetivo era el reclutamiento de jóvenes en general, contenía un elemento de criminalidad, porque, a pesar de que no tenía específicamente como objetivo a los niños menores de 15 años, su ejecución asumía el riesgo objetivo de que tales niños podrían verse afectados.⁴³

V. EL CASO OMAR AL BASHIR: ¿AUTORÍA O COAUTORÍA MEDIATA?

El caso *Al Bashir* constituye el primer caso ante una jurisdicción internacional en el que el concepto de autoría mediata a través de Estructuras Organizadas de Poder ha sido aplicado autónomamente, y no como parte del concepto de coautoría mediata. Debido a la revocación por la Sala de Apelaciones de la aplicación inicial del estándar de prueba que respecto al delito de genocidio llevó a cabo la SCP I, se dictaron en este caso dos decisiones de orden de arresto contra *Omar al Bashir*, la primera de de 04.03.2009,⁴⁴ y la segunda de 12.07.2010.⁴⁵ Sin embargo, en lo referente a las formas de

41 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (supra n. 31), párrafo 377 (i).

42 Ídem, párrafo 378.

43 Ídem, párrafo 377. Para un análisis del tratamiento de la coautoría por la SCP I en el caso *Lubanga*, ver. H. Olásolo, *Criminal liability of senior political and military leaders as principals to international crimes*, London: Hart Publishers, 2005, capítulo 5, sección V.A. [en adelante: Olásolo, *Criminal Liability*].

44 Primera Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir* (supra n. 9).

45 *Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Second Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/09 (de 12.07.2010) [en adelante: Segunda Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir*].

responsabilidad penal es la primera de ellas la que resulta relevante en cuanto que la SCP I se remite en la segunda al análisis y conclusiones previamente alcanzadas en aquella. Por ello, hemos tomado la Primera Decisión de Orden de Arresto dictada por la SCP I de la CPI el 04.03.2009, como principal referente a la hora de abordar esta sección.

Según lo señalado por la SCP I, los fundamentos de hecho que delimitan los contornos del caso son los siguientes. Poco después del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el Gobierno de Sudán, en respuesta a las actividades del Movimiento Sudánés por la Liberación (“MSL”), del Movimiento por la justicia y la Equidad (“MJE”), y de otros grupos armados de oposición en Darfur, decretó una movilización general de las milicias Janjaweed. A partir de entonces, y durante más de cinco años las fuerzas del Gobierno de Sudán que incluían sus fuerzas armadas, y sus aliados de las milicias Janjaweed, las fuerzas de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios, desarrollaron una campaña de contra-insurgencia.⁴⁶

El elemento central de esta campaña fue el lanzamiento de un ataque ilícito contra aquella parte de la población de Darfur (perteneciente en gran medida a los grupos Fur, Massalit y Zaghawa) percibida por el Gobierno de Sudán como cercana al MSL, al JEM y a los demás grupos armados de oposición.⁴⁷ Este ataque ilícito se caracterizó por (a) su gran escala, al afectar a cientos de miles de individuos y extenderse a una gran parte del territorio de los tres estados en que se dividía la región de Darfur; y (b) su naturaleza sistemática, dado que los actos de violencia siguieron en gran medida un mismo patrón.⁴⁸ En ejecución de este ataque, las fuerzas del Gobierno de Sudán: (a) llevaron a cabo numerosas operaciones ilícitas en ciudades y pueblos de la región que eran frecuentemente seguidas de saqueos; (b) cometieron el asesinato y exterminio de miles de civiles; (c) violaron a miles de mujeres; (d) sometieron a desplazamiento forzado a cientos de miles de personas civiles; y (e) realizaron actos de tortura contra la población civil.⁴⁹ La Segunda Decisión de Orden de Arresto de 12.07.2010 consideró que estos hechos ofrecían motivos razonables para creer que junto a crímenes de guerra y de

46 Primera Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir* (supra n. 9), párrafo 74.

47 Ídem, párrafos 75 y 76.

48 Ídem, párrafos 84 y 85.

49 Ídem, párrafo 192.

lesa humanidad, las fuerzas del Gobierno de Sudán habían incurrido también en un delito de genocidio.⁵⁰

La campaña de contra-insurgencia fue, en gran medida, ejecutada por: (a) los Comités de Seguridad locales (formados por el jefe de la localidad y los representantes en la misma de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional);⁵¹ y (b) los Comités de Seguridad estatales (formados por el gobernador del estado y los representantes en el mismo de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional).⁵² Mientras los Comités de Seguridad locales actuaban conjuntamente con las milicias Janjaweed a nivel local, los Comités de Seguridad estatales se coordinaban con los líderes regionales de dichas milicias.⁵³ El Vice- Ministro Federal del Interior era la persona encargada de la supervisión de los Comités de Seguridad de los tres estados de Darfur y la coordinación entre el Gobierno de dichos estados y las más altas instancias del Gobierno de Khartoum.⁵⁴

Al analizar la responsabilidad penal de *Bashir*, la SCP I comenzó por señalar que la campaña se había realizado a través de las distintas organizaciones del aparato de poder del estado de Sudán, las cuales habían sido utilizadas de manera coordinada para desarrollar conjuntamente la campaña de persecución arriba mencionada.⁵⁵

Sin embargo, la SCP I no discutió expresamente si el aparato de poder del estado de Sudán poseía las características necesarias de organización, jerarquía y fungibilidad de sus miembros como para garantizar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes de sus dirigentes y así ser idóneo para la aplicación del concepto de autoría mediata. Ahora bien, de la lectura de los párrafos 216 a 223 de la Primera Decisión de Orden de Arresto se observa que la SCP I consideró implícitamente que dicho aparato de poder poseía efectivamente tal idoneidad.

50 *Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Second Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/09 (de 12.07.2010) [en adelante: Segunda Decisión de orden de arresto en el caso *Bashir*].

51 *Prosecutor vs. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 04.03.2009, párrafos. 217- 218.

52 Ídem, párrafos 217 y 219.

53 Ídem, párrafos 218 y 219.

54 Ídem, párrafo 220.

55 Ídem, párrafo 216.

Para la SCP I, el problema surgió a la hora de determinar si (a) nos encontrábamos ante una situación de control compartido (relación horizontal) entre *Bashir* y un pequeño círculo cercano de altos cargos políticos y militares del Gobierno de Sudán, que hubieran planeado, puesto en marcha y dirigido coordinadamente la ejecución de la campaña de contra-insurgencia a través de las distintas organizaciones del aparato del estado que dirigían cada uno; o si (b) *Bashir*, al haber ejercido tanto de derecho, como de hecho, en cuanto que presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas de Sudán entre 2003 y 2008, tenía un nivel de control superior (relación vertical con el resto de miembros de su Gobierno y fuerzas armadas y de policía) que le otorgaba la capacidad suficiente como para controlar por sí mismo el conjunto del aparato de poder del estado, de manera que hubiera sido él mismo quien en última instancia lo habría activado para lanzar la campaña de contra-insurgencia contra la población civil de Darfur percibida como cercana a los grupos armados de oposición.

Tras analizar esta cuestión, la SCP I no llegó a una respuesta definitiva, dejando la misma para una etapa posterior de las actuaciones. Así, según la SCP I, existían motivos razonables para creer que *Bashir* y otros altos cargos políticos y militares del Gobierno de Sudán habían utilizado de manera coordinada las organizaciones del aparato del estado que dirigían para planear, preparar y ejecutar conjuntamente la campaña de contra-insurgencia. En particular, había motivos razonables para creer que *Bashir*, desde sus posiciones de presidente de Sudán y comandante en jefe de sus fuerzas armadas sudanesas había jugado un papel esencial en la coordinación del diseño y ejecución del plan común.⁵⁶

Sin embargo, al mismo tiempo, y de manera alternativa, la SCP I también concluyó que existían motivos razonables para creer que *Omar Al Bashir*: (a) jugó un papel que fue más allá de la coordinación en el diseño y la ejecución de la campaña de contra-insurgencia; (b) se encontraba en completo control de las distintas organizaciones que formaban el aparato del estado en Sudán, incluyendo sus fuerzas armadas y de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios; y (c) utilizó dicho control para asegurar la ejecución de dicha campaña.⁵⁷

56 Ídem, párrafo 221.

57 Ídem, párrafo 222.

Por esta razón, y una vez que se comprobó que concurrían en *Bashir* los elementos subjetivos requeridos por los delitos en cuestión y que era consciente de las circunstancias fácticas, que le atribuían su control del hecho las dos órdenes de arresto dictadas contra el mismo el 04.03.2009 y el 12.07.2010, lo consideraron alternativamente, conforme al artículo 25(3)(a) ER, como coautor mediato, o, como autor mediato, por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos como parte de la campaña contra-insurgencia de las fuerzas del Gobierno de Sudán.⁵⁸

VI. EL CASO CONTRA MUAMMAR GADDAFI Y SU HIJO SAIF AL-ISLAM GADDAFI: ¿AUTORÍA O COAUTORÍA MEDIATA?

VI.1. INTRODUCCIÓN AL CASO: IMPUTACIÓN DE MUAMMAR GADDAFI COMO AUTOR MEDIATO Y DE SAIF AL ISLAM Y ABDULLAH AL-SENUSSI COMO COAUTORES MEDIATOS

El 27.06.2011, la SCP I de la CPI emitió su decisión de orden de arresto contra el presidente en ejercicio de Libia, *Muammar Gaddafi*, su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios *Abdullah Al-Senussi*.⁵⁹ Según la SCP I, existían motivos razonables para creer que en todo el territorio de Libia –pero particularmente en sus tres ciudades principales Trípoli, Misrata y Benghazi (que reúnen a más de la mitad de la población del país), así como en otras ciudades más pequeñas como Al-Bayda, Derna, Tobruk and Ajdabiya– las fuerzas de seguridad libias habían respondido a las manifestaciones civiles que se venían produciendo desde el 15.02.2011 con el asesinato de cientos de manifestantes y presuntos disidentes del régimen, lo que constituía un crimen de lesa humanidad.⁶⁰ Los asesinatos se prolongaron durante al menos diez días hasta el 25 de febrero.⁶¹ Simultáneamente, las fuerzas de seguridad libias llevaron a cabo numerosos actos de persecución por motivos políticos contra quienes pertenecían, o eran sospechosos de pertenecer, a la oposición al régimen de *Muammar Gaddafi* a lo largo de todo el territorio de Libia, y en particular en Trípoli, Misrata y Benghazi.⁶²

58 Ídem, párrafo 223.

59 Decisión de orden de arresto en el caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8).

60 Ídem, párrafo 41.

61 Ídem, párrafos 41, 64.

62 Ídem, párrafo 65.

La Fiscalía imputaba los delitos arriba mencionados a *Muammar Gaddafi* a título de autor mediato puesto que, según alegaba, ostentaba un control absoluto sobre el aparato del estado libio, incluyendo sus fuerzas de seguridad, y había sido él mismo quien había tomado la decisión de acabar con las manifestaciones civiles por todos los medios posibles, incluyendo el uso de violencia extrema y mortal.⁶³ De esta manera, según la Fiscalía, *Muammar Gaddafi* había transmitido sus órdenes a sus subordinados en la estructura del estado, incluyendo a su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y a *Abdullah Al-Senussi*, quienes se adhirieron a su plan y lo ejecutaron a través de aquellas organizaciones del aparato del estado y de las fuerzas de seguridad que controlaban respectivamente (*Saif Al-Islam* como primer ministro de hecho controlaba el aparato financiero y logístico, y *Al-Senussi* como jefe de la inteligencia militar ejercía el control sobre ciertos órganos de seguridad), provocando así la comisión de los delitos.⁶⁴ De esta manera, según la Fiscalía, *Saif Al-Islam* y *Abdullah Al-Senussi* responderían como coautores mediatos en un segundo escalón sometidos a la autoridad de *Muammar Gaddafi*.

VI.2. DIFICULTAD EN LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA A MUAMMAR GADDAFI POR NO REUNIR UN SUFICIENTE GRADO DE CONTROL SOBRE EL APARATO DE PODER DEL ESTADO LIBIO

La SCP I no aceptó varias de las alegaciones de la Fiscalía. En primer lugar, no consideró a *Muammar Gaddafi* como autor mediato, sino como coautor mediato junto con su hijo, y primer ministro de hecho del país, *Saif Al-Islam Gaddafi*. Según la SCP I, *Muammar Gaddafi* tenía en el momento de producirse los hechos imputados “el control último y no controvertido” sobre el aparato del estado libio, incluyendo sus fuerzas de seguridad, puesto que aunque alegara que no ocupa ninguna posición oficial y que no era el presidente de Libia, era reconocido como “la autoridad última o el que manda”, “el jefe político del gobierno en Libia” o “el jefe espiritual e ideológico del movimiento”.⁶⁵

Ahora bien, al mismo tiempo, la SCP I consideró que *Saif Al-Islam Gaddafi*, si bien no ocupaba una posición oficial, era el sucesor no declarado de *Muammar Gaddafi* y la persona más influyente de su círculo íntimo, de manera que ejercía el control sobre partes claves del aparato del estado libio como

63 Ídem, párrafo 67.

64 Ídem, ibídem.

65 Ídem, párrafo 72.

el sector financiero y logístico, además de tener el poder para desarrollar las funciones que corresponden de hecho a un primer ministro.⁶⁶ En este sentido, es necesario tener en cuenta que el aparato de poder libio estaba compuesto de un complejo conjunto de unidades e individuos, todos los cuales seguían en última instancia las órdenes del líder del país *Muammar Gaddafi*, quien ejercía sus poderes a través de un pequeño círculo de colaboradores, del cual su hijo *Saif Al-Islam* era la persona más influyente, por lo que disfrutaba de una posición de preeminencia en la jerarquía libia. Si bien se encontraba subordinado a su padre, *Saif Al-Islam* poseía el control sobre partes claves del aparato del estado, así como la capacidad de activar la maquinaria del estado y de dictar órdenes a todos los subordinados de su padre que eran al mismo tiempo sus subordinados.⁶⁷

Según la SCP I, la estructura de poder creada por *Muammar Gaddafi*, le permitía transmitir órdenes directamente al personal de cualquier nivel del aparato del estado libio, asegurando así su inmediata ejecución. Sus órdenes eran legalmente vinculantes y su ejecución era obligatoria.⁶⁸ Dentro de las distintas unidades del aparato del Estado, y en particular en las fuerzas de seguridad, existían líneas de comunicación y mando verticales, que terminaban en última instancia en *Muammar Gaddafi*. Las fuerzas de seguridad libias estaban formadas por unidades y grupos dentro de los cuales cada individuo temía al otro. Además, cada unidad estaba compuesta por numerosos individuos a los que se les daba una estricta formación militar y paramilitar. De esta manera se aseguraba el carácter intercambiable de los niveles inferiores y de aquellos que ejecutaban materialmente las órdenes de *Muammar Gaddafi*, así como el automatismo en el cumplimiento de las mismas dentro del aparato del estado libio⁶⁹, que sólo necesitaba ser activado por aquellos que mantenían el control sobre sus subordinados. En consecuencia, la SCP I concluyó que existían motivos razonables para creer que las órdenes de *Muammar Gaddafi* y de su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* a cualquiera de las ramas del aparato del estado libio activaría su maquinaria para así proceder a su cumplimiento por sus miembros.⁷⁰

66 Ídem, ibídem.

67 Ídem, párrafo 73.

68 Ídem, párrafo 74.

69 Ídem, párrafo 75.

70 Ídem, ibídem.

Muammar Gaddafi diseñó junto con su círculo más cercano, y en particular su hijo *Said Al-Islam Gaddafi*, un plan para detener y dismantelar por todos los medios posibles las manifestaciones civiles contra el régimen que habían comenzado en Libia poco después de las ocurridas en Túnez y Egipto, que provocaron la salida de sus respectivos presidentes al comienzo de 2011.⁷¹ Para ejecutarlo utilizaron los medios de comunicación bajo su control, monitorearon los correos electrónicos y los mensajes de celulares, emitieron discursos públicos dirigidos a perturbar las manifestaciones, amenazaron a los posibles disidentes e incitaron a la población a actuar contra quienes eran percibidos como disidentes.⁷² La ejecución del plan común incluyó también el bloqueo de varias páginas de internet y canales de televisión para evitar que la población pudiera acceder a información que no fuera emitida por los canales oficiales del estado.

Así mismo, una campaña de encubrimiento fue puesta en marcha simultáneamente para esconder la comisión de los delitos por el aparato del estado libio, principalmente a través de la remoción de los cuerpos y otras huellas de los delitos de las calles, la eliminación de datos y remoción de cuerpos de los hospitales, y el arresto y manipulación de periodistas internacionales con objeto de impedirles informar libremente sobre lo que estaba ocurriendo.⁷³

La SCP I entendió que había motivos razonables para creer que *Muammar Gaddafi* desarrolló las siguientes funciones en la ejecución del plan común: (a) concebirlo, diseñarlo y monitorear su ejecución; (b) dictar órdenes a sus subordinados más cercanos en las Fuerzas de Seguridad, entre los que se encontraba *Abdullah Al-Senussi*, para que movilizaran las tropas a los efectos de disolver las manifestaciones populares; (c) dictar órdenes e incitar públicamente a la población a atacar a civiles que fueran percibidos como disidentes; (d) autorizar la liberación de numerosos prisioneros para crear una situación de caos que facilitase la intervención de las fuerzas de seguridad; (e) asegurar que los autores materiales disponían de los recursos necesarios para ejecutar el plan común; (f) ordenar el arresto a gran escala de los disidentes; (g) concebir, diseñar y ejecutar la campaña de encubrimiento dirigida a ocultar la comisión de los delitos por las fuerzas de seguridad; (h) dirigirse públicamente a la población civil para amenazar y amedrantar a los

71 Ídem, párrafo 76.

72 Ídem, párrafo 77.

73 Ídem, ibídem.

manifestantes; y (i) conceder beneficios financieros para movilizar el apoyo popular.⁷⁴

Así mismo, la SCP I consideró que había motivos fundados para creer que las funciones asumidas por *Said Al-Islam Gaddafi* durante la ejecución del plan fueron, entre otras, las siguientes: (a) apoyar y contribuir al diseño del plan común; (b) utilizar sus poderes y autoridad para asegurar la ejecución del plan común; (c) ordenar el reclutamiento de mercenarios y la movilización de milicias y tropas; (d) ordenar la detención y la eliminación de disidentes políticos; (e) proveer recursos a las fuerzas de seguridad; (f) dirigirse públicamente a la población civil para amenazar y asustar a los manifestantes y movilizar a quienes apoyaban a *Muammar Gaddafi*; y (g) contribuir a una campaña de encubrimiento, en particular negando la comisión de los delitos por las fuerzas de seguridad, y trasladando la responsabilidad a los manifestantes.⁷⁵

Ante estas circunstancias, la SCP I consideró que la escala de las acciones coordinadas entre *Muammar Gaddafi* y su hijo era de tal magnitud que sólo se podía concluir que *Muammar Gaddafi* junto con su círculo más cercano, y en particular su hijo *Saif Al-Islam*, habían diseñado, preparado y dirigido la ejecución de un plan común para detener y dismantelar por todos los medios posibles las manifestaciones civiles contra el régimen libio y encubrir los delitos que se estaban cometiendo por las fuerzas de seguridad libias.⁷⁶ Ésta parece haber sido, en última instancia, la razón principal de la SCP I para rechazar las alegaciones de la Fiscalía relativas a la autoría mediata de *Muammar Gaddafi*, y dictar la orden de arresto con fundamento en una coautoría mediata entre este último y su hijo *Saif Al Islam Gaddafi*.⁷⁷

Para ello, la SCP I determinó que tanto *Muammar Gaddafi* como *Saif Al-Islam Gaddafi* realizaron contribuciones esenciales para la comisión de los delitos en la ejecución del plan común a través del aparato del estado libio, de manera que cada uno de ellos dispuso en todo momento de la capacidad de impedir su comisión mediante la negativa a desarrollar dichas funciones. Así mismo, la SCP I también concluyó que tanto *Muammar Gaddafi* como *Saif Al-Islam Gaddafi*: (a) tenían la intención de que se cometieran los elementos objetivos de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y persecución,

74 Ídem, párrafo 79.

75 Ídem, párrafo 80.

76 Ídem, párrafo 76.

77 Ídem, párrafo 83.

(b) eran conscientes que su conducta era parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil en ejecución de una política de estado establecida por ellos mismos para atacar a quienes eran percibidos como disidentes políticos; (c) eran conocedores de su posición de liderazgo en la estructura del aparato del estado libio y de su capacidad de control sobre sus subordinados; y (d) eran mutuamente conscientes y habían aceptado que la ejecución del plan común resultaría en la realización de los elementos objetivos de los delitos.⁷⁸ En consecuencia, la SCP I dictó orden de arresto contra *Muammar Gaddafi* y *Saif Al-Islam Gaddafi* como coautores mediatos de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y persecución.

VII. EL CASO CONTRA EL JEFE DE LA INTELIGENCIA MILITAR DE LIBIA ABDULLAH AL-SENUSSI: AUTORÍA MEDIATA DE LOS COMANDANTES MILITARES INTERMEDIOS

VII.1. SUPERIORES INTERMEDIOS

Para Roxin, autores mediatos no son sólo los dirigentes que se encuentran en el vértice de sus respectivas organizaciones, y deciden la comisión de los delitos. De hecho, cuando definió el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en 1963 tenía en mente el Holocausto, la organización nazi y su red de campos de concentración y exterminio. Si bien en lo más alto de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler, el funcionamiento efectivo de la misma requería la coordinación de miles de miembros de la misma, que conforme a una cadena de mando estrictamente jerárquica, operaban en los diferentes niveles de la organización.⁷⁹ Esto aparece perfectamente reflejado en el caso de Adolf Eichmann, quien a pesar de no ser parte del más alto liderazgo nazi, desempeño desde su oficina (el nunca estuvo presente en la escena de los delitos) una función clave para la aplicación efectiva de la llamada Solución Final.⁸⁰

En su opinión, los superiores intermedios, que reciben órdenes de los niveles más altos y tienen la facultad de emitir “órdenes” a sus subordinados en los niveles inferiores de la organización serían también autores mediatos debido a su dominio sobre la voluntad de estos últimos, en caso de que utilicen su pod-

78 Ídem, párrafos 81-82.

79 Roxin (supra n. 2), p. 245.

80 Muñoz Conde y Olásolo (supra n. 5).

er para el desarrollo de la actividad delictiva.⁸¹ En estos supuestos, no se trataría de responsabilidad por simple pertenencia a una organización criminal, puesto que los superiores intermedios, dentro del grado de control que corresponde a su posición, dirigen la organización hacia la realización de los delitos.⁸²

Sin embargo, otros autores como Ambos considera que a los superiores intermedios se les debería calificar como coautores en lugar de cómo autores mediatos. Si bien está de acuerdo con Roxin en que los delitos sólo pueden ser cometidos a través de una organización porque sus miembros, en diferentes niveles, dirigen la parte de la misma que está bajo su responsabilidad hacia la comisión de los delitos,⁸³ lo cierto es que su control sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización (o como mucho a una parte de la misma), y que en todo caso, los más altos dirigentes de la organización pueden en todo caso interferir y bloquear dicho control.⁸⁴ De ahí que, en el caso de los superiores intermedios sólo pueda hablarse a los sumo de un control parcial, puesto que únicamente los mas altos dirigentes de la organización (la(s) persona(s) que lidera un gobierno, y en circunstancias excepcionales quienes dirigen las fuerzas armadas, de policía e inteligencia), pueden ejercitar su control sobre la misma sin ningún tipo de interferencia.⁸⁵

81 Roxin (supra n. 2), p. 248.

82 Así, desde la perspectiva de los dirigentes, los miembros de la estructura organizada de poder en el nivel intermedio son nexos reemplazables dentro de la organización. Sin embargo, desde la perspectiva de los superiores intermedios, ellos mantienen el control último sobre los delitos de sus subordinados porque: (a) tienen pleno conocimiento de las circunstancias de hecho que subyacen a sus elementos objetivos, (b) no actúan bajo coerción alguna al decidir si los llevan a cabo; y (c) perciben a sus subordinados como anónimos y reemplazables y, por lo tanto, no dejan en manos de los autores materiales la decisión de realizar los delitos. Roxin (supra n. 2), p. 245.

83 En este sentido, Ambos y Grammer han señalado que la fórmula tradicional que distingue entre autores y otros intervinientes en el crimen ha sido reemplazada por una de tres niveles. El primer nivel, el más alto, está compuesto por los autores mediatos que organizan y planean los crímenes, es decir, aquellos que controlan y ponen en marcha la organización. El segundo nivel está compuesto por los superiores intermedios que controlan una parte de la organización y la dirigen hacia la implementación del plan. También pueden, por lo tanto, considerarse autores mediatos. El tercer nivel, el más bajo, está compuesto por los autores físicos que sólo desempeñan un rol auxiliar en el acontecimiento criminal global. Véase, K. Ambos y C. Grammer, *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann*. *Revista Penal* 12/31 [en adelante: Ambos y Grammer].

84 Ambos, *Fujimori Judgement* (supra n. 16), p. 151.

85 Ídem, p. 152.

En consecuencia, para Ambos como la autoría mediata requiere un grado de control elevado que lleve al cumplimiento automático de las órdenes, esto en el caso de los superiores intermedios es difícil de reconciliar con un control parcial, o incluso una falta de control, dada su posición de relativo liderazgo en la organización.⁸⁶

Ahora bien, la aplicación de la coautoría a estos supuesto tampoco ofrece una solución ideal porque la existencia de una relación de subordinación entre el superior intermedio y los autores materiales hace que sea más difícil afirmar que la comisión del delito es fruto de un auténtico acuerdo de voluntades entre superior y autores materiales que es ejecutado conforme al principio de división de funciones, máxime cuando, debido a las dimensiones de las campañas de criminalidad que caracterizan a los delitos internacionales, superiores intermedios y autores materiales ni tan siquiera se conocen.⁸⁷

No existiendo una solución plenamente satisfactoria, la SCP I, en su decisión de orden de arresto de 27.06.2011 contra el jefe de los servicios de inteligencia militares libios *Abdullah Al-Senussi*, se decantó por aplicar el concepto de autoría mediata al imputar a este último los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20.02.2011.⁸⁸ La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que *Al-Senussi* se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder de Libia por debajo de *Muammar Gaddafi*, de quién recibía las instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones civiles contra el régimen en Benghazi.⁸⁹

86 Ídem, p. 153.

87 Ídem, p. 152.

88 Decision on the “Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27.06.2011, párrafos 83-89. *Abdullah Al-Senussi* era el Jefe de la Inteligencia Militar de Libia, uno de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de *Muammar Gaddafi* entre el 15 y el 20.02.2011, y debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con *Muammar Gaddafi*, era la persona de mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados. Ver, Decision de Orden De Arresto en el caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8), párrafo 85.

89 Ídem, párrafos 83-89.

VII.2. RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE LA INTELIGENCIA MILITAR LIBIA ABDULLAH AL-SENUSSI COMO AUTOR MEDIATO

Como vimos en sección precedentes, la Fiscalía, solicitó la emisión de una orden de arresto contra *Saif Al-Islam Gaddafi* y *Abdullah Al-Senussi* como coautores mediatos en un segundo escalón sometidos a la autoridad de *Muammar Gaddafi*, presunto autor mediato de la campaña de persecución desatada en Libia entre el 15 y 25.02.2011 contra los manifestantes y opositores políticos. Sin embargo, la SCP I de la Corte, rechazó parcialmente las alegaciones de la Fiscalía al considerar a *Muammar Gaddafi* y a su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* como coautores mediatos. Por su parte en relación con *Abdullah Al-Senussi*, la SCP I consideró que la jefatura de la inteligencia militar de Libia fue una de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de *Muammar Gaddafi* entre el 15 y el 20.02.2011, siendo además el órgano de la seguridad del estado a cargo de monitorear los cuarteles militares y los miembros de las fuerzas armadas.⁹⁰ Así mismo, ejercía el control sobre las fuerzas armadas bajo su mando que habían sido desplegadas en la ciudad de Benghazi para poner fin a las manifestaciones que allí se venían desarrollando desde el 15 de febrero.⁹¹

Debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con *Muammar Gaddafi*, *Abdullah Al-Senussi* ocupaba una posición de importancia en la jerarquía libia. Si bien se encontraba subordinado a *Muammar Gaddafi*, *Al-Senussi* era la mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados.⁹²

Según la SCP I, debido a su alta posición en la jerarquía de las fuerzas armadas libias, *Abdullah Al-Senussi* tenía la capacidad de activar la actuación de los miembros fungibles de los niveles inferiores de dichas fuerzas armadas, y de asegurar el cumplimiento de sus órdenes y, por lo tanto, la comisión de los delitos por cualquier autor material reemplazable.⁹³ De hecho, una vez que *Muammar Gaddafi* instruía a *Abdullah Al-Senussi* sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones civiles contra el régimen en Benghazi, este último las ejecutaba mediante el uso de su poder de mando sobre las unidades de las fuerzas armadas desplegadas en Benghazi, a las que

90 Ídem, párrafo 84.

91 Ídem, ibídem.

92 Ídem, párrafo 85.

93 Ídem, párrafo 86.

ordenaba que atacaran a los manifestantes en incidentes como el del puente Juliana el 17.02.2011 donde dio la instrucción a sus tropas de que dispararan “a los perros”.⁹⁴

La SCP I subrayó que la existencia de una cadena de mando en las fuerzas armadas libias en las que *Muammar Gaddafi* era la autoridad máxima no impedía la atribución de responsabilidad a *Al-Senussi*, quien, si bien seguía las órdenes de la autoridad máxima en la organización jerárquica de las fuerzas armadas, se encontraba a pesar de todo en una posición privilegiada de supremacía sobre una rama fundamental del aparato organizado de poder del estado de Libia.⁹⁵ Todo esto llevó a la SCP I a concluir que *Al Senussi* era capaz de controlar la comisión de los delitos desde el nivel jerárquico en el que se encontraba a través de las fuerzas armadas que tenía a sus mando en la ciudad de Benghazi, puesto que se hallaba en situación de asegurar que sus órdenes fueran cumplidas de manera prácticamente automática.⁹⁶ En conclusión, para la SCP I no sólo *Al-Senussi* jugó un papel esencial en la comisión de los delitos al dar las órdenes a las unidades de las fuerzas armadas bajo su control en Benghazi, sino que al mismo tiempo, y como resultado de su posición, tuvo el poder de determinar si los delitos serían cometidos y cómo serían cometidos.⁹⁷

Finalmente, la SCP I consideró que *Al-Senussi* tenía la intención de que las fuerzas bajo su mando entre el 15 y 20.02.2011 en Benghazi cometieran los delitos de asesinato y persecución. *Al-Senussi* era también consciente de que su conducta era parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de una política de estado de atacar a los civiles que se veían como disidentes políticos. Además, la SCP I subrayó que *Al-Senussi* era conocedor del papel de liderazgo que jugaba dentro de la estructura de las fuerzas militares y del pleno control que ejercía sobre sus subordinados.⁹⁸

En consecuencia, la SCP I concluyó que existían motivos razonables para creer que, debido a su posición dentro del aparato del estado de Libia y a su papel en la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestacio-

94 Ídem, párrafo 87.

95 Ídem, párrafo 89.

96 Ídem, ibídem.

97 Ídem, ibídem.

98 Ídem, párrafo 88.

nes civiles contra el régimen libio, *Abdullah Al-Senussi* era responsable de los delitos de cometidos por los miembros de las fuerzas armadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20.02.2011 a título de autor mediato. La SCP I, no apreció sin embargo que hubiera motivos razonables para creer que fuese responsable por ninguno de los otros delitos imputados a *Muammar Gaddafi* y a su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi*⁹⁹ a título de coautores mediatos.

VIII. CONCLUSIONES

A pesar de la reticencia con la que en 1963 se recibió el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder cuando fue planteado originalmente por Roxin, ésta ha sido superada en los últimos años, en los que cada vez con mayor frecuencia se ha recurrido a este concepto para reflejar de manera más precisa la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y militares. Sin embargo, si bien se ha hecho ya habitual su aplicación como parte del concepto de coautoría mediata, su aplicación de forma autónoma en los tribunales internacionales se ha limitado hasta el momento a las fases preliminares de los casos contra *Omar al Bashir* y *Abdullah Al-Senussi*, ambos ante la SCP I de la Corte.

Estos dos casos tienen en común que se refieren a la utilización de aparatos de poder del estado, lo que da una idea, como lo demuestra el caso *Lubanga*, de las dificultades de aplicar la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder a los grupos armados organizados, en los que a veces no hay una jerarquía formal clara, o no tienen el tamaño suficiente como para que sus miembros sean fungibles, o sufren divisiones internas alentadas por terceros actores que afectan a su control efectivo por quienes poseen el liderazgo *de jure* del grupo.

En cuanto a la aplicación de la autoría mediata de manera autónoma a situaciones de aparatos de poder del estado, su aplicación en el caso *Bashir* se debe al excepcional grado de control que el imputado, presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas sudanesas, parece haber ejercido sobre el aparato de poder sudanés, mientras que en el caso *Muammar Gaddafi*, la SCP I ha rechazado su aplicación. Entre ambos casos, se pueden observar diferencias reseñables como la edad más avanzada de *Muammar Gaddafi*, el hecho de que fuera el propio hijo de *Muammar Gaddafi* quien fuera su mano

99 Ídem, párrafo 90.

derecha y quien actuase como primer ministro de hecho de Libia, y la progresiva delegación de poder que *Muammar Gaddafi* había venido realizando en los últimos años en la figura de su hijo Saif Al-Islam con vistas a una próxima sucesión en el poder, que parecen haber justificado esta decisión. En cualquier caso, con independencia de los méritos de las decisiones de la SCP I, lo que ponen de manifiesto estos dos casos, son las dificultades que plantea la aplicación autónoma de la autoría mediata incluso en aquellos casos en los que se utilizan aparatos de poder estatales para la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Esto se debe en gran medida a que la comisión de este tipo de delitos “requiere un planeamiento y preparación que se extiende a lo largo del tiempo, en cuanto que son fruto de un esfuerzo colectivo llevado a cabo a través de un marco organizativo”.¹⁰⁰ Por lo tanto, que una sola persona tenga tal grado de control efectivo como para canalizar semejante esfuerzo colectivo será únicamente posible en circunstancias realmente excepcionales. Por el contrario, los casos más frecuentes serán aquellos en los que dicho esfuerzo colectivo sea fruto del planeamiento, preparación y dirección de un grupo de dirigentes actuando conforme a un plan común a través de las estructuras del aparato del estado que cada uno de ellos dirige. Es precisamente en estos casos en los que es de aplicación el concepto de coautoría mediata.

La autoría mediata a través de aparatos de poder estatales también se ha aplicado a un segundo grupo de casos ejemplificado por aquél contra *Abdullah Al-Senussi*, jefe de la inteligencia militar del estado libio. Este segundo grupo de casos, a diferencia del primero que tiene por objeto aquellos dirigentes que se encuentran en el vértice superior de los aparatos de poder estatales, se caracteriza porque (a) se dirigen contra aquellos dirigentes que o bien, se encuentran en un escalón inferior, o bien, pueden calificarse como mandos intermedios del aparato del estado; y (b) tienen exclusivamente por objeto los delitos cometidos por sus subordinados en el aparato de poder estatal.¹⁰¹

100 H. Olásolo Alonso, La función preventiva de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna, en H. Olásolo, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 39.

101 Decisión de Orden Arresto en el caso Gaddafi y Al-Senussi (supra n. 8), párrafos 89, 90.

Este tipo de autoría mediata también se ha aplicado en otros tribunales internacionales, como en los casos *Stakic*¹⁰² y *Brđanin*¹⁰³ ante el TPIY, y en el caso *RUF*¹⁰⁴ ante la Corte Especial de Sierra Leona, en los que los dirigentes afectados tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico. Así mismo, este tipo de autoría mediata se ha aplicado también en varios casos a nivel nacional, particularmente en Argentina a partir del año 2005.¹⁰⁵

La solución adoptada por la SCP I parece ser distinta, sin embargo, a la adoptada en algunas jurisdicciones nacionales, como en Perú, donde el 08.04.2008 la Corte Superior de Justicia de Lima condenó como autor mediato en aplicación del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder a *Salazar Monroe* (Director del Servicio de Inteligencia Nacional peruana, SIN, durante los gobiernos de Alberto Fujimori), mientras que a varios superiores intermedios del SIN y a los autores materiales de los delitos que pertenecían al “Grupo Colina” de operaciones especiales del SIN se les condenó, a pesar de que entre ellos existía una relación superior-subordinado, como coautores de la desaparición forzada de un profesor y nueve alumnos en la Universidad estatal de la Cantuta de Lima en 1992.¹⁰⁶

En todo caso, y aunque algunos pudieran señalar que la razón última por la que la SCP I ha aplicado la autoría mediata a *Abdullah Al-Senussi* es su alta

102 Milomir Stakic era el alcalde de Prijedor, y la persona que se encontraba al frente de la administración civil de la Municipalidad de Prijedor en 1992, cuando se organizó el tristemente conocido campo de detención de Omarska, que permaneció abierto entre mayo y agosto de 1992.

103 Presidente del Comité de Crisis y de la Presidencia de Guerra de la Provincia Autónoma de la Krajina en 1992, convirtiéndose meses después en Ministro de Construcción, Tráfico y Servicio Público en el gobierno de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina (República Sprska).

104 Por ejemplo, Isaa Hassan Sesay fue comandante del grupo de operaciones del RUF, y se encontraba subordinado a San Bockarie, quien era el jefe militar del RUF, y respondía únicamente ante el fundador y líder del movimiento desde su creación en 1989 Foday Saybana Sankoh.

105 Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 01.11.2007, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal n. 1 de Córdoba del 24.07.2008 en el caso contra *Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar y otros*, y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 04.09.2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*.

106 Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, sentencia de 08.04.2008, Exp. No. Av. 03-2003-18 SPE/CSJLI, p. 98-110. Disponible en: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_38.pdf].

posición jerárquica en el aparato del Estado libio como jefe de los servicios de inteligencia militar a pesar de su estricta subordinación a *Muammar Gaddafi*, lo cierto es que la jurisprudencia inicial de la Corte parece haber aceptado la aplicación de la autoría mediata a superiores intermedios. Con ello ha realizado lo que ha sido calificado como “la difícil elección entre autoría mediata y coautoría en el caso de los autores intermedios de una estructura organizada de poder”¹⁰⁷ y que “se centra en si uno está preparado para aceptar una deficiencia en el liderazgo del autor mediato o una posición de desigualdad entre los coautores”.¹⁰⁸

En todo caso, la aplicación práctica de manera autónoma por la Corte del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en los casos *Bashir* y *Al-Senussi*, permiten afirmar junto con Muñoz Conde y Ambos que dicho concepto, al que ya se había recurrido anteriormente para construir el concepto de coautoría mediata, se ha convertido hoy en día en “una opción real para reflejar la responsabilidad penal de los dirigentes”.¹⁰⁹ En otras palabras, la jurisprudencia internacional nos muestra como la autoría mediata, ya sea de manera autónoma en los limitados supuestos en que esto sea posible, ya sea como regla general como parte de la coautoría mediata, se ha convertido hoy en día en una auténtica opción para reflejar la responsabilidad penal de los altos dirigentes y de los superiores intermedios por su contribución en la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Esta conclusión se ve reforzada por los numerosos casos contra dirigentes políticos y militares en los que la autoría mediata ha sido también aplicada de manera autónoma por las jurisdicciones nacionales en los últimos 20 años.¹¹⁰ Todo ello no es sino el resultado de la creciente percepción de que, con independencia del impacto que puedan tener en la determinación de la pena, la aplicación de formas de participación como la instigación o la cooperación para reflejar la responsabilidad penal de los altos dirigentes políticos y militares en la comisión de delitos internacionales relegan su función a un papel secundario, lo que no se corresponde con su importancia real.

107 Ambos, Fujimori judgement (supra n. 16), p. 153.

108 Idem, ibidem.

109 Muñoz Conde y Olásolo (supra n. 5); Ambos, Fujimori judgment (supra n. 16), p. 157-158.

110 H. Olásolo Alonso, *La responsabilidad del dirigentes por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra*, Bogotá: Temis/Universidades Sergio Arboleda y El Rosario, (en prensa); Muñoz Conde y Olásolo (supra n. 5); K. Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*, Bogotá: Temis, 2008.

LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA
A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN
AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA: DESDE EL JUICIO A LAS
JUNTAS MILITARES ARGENTINAS HASTA LOS CASOS
CONTRA ABIMAE GUZMÁN, ALBERTO FUJIMORI Y
LOS LÍDERES POLÍTICOS COLOMBIANOS VINCULADOS AL
PARAMILITARISMO*

- * Con el Profesor Francisco Muñoz Conde. Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España). Título original: "The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin-America and Spain: from the argentinian military Juntas trial to the cases against Abimael Guzman, Alberto Fujimori and Colombian political leaders linked to paramilitarism". Este trabajo ha sido publicado originalmente en el *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2011, en un volumen monográfico dedicado a exponer la aplicación de la tesis de Claus Roxin sobre la autoría mediata por aparato de poder en la Jurisprudencia de los Tribunales nacionales e internacionales. A los autores de este trabajo se les encargó que se ocuparan exclusivamente y de forma resumida de la Jurisprudencia sobre esta materia habida en los países latinoamericanos y en España, de ahí que no se haga un análisis pormenorizado de la tesis de Roxin, ni desde el punto de vista doctrinal, ni desde el de la Jurisprudencia internacional, de la que de todos modos se da cuenta en otros trabajos de los autores y en la bibliografía citada en las notas a pié de página. Los coautores agradecen a Verónica Yamamoto, Lourie Taramin, Enrique Carnero Rojo y Diana Contreras por la contribución en la búsqueda de legislación, jurisprudencia y doctrina. Traducción del original en inglés de M. Verónica Yamamoto.

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de diciembre de 1985, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal de Buenos Aires*, pronunció la sentencia¹ en el denominado “Juicio a las Juntas”. En ella se condenó a los comandantes de las tres Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar gobernante en Argentina desde el año 1976 hasta 1983 (cada Junta estaba compuesta por los Comandantes generales, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea). Aunque ninguno de los integrantes de estas tres Juntas Militares, había perpetrado materialmente secuestros, torturas ni homicidio alguno, la Cámara Federal los encontró responsables penalmente como autores mediatos por los crímenes que habían cometido los miembros de las fuerzas militares que ellos comandaban. Esta sentencia fue la primera decisión judicial en la que se aplicó la tesis desarrollada por Claus Roxin en el año 1963 acerca de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Luego del Juicio a las Juntas, en numerosos casos, tanto a nivel nacional como internacional, se ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, incluyendo, entre otros, el caso *del Muro de Berlín*, varios hechos relativos a crímenes cometidos durante el período del régimen militar argentino de 1976-1983, el caso contra el general *Manuel Contreras* en Chile, el juicio contra el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero* en Colombia, en Perú los casos contra el líder de Sendero Luminoso *Abimael Guzmán* y el ex presidente *Alberto Fujimori*, así como los casos contra *Milomir Stakic*, *Radoslav Brdanin*, *Momcilo Krajisnik*, *Milan Martic* y *Fatmir Limaj* y otros celebrados ante el TPIY, el caso contra *Protais Zigiranyirazo* ante el TPIR y los casos contra *Jean Pierre Bemba*, *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo Chui*, *Omar Al Bashir* y *Abu Garda* ante la CPI.

Dada la creciente aplicación por los Tribunales de Justicia (en particular en los últimos diez años) del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, analizaremos en el presente artículo cómo la jurisprudencia

1 Fallos de la Corte Suprema, volumen 29, I-II, p. 36-1657. El texto de este fallo y el de la Corte Suprema argentina referido en la siguiente nota puede verse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>. Para un informe y traducción completa del fallo al inglés, véase American Society of International Law, (1987) 26 *International Legal Materials* 2. La nota introductoria y la traducción al inglés fueron preparadas para *International Legal Materials* por E. Dahl, Profesor Visitante de Derecho, Southern Methodist University School of Law, y AM Garro, Profesor de Derecho, en la Columbia University.

dencia en Argentina, Chile, Colombia, Perú, España y Uruguay ha recurrido a este concepto para fundamentar la condena de los líderes políticos y comandantes militares de alto rango como autores por los crímenes cometidos por miembros subordinados de sus organizaciones.²

II. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER POR LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA

El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la época de su primera exposición en 1963 por Claus Roxin, encontró en principio cierta renuencia por los tribunales de justicia en América Latina y España, principalmente debido a tres razones. En primer lugar, la ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales que expresamente preveían el concepto general de autoría mediata.

En segundo lugar, la extendida creencia de que el ámbito de aplicación de esta especie de responsabilidad por autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, se limitaba a supuestos en que los superiores utilizaban a agentes inocentes que carecían de completa responsabilidad penal en la perpetración de los crímenes.³ En ese sentido, en los casos de crímenes mate-

2 Para un exhaustivo análisis del origen y aplicación de esta noción en Derecho penal internacional, véase H. Olasolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, Capítulos 3 y 5.

3 Por ejemplo, casos en los que los ejecutores directos actúan bajo error sobre las circunstancias fácticas que afecta un elemento del tipo objetivo (*actus reus*) en que el delito está basado, o sobre una causa de justificación como resultado de haber sido inducido por sus superiores (vgr., un comandante militar da la orden a sus subordinados para que bombardeen un pueblo o aldea indefenso dándole instrucciones erróneas sobre la ubicación de la artillería enemiga en esa área). También se da este tipo de autoría mediata cuando las acciones de los ejecutores directos están justificadas por necesidad debido al daño que ellos evitan al llevar a cabo órdenes ilegales dadas por sus superiores que son más graves que el daño infligido como resultado de no cumplir las mismas. Véanse los múltiples casos de aplicación del concepto de autoría mediata en esta clase de situaciones referidos por H. Olasolo/A.I. Pérez Cepeda, 'The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the *Stakić Case*', en *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004, pp. 475 y ss, p. 485. Sin embargo, cuando la persona que físicamente llevó a cabo el tipo objetivo (*actus reus*) del delito actuó bajo una *vis absoluta* (vgr., alguien es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que está parado a su lado en las vías del tren cuando éste está acercándose; y, como resultado, el enviado especial del enemigo cae en las vías del ferrocarril

rialmente perpetrados por subordinados en cumplimiento de órdenes impartidas por sus superiores en el contexto de estructuras organizadas de poder, los subordinados no son meros agentes inocentes, sino plenamente responsables penalmente por su decisión libre de cometer los crímenes. Para esta postura, por tanto, la responsabilidad penal de los superiores que imparten la orden de cometer los crímenes no podría equivaler a la ejecución misma pues carecen del dominio sobre esos crímenes (los superiores no pueden nunca estar seguros sobre si sus decisiones serán realmente cumplidas por sus subordinados). Como consecuencia, de acuerdo con el enfoque tradicional de la jurisprudencia latinoamericana y española, en el contexto descrito por Roxin debía ser aplicada una clase de responsabilidad diferente a la autoría –utilizándose usualmente la instigación o inducción debido a que los superiores que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados de cometer los crímenes, no tienen ninguna participación más durante la ejecución.

En tercer lugar, la circunstancia de que la aplicación del concepto de autoría mediata no cambia la gravedad de la pena a ser impuesta a superiores debido a que en la mayoría de los Códigos Penales latinoamericanos (como Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el Código Penal español, se prevé el mismo marco penal para las distintas formas de autoría así como para ciertas modalidades de participación como la inducción y la *complicidad necesaria* (asistencia material sin la cual el crimen no podría haberse perpetrado).

Sin embargo, con el paso del tiempo, los Tribunales de Justicia en América Latina y España, cada vez con mayor frecuencia se han dado cuenta de que el planteamiento tradicional no reflejaba adecuadamente la naturaleza de la contribución del superior a los crímenes (planeando y dominando los medios a través de los cuales la actividad criminal es llevada a cabo) porque los relega a un rol secundario que no se corresponde con su real envergadura. Como consecuencia, en los últimos diez años, ha surgido la discusión de si la responsabilidad penal de las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la maquinaria estatal podría ser abarcada mas adecuadamente por figuras jurídicas como la autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas o como la coautoría

y recibe una herida mortal por el choque del tren), no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata debido a que el superior es considerado autor directo que utilizó a su subordinado como podría haber utilizado cualquier herramienta no humana, como un martillo o una pistola.

basada en el dominio funcional del hecho –según esta última figura jurídica, cuando una pluralidad de personas participan en la comisión de un delito en base a una división de tareas para la ejecución de un plan común, aquellas personas que comparten el dominio sobre su comisión como resultado de las funciones esenciales a ellos asignadas (de no cumplirse con esa función, el plan fracasaría) se consideran coautores (autores del delito).⁴

Además, dado que el concepto de autoría mediata se basa en el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados en virtud del control de la organización, mientras que el concepto de coautoría requiere un dominio compartido entre los superiores y los subordinados, ha surgido también el problema de cuál de estas dos figuras jurídicas debe ser aplicada a las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la organización, que planearon campañas sistemáticas y extendidas de criminalidad e impartieron órdenes a sus inferiores para su ejecución.

Los partidarios de la tesis de la autoría mediata ponen de relieve que cuando los crímenes son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común, ni comparten el dominio en la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia autonomía y los subordinados meramente ejecutan o implementan automáticamente las órdenes de sus superiores.⁵ En cambio, los partidarios de la tesis de la coautoría enfatizan que los superiores no ejercen en verdad un completo dominio sobre la perpetración de los delitos debido a que la decisión final sobre la comisión descansa siempre en aquellos subordinados que libremente y con conocimiento optan por unirse al plan de sus superiores mediante el cumplimiento de sus órdenes. Como consecuencia, los superiores comparten con sus subordinados el dominio sobre la ejecución de los delitos, particularmente cuando su participación continúa durante la ejecución de las órdenes criminales.⁶

4 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párrafos 342 y 347; y *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 515-525.

5 Véase, H. Olasolo/A.I. Pérez Cepeda, 'The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case', en *International Criminal Law Review* Vol. 4, 2004, pp. 475 y ss, pp. 485-486.

6 *Ibíd*, pp. 494 y ss.

Como se verá en esta sección, las doctrinas latino-americana y española se mantienen divididas en este tema.

II.1. ARGENTINA

Como mencionábamos en la introducción, la sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con sede en la Capital Federal Buenos Aires, condenatoria de los miembros de las Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar argentina de 1976 a 1983, marcó un hito en tanto aplicó por primera vez el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. De acuerdo con la Cámara Federal de Buenos Aires, a partir del derrocamiento de las autoridades constitucionales y la toma del poder en 1976, las Juntas Militares concibieron e implementaron una estrategia global⁷ con el objetivo de luchar contra la subversión mediante el establecimiento de una compleja red de centros de detención clandestina, donde los secuestrados fueron sometidos a interrogatorio y tortura.⁸ El país estaba dividido en numerosas zonas militares,

7 La sentencia destaca que los comandantes militares condenados impartieron instrucciones generales exigiendo medidas extraordinarias para ser utilizadas no sólo contra terroristas sino contra “elementos subversivos” en general. Véase por ejemplo, Dir 504/77 emitida en abril de 1977 por el General Roberto Eduardo Viola, por entonces Jefe del Estado Mayor y luego Comandante en Jefe del Ejército (que cogobernaba el país), relativa al frente industrial de la campaña antisubversiva, La Prensa, 23 de julio de 1984, p. 5. Los crímenes en cuestión no eran, por tanto, resultado de decisiones erráticas, solitarias e individuales de aquéllos que las llevaron a cabo; sino antes bien, formaban parte de una estrategia global planeada por las Juntas Militares con el fin de luchar contra la subversión. Esta estrategia fue llevada a cabo a través de todo un complejo grupo de elementos (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimento, etc.) que contribuyó para el éxito de cada operación militar. En este sentido, es importante señalar que la Cámara Federal de Buenos Aires rechazó el argumento de la defensa relativo a que los crímenes fueron acciones cometidas porque los subordinados se excedieron en su función militar individual, por lo que sus superiores no podían ser responsables de esos excesos. Sin embargo, la Cámara Federal destaca que el modelo sostenido de secuestro, tortura y homicidio no podía ser explicado como la conducta de unos pocos oficiales trastornados. Muchos de los secuestros fueron llevados a cabo luego de haberse ordenado a la policía de la zona no interferir, y ese cometido habría sido imposible si no hubiera habido un sistema establecido de impunidad.

8 La Cámara Federal de Buenos Aires consideró que la intervención de los comandantes de las tres Juntas Militares desde el más alto rango de la maquinaria de poder no se limitó a ordenar la realización de actividades ilegales. Ellos contribuyeron también activamente a la comisión de los crímenes. Como la Cámara Federal señaló, los centros de detención tenían que ser financiados y proveídos de personal central, y era imposible para los comandantes militares

dentro de las cuales los jefes regionales recibieron completa autonomía sobre las operaciones clandestinas. Dentro de cada zona, los oficiales intermedios en la cadena de mando de las tres fuerzas armadas cooperaban en el secuestro de subversivos sospechosos. En el punto más álgido de la campaña contra la subversión, la Corte Suprema, cuyos miembros habían sido designados por los militares en el poder, repetidamente instó a los comandantes militares a esclarecer el destino de las personas desaparecidas en una acción colectiva de 400 peticiones de *habeas corpus*. A pesar de los muchos civiles que habían sido secuestrados, torturados y/o asesinados (de acuerdo a fuentes oficiales, hubo en total alrededor de 18.000 víctimas, y según otras fuentes, dicha cifra podría incrementar hasta las 30.000), ninguna persona fue procesada penalmente de modo satisfactorio ni por los Tribunales de justicia militares, ni por los civiles. Además, el Gobierno militar de aquel entonces negó constantemente que dichos crímenes hubieran tenido nunca lugar.⁹

A la vista de estas circunstancias, la Cámara Federal de Buenos Aires en la sentencia en la que se ocupó por primera vez de estos hechos, una vez terminada la Dictadura, afirmó que la determinación de quién realmente había

no haber tenido conocimiento de su existencia y actividades. Los ejecutores materiales de los crímenes no habrían podido cometerlos a menos que contaran con los medios indispensables. Esos medios fueron suministrados a los ejecutores por orden de los comandantes militares condenados: vestimenta, vehículos, combustible, armas y municiones, centros de detención, alimentos, etc., constituían elementos indispensables.

9 Además, según la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, los comandantes militares condenados no sólo dirigían la maquinaria de personas y bienes que posibilitaban la comisión de delitos, sino también las fuerzas de seguridad, que estaban a cargo de la prevención de delitos. Se habían instalado, mediante actos de fuerza, como la única fuente de poder en la República, de modo que no había ninguna otra autoridad competente para ejercer un control efectivo sobre lo que estaba sucediendo. Como resultado, la impunidad fue otra circunstancia que hizo que los planes ilegales fueran posibles y que sólo los comandantes militares condenados podían asegurar. En este sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires concluyó en que mientras el sistema criminal fue implementado, la sociedad se hallaba gobernada por el ordenamiento jurídico y legal tradicional. La Constitución (con las limitaciones impuestas por el gobierno *de facto*) seguía vigente, la policía continuó arrestando a delincuentes y los jueces dictando sentencias. Semejante sistema legal era incompatible con el que se aplicaba para luchar contra la guerrilla. La sorprendente coexistencia de un sistema legal y otro paralegal durante tan prolongado período de tiempo sólo fue posible con la presencia de los comandantes militares condenados en la cima de su poder. Desde allí se intentó esconder los hechos mediante mentiras a los jueces, los familiares de víctimas, a organizaciones nacionales y extranjeras, y a gobiernos extranjeros, realizando falsas investigaciones, asegurando engañosas esperanzas y dando explicaciones infantiles.

perpetrado los delitos, no era lo más importante. En efecto, de acuerdo con esta sentencia, los ejecutores materiales no conformaban en verdad cuadros tan significativos, dado que éstos cumplieron un rol secundario en la perpetración de los crímenes, puesto que el sujeto de atrás que controlaba el sistema, dominaba la voluntad de esos hombres que eran parte de la organización. Como el dominio de los comandantes militares condenados en esta sentencia era absoluto (si un subordinado rehusaba obedecer, era reemplazado automáticamente por otro que cumpliera con las directivas), el plan concebido por los comandantes militares condenados no podría haber fracasado por la voluntad de los ejecutores materiales del delito, quienes simplemente cumplían una función menor dentro de una maquinaria gigantesca. Además, dado que los comandantes militares de las tres Juntas siempre conservaron el poder decisivo de detener la ejecución de los crímenes que estaban siendo cometidos; sólo cuando lo estimaron necesario, interrumpieron repentinamente las operaciones irregulares y anunciaron a la población que ‘la guerra había terminado’. A partir de ese momento, se suspendieron los secuestros, las desapariciones o las torturas. Para la Cámara Federal, éste era un caso donde el instrumento operado por el hombre de atrás era la organización misma, que éste manipulaba a su discreción, una organización compuesta por hombres intercambiables. De esta manera, el dominio no era tanto sobre la voluntad específica sino sobre una voluntad indeterminada.¹⁰ Sin importar quién resultara ser el oficial subordinado, los actos criminales hubieran tenido lugar de todos modos.

La sentencia de la Cámara Federal que aplicó la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en el Juicio a las Juntas, fue, sin embargo, revocada por la Corte Suprema de Justicia argentina, en una decisión dividida dictada el 20 de diciembre de 1986.¹¹ De acuerdo con el voto

10 Como expresó la Cámara Federal, la falta de conocimiento de los comandantes militares condenados acerca de la existencia de cada acto criminal en particular y sobre las identidades de las víctimas no resulta relevante a los fines de determinar su responsabilidad criminal. Las órdenes referidas en general a todas las “personas subversivas”, dio a los subordinados una amplia libertad para determinar quién caía en esa categoría y para actuar consecuentemente.

11 Sentencia del 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia argentina, pp. 1701 y ss. Las razones que llevaron a la Corte Suprema a rechazar la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la sentencia del 9/12/1985 de la Cámara Federal se encuentran desarrolladas en la sección de los Argumentos Legales, párrafos 20 y ss.

La misma opinión es sostenida por C. Nino, *Juicio al mal absoluto*, Ariel, 2006, p. 241. Para este autor, la figura jurídica de la coautoría hubiera bastado para afirmar la responsabili-

mayoritario, en virtud de la circunstancia de que los miembros de las Juntas Militares no intervinieron en la ejecución de los crímenes, el punto de partida en el análisis de la intervención delictiva debió haber sido la concepción de la autoría que en aquél momento era mantenida por la jurisprudencia argentina. Esta concepción era el enfoque de la teoría formal objetiva, según la cual los autores de un delito son sólo aquellos sujetos que físicamente realizan los elementos objetivos del delito.

Desde el punto de vista del voto mayoritario de esta sentencia, de acuerdo con la teoría formal objetiva la conclusión a la que debería haberse llegado era que aquellos sujetos que elaboran el plan, preparan, dirigen, organizan, instigan o, de cualquier otra forma, contribuyen a la comisión del delito sin tomar parte físicamente en su ejecución no pueden ser considerados autores. Por otra parte, se resaltó en ese voto que esa conclusión acerca de la intervención delictiva no significaba ni la falta de responsabilidad penal de los mencionados sujetos, ni la imposición de una pena menor, puesto que el art. 45 del Código Penal argentino, similar en esto a otros Códigos Penales latinoamericanos y al español, preveía la misma sanción penal para autores, instigadores y cómplices necesarios. Como resultado, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, por voto de la mayoría, revocó la sentencia de la Cámara Federal que consideró a los nueve comandantes de las Juntas Militares argentinas como autores mediatos; y en su lugar los condenó como cómplices necesarios,¹² lo que no tuvo incidencia en el monto total de la pena que se les impuso, ya que esta figura era castigada con la misma pena que la autoría propiamente dicha.

Luego del Juicio a las Juntas, la jurisprudencia argentina ha ido abandonando progresivamente la teoría formal objetiva para definir la autoría penal

dad por los crímenes de los comandantes militares de las tres Juntas Militares consecutivas que gobernaron Argentina desde 1976 a 1983. Sin embargo, dos magistrados de la Corte Suprema (los jueces Petracchi y Bacqué) expresaron su opinión por separado a favor de la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Para ello, los jueces Petracchi y Bacqué se remitieron al artículo 514 del Código de Justicia Militar argentino, que establece la responsabilidad criminal de los comandantes militares por los crímenes cometidos por sus subordinados en cumplimiento de las órdenes por ellos impartidas, sin perjuicio de la responsabilidad de los subordinados.

12 El art. 45 del Código Penal argentino establece: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.”

responsable, y ha adoptado la teoría basada en el dominio del hecho.¹³ En este nuevo contexto, y en particular desde la sentencia del 18 de mayo de 2007 en el caso *Etchecolatz* de la Corte Suprema de Justicia argentina (que confirmó la sentencia del Tribunal Oral Federal de La Plata, de septiembre 2006) los tribunales de justicia argentinos han aplicado nuevamente la concepción de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para fundar la condena de funcionarios militares que integraban los más altos eslabones del Ejército Argentino entre 1976 y 1983.¹⁴

Un buen ejemplo de esta nueva tendencia es la sentencia del Tribunal Oral Federal n° 1 de Córdoba del 24/7/2008, en donde *Luciano Benjamín Menéndez* (ex Jefe Comandante del Tercer Cuerpo del Ejército desde 1975 a 1979), *Hermes Oscar Rodríguez* (ex Jefe del Batallón de Inteligencia n° 14 que operaba bajo el comando de *Menéndez*) y seis ejecutores materiales (incluyendo el ex Jefe del Grupo Especial de Operaciones PO3, que estaba bajo las órdenes directas de *Rodríguez*, y cinco de sus subordinados) fueron condenados por secuestro, tortura y homicidio de numerosos civiles en cumplimiento de la campaña anti-subversiva lanzada por las Juntas Militares argentinas en 1976. Según el Tribunal Oral Federal de Córdoba, la implementación de la campaña global anti-subversión se caracterizó por la amplia discreción de que gozaban los Comandantes de Operaciones Zonales (como *Menéndez*) para organizar

13 Véase E. Malarino, 'El Caso Argentino', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 59 y ss.

14 Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 1/11/2007, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal n° 1 de Córdoba del 24/7/2008 en el caso contra *Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar y otros*, y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 4/9/2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*. En esta última, la misma pena (prisión perpetua) fue impuesta a los dos acusados quienes, no obstante su rango subordinado de los comandantes militares miembros de las tres Juntas Militares argentinas, fueron considerados parte de los más altos eslabones del Ejército argentino, entendido como una estructura organizada de poder. El Tribunal Oral Federal de Tucumán juzgó que los dos acusados utilizaron su poder para ordenar el registro ilegal en la residencia del *Senador Vargas Aignasse*, quien, según ellos, se creía que pertenecía a un grupo subversivo conocido como "Montoneros". El *Senador Vargas Aignasse* fue detenido en su domicilio delante de su esposa e hijos y llevado por la fuerza a un centro militar de detención donde fue torturado. Posteriormente fue víctima de desaparición forzada. Sus captores inventaron el pretexto de que había sido secuestrado por un grupo desconocido mientras era transferido a otro centro militar. Véase el comentario a la sentencia del 4/9/2008 del Tribunal Oral Federal de Tucumán recogido en 114 *Anuario de Derechos Humanos* (2008).

la represión en los territorios bajo su comando, así como a los Comandantes subordinados de Operaciones Zonales (como *Rodríguez*, y los otros seis acusados) para identificar a las víctimas. No obstante todos los acusados cumplieron un rol en la implementación de la campaña, *Menéndez* y *Rodríguez* contribuyeron a la comisión de los crímenes de una forma sustancialmente diferente a los otros seis acusados. Mientras *Menéndez* y *Rodríguez* aseguraron un control estricto sobre las unidades bajo su mando, dieron órdenes e instrucciones para implementar la campaña anti-subversiva dentro de su esfera de autoridad, crearon las condiciones necesarias para la ejecución efectiva de esas órdenes, y supervisaron los resultados de la actividad de sus subordinados, los otros seis acusados identificaron conjuntamente a las víctimas y detuvieron, torturaron y asesinaron en cumplimiento de las órdenes impartidas por *Menéndez* y *Rodríguez*. En consecuencia, *Menéndez* y *Rodríguez* fueron condenados como coautores mediatos, y los otros seis acusados fueron condenados como coautores directos de los crímenes cometidos.

Sin embargo, la tendencia creciente en la jurisprudencia argentina hacia la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, no ha sido invariablemente seguida. Por ejemplo, la sentencia del 12/8/2009 del Tribunal Oral Federal de San Martín en el caso *Floreal Avellaneda* aplicó la figura jurídica de coautoría basada en el dominio funcional (en lugar de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) para condenar a *Santiago Omar Riveros* (ex Jefe del Comando de Instituciones Militares, bajo cuyo control operacional se encontraba la Estación de Policía *Villa Martelli* y la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Oswaldo Jorge García* (ex Director de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Exequiel Verplaetsen* (ex Jefe del Área de Inteligencia de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*) y otros tres subordinados que estuvieron materialmente involucrados en la comisión de los crímenes. Todos ellos resultaron condenados por la detención ilegal y tortura de *Iris Avellaneda* y su hijo *Floreal Avellaneda* de quince años de edad, y por la posterior desaparición de éste último.¹⁵

En este caso pueden observarse varias similitudes con el de *Luciano Benjamín Menéndez* y otros. En ambos casos, líderes militares de elevado rango, comandantes militares de rango intermedio y ejecutores materiales fueron condenados por similares tipos de crímenes perpetrados en el contexto de la campaña

15 El cuerpo sin vida de *Floreal Avellaneda* fue encontrado, con posterioridad, en la costa uruguay, donde probablemente había sido arrojado desde un avión militar argentino.

global anti-subversiva planeada en 1976 por las Juntas Militares Argentinas para eliminar a sus oponentes políticos. Además, en ambos casos, la concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue expresamente acogida en relación con los miembros de las mencionadas Juntas.

Sin embargo, dado que el Tribunal Oral Federal de San Martín, en el caso *Floreale Avellaneda*, limitó la aplicación del concepto de autoría mediata a los miembros de las Juntas Militares, apoyándose en la circunstancia de que ellos eran los únicos altos comandantes militares cuya contribución (diseño de la campaña global y la puesta en marcha de las Fuerzas Armadas Argentinas para implementarla) no tuvo lugar en el estadio de ejecución de los crímenes, marcó una diferencia fundamental. Según el Tribunal Oral Federal de San Martín, los otros comandantes militares (Comandantes Operacionales Zonales, Comandantes de Área, Comandantes de Unidad) participaron en la ejecución de la campaña anti-subversiva mediante (i) la adaptación de tal campaña a las especiales circunstancias de sus zonas y áreas de responsabilidad; y (ii) el diseño de las operaciones específicas a través de las cuales esa campaña iba a ser llevada a cabo. De tal modo, estos últimos poseían autonomía para decidir la manera en que debían proceder sus subordinados en lo relativo a la detención, la tortura y la desaparición forzada de sus oponentes políticos. Como resultado, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, la participación de *Riveros, García y Verplaetsen* en los crímenes (los jefes de los centros de detención donde los crímenes tuvieron lugar) respondió a una esencial división de funciones entre ellos y aquellos subordinados que materialmente ejecutaron los delitos, comportamientos éstos que integraban un plan común acerca del que todos ellos actuaban de acuerdo para la ejecución de la campaña global anti-subversiva.¹⁶

II.2. CHILE

La concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue aplicada en Chile por primera vez el 12 de noviembre de 1993, en la sentencia de primera instancia de un juzgado de instrucción en el caso

¹⁶ Además, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, no había necesidad de un acuerdo previo entre todos los coautores, dado que era suficiente que aquellos que se unieron a la empresa criminal común una vez que su ejecución se había iniciado: (i) llevaron a cabo las tareas necesarias que les habían sido encomendadas; y de ese modo (ii) codominaban el delito con otros miembros de la empresa criminal común.

contra el *General José Manuel Contreras* (ex jefe de la agencia de inteligencia chilena, bajo el régimen de Pinochet conocido como DINA –Dirección de Inteligencia Nacional-) y su jefe de operaciones (*Coronel Espinoza*). Ambos fueron condenados por el homicidio de Orlando Letelier (Ministro de Asuntos Exteriores chileno de Salvador Allende), quien al momento del homicidio de que fuera víctima, se encontraba exiliado en Washington DC, donde era miembro del Instituto de Estudios Políticos y cumplía un rol clave en promover la oposición internacional contra el régimen de Pinochet.

Según la sentencia, Contreras, que tenía control total sobre la DINA (que fue militarizado en 1974) fue quien tomó la decisión de asesinar a Orlando Letelier, y colocó a su jefe de operaciones, Coronel Espinoza, a cargo de la adopción de las medidas que fueran necesarias a efectos de crear las condiciones indispensables para perpetrar el homicidio (incluyendo la puesta en marcha de actividades de espionaje durante varios meses). Finalmente, el señor Townley, un agente *de facto* de la DINA, fue puesto a cargo de la misión de asesinar a la víctima y fue enviado a los Estados Unidos, donde cumplió con su cometido haciendo estallar una bomba colocada en el automóvil de Letelier el 21 de septiembre de 1976.

Esta sentencia se ocupó finalmente de la cuestión de si, a la luz de los artículos 14, 15 y 16 del Código Penal chileno de 1874, *Contreras* y *Espinoza* debían ser considerados autores o partícipes en el homicidio de Letelier. En este sentido, es preciso destacar que, según el artículo 15, se consideran autores a todos aquellos que (i) toman parte en la ejecución del hecho directa e inmediatamente, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (ii) inducen a una tercera persona a cometer el delito; o actuando de común acuerdo (iii) facilitan los medios para la comisión del delito o están presentes mientras el hecho está siendo ejecutado.¹⁷

Según la sentencia, para determinar si Townley actuó cumpliendo órdenes impartidas por otro, o en base a un acto de instigación o un acuerdo, era necesario tomar en consideración los siguientes factores: (i) Townley formaba parte de la estructura militar jerárquica de la DINA como consecuencia de su

17 El art. 15 del Código Penal chileno de 1874 consideraba autores a “(1). Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (2) Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo; y (3) Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.”

situación como agente *de facto*; (ii) Townley y su familia vivían bajo la protección y control de la DINA; y (iii) Townley había desarrollado un sólido sentimiento de lealtad hacia la DINA. Como resultado, incluso en el caso de que Townley no pudiera haber sido obligado legalmente a cumplir con la orden de asesinar a Letelier, la fuerte autoridad e influencia que el director de la DINA ejercía sobre Townley, lo colocó en una situación en la que inevitablemente debía ejecutar el asesinato. Además, como se subraya en la sentencia, la existencia de un acuerdo hubiera requerido una deliberación con un nivel de libertad e independencia más elevado que el que Townley disponía luego de recibir la orden de asesinar a Letelier. Por otra parte, para aplicar la figura jurídica de la instigación, se hubiera requerido un acto de persuasión sin la naturaleza coercitiva que en efecto tuvo la orden de asesinar recibida por Townley, a través del director de la DINA y del jefe de operaciones de esa misma agencia estatal. Como consecuencia, en la sentencia se resaltó que los hechos juzgados ponían de relieve el tipo de dominio de la voluntad de los subordinados que era característico del que disponían los agentes superiores en la cadena de mando de estructuras organizadas de poder. En estas organizaciones, los superiores utilizan su poder para impartir órdenes y asegurarse su cumplimiento mediante la fungibilidad de los ejecutores. Esta circunstancia hace casi imposible cualquier resistencia u oposición a la ejecución de las órdenes de los superiores.

A la luz de lo mencionado anteriormente, dada la proximidad jerárquica entre el director de la DINA y el jefe de su personal así como la falta de algún otro elemento que evidenciase que el *Coronel Espinoza* dependía del *Coronel Contreras*, la sentencia condenó a ambos como coautores mediatos, por haberse puesto de acuerdo en la utilización de sus subordinados en la DINA a los fines de asegurarse el asesinato de Orlando Letelier.

Algunos juristas chilenos han criticado esta decisión, en especial porque se apartaba, sin buenos argumentos, de la jurisprudencia chilena previa a 1993, según la cual el concepto de autoría mediata resultaba sólo aplicable en aquellos supuestos donde los ejecutores materiales no eran responsables penalmente. Para estos autores, cuando, como ocurría en el presente caso, el nivel de determinación por un superior no equivalía a subyugar la voluntad del ejecutor material, sólo podían aplicarse las figuras jurídicas de la instigación o la complicidad necesaria, supuestos para los cuales el Código Penal chileno de 1874 preveía la misma pena que para los autores (mediatos).¹⁸ De esta manera, aún si *Contre-*

18 J.L. Guzmán, 'El Caso Chileno', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Su-*

ras y Espinoza hubieran sido condenados como instigador (*Contreras*) y cómplice necesario (*Espinoza*), su injusto hubiera sido castigado adecuadamente. En opinión de estos autores, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder sólo alcanzó algún grado de aceptación en la jurisprudencia chilena años después,¹⁹ como lo refleja la decisión de la Corte Suprema chilena del 21 de septiembre de 2007, al acoger el pedido de extradición peruano en relación al ex presidente Alberto Fujimori. En esa decisión, la Corte Suprema chilena se refirió expresamente a la posibilidad de aplicación de la figura jurídica de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.²⁰

II.3. COLOMBIA

Las sentencias pronunciadas en los casos *Machuca*²¹ del 7/3/2007, *Yamid Amat*²² del 8/8/2007 y *Gabarra*²³ del 12/9/2007 fueron las primeras tres decisiones judiciales donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana aludió al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. No obstante, el máximo tribunal de justicia de Colombia no aplicó la figura jurídica de la autoría mediata en ninguno de estos casos, sino que juzgó que concurría en los tres supuestos la responsabilidad por coautoría. De ese modo, el tribunal mantuvo su tradicional enfoque en lo tocante a la distinción entre los conceptos de instigación (*determinación o autoría intelectual*), autoría mediata y coautoría (*autoría material impropia*), figuras todas a las que el artículo 23 del Código Penal colombiano de 1980 y artículos 28 y 29 del nuevo Código Penal colombiano de 2000, atribuyen la misma pena.

Según el enfoque tradicional de la Corte Suprema colombiana, los instigadores son aquellas personas que, a través de inducción, mandato, instigación, consejo, coerción, orden, acuerdo o cualquier otro medio viable, se

bordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado, Temis, 2008, pp. 77-82.

19 *Ídem*. Véase también P. Lifschitz, '«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata', en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*, Universidad Castilla La Mancha, 2001, Vol. I, p. 1272.

20 Véanse, en particular, los argumentos legales núm. 94 y 95 de la sentencia. Para un comentario sobre esta sentencia, véase R. Lledó Vázquez, 'Comentarios sobre la Sentencia de Extradición de Alberto Fujimori', en *Anuario de Derechos Humanos*, Núm 4, 2008, pp. 107-116, pp. 114 y ss.

21 Caso núm. 23825.

22 Caso núm. 25974.

23 Caso núm. 24448.

aseguran la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor directo del hecho punible. Por consiguiente, el concepto de instigación requiere un tipo de comunicación entre el instigador y el ejecutor material que permite a este último decidir, incluso si se trata de una situación precaria, si en efecto llevará a cabo el delito propuesto por el instigador. La decisión final acerca de la ejecución no es tomada por el instigador, sino por los ejecutores materiales. La distinción entre la instigación y la autoría mediata reside en que esta última requiere que los ejecutores materiales no estén en posición de decidir si cometen o no el hecho dado que: (i) sus roles como ejecutores materiales han sido impuestos por el autor mediato y (ii) no son enteramente conscientes de la real dimensión de sus roles. Finalmente, el concepto de coautoría requiere que una pluralidad de personas, actuando de manera concertada, lleve a cabo un plan criminal común según el principio de división de funciones.²⁴ Sin embargo, no es imprescindible para su configuración que los coautores hayan prestado su conformidad a un acuerdo previo. En este contexto, mientras se demuestre que el sujeto contribuyó con su aporte durante la fase de ejecución del delito, se convierte automáticamente en coautor, sin perjuicio de la relevancia de su colaboración; no hay necesidad de que esa contribución sea de naturaleza esencial.²⁵

Un buen ejemplo de la aplicación de este concepto amplio de coautoría está dado por el caso *Machuca*. Los hechos juzgados tuvieron lugar el 18 de octubre de 1998 en el pueblo de *Machuca*, en el área de Segovia-Antioquia. Con el fin de perjudicar la Economía e infraestructura de petróleo de Colombia, varios miembros de la Compañía Cimarrón del Ejército Nacional de Liberación hicieron explotar una bomba en el oleoducto Cusiana-Coveñas, provocando su destrucción y el derrame de una considerable cantidad de petróleo. Dado que la explosión tuvo lugar en un cerro, el petróleo derramado descendió por las laderas del cerro a la localidad de *Machuca*, destruyendo numerosas viviendas y provocando la muerte de más de cien pobladores. Aunque la fiscalía no pudo identificar a los ejecutores materiales del ataque, acusó

24 La Corte Suprema colombiana distingue entre dos tipos de coautoría: (i) *coautoría material propia*, que tiene lugar cuando cada uno de los coautores llevan a cabo todos los elementos objetivos del delito; y (ii) *coautoría material impropia*, que tiene lugar cuando los coautores contribuyen de manera diferente a la comisión del delito siguiendo el principio de división de funciones. Para el propósito de este artículo, sólo el segundo tipo de coautoría es relevante.

25 Véase C. López Díaz, 'El Caso Colombiano', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 169-175.

a los siete miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación así como a los tres comandantes de la compañía Cimarrón que operaba en el área en la que se produjeron los hechos.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema colombiana, de fecha 7/3/2007, condenó a todos los acusados como coautores del delito. Mediante esa condena, el máximo tribunal de justicia colombiano –apoyado en informes de los servicios de inteligencia del Ejército colombiano y otras agencias de seguridad que describieron en detalle la organización interna del Ejército Nacional de Liberación y el área de responsabilidad de la compañía Cimarrón- concluyó que los responsables de la tragedia de *Machuca* pertenecían a una organización criminal jerárquica que actuaba fuera de la ley. Dentro de la estructura jerárquica de dicha organización, los miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación estaban a cargo de diseñar y promocionar la política global de desbaratamiento, mediante violencia, del suministro de petróleo que iba desde *Caño Limón* hasta los Estados Unidos. Las unidades que operaban en ese ámbito, como la compañía Cimarrón, poseían amplia autonomía para planificar esas operaciones específicas, a través de las cuales esa política global de desbaratamiento iba a ser puesta en marcha. El Comando Central retenía el poder de sancionar a los ejecutores materiales que incurrieran en errores en la fase de ejecución de la mencionada política global.

Para la Corte Suprema colombiana, los ejecutores materiales de la Compañía Cimarrón, decidieron libremente y con conocimiento llevar adelante el ataque, como una manera de contribuir a la puesta en marcha de la campaña global de desbaratamiento del suministro de petróleo en Colombia. Las actividades que llevaron a cabo para cumplir su cometido, fueron ejecutadas al margen de sus convicciones ideológicas y no como resultado de haber sido víctimas de engaño ni instrumentalizadas por el Comando Central. Pues ni el Comando Central tenía el dominio sobre su voluntad, ni ellos mismos eran meras herramientas del Comando Central. Como consecuencia, en este contexto, no fue posible recurrir al concepto de autoría mediata. Por otra parte, la figura jurídica de instigación no resultaba aplicable debido a que éste no era sólo un caso donde los delitos eran cometidos en cumplimiento de órdenes impartidas por agentes superiores en la cadena de mando. Por el contrario, para la Corte Suprema colombiana, éste fue un supuesto donde una pluralidad de personas, actuando libremente y compartiendo la política global de desbaratamiento del suministro de petróleo diseñado por el Comando Central, colaboraron en la comisión de los delitos de una manera coordinada y de

acuerdo con el principio de división de funciones. Como corolario, los miembros del Comando Central, los comandantes de la compañía Cimarrón y los ejecutores materiales que atacaron el oleoducto en las cercanías de *Machuca* fueron todos considerados coautores en la medida en que formaron parte de la misma empresa criminal común.

La renuencia de la Corte Suprema colombiana en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido parcialmente superada en la sentencia del 23 de febrero de 2010, pronunciada en el caso contra el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero*, cofundador del grupo paramilitar conocido como *Frente Héroes de los Montes de María* (“el grupo paramilitar”).²⁶ De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema colombiana, este grupo paramilitar era una estructura organizada de poder que operaba en el departamento de Sucre (al norte de Colombia). Poseía una sólida jerarquía vertical. Sus comandantes de más alto rango diseñaron las operaciones específicas a desarrollar, y un amplio número de subordinados (su número ascendió pronto a cientos) las llevó a cabo. Las instrucciones impartidas por los comandantes de más alto rango del grupo resultaban bastante detalladas, y la discrecionalidad para ponerlas en marcha por los comandantes

26 Según la Corte Suprema colombiana, a mediados de los 90, y tal vez antes, grupos armados ilegales empezaron a operar sin mucha coordinación bajo el nombre de *fuerzas de autodefensas* en el Departamento de Sucre. En 1996, estos grupos empezaron a ser coordinados por el comandante Salvatore Mancuso, quien fue asignado a la tarea de unificar los diferentes grupos armados de “*fuerzas de autodefensas*” que operaban en la parte norte del país bajo el mando de Carlos Castaño (jefe de la organización más amplia conocida como *Autodefensas Unidas de Colombia*). Para la misma época, algunos de los más acaudalados comerciantes de ganado del Departamento de Sucre tomaron la iniciativa de crear un grupo armado de *fuerzas de autodefensas* para proveer seguridad en el centro y el norte del Departamento de Sucre. Como resultado, hubo varias reuniones entre comandantes paramilitares (como Salvatore Mancuso), políticos locales y regionales, y comerciantes de ganado del centro y norte de Sucre. En este contexto, en 1997 se mantuvo una reunión en la *Hacienda Las Canarias*, donde se llegó a un acuerdo entre el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero*, el líder paramilitar Salvatore Mancuso, y los comerciantes de ganado Miguel Nule Amín, Joaquín García Rodríguez y Javier Piedrahita para crear un grupo paramilitar que más tarde se conoció como *Bloque Héroes de los Montes de María*. Luego de acordar en cómo el grupo sería financiado y materialmente sostenido, nombraron a Rodrigo Mercado Peluffo, alias “Cadena”, como comandante del grupo. Debido a su participación en la reunión, su posterior apoyo financiero al grupo paramilitar, y su contribución material a algunas de sus operaciones, *García Romero* fue condenado por la Corte Suprema de Colombia como coautor del delito de miembro de una organización criminal (*concierto para delinquir agravado*).

desplegados en el terreno y los miembros del grupo de bajo rango, fue muy limitada (mucho menor que en algunas organizaciones de guerrilla como el Ejército de Liberación Nacional referido más arriba). Las numerosas reuniones y las continuas comunicaciones vía radial y telefónica entabladas entre los comandantes de más alto rango del grupo y sus comandantes desplegados en el terreno permitieron a los primeros mantener un estricto dominio y control sobre el desarrollo de las operaciones del grupo. La estrategia final del grupo paramilitar se proponía asegurar el control militar del territorio en que operaban. Su cometido consistía en brindar protección a hombres de negocios y comerciantes de ganado, en las áreas donde ellos operaban, a cambio de obtener apoyo financiero, eliminar cualquier persona que consideraran cooperaba con la guerrilla, y usurpar el territorio abandonado por los numerosos pobladores que dejaron el área a causa de la presencia del grupo paramilitar. En un estadio posterior, esta estrategia del grupo paramilitar se extendió a otros territorios, con el fin de conseguir el control de los gobiernos local y regional en las zonas en las que el grupo actuaba. Para obtener este propósito, esta agrupación brindaba apoyo a sus candidatos en las elecciones locales y regionales.

La masacre de *Macayepo* fue una operación llevada a cabo por varios cientos de miembros del grupo paramilitar y consistió en el múltiple homicidio que tuvo lugar entre el 9 y el 16 de octubre de 2000, en varios pueblos de la región Carmen de Bolívar (incluyendo *Macayepo*) así como el desplazamiento masivo de su población. De acuerdo a la sentencia de la Corte Suprema colombiana, *García Romero* fue condenado como autor mediato de la masacre en base a los siguientes argumentos: (i) *García Romero* tenía el control sobre el grupo paramilitar (que compartía con los comandantes militares de alto rango); (ii) la masacre fue una actividad regular del grupo paramilitar que *García Romero* cofundó, apoyó y aconsejó; y (iii) el nombrado contribuyó al “éxito” de la operación mediante el aseguramiento que los batallones anti-guerrilla de la Primera Brigada de Infantería Naval fueran apartados por el Comandante de la Brigada para así evitar cualquier posible interferencia con los homicidios y el desplazamiento masivo.²⁷

27 Según la Corte Suprema de Colombia, en una conversación grabada entre *García Romero* y su ayudante de confianza, *Joaquín García*, este último informó al acusado sobre dicha operación el día anterior de su inicio y resaltó la necesidad de sacar a los batallones del Ejército colombiano anti-guerrilla fuera del área relevante. En la mencionada conversación, *García Romero* aceptó hablar, en horas tempranas de la mañana siguiente, al Comandante de la Primera Brigada de la Infantería Naval. Así quedó demostrado que las órdenes posteriormente

Sin embargo, conviene destacar que en esa misma sentencia del 23 de febrero de 2010, la Corte Suprema colombiana condenó a *García Romero* como instigador (y no como autor mediato) por ordenar el homicidio de Georgina Narváez. Según el máximo tribunal, *García Romero* ordenó a miembros del grupo paramilitar asesinar a Georgina Narváez el día 27 de octubre de 1997, luego de que concluyera que, en virtud de los pobres resultados electorales obtenidos por “su candidato” (Morris Taboada), Taboada sólo podría convertirse en Gobernador del Departamento de Sucre si los votantes en la ciudad de San Onofre fueran recontados para lo que Georgina Narváez (la mujer que había tomado nota de los votos en el primer escrutinio) tenía que ser asesinada.²⁸

Es preciso señalar que, al contrario del homicidio de Georgina Narváez donde *García Romero* dio la orden de asesinar, en la masacre de *Macayepo* no se comprobó que *García Romero* hubiera participado en el diseño de la operación (el mismo fue informado sobre la operación por un asistente suyo de confianza, Joaquín García, el día anterior a su inicio) ni en su puesta en marcha (su contribución consistió en desplegar su influencia con el Comandante de la Primera Brigada de Infantería Naval para evitar la interrupción o desbaratamiento de la operación por el Ejército colombiano). Como resultado, puede verse que el juzgamiento de *García Romero* por la Corte Suprema colombiana como instigador del homicidio de Georgina Narváez se apoya en su enfoque tradicional del concepto de instigación, según el cual, tal figura es aplicable siempre que el acusado impulsa a una persona que es plenamente responsable, a cometer un delito sin intervenir durante su ejecución. Sin embargo, ésta es precisamente el tipo de situación que la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está destinada a cubrir: cuando los agentes

recibidas por los batallones anti-guerrilla fueron enviadas desde el área de la masacre, y que eso fue lo que impidió que esos batallones detuvieran la operación paramilitar. Sólo luego de que los cientos de atacantes militares dejaran el área donde se cometió la masacre, el Comandante de la Primera Brigada de la Infantería Naval ordenó a los batallones anti-guerrilla bajo su mando, que retornaran al área relevante para ubicar y detener a los supuestos autores (esto fue conocido como “Operación Tranquilidad”).

28 Según la Corte Suprema colombiana, *García Romero* dio la orden de matar a Georgina Narváez y ofreció una suma de USD 2500 a fin de obtener ese resultado lo antes posible. La orden fue transmitida por Joaquín García (asistente de confianza de *García Romero*) a Salomón Feris (quien estaba a cargo de las operaciones militares del grupo paramilitar), quien pasó la orden a Danilo (el comandante de la unidad campo con base en la ciudad de San Onofre). La víctima fue asesinada unos días después por dos individuos no identificados que le dispararon desde una motocicleta.

superiores utilizan la estructura de poder que dirigen para asegurar la comisión de los delitos.

Asimismo, conforme la sentencia de la Corte Suprema colombiana, la circunstancia de que García Romero contribuyera durante la ejecución de la operación en el pueblo de *Macayepo* y las zonas aledañas (asegurando la evitación de cualquier desbaratamiento a la operación por el Ejército colombiano), descartaba la aplicación del concepto de instigación en relación a su responsabilidad por la masacre de *Macayepo*. Sólo entonces, parece el tribunal colombiano haberse decidido por la aplicación, por primera vez en su historia, del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en lugar del concepto de coautoría. Sin embargo, dicha aplicación se produjo en un caso donde el acusado, un político nacional con mucha influencia en la pertinente área, (i) no dominaba completamente al grupo paramilitar, puesto que compartía el dominio con sus comandantes militares; (ii) no intervino en el diseño de la operación; y (iii) no parecía haber contribuido a la puesta en marcha de la operación. No parecen ser estas las circunstancias más adecuadas para la aplicación de la figura de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

II.4. PERÚ

La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través aparatos organizados de poder, tuvo lugar en la sentencia del 13 de octubre de 2006,²⁹ pronunciada por la Sala Penal Nacional, que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la sentencia del 14 de diciembre de 2007.³⁰ Estas dos decisiones judiciales fueron dictadas en el proceso seguido contra *Abimael Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, y contra algunos de sus más próximos colaboradores (su esposa *Elena Iparraquirre*, *Laura Zambrano* y *María Pantoja*) por la masacre de 69 campesinos, incluyendo dieciocho niños, once mujeres, y varios ancianos en la ciudad de Lucanamarca y sus alrededores, el día 3 de abril de 1983.³¹

29 Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13 de octubre de 2006, Caso núm. 560-03.

30 Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200.

31 Sendero Luminoso fue un movimiento maoísta guerrillero, con base en la región peruana de Ayacucho. Inició sus operaciones contra las fuerzas gubernamentales de Perú en 1980. El territorio que controlaba y el número de militantes en la organización pronto aumentó, en particular en las regiones de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica (la zona montañosa de

Según la Sala Penal Nacional, la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central de la organización Sendero Luminoso tenía el control final sobre la forma en que la organización se conducía a sí misma y poseía el poder y la autoridad de adoptar las medidas disciplinarias que creyeran necesarias en caso de incumplimiento de las instrucciones por los comités intermedios y las unidades zonales. Sus miembros presidían las reuniones celebradas con los comités intermedios, los cuales mantenían a su vez contacto con las unidades zonales. Operaciones como las que tuvieron lugar en el área de Lucanamarca, fueron sólo emprendidas como consecuencia de la ejecución de órdenes que reflejaban las decisiones tomadas por la Dirección del Comité Permanente y los acuerdos concluidos en el Comité Central. Por lo tanto, era competencia de la Dirección del Comité Permanente y del Comité Central la toma de decisiones sobre las acciones específicas a adoptar en las áreas locales y la determinación de cuándo, dónde y contra quién esas operaciones debían llevarse a cabo.³²

Los Andes). En diciembre de 1981, el Gobierno peruano declaró “zona de emergencia” las tres regiones andinas. En algunas de estas áreas, el Ejército peruano entrenó a campesinos y los organizó en milicias anti-rebeldes denominadas *Rondas*. En marzo de 1983, miembros de *Rondas* de la Provincia de Huanca Sancos Departamento de Ayacucho apedreó, apuñaló, prendió fuego y disparó al comando de Sendero Luminoso en la plaza principal de la pequeña ciudad de Lucanamarca. Unas pocas semanas después, miembros de Sendero Luminoso respondieron al ataque mediante la entrada en las ciudades de Yanacollpa; Ataccara, Llacchua, Muylacruz y Lucanamarca (todas en la Provincia de Huanca Sancos) y asesinaron a 69 personas, incluyendo dieciocho niños (algunos de ellos de seis meses de edad), once mujeres (algunas de ellas embarazadas), y varios ancianos. La mayoría de las víctimas murió a través de cortes de machete y hacha, mientras que otros recibieron disparos a corta distancia en la cabeza (los pobladores fueron escaldados con agua hirviendo). Finalmente, la guerra de Sendero Luminoso contra el Estado peruano decayó, y Abimael Guzman y varios miembros de alto rango de Sendero Luminoso fueron capturados en Lima en 1992.

32 En una entrevista concedida a *El Diario* (un periódico pro-Sendero Luminoso con base en Lima) en julio de 1988 Guzmán reconoció su responsabilidad en la masacre de la siguiente manera: *Ante acciones reaccionarias militares... nosotros respondimos con una acción devastadora: Lucanamarca. Ni nosotros ni ellos lo olvidaremos, para ser preciso, puesto que ellos obtuvieron una respuesta que nunca imaginaron posible. Más de 80 fueron aniquilados, esa es la verdad. Y nosotros reconocemos abiertamente que hubo excesos, tal como lo analizamos en 1983. Pero todo en la vida tiene dos aspectos. Nuestra tarea era dar un golpe devastador para ponerlos bajo control, hacerles entender que no iba a ser fácil. En algunas ocasiones, como ésa, fue la Conducción Central misma que planeó la acción e impartió instrucciones. Así es cómo sucedió. En ese caso, lo principal es que nosotros les dimos un golpe devastador, y los controlamos y ellos entendieron que estaban tratando con una clase diferente de contendientes, que nosotros no éramos iguales a aquellos con los que habían luchado antes. Esto es lo que entendieron. El exceso es el aspecto negativo... Si nosotros íbamos a dar a*

Las órdenes fueron transmitidas por los miembros de la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central a los puntos de contacto en los comités intermedios, cuya función consistía en el planeamiento de la logística de la operación. Posteriormente, los comités intermedios transmitieron instrucciones detalladas a las unidades desplegadas en el terreno sobre cómo ejecutar las operaciones. En su función de presidente de la Dirección del Comité Permanente, el Comité Central, y el Buró Político de Sendero Luminoso, Guzmán tenía el dominio de la organización. Como consecuencia, fue condenado como autor mediato.

En la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, la Sala Penal Nacional y la Corte Suprema de Justicia peruanas, dejaron sentado que la definición de autor contenida en el artículo 100 del Código Penal peruano de 1924 (“los que toman parte en la ejecución del delito”)³³ no excluía *per se* tal concepto. Además, la Corte Suprema puso de relieve que el mencionado concepto había sido acogido por el artículo 23 del nuevo Código Penal de 1991, que define a los autores incluyendo a “aquellos que cometen el delito de manera individual, a través de otro o junto con otros”.³⁴

las masas muchas restricciones, requerimientos y prohibiciones, significaría que en el fondo nosotros no queríamos que el río se desbordara. Y lo que nosotros necesitábamos era que el río se desbordara, dejar que la avalancha se enfurezca, porque sabemos que cuando el río se desborda causa devastación en la ribera, pero cuando regresa a su lecho... El punto esencial era que ellos comprendan que nosotros éramos un hueso duro de roer, y que estábamos listos para lo que sea, para lo que sea. (La traducción al inglés de la entrevista completa está disponible en http://www.blythe.org/peru-pcp/docs_en/interv.htm). Posteriormente, el 10 de septiembre de 2002, Abimael Guzmán reconoció nuevamente su responsabilidad por la masacre de Lucanamarca ante la Comisión Peruana de la Verdad y la Reconciliación: “Nosotros, doctores, reiteramos que no negaremos nuestra responsabilidad [por la masacre de Lucanamarca]. Yo tengo la mía, yo soy el primer responsable, y nunca renunciaré a mi responsabilidad, eso no tendría sentido”. (El informe completo de la comisión de la masacre de Lucanamarca se encuentra disponible en español en <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.6.%20LUCANAMARCA.pdf>).

33 El artículo 100 del Código Penal peruano de 1924 consideraba como autores aquellos que “*tomaren parte en la ejecución del hecho punible*”.

34 El artículo 23 del Código Penal peruano de 1991 considera autor a “*el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción que toman parte en la ejecución del hecho punible*”.

La defensa de *Guzmán* reclamó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no podía ser aplicado, debido a que Sendero Luminoso no conformaba una organización patrocinada por el Estado, y por tanto, sus miembros no tenían un deber de cumplir con las órdenes de la autoridad de Sendero Luminoso. Dicha circunstancia, a su modo de ver, impedía el traslado de responsabilidad hacia los eslabones más altos en la jerarquía de mando de la organización. Sin embargo, tanto la Sala Penal Nacional como la Corte Suprema, señalaron que la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder nunca estuvo limitada a organizaciones subvencionadas por el Estado. Así, para el propio Claus Roxin, tal concepto es principalmente adecuado para todas las situaciones en donde la organización pertinente actúa fuera del orden legal.

Otro argumento de la defensa de *Guzmán* contra la aplicación de la autoría mediata al caso, se vinculó a la falta de verificación del requisito de fungibilidad de los ejecutores materiales, dado que en el caso de Sendero Luminoso no se demostró que éstos fueran miembros intercambiables. Para la defensa de *Guzmán*, no cualquiera que haya revestido la calidad de miembro de Sendero Luminoso poseía las “habilidades necesarias” para asesinar con machete y hacha mediante las acciones de tajar bebés, mujeres y ancianos, tal como sucedió en Lucanamarca. En este contexto, el requisito de fungibilidad no dependía de cuántos individuos se habían convertido en miembros formales de la organización, sino en cuántos de ellos poseían los conocimientos necesarios y la experiencia para ejecutar las operaciones en Lucanamarca. Dado que había un escaso número de “miembros especializados” en Sendero Luminoso que pudiera llevar a cabo este tipo de acciones, la defensa mantuvo que *Guzmán* carecía del dominio de los hilos de la organización, y que tampoco dominaba la voluntad de los ejecutores materiales de la masacre.

La Sala Penal Nacional rechazó los argumentos de la defensa porque según sus magistrados, el dominio que *Guzmán* ejercía sobre la voluntad de los ejecutores materiales no se basaba en la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso. En efecto, las razones que pudieron conducir los discursos originarios acerca de rehusar conformidad con las órdenes de los superiores pudieron, en principio, también ser compartidas por los otros miembros de la organización. En consecuencia, para la Sala Penal Nacional, la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumentaba la probabilidad de que las órdenes fueran ejecutadas; no aseguraba la conformidad automática con las órdenes. Desde el punto de vista de la Sala Penal Nacional, era la actitud favora-

ble de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por los superiores, y no su naturaleza intercambiable, lo que proporcionaba el dominio de los superiores sobre la organización. En este contexto, se inscriben los discursos iniciales acerca de que ante el rechazo en el cumplimiento de las órdenes de los superiores, otros miembros de la organización los reemplazarían para llevarlas a cabo, debido a que muchos de sus miembros mostraban una actitud favorable hacia la ejecución de dichas órdenes. Por tanto, mientras la fungibilidad de los ejecutores dentro de la organización sólo aumentaba la probabilidad de que se terminase actuando de conformidad con lo ordenado por los superiores, el dominio que ejercían éstos últimos sobre la organización se basaba en la actitud favorable de sus miembros para el cumplimiento de sus órdenes. En consecuencia, según la Sala Penal Nacional, el requisito clave para la aplicación del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder es la existencia de este tipo de actitud entre los miembros de la pertinente organización. Requisito éste que se juzgó cumplido en el caso de Sendero Luminoso, puesto que sus miembros se encontraban motivados ideológicamente, evidenciaban un elevado nivel de educación política y militar, y compartían una visión común del Estado y la sociedad en general. En estas circunstancias, *Guzmán* se aseguró de la comisión de la masacre de Lucanamarca mediante la utilización de la estructura jerárquica de Sendero Luminoso, beneficiándose de la buena disposición de sus miembros para seguir las órdenes impartidas por su líder.

La Corte Suprema peruana discrepó en su análisis del caso de la interpretación de la Sala Penal Nacional, en el sentido que ésta subrayó que el dominio del superior sobre la organización estaba basado en su estructura jerárquica y en la fungibilidad de sus miembros. En consecuencia, para la Corte Suprema peruana, la naturaleza fungible de los miembros de la organización es un requerimiento clave en la figura jurídica de autoría mediata. No obstante, al analizar la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso, el máximo tribunal peruano se centró en la fungibilidad sucesiva de sus miembros, enfatizando que si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente, otro miembro lo reemplazaría en ese cometido. Esto fue lo que, para la Corte Suprema, ocurrió con la orden de asesinar a *Felipe Santiago Salaverry*, quien fuera ejecutado luego de seis intentos. El problema que plantea este enfoque está dado por el hecho de que la mayoría de las organizaciones alcanzan un criterio de “fungibilidad sucesiva”, lo cual se explica mediante la circunstancia de que siempre que uno de sus miembros se niegue a cumplir con una orden de un superior,

invariablemente habrá otro que pueda intentar ejecutarlo en un estadio posterior. Como consecuencia, este enfoque priva al “criterio de fungibilidad” de algún valor como elemento que permita distinguir entre los casos donde los superiores poseen un dominio real sobre sus organizaciones y aquellos otros casos donde ellos no detentan tal dominio.³⁵

En su voto particular, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia peruana, Villa Stein, subrayó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no era aplicable al caso de Sendero Luminoso, fundamentando su opinión en las siguientes razones: (i) Sendero Luminoso era una organización con un alto nivel de centralización y una rígida jerarquía consistente en una pequeña Dirección del Comité Permanente/ Comité Central y numerosas unidades que operaban en el terreno de manera independiente las unas de las otras (relación horizontal); y (ii) todos los miembros de la organización compartían una visión ideológica común del Estado y la Sociedad y actuaban según una estrategia común para obtener sus metas políticas. En estas circunstancias, según el Juez Villa Stein, ningún miembro de Sendero Luminoso tenía el dominio sobre las actividades criminales de la organización. Tal dominio era compartido por todos los miembros, quienes actuaban de una manera coordinada de acuerdo con el principio de división de funciones entre aquellos que planeaban las operaciones en la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central y aquellos otros que las llevaban a efecto materialmente en el terreno. Por esta razón, en la opinión del Juez Villa Stein, la aplicación del concepto de coautoría basada en el dominio conjunto sobre la masacre de Lucanamarca, era preferible.

35 Debido a ello la Corte Suprema de Perú no trató el tema de si los ejecutores materiales de la masacre de Lucanamarca eran miembros fungibles de Sendero Luminoso en el momento en que la masacre tuvo lugar. Como ha explicado más arriba, el análisis se centró en el concepto de “fungibilidad sucesiva”. Además, se puso de relieve que la prueba mostraba que Guzmán se aseguró la comisión de la masacre a través de utilizar la estructura jerárquica de Sendero Luminoso y se benefició de la buena disposición de sus miembros en lo tocante a una especie de renuncia a su propia identidad para seguir las órdenes de su líder. Sin embargo, tal evidencia sólo muestra que, como se mencionara por la Sala Penal Nacional, los miembros de Sendero Luminoso mostraban una actitud favorable interna hacia la ejecución de órdenes dadas por su líder, *Abimael Guzmán*. A la misma conclusión llega I. Meini, ‘El Caso Peruano’, en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 144.

Al comentar el voto particular del Juez Villa Stein, algunos juristas peruanos han señalado que el fenómeno referido por el magistrado (el dominio colectivo sobre las actividades criminales de la organización por todos sus miembros, en la medida en que todos ellos compartían el mismo objetivo político de dañar la estructura social existente) justifica, en última instancia, la aplicación de la figura de coautoría en relación al crimen de pertenencia a una organización criminal.³⁶ Sin embargo, estos mismos autores rechazan la aplicación del concepto de coautoría en lo referido a las específicas operaciones llevadas a cabo por la pertinente organización, puesto que, en los supuestos de coautoría la fase de ejecución comienza simultáneamente para todos los coautores. Esto significaría que la fase de ejecución comenzaría para todos ellos con la expedición de la orden por el superior consistente en llevar a cabo la operación, y los miembros de bajo rango de la organización serían responsables por la tentativa, incluso si ellos mismos se negaran a cumplir con la orden.³⁷

Con posterioridad al caso *Abimael Guzmán*, el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado por la Sala Especial de la Corte Suprema de Perú el 7 de abril de 2009, en la sentencia de condena a Alberto Fujimori por, entre otros, varios delitos contra la vida y detenciones ilegales perpetrados por grupos militares, paramilitares y organizaciones civiles con estructura de fuerzas de seguridad policiales, durante el lapso de su presidencia en el Gobierno del Perú entre 1991 y 2001.³⁸ De acuerdo la sentencia de la Sala Penal Especial, el referido concepto era perfectamente compatible con el artículo 23 del Código Penal peruano de 1991 y resultaba aplicable al caso *Fujimori*, en razón de que se cumplían los tres requisitos exi-

36 *Ibid*, p. 146.

37 *Ídem*.

38 Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú del 7 de abril de 2009 en el expediente núm. AV 19-2001 con respecto a los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. Esta sentencia está disponible en el siguiente sitio web http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409. En el Capítulo III de la Parte III de la sentencia, puede verse una exhaustiva reseña de la posición tomada por los autores peruanos, latinoamericanos y españoles en relación al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Allí, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia peruana analizó las diversas manifestaciones del concepto, los variados casos en donde ha sido aplicada hasta ahora (incluyendo el caso de las Juntas Militares argentinas y el del muro de Berlín - *German Border case*), y los argumentos a favor y en contra de su aplicación. Además, se indican también las importantes diferencias existentes entre este concepto y el de responsabilidad penal de los jefes y otros superiores del artículo 28 del ECPI.

gidos: (i) la existencia de una estructura organizada de poder controlada por el ex presidente Alberto Fujimori, la cual se hallaba jerárquicamente organizada; (ii) los ejecutores materiales eran miembros subordinados de tal estructura de poder y eran intercambiables; y (iii) la estructura de poder controlada por Alberto Fujimori actuaba fuera de la ley (tanto desde el punto de vista del Derecho nacional como del internacional). La Corte Suprema de Justicia peruana, en su sentencia del 3 de junio de 2010, confirmó el pronunciamiento de la Sala Penal Especial.

II.5. ESPAÑA

Los tribunales de justicia españoles, si bien en ocasiones han expresamente remitido en sus sentencias a los argumentos que apoyan el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, han preferido basar sistemáticamente sus decisiones en las figuras de la inducción o instigación, y complicidad o cooperación necesaria,³⁹ figuras que tanto en el Código Penal de 1973 como en el de 1995 tienen asignadas el mismo marco penal que la autoría propiamente dicha, y, por tanto, que la autoría mediata.⁴⁰

39 Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Español del 2 de julio de 2004 (caso del *Atentado al Supermercado Hipercor*), del 1 de octubre de 2004 (caso *Scilingo*) y del 17 de julio de 2008 (Caso del *Atentado a la Estación Atocha*). Para un análisis del impacto del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, véase A. Gil Gil, 'La autoría mediata a través de aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española', en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. 53, 2008. Véase también E. Bacigalupo Zapater, 'La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo', en *La Ley* 2008; A. Gil Gil, 'El Caso Español', en K. Ambos (ed.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 100.

40 La renuencia de los tribunales de justicia españoles en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está en contraste con el apoyo dado a tal concepto por numerosos juristas españoles que han centrado su trabajo en el análisis de esta forma de responsabilidad en derecho penal nacional e internacional. Véase, en particular, P. Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004; y E. Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006. También los siguientes trabajos de F. Muñoz Conde, 'Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no vinculadas al Derecho', en *Revista Penal* 2000 (versión alemana publicada en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 609 y ss.); 'La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales', en *Luisiada*, II Serie, num. 3 (Lisboa 2005), p. 57 y ss.; 'Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito

Luego de la muerte del dictador español Francisco Franco en el año 1975, en España ha habido sólo un puñado de casos donde los delitos pudieron haber sido cometido a través de estructuras organizadas de poder. Así, en relación con el intento de *Golpe de Estado* de 23 de febrero de 1981, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español, en sentencia del 22 de abril de 1983, consideró que no era aplicable la figura de autoría mediata a través de la utilización de aparatos organizados de poder, debido a que tal concepto no era suficientemente

de la delincuencia económica empresarial?', en *Revista Penal* 2002 (publicada también en el trabajo conjunto, *Derecho penal económico, Manuales de formación continuada*, Madrid, 2001, pp. 14 y ss; un versión resumida de este artículo puede encontrarse en el trabajo colectivo *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología*, Madrid, 2001. Véase también los siguientes trabajos de H. Olásolo: *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, capítulos 3 y 5; 'Joint Criminal Enterprise and Its Extended Form: A Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability; A Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?', en *Criminal Law Forum*, Vol. 20, 2009, pp. 263 y ss, pp. 273 y ss; 'Reflexiones sobre el Desarrollo de la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional', en *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), 2009; 'Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability under International Criminal Law in light of the First Case Law of the International Criminal Court', en C. Stahn/G. K. Sluiter (coords.) *The International Criminal Court at Five Years*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 339-360; 'El Desarrollo de la Coautoría Mediata en Derecho Penal Internacional', en *Revista Jurídica Legis*, Vol. 27, en *Iter Criminis*, Vol. 7, 2009, pp. 121 y ss; y en *Revista Española de Derecho Militar*, Julio/Diciembre 2008; 'El Impacto de la Primera Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional', en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* Vol. 83 (2008), pp. 132 y ss; 'Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment', en *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 143 y ss; 'Current Trends on Modes of Liability for Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes', en C. Stahn/L. Van den Henrik (coords.) *International Criminal Law: Current and Future Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; y con A.I. Perez Cepeda, 'The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakić Case', en *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004, pp. 475 y ss. Varios juristas españoles, como Muñoz-Conde, Pérez Cepeda, García Cavero, Núñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, también han remitido a la posible aplicación del mencionado concepto a los delitos económicos cometidos por aquéllos que dirigen empresas económicas en forma de sociedades mercantiles, tema del que no nos podemos ocupar aquí; para más detalles, véase, por ejemplo, Muñoz Conde, 'Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?', en *Revista penal* 2002.

conocido por la jurisprudencia española en los inicios de la década del '80. Por otro lado, en ese tiempo, el Código Penal español y el Código de Justicia Militar contenían varias disposiciones que se ocupaban específicamente de la responsabilidad penal de los comandantes militares implicados en un Golpe de Estado.

En el denominado “Caso Marey”, juzgado por el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 28 julio 1998, el ex Ministro del Interior y otros altos funcionarios de su Ministerio fueron considerados responsables por el secuestro de un supuesto miembro de la organización terrorista ETA. En este caso, la razón para no recurrir a la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, resultó ser la consideración del Tribunal Supremo Español de que el delito imputado (el secuestro de un supuesto miembro de ETA, Segundo Marey) fue un acto aislado, y, por tanto, no había tenido lugar en el contexto de una actividad ilegal sistemática llevada a cabo a través de grupos que operaban al margen de la ley desde la organización misma del Estado.⁴¹

Los tribunales de justicia españoles pudieron haber recurrido a la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en los procesos seguidos contra individuos que supuestamente integraban altos cargos en los eslabones de la organización terrorista ETA, por crímenes cometidos por sus subordinados dentro de la misma organización. No obstante, aunque se puede observar la influencia de tal concepto en los argumentos legales utilizados para justificar las condenas por inducción y complicidad necesaria, los tribunales de justicia españoles no lo han aplicado expresamente nunca.⁴²

41 Véase a este respecto, Muñoz Conde, ‘Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?’, en *Revista penal* 2002, para quien el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder podría ser aplicado a este tipo de casos.

42 Véase la sentencia del 2 de julio de 2004 y la del 22 de febrero de 2007 del Tribunal Supremo Español. Véase también el análisis de la jurisprudencia realizado por A. Gil Gil, ‘La autoría mediata a través de aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española’, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 53, 2008. Según Muñoz Conde es posible también aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a los líderes de organizaciones terroristas y comandantes de secciones terroristas, sin perjuicio del carácter nacional (ETA) o internacional (Al Qaeda) de la pertinente organización. Véase, Muñoz Conde, ‘Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?’, en *Revista penal* 2002.

Finalmente, la decisión del 10 de diciembre de 1998, de procesar al General Augusto Pinochet, dictada por el Juez de Instrucción español Baltasar Garzón resulta otro ejemplo de este modelo. En esa decisión se imputó al General Augusto Pinochet por crímenes de lesa humanidad, tortura y genocidio perpetrados por el aparato estatal chileno durante su régimen autoritario. Aunque los argumentos allí contenidos están claramente vinculados al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tal figura jurídica no aparece expresamente mencionada en la decisión judicial.⁴³

II.6. URUGUAY

La sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Núm. 7⁴⁴ condenó a Juan María Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como (i) autor directo del delito de ataque contra el orden constitucional (la firma de Bordaberry fue necesaria para promulgar el Decreto Núm. 464/973 del 27 de junio de 1973 mediante el cual el Parlamento fue disuelto); y (ii) coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas.

Según el Tribunal, *Bordaberry* no poseía el dominio efectivo sobre las operaciones represivas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas uruguayas entre 1973 y 1976 (período durante el cual alrededor de una quincuagésima parte de los ciudadanos uruguayos fueron detenidos o interrogados, convirtiéndolo a Uruguay en el país de Latino-América con mayor porcentaje de detenciones políticas de aquel entonces) debido a que desde el 9 de febrero de 1973 en adelante las Fuerzas Armadas uruguayas asumieron, unilateralmente, la lucha contra la subversión, y *Bordaberry* no tuvo influencia en su diseño o implementación. Los medios (detenciones prolongadas y tortura, seguidas

43 Según el auto de procesamiento dictado contra el General Augusto Pinochet el 10 de diciembre de 1998 por la Sala de Instrucción num. 5 de la *Audiencia Nacional* (Juez Baltasar Garzón):

‘Como Jefe de Gobierno y Presidente de la República, [el General Augusto Pinochet] tenía el poder de detener la situación existente. Sin embargo, él, por el contrario, incitó y promovió, impartiendo las órdenes necesarias a sus subordinados, y controlando al mismo tiempo, con un dominio completo sobre los crímenes, su ejecución material a través de su posición de liderazgo en la DINA’.

No obstante, esta decisión no consideró a Pinochet como autor mediato. Por el contrario, lo juzgó a veces como un instigador, y otras como un coautor.

44 Caso Num. IUE 1-608/2003.

por desaparición forzada y homicidio), a través de los cuales la campaña anti-subversiva fue llevada a cabo, fueron decididos por las Fuerzas Armadas uruguayas; no por *Bordaberry*. Como resultado, el Tribunal no discutió en su sentencia si el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder podía ser aplicado.

El Tribunal se centró, en cambio, en la figura de coautoría, puesto que *Bordaberry* apoyó las políticas represivas de las Fuerzas Armadas uruguayas, a partir de la circunstancia probada de que estas últimas buscaban obtener un objetivo que era compartido por *Bordaberry*, por los comandantes de más alto rango de las Fuerzas Armadas, y por los autores directos de los crímenes; este objetivo no era otro que: la persecución y eliminación de los grupos políticos considerados peligrosos para la Seguridad Nacional. Por lo que respecta a *Bordaberry*, éste no sólo no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir y detener la comisión de delitos, de solicitar su investigación y de presentar las correspondientes denuncias penales en las instituciones judiciales competentes (como presidente de la República de Uruguay tenía autoridad suficiente para adoptar esas medidas a través de sus Ministros), sino que, por el contrario, apoyó la campaña global anti-subversiva. De hecho, según la sentencia del Tribunal Penal de Uruguay, las políticas represivas diseñadas e implementadas por las Fuerzas Armadas no podrían haber sido llevadas a cabo durante aquellos años sin el acuerdo y apoyo del entonces presidente de la República de Uruguay.⁴⁵

III. CONCLUSIÓN

Para el momento en que Roxin definió el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por primera vez, en 1963, el autor tenía en mente un capítulo de la historia de siglo XX particularmente infortunado y único: el Holocausto y la red de campos de concentración y exterminio construidos por los nazis. En la cumbre de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler. Sin embargo, el funcionamiento efectivo de la maquinaria nazi requirió la acción coordinada de miles de miembros adiona-

⁴⁵ Con cita de Welzel y Bacigalupo, el Tribunal resaltó que la aplicación del concepto de coautoría requiere que la contribución del acusado (i) tenga lugar durante la fase de ejecución del delito; y (ii) sea esencial debido a que, sin ella, el delito no podría haberse cometido. Sólo si estos requisitos se cumplen, puede afirmarse que el acusado ejercía un co-dominio (compartido con los otros coautores) sobre la comisión del delito y por tanto decidió avanzar en su conclusión.

les quienes, de acuerdo con la estricta cadena de mando, operaban en diferentes niveles de la organización nazi. El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puso en cuestión fuertemente aquellos intentos por describir la responsabilidad penal de líderes políticos y militares del régimen nazi, así como la de los superiores en la escala de mando intermedia de dicha organización, como meros accesorios de los crímenes cometidos en la ejecución de la infame Solución Final.

A pesar de la inicial renuencia de la jurisprudencia nacional e internacional a recurrir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en un amplio alcance, la situación ha cambiado a través del tiempo. Este es el resultado de la creciente percepción de que la aplicación a este tipo de casos de las figuras jurídicas de responsabilidad accesoria de la participación, como la instigación (o inducción) y la cooperación necesaria (o complicidad necesaria), aunque ciertamente no tenga ninguna repercusión en la pena finalmente aplicable, relega a los superiores a un papel secundario que no se corresponde realmente con su relevancia real.

Por otra parte, aunque los tribunales de justicia en América Latina y España se mantienen, hasta cierto punto, divididos sobre si en este tipo de casos se ha de recurrir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o al concepto de coautoría por dominio funcional, los supuestos analizados en el presente artículo muestran cómo el concepto de autoría mediata se ha convertido hoy en día en una figura jurídica básica para la definición de la responsabilidad penal de altos líderes políticos y comandantes militares que utilizan las organizaciones que dirigen para asegurar la comisión de crímenes internacionales.

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

* Publicado en Revista para el Análisis del Derecho (Indret), Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), 2009/3, pp. 3 a 23. Reimpreso en Yves Haeck, Hector Olásolo, John Vervaele, Leo Zwaak (coords.) *El Papel de America Latina en el Derecho Penal Internacional*, Utrecht, 2010.

I. INTRODUCCIÓN

En su decisión de 21 de mayo de 2003 en el caso *Milutinovic*, la Sala de Apelaciones del TPIY afirma por primera vez de manera expresa que, de acuerdo con la costumbre internacional, el derecho penal internacional (i) adopta un sistema dualista que distingue entre autoría y participación¹; y (ii) construye el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común². Con posterioridad, la jurisprudencia de las Salas de Apelaciones del TPIY y del TPIR ha confirmado reiteradamente esta posición³.

Con ello se ha puesto fin a la incertidumbre inicialmente generada por la propia Sala de Apelaciones del TPIY, en particular en 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 empresa criminal común⁴, y por tanto su aplicación en virtud del artículo 7 del ETPIY⁵, no define con precisión su naturaleza jurídica al referirse a la misma utilizando expresiones tan diversas como “coautoría”⁶ y “complicidad”⁷. En este sentido, es importante observar

1 *The Prosecutor vs Milan Milutinovic et al*, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction— Joint Criminal Enterprise, Case Num. ICTY-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párrafos 20 y 31.

2 *Ibid.*

3 En relación con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, ver: *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafos 30 y 73; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafos 95 y 102; *The Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33; *The Prosecutor vs Radislav Krstic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-33-A, de 19 de abril de 2004, párrafos 134, 137 y 266 a 269; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 79; *The Prosecutor vs Simic et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-9-A, de 28 de noviembre de 2006, párrafo 243, nota 265; *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafos 431, 434 y 444 a 450. En relación con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIR, ver entre otras: *The Prosecutor vs Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTR-96-10-A, de 13 de diciembre de 2004, párrafo 462; y *Sylvestre Gacumbitsi vs The Prosecutor*, Appeals Chamber Judgment, ICTR-2001-64-A, de 7 de julio de 2006, párrafo 158.

4 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 de julio de 1999, párrafos 185-228.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*, para 192.

7 *Ibid.*, para 220. Véase también, E van Sliedregt, 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to

que esta indefinición inicial de la naturaleza jurídica de la doctrina de la empresa criminal común (ECC) no es sino el resultado del intento por justificar el carácter consuetudinario de la misma sobre la base de la previa aplicación en sistemas monistas que no distinguen entre autoría y participación (como los previstos en los Estatutos de Núremberg y Tokio, y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado) de formas de responsabilidad individual, como las doctrinas anglo-americanas sobre la conspiración, que pudieran tener un cierto parecido con la doctrina de la ECC⁸.

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

- (i) 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)⁹;
- (ii) 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 a través de 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 hecho¹⁰.

Convicting Individuals for Genocide', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 184 y ss., p. 189.

8 Esta cuestión ha sido tratada extensivamente en H Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, Londres, 2009, Capítulo II. En el mismo sentido, G. Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, traducido al español por Cárdenas Aravena, Díaz Pita, Gutiérrez Rodríguez, Muñoz Aunión, Tirant lo Blanch, 2005, p. 211, nota 636; y K. Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, traducción por E. Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 75.

9 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 191- 192.

10 *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de

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 CPI en los casos *Lubanga*¹¹ y *Katanga y Ngudjolo*¹² ha afirmado que el artículo 25 (3) ER acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación.

Así mismo, esta misma jurisprudencia inicial de la CPI ha subrayado que la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la ECC de las recogidas en el art. 25 ER (aquella prevista en el párrafo (3)(d) del art. 25 ER) se configura no como una forma de coautoría, sino como una forma residual de complicidad.¹³

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 las Salas Extraordinarias de la Cortes de Camboya en el caso *Duch* ha vuelto a demostrar)¹⁴ importantes

marzo de 2006, párrafo 62.

- 11 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803), de 29 de enero de 2007, párrafos 340 y 341.
- 12 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 448.
- 13 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803), de 29 de enero de 2007, párrafo 337; y *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 483.
- 14 Véanse, en particular, *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-24, de 27 de octubre de 2008; *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008; y *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief Submitted by the Center for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University Montreal (Quebec) Canada), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 01/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-

reticencias sobre la idoneidad de construir el concepto de coautoría en derecho penal internacional sobre la base de la doctrina de la ECC.

II. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN

II.1. PLURALIDAD DE PERSONAS, PLAN COMÚN Y DELITOS INTEGRALES Y NO INTEGRALES

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 ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, se pongan libremente de acuerdo para cometer uno o más delitos¹⁵.

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 en ejecución del mismo.¹⁶ Desde esta perspectiva es posible también diferenciar la doctrina de la ECC de la pertenencia a organización criminal 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 delito¹⁷.

25, de 27 de octubre de 2008.

15 Ver *inter alia* *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 227; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 31; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 100; *The Prosecutor vs Kvocka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 64; y *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 364.

16 *The Prosecutor vs Milan Milutinovic et al*, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction— Joint Criminal Enterprise, Case Num. ICTY-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párrafos 23 a 26. Véase también, *The Prosecutor vs Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafo 82. Véanse también, A Fichtelberg, 'Conspiracy and International Criminal Justice', en *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 149-176, p. 165; y *The Prosecutor vs Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Separate Opinion of Judge Schomburg on the individual criminal responsibility of Milan Martić, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafos 5-7.

17 *Ibid.*

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 común¹⁸. No es, sin embargo, necesario que el plan común haya sido acordado con anterioridad a la comisión de los delitos, puesto que el mismo puede adoptarse sobre la marcha¹⁹. Tampoco es necesario que el acuerdo a través del cual se adopta el plan común sea expreso, y 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 mismo²⁰.

Si el plan común adquiere una estructura institucional se convierte en un sistema de represión²¹. A este respecto es importante subrayar que la jurisprudencia constante de los TPIY y TPIR ha distinguido tres variantes de la doctrina de la ECC (la variante básica, la variante sistémica y la variante amplia²²), y

18 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 227; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 31; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 100; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 81; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 64; *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 364.

19 *Ibid.*

20 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 227; *The Prosecutor vs Anton Furundzija*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-17/1-A, de 21 de julio de 2000, párrafo 114; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 97; y *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 109.

21 *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 320.

22 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 227-228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafos 83-84; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 96; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 79-83; *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 364; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-

ha subrayado que la variante sistémica no es sino una sub-categoría de la variante básica (ambas son aplicables en relación con los delitos integrales de la ECC) que se aplica en aquellos supuestos en los que el plan común consiste en establecer o en favorecer el desarrollo de un sistema organizado de represión (como por ejemplo un campo de concentración) a través del cual se cometen los delitos integrales de la ECC²³.

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 aquellos supuestos en los que ninguno de los delitos imputados es parte integral del plan común, de manera que su comisión se presenta únicamente como una consecuencia natural y probable de la ejecución de dicho plan, no es posible aplicar la doctrina de la ECC²⁴.

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 eje-

97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 64; y *The Prosecutor vs Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafos 80-84. Véase también, *The Prosecutor vs Kaing Guek Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008, pp. 8-15; y *The Prosecutor vs Kaing Guek Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief Submitted by the Center for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University Montreal (Quebec) Canada, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 01/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-25, de 27 de octubre de 2008, párrafos 23-29; y vs Haan, 'The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, p. 170.

23 *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Judgment, Case Num. ICTY-97-25-T, de 15 de marzo de 2002, párrafo 78. Véase también, *The Prosecutor vs Dusko Tadić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 202, 203 y 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 89; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljević*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 98; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 82.

24 *The Prosecutor vs Monclio Krajišnik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafo 1096.

cución²⁵– es sólo posible si, debido a que uno o varios de los delitos imputados son parte integral del plan común, puede aplicarse a los mismos la variante básica o sistémica de la ECC.²⁶ En otras palabras, sólo si el imputado es condenado como coautor de los delitos integrales de una ECC básica o sistémica, cabe proceder a analizar su posible responsabilidad penal por aquellos otros 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 ha reiterado en numerosas ocasiones que la aplicación de la variante amplia de la ECC es particularmente adecuada en aquellas 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 miembros de dicho grupo²⁷. En estas situaciones, si bien la muerte de los miembros del

25 Ver, en particular, *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 204 y 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 32; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 99; *The Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 83; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65; y *The Prosecutor vs Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafos 83-84. Véase también vs Haan ‘The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 191-192.

26 *Ídem*.

27 S *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 99; y *The Prosecutor vs Dario Kordic y Mario Cerkez*, Judgment, Case Num. ICTY-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001, párrafo 396. Véanse también, *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 204, 220, 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 32; *The Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 83; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65. Véase también vs Haan ‘The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 191-192.

grupo perseguido no es parte integral de plan común, no puede sino afirmarse que se trata de una consecuencia natural y previsible de su ejecución²⁸.

Según la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Krajisnik*, es también posible que alguno de los delitos que en un principio se configuren como meras consecuencias preVISIBLES de la ejecución del plan común, se conviertan con el paso del tiempo en delitos integrales de la ECC²⁹. 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 ejecución del mismo se están cometiendo delitos no integrales y, a pesar de ello, persisten en la ejecución del plan común si tomar medida alguna para evitar su comisión³⁰.

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 a través de los que cuales 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 plan³¹. 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 por los miembros de la ECC del hecho de que estos últimos continúan contribuyendo a la ejecución del plan común. A continuación, sobre la base de esta aceptación, realiza una segunda inferencia consistente en afirmar la existencia de un deseo compartido por los miembros de la ECC de que se cometan dichos delitos, lo que les convierte automáticamente en responsables de los mismos a título de coautores conforme a la variante básica de ECC.

Este tipo de situaciones se diferencia de aquellas otras en las que existen varias ECCs actuando de manera simultánea. En relación con este segundo tipo de situaciones, la Sala de Primera Instancia en el caso *Kvočka* ha introducido el concepto de “Empresas Criminales Comunes Subsidiarias”³². Este

28 *Ídem*.

29 *The Prosecutor vs Moncilo Krajisnik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafo 1098.

30 *Ídem*.

31 *Ídem*.

32 *The Prosecutor vs. Miroslav Kvočka et al.*, Trial Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-T, de 2 de noviembre de 2001, párrafo 307. Véase también K Gustafson, ‘The Requirements of

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 el mismo consiste en el robo de un banco por dos individuos o en el asesinato sistemático de varios millones de personas)³³. De esta manera, cuando nos encontramos con una ECC de grandes dimensiones (como, por ejemplo, la persecución de la población no serbia residente en el territorio de Bosnia y Herzegovina), es posible que coexistan simultáneamente otras ECCs subsidiarias (como sería el caso del campo de concentración de Omarska)³⁴. Lógicamente, las ECCs 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 grupo determinado grupo³⁵.

La jurisprudencia del TPIY en el caso *Krstic* ha afirmado también la existencia de un tercer grupo de situaciones en las que varias ECCs podrían funcionar de manera consecutiva³⁶. 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 bosnio-musulmana de dicho enclave.³⁷

II.2. 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 contribución puede tomar multitud de formas³⁸, de manera que tanto puede

an “Express Agreement” for Joint Criminal Enterprise Liability: A Critique of Brdanin’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 150–58

33 *The Prosecutor vs. Miroslav Kvocka et al.*, Trial Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-T, de 2 de Nov. de 2001, párrafo, párrafo 320.

34 *Ídem*.

35 *Ídem*.

36 *Prosecutor vs Radislav Krstic*, Trial Judgment, Case Num. ICTY-98-33-T, 2 de agosto de 2001, párrafo 621.

37 *Ídem*.

38 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 211; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 31; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero

consistir en la ejecución directa de alguno de los elementos objetivos del tipo³⁹ como en la omisión en el cumplimiento de ciertos deberes a los efectos de facilitar la ejecución del plan común⁴⁰. Por lo 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 coautor⁴¹.

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*⁴², *Kvocka*⁴³ y *Vasiljevic*⁴⁴ 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 del nivel de contribución del imputado a la ejecución del plan común su intención de que se cometan los delitos integrales del mismo, el nivel de dicha contribución, según lo requerido por la propia Sala de Apelaciones en los casos *Brdanin*⁴⁵

de 2004, párrafo 100; *The Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33; *The Prosecutor vs Kvocka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 83; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65; y *The Prosecutor vs Radoslaw Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 364.

39

Ídem.

40

The Prosecutor vs Kvocka et al, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafos 112 y 187; y *Prosecutor vs Mpambara*, Judgment, Case Num. ICTR-01-65-T, de 11 de septiembre de 2006, párrafo 24. Véase también vs Haan 'The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 191-192.

41

The Prosecutor vs Kvocka et al, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 114.

42

The Prosecutor vs Dusko Tadic, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo, párrafo 229.

43

The Prosecutor vs Kvocka et al, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 97.

44

The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 100.

45

The Prosecutor vs Radoslaw Brdanin, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-

y *Martic*⁴⁶, debe ser significativo⁴⁷. 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 un nivel de contribución sustancial que no es exigido en la primera⁴⁸.

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 del mismo⁴⁹. Cuando los delitos se cometen a través de 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 naturaleza⁵⁰. Finalmente, la variante amplia de la ECC atribuye únicamente responsabilidad penal por la comisión de aquellos delitos que, a pesar de no ser parte integral del plan común, son una 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 plan⁵¹.

36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 430.

46 *The Prosecutor vs Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafo 82.

47 H Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, Londres, 2009, pp. 165-166.

48 *The Prosecutor vs Dusko Tadić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 229.

49 *The Prosecutor vs Milan Milutinović et al*, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction— Joint Criminal Enterprise, Case Num. ICTY-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párrafo 20.

50 E.van Sliedregt, 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), p. 186. Véase también *The Prosecutor vs Dusko Tadić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafos 93-94; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 82; y *The Prosecutor vs Radoslav Brđanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 365.

51 *The Prosecutor vs Dusko Tadić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 228; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljević*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 101; y *The Prosecutor vs Tihomir Blaskić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33. Véanse 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, 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide', en

Por ello, se puede afirmar que la construcción del concepto de coautoría en base a 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.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN

III.1. VARIANTE BÁSICA DE EMPRESA CRIMINAL COMÚN

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 común⁵². En consecuencia, cada uno de sus miembros debe contribuir a la ejecución de dicho plan con un *dolo* directo de primer grado⁵³ en relación con la comisión de los delitos integrales del mismo⁵⁴. Además,

Journal of International Criminal Justice, Vol. 5 (2007), p. 186.

52 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 32; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 101; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafos 82-83; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65; y *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 365.

53 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*. Véase *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten), de 29 de enero de 2007, párrafo 352.

54 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 32; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 101; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 82; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65; y *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-

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 el mismo⁵⁵.

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 ser únicamente atribuidas al imputado en cuanto que son llevadas a cabo con una intención compartida⁵⁶.

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 la cuestión de 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 ECC.

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 durante cuatro años contra los residentes de extracción no serbo-bosnia residentes en el territorio de la autoproclamada República Serbia de Bosnia-Herzegovina (República Sprska), es necesario que las decenas de miles de autores directos y mandos medios deben ser parte de la misma ECC que 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 autores directos, mandos medios y altos líderes políticos y militares se

36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 365.

55 *The Prosecutor vs Anton Furundzija*, Judgment, Case Num. ICTY-95-17/1-T, de 10 de diciembre de 1998, párrafo 257; y *The Prosecutor vs Anton Furundzija*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-17/1-A, de 21 de julio de 2000, párrafo 118.

56 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten), de 29 de enero de 2007, párrafos 326 y 362.

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 contra los miembros de dicho grupo⁵⁷.

Además, un respuesta afirmativa significaría también que –en el caso de que se pudieran superar la 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 arriba planteada. La definición tradicional de la doctrina de la ECC, tanto en los sistemas de *Common Law* de los que procede⁵⁸ 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 ECC⁵⁹. Conforme a esta concepción tradicional, la realización de los elementos objetivos del tipo de los delitos integrales puede únicamente ser atribuida 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 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

57 Este *dolus specialis* es requerido por el crimen de lesa humanidad de persecución.

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

59 Ver, en particular, *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafos 83-84. Véanse también *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 227-228; *The Prosecutor vs Blagoje Simic et al*, Judgment, ICTY-95-9-T, de 17 de octubre de 2003, párrafo 158; y *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Judgment, ICTY-99-36-T, de 1 de septiembre de 2004, párrafos 262, 264, 344 y 347.

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 Sprska⁶⁰. Si además tenemos en cuenta que la doctrina de la ECC no requiere que el nivel de contribución a la ejecución del plan común sea significativo, se podría estar corriendo el riesgo de transformar la misma en una doctrina de responsabilidad penal colectiva.⁶¹

Por esta razón, la Sala de Apelación del TPIY, en particular en su reciente decisión en el caso *Brdanin*⁶², ha afirmado 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 ejecución⁶³.

En opinión del autor, la re-definición 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 que una comunidad de intención entre los autores materiales de los delitos y los dirigentes que los planean y

60 *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 445.

61 K. Ambos, 'Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 167-8; y M. Elewa Badar, 'Just Convict Everyone!—Joint Perpetration from Tadic to Stakic and Back Again' en *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, p. 302. Es por esta razón que para A.M. Danner/ J.S. Martinez, 'Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law' en *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 la sección anterior, esta posición ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY en las sentencias en los casos *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafo 229, *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 97; y *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafo 100.

62 *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafos 410-414.

63 *Ídem*.

ponen en marcha su comisión. Al contrario, estos últimos se aprovechan de su control sobre las instituciones que dirigen para instrumentalizar a los primeros.

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 manera muy importante sobre la teoría del dominio del hecho. Esta transformación es particularmente sorprendente si se tiene en cuenta que en su sentencia de 31 de marzo de 2006 en el caso *Stakic* la propia Sala de Apelaciones del TPIY rechaza de plano la aplicación de la doctrina del dominio del hecho por no tener un carácter consuetudinario⁶⁴.

III.2. VARIANTE SISTÉMICA DE EMPRESA CRIMINAL COMÚN

La variante sistémica de la ECC requiere en principio el conocimiento de la existencia de un sistema de represión y la intención de favorecer la naturaleza criminal del mismo⁶⁵. 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 mismas⁶⁶ puesto que, al cometerse los delitos integrales a través de un sistema de represión, se puede considerar 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 delitos⁶⁷.

64 *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 62.

65 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 202, 203 y 228; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 32; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafos 98 y 105; *The Prosecutor vs Kvocka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 82; *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65; y *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafo 365.

66 *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafos 98 y 105. Esta interpretación fue implícitamente planteada por primera vez en *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafos 93 y 94.

67 vs Haan 'The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, p. 189.

Las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos *Krnjelac* y *Kvočka* apoyan esta interpretación al establecer que, cuando la definición de los delitos cometidos a través del 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 mismo⁶⁸.

En consecuencia, según la Sala de Apelaciones, si no se puede demostrar que el imputado ha actuado motivado por dicho *dolus specialis*, sólo podrá 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* requerido⁶⁹.

III.3. VARIANTE AMPLIA DE EMPRESA CRIMINAL COMÚN

Como vimos en secciones 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 con respecto a aquellos delitos que, a pesar de no ser parte integral del plan común, son una consecuencia natural y previsible de su ejecución⁷⁰.

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 lo tanto, de contribuir a la ejecución del plan común. Se requieren además otros dos requisitos; (i) 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 (ii) la aceptación de este riesgo como consecuencia de unirse o de continuar siendo parte de la ECC a

68 *The Prosecutor vs Milorad Krnjelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 11; y *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 110. Ambas confirman las conclusiones que se encuentran en *The Prosecutor vs Milorad Krnjelac*, Judgment, Case Num. ICTY-97-25-T, de 15 de marzo de 2002, párrafo 78; y en *The Prosecutor vs Miroslav Kvočka et al*, Trial Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-T, de 2 de noviembre de 2001, párrafo 288.

69 *The Prosecutor vs Miroslav Kvočka et al*, Trial Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-T, de 2 de noviembre de 2001, párrafo 110.

70 *Ídem*.

pesar de dicho conocimiento⁷¹.

Como resultado, se puede afirmar que variante amplia de ECC adopta como elemento subjetivo un estándar similar a la *recklessness* consciente en los sistemas de *Common Law*, puesto que se requiere, únicamente, tener consciencia 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 dichos delitos⁷². 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.⁷³ Esto marca, en nuestra opinión, una 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 art. 30 ER⁷⁴.

71 *The Prosecutor vs Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-94-1-A, de 15 julio de 1999, párrafos 204, 220 y 228; *The Prosecutor vs Mitar Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-32-A, de 25 de febrero de 2004, párrafos 99; *The Prosecutor vs Kvočka et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-98-30/1-A, de 28 de febrero de 2005, párrafo 83; y *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 65; y *The Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33. Véase también *The Prosecutor vs Moncilo Krajisnik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafos 881 y 890; H van der Wilt, ‘Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations’ *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, p. 96.

72 *Ídem*.

73 *The Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 33. Véase también *The Prosecutor vs Ramush Haradinaj et al*, Judgment, Case Num. ICTY-04-84-T, de 3 de abril de 2008, párrafo 139. Esta interpretación es apoyada por numerosos autores. Véanse entre otros S. Powles, ‘Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?’ en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 2, 2004, p. 609; H van der Wilt, ‘Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations’ *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, p. 96; y *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008, p. 18.

74 La sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha señalado que el elemento subjetivo general previsto en el artículo 30 del ER requiere la presencia de un elemento volitivo. Este elemento volitivo incluye, entre otras, 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 (b) acepta este resultado al reconciliarse con el mismo o consentir el mismo. Además, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, en las situaciones

Sin embargo, para algunos autores, la variante amplia de ECC podría ser también aplicada en situaciones en las que no se es consciente de que la comisión de los delitos previsible es una consecuencia posible de la ejecución del plan común⁷⁵. En tanto en cuanto uno se encuentre objetivamente en posición de prever dicha posibilidad, es irrelevante si realmente se prevé⁷⁶. 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 previsible era

de dolo eventual se puede 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 las acontecimientos'). En este escenario, el hecho de que el imputado acepte la idea que tales elementos se lleven a cabo se puede inferir de: (i) 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 (ii) 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 a este respecto, *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párrafos 350-353. Véase también la definición de dolo eventual recogida en *The Prosecutor vs Milimir Stakic*, Judgment, ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafo 483.

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 que la primera requiere únicamente que el imputado sea consciente de la existencia de un 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. Es por esta razón, por la que, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, el concepto de *recklessness* no es parte del concepto de intención. Véase, *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párrafo 355, nota 438. En el mismo sentido, G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2. ed., Oxford, 2000, p. 443, ha señalado que la *recklessness* es una especie de equivalente a lo que los autores alemanes denominan culpa consciente. En consecuencia, el problema de distinguir entre intención y *recklessness* consciente surge porque en ambos casos el imputado es consciente de que puede generar el resultado prohibido.

75 *The Prosecutor vs Kaing Guek Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OClJ (PTC 02)- D99-3-24, de 27 de octubre de 2008, párrafos 26-27.

76 *Ídem*.

una consecuencia posible de la ejecución del plan común⁷⁷. 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 al mismo⁷⁸.

Aunque, quienes apoyan esta posición la justifican con base en la especial peligrosidad que presentan quienes se adhieren al plan común⁷⁹, la jurisprudencia de los Tribunales de los TPIY y TPIR ha rechazado en numerosas ocasiones la introducción de la imprudencia⁸⁰.

77 *Ídem*.

78 El estándar propuesto por el *Amicus Curiae* de A. Cassese (párrafos 26-27) no constituye ni tan siquiera un supuesto de *recklessness* inconsciente o imprudencia temeraria puesto que se basa en criterio de la persona media razonable. Un análisis de la distinción entre los conceptos de *recklessness* inconsciente o imprudencia temeraria y simple imprudencia se puede encontrar en *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten), de 29 de enero de 2007, párrafo 358.

79 *The Prosecutor vs Kaing Guek Eav alias Duch* Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)- D99-3-24, de 27 de octubre de 2008, párrafo 82.

80 Véanse *The Prosecutor vs Milomir Stakic*, Judgment, ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafo 587; *The Prosecutor vs Stanislav Galic*, Judgment, Case Num. ICTY-98-29-T, de 5 de diciembre de 2003, párrafos 54-55; *The Prosecutor vs Radoslaw Brdanin*, Judgment, ICTY-99-36-T, de 1 de septiembre de 2004, párrafo 386; *The Prosecutor vs Nasser Oric*, Judgment, Case Num. ICTY-03-68-T, de 30 de Junio de 2006, párrafo 348; y *The Prosecutor vs Milan Martić*, Judgment, Case Num. ICTY-95-11-T, de 12 de Junio de 2007, párrafo 60. 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, Case Num. ICTY-95-14-T, de 3 de marzo de 2000, párrafo 332, 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 con su deber de estar en todo momento informado de las actividades de sus subordinados. Véanse a este respecto, *The Prosecutor vs Ignace Bagilishema*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTR-95-01A-A, de 3 de julio de 2002, párrafos 35-42; *The Prosecutor vs Zejnil Delalić et al*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-96-21-A, de 20 de febrero de 2001, párrafo 241; *The Prosecutor vs Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-25-A, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 151; *The Prosecutor vs Tihomir Blaskić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-14-A, de 29 de julio de 2004, párrafo 62; *The Prosecutor vs Stanislav Galic*, Appeals Chamber Judgment,

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, la variante amplia de ECC es aplicable a 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 eventual⁸¹.

Además, según la propia Sala de Apelaciones del TPIY, la variante amplia de ECC es también aplicable a aquellos delitos que, además del elemento subjetivo general, requieren un *dolus specialis*, como por ejemplo la intención de destruir en todo o en parte el grupo nacional, étnico, racial o religioso al que pertenece el autor⁸². Como consecuencia, se puede ser penalmente responsable por genocidio sin poseer la intención genocida requerida por la definición del delito⁸³.

Tras la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo 2003 en el caso *Milutinovic* sobre la ECC, la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha venido considerando las tres variantes de ECC como supuestos de coautoría.

Case Num. ICTY-98-29-A, de 30 de noviembre de 2006, párrafo 184; *The Prosecutor vs Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-01-47-A, de 22 de abril de 2008, párrafos 26-29; *The Prosecutor vs Nasser Oric*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-03-68-A, de 3 de julio de 2008, párrafo 51; *The Prosecutor vs Pavle Strugar*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-01-42-A, de 17 de julio de 2008, párrafo 297.

- 81 Esta posición fue ya planteada por la Defensa en el caso *Stakic* ante el TPIY. Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechazó la misma, 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 ex Yugoslavia, sus distintas variantes (incluyendo su variante amplia) no pueden tampoco violar el principio de legalidad. Véase *The Prosecutor vs Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafos 100 y 101.
- 82 Ver la explicación la explicación sobre el concepto de '*ulterior intent*' en jurisdicciones de tradición de *common law*, que equivale al concepto de *dolus especialis* en las jurisdicciones de tradición romano-germánica. Véase, J.C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, Butterworths, 11. ed., Londres, 2005, p. 165. En este sentido, es importante 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*.
- 83 *The Prosecutor vs Radoslav Brdanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case Num. ICTY-99-36-A, de 19 de marzo de 2004, párrafos 5-10. Ver también, *Andre Rwamakuba vs The Prosecutor*, Appeals Chamber Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, Case Num. ICTR-98-44-AR72.4, de 22 de octubre de 2004, párrafos 10, 14 y 31.

Como hemos visto en las secciones anteriores, son varios los problemas que presenta esta concepción. Pero, sin duda, dichos problemas se agudizan en relación con la variante amplia de ECC.⁸⁴

A este respecto, es importante subrayar que, el concepto de coautoría permite que un individuo sea considerado como 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 (i) actúa de manera coordinada en ejecución de un plan común; y (ii) comparte la intención de que se cometa el delito de que se trate⁸⁵.

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

84 *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008, pp. 15-17; y *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief Submitted by the Center for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University Montreal (Quebec) Canada, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 01/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-25, de 27 de octubre de 2008, párrafos 42 y ss. Véanse también los problemas identificados por A. Zahar y G. Sluiter, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford, University Press, Oxford, 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*, Intersentia, Antwerpen, 2002, pp. 288-304; J.D. Ohlin, 'Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 69 y ss; y E.van Sliedregt, 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 184 y 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 sobre su utilización extensiva. Ver a este respecto, A. Cassese, 'The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, p. 109.

85 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten), de 29 de enero de 2007, párrafo 326; y *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 520.

En realidad, todo lo que se requiere es que el imputado, y solamente 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. Como resultado, no parece posible atribuir al imputado las acciones u omisiones de aquellos otros miembros de la ECC que realizan los elementos objetivos del tipo de los delitos previsibles.⁸⁶

La configuración de la variante amplia de ECC como una forma de coautoría presenta otros problemas adicionales, si tal y como ha realizado la jurisprudencia de los TPIY y TPIR se extiende su aplicación a los delitos cuya definición requiere (i) un elemento subjetivo general más exigente; y/o (ii) un *dolus specialis*.⁸⁷

En particular, 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, únicamente si la variante amplia de ECC es considerada como una forma de complicidad, y no como una forma de coautoría, podría ser aplicable al delito de genocidio⁸⁸.

86 *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008, sección 1.5, p 16.

87 *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief Submitted by the Center for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University Montreal (Quebec) Canada, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 01/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-25, de 27 de octubre de 2008, párrafo 49; y *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008, sección 1.5, p 16.

88 E.van Sliedregt, 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 184 y ss. Para poder justificar la aplicación de la variante amplia de ECC al delito de genocidio, Van Sliedregt ha subrayado 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 esta conclusión sobre la base de dos premisas: (i) 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 posteriormente en los casos por crímenes de guerra y contra la humanidad que siguieron a la segunda guerra mundial; y (ii) ni las jurisdicciones de tradición de *common law*, ni la jurisprudencia emanada de los casos por crímenes de guerra y contra la humanidad que

IV. CONCLUSIÓN

La construcción del concepto de coautoría en derecho penal internacional sobre la base de la doctrina de la ECC, tal y como ha realizado la jurisprudencia de los TPIY y TPIR a partir del año 2003, presenta un número importante de problemas que han sido analizados en las secciones precedentes, y que afectan con particular virulencia a la variante amplia de ECC.

Aquellos 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 ECC, subrayan que su razón de ser se encuentra en consideraciones de orden público, como la necesidad de proteger a la sociedad frente a aquellas personas que unen sus fuerzas para ser más efectivas en la realización de actividades delictivas, y que persisten en estas actividades a pesar de ser conscientes de que delitos serios que no forman parte integral del plan común pueden ser cometidos en su ejecución.⁸⁹

Además, según estos autores, es posible mitigar el abuso en la aplicación a nivel internacional de la doctrina de la ECC puesto que (i) los procesos internacionales se llevan a cabo con pleno respeto a los derechos a un juicio justo y al proceso debido (lo que permite a la defensa introducir en el proceso aquellos elementos de prueba que tienden a mostrar que el imputado no pudo prever la comisión de aquellos delitos que se le imputan); y (ii) los tribunales internacionales, así como los tribunales híbridos, cuentan con jueces profesionales que son capaces de actuar con la prudencia necesaria para determinar

siguieron a la segunda guerra mundial entendieron que la doctrina de la ECC se configuraba como una forma de coautoría. Por el contrario, la doctrina de la ECC siempre fue considerada como una forma de complicidad. Véase a este respecto, E.van Sliedregt, 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), 201-205. Véase también, *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief Submitted by the Center for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University Montreal (Quebec) Canada), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 01/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-25, de 27 de octubre de 2008, párrafos 50 y 51; y *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)), Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008, sección I.5, pp 17-18.

89 *The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)- D99-3-24, de 27 de octubre de 2008, párrafos 82-83.

si la prueba presentada refleja la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable⁹⁰.

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*⁹¹ y *Katanga y Ngudjolo*⁹², el artículo 25 (3) ER: (i) acoja la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación; y (ii) configure la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la ECC de las recogidas en el art. 25 ER (aquella prevista en el párrafo (3)(d) del art. 25 ER) como una forma residual de complicidad.⁹³

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) ER excluya a su vez cualquier forma de responsabilidad penal que pudiera de alguna manera recordar a la variante amplia de ECC. Este es, sin duda, en opinión del autor, la consecuencia directa de exigir en dicha disposición que la contribución deba ser llevada a cabo “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.⁹⁴ Por lo tanto, conforme al art. 25 (3)(d) ER, no surge responsabilidad penal en relación con aquellos delitos que el grupo no tiene intención de cometer, pues se tratan únicamente de una posible consecuencia de la ejecución del plan común⁹⁵.

90 *Ibid*, párrafos 82 y 83.

91 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten), de 29 de enero de 2007, párrafos 340-1.

92 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 488.

93 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten), de 29 de enero de 2007, párrafo 337; y *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafo 483.

94 En el mismo sentido, G.P. Fletcher, J. Ohlin., ‘Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, p. 549.

95 *Ídem*.

ANÁLISIS DEL CASO COUSO
A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA*

* Publicado en la *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, Logroño (España), Vol. 5, 2007, pp. 67-91.

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de abril del 2003, las tropas norteamericanas realizaban una “operación de limpieza” dirigida a obtener definitivamente el control sobre ciertas áreas de Bagdad.¹ En el marco de esta operación, hacia las 7.50 h. de la mañana del día 8 de abril del 2003, bajo el mando de la Tercera División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos, un misil lanzado desde un avión de combate estadounidense alcanza las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dhabi en Bagdad², causando la muerte al periodista jordano Tarek Ayub e hiriendo a su cámara.

Poco después de las once de la mañana, la tripulación de un carro de combate estadounidense Abrams M1, perteneciente a la compañía A del Regimiento 64 de la Segunda Brigada de la Tercera División de Infantería, giró su torreta para apuntar al Hotel Palestina –lugar donde una buena parte de la prensa internacional se encontraba ubicada de acuerdo con las indicaciones dadas por el Pentágono– a raíz de la identificación de lo que en principio se dijo era un francotirador enemigo y, posteriormente, parece ser que se trataba de un observador con prismáticos.

Tras una espera de varios minutos, y con la pertinente autorización de sus superiores jerárquicos (ya fuese el capitán Wolford o el teniente coronel Philip de Camps), el sargento Gibson disparó desde el carro de combate Abrams M1 un proyectil que impactó contra el piso 15 del Hotel Palestina. José Couso Permy, cámara y reportero de Tele 5, fue alcanzado por el impacto mientras

1 La descripción de los hechos del caso está basada en los hechos descritos en (i) la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 por la que se reconoce la jurisdicción de la justicia española para investigar los hechos que ocasionaron la muerte de José Couso, y que priva de toda eficacia la anulación de la orden de búsqueda y captura dictada por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 contra los tres principales imputados y el archivo de la querrela decretados en marzo de 2006 por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; (ii) el auto de 19 de octubre de 2005 del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 por el que dicta orden de búsqueda y captura contra los tres principales imputados; (iii) la querrela interpuesta ante el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de la Audiencia Nacional el 27 de mayo de 2003 (disponible en <http://www.josecouso.info/IMG/pdf/querella.pdf>); y (iv) el informe del Comité para la Protección de Periodistas (CPP), disponible en: www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

2 La sede de Al Yazira en Bagdad se encontraba ubicada en un edificio residencial, cuyas coordenadas habían sido proporcionadas por la propia cadena de televisión al Pentágono dos meses antes. Además, amplias banderas con el símbolo “TV” colgaban de dicho edificio.

se encontraba filmando desde la habitación 1403 del Hotel Palestina, falleciendo pocas horas después a causa de las heridas recibidas. En el ataque falleció también Taras Protsyuk, periodista de la agencia Reuters, quién se encontraba en la habitación 1503, y resultaron heridos de gravedad Samia Najul, periodista libanesa, Paul Pasquale, coordinador de satélite de nacionalidad británica y el fotógrafo iraquí Faleh Kheiber –hubo además varios heridos de menor consideración.

Según fuentes del Pentágono, la Tercera División de Infantería tenía todos los motivos para creer que *existía un francotirador en el hotel Palestina*, y además desconocía que en el hotel Palestina se encontraban alojados los corresponsales de la prensa internacional³. Por su parte, el Secretario de Estado, Colin Powell, en una carta dirigida a la ministra de asuntos exteriores española, Ana Palacio, el 21 de abril de 2003 afirma que el uso de la fuerza estuvo justificado y el nivel de fuerza fue proporcional a la amenaza contra las fuerzas norteamericanas. En el mismo sentido, el Departamento de Defensa norteamericano en su informe en respuesta a una petición del Comité para la Protección de los Periodistas (CPP) –organización norteamericana que investiga casos de violencia contra periodistas en todo el mundo– en virtud de la Ley de Libertad de Información sostiene que el ataque contra el hotel Palestina se efectuó en defensa propia porque la tripulación del carro de combate tenía razones para creer que en dicho hotel se encontraban fuerzas enemigas disparando sobre las tropas estadounidenses. Además, según el Pentágono, la responsabilidad recae en todo caso sobre el enemigo porque “*eligió combatir en una ciudad, exponiendo innecesariamente a la población civil, incluidos los periodistas*”. Por todo ello, el Pentágono concluye que en el ataque al hotel Palestina que causó la muerte al periodista español José Couso Permuy no se puede apreciar que existiera imprudencia alguna.

3 Las declaraciones del capitán Wolford, superior inmediato que autorizó al sargento Shawn Gibson, que se encontraba al mando del carro de combate Abrams M1, a efectuar el disparo contra el hotel Palestina, resultan algo confusas ya que por un lado señala que el carro de combate que disparó al hotel Palestina estaba “devolviendo” el fuego, mientras que por otro lado afirma rotundamente que el carro disparó contra un vigía con prismáticos. Por su parte, el sargento Shawn Gibson afirma que la compañía A del Regimiento 64 de segunda Brigada de la Tercera División de Infantería, que se encontraba en el puente Al-Jumhuriya cuando las tropas norteamericanas entraron en el centro de Bagdad, buscaba en realidad a un observador de la artillería iraquí, al que intentaba neutralizar.

Por su parte, el CPP, en un comunicado emitido el 25 de junio de 2003 basado en algunas comunicaciones de radio interceptadas, afirma que los soldados que abrieron fuego sólo tenían la certeza de estar siendo observados desde un edificio suficientemente alto, y recuerda que ninguno de los periodistas alojados en el hotel Palestina indicaron que saliera fuego hostil desde el hotel. Es más, muchos aseguraron que durante los quince o veinte minutos previos ni siquiera hubo fuego en la zona, y daba la impresión de que los combates habían terminado⁴.

El CPP denuncia que las conclusiones del Pentágono no explicaban las razones por las que las tropas estadounidenses no sabían que el hotel Palestina estaba repleto de periodistas internacionales, cuando las agencias de noticias habían informado previamente a los mandos militares norteamericanos de dónde se alojaban sus corresponsales. Según el CPP, parece ser que dichos mandos militares no informaron al respecto a sus subordinados⁵. En consecuencia, el CPP concluye que el ataque contra los periodistas alojados en el hotel Palestina, si bien no fue premeditado, se pudo evitar.

Finalmente, en la querella presentada por los familiares de José Couso Permuy⁶, se afirma el carácter civil del hotel Palestina, así como el hecho de que las fuerzas y mandos angloamericanos conocían que en dicho hotel se alojaba la prensa internacional. Según se afirma en la querella, tanto el ataque contra el hotel Palestina como el ataque contra las sedes de Al-Yazira y Abu Dhabi, fueron inmediatamente reconocidos por el mando central aliado en Qatar. Ahora bien, la justificación ofrecida en relación con el hotel Palestina, es decir la existencia de un francotirador en el tejado, no es confirmada por el testimonio de ninguno de los numerosos periodistas presentes en el lugar de los hechos.

Por esta razón, la querella presentada por la acusación particular ante el Juez Central de Instrucción Núm. I de la Audiencia Nacional el 27 de mayo de 2003, califica los hechos relatados en la misma, desde la perspectiva del ER, de la siguiente manera:

4 El Informe puede verse en www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

5 Surge el interrogante de: ¿por qué no se informó a las unidades militares antes del ataque de la presencia de un emplazamiento civil de importancia en el campo de batalla?

6 Ver <http://www.josecouso.info/IMG/pdf/querella.pdf>.

Los hechos relatados constituyen, desde la perspectiva del derecho internacional, ´crimen de guerra´. Según el Estatuto de Roma, que dio lugar a la creación de la Corte Penal Internacional, firmado por España el día 18 de julio de 1998 y ratificado el 24 de octubre de 2000, se entienden por crímenes de guerra:

- Artículo 8.2 a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares.

La Convención de Ginebra establece en su Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977:

- Art. 51.1: “La población civil y los civiles deberán gozar de protección civil contra los peligros inherentes a las operaciones militares”.
- Art. 51.4, 5: Para hacer efectiva la protección a la población se prohíben los ataques indiscriminados. Se consideran ataques indiscriminados: Art. 51.4 a) “los que no están dirigidos contra objetivo militar concreto”. Art. 51.5 b) “los ataques, cuando sea prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas”.
- Art. 79: “Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en la zona de conflicto armado serán consideradas personas civiles. Deberán ser protegidas como tales de conformidad con el presente Convenio y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil.”⁷

II. OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LOS ATAQUES DIRIGIDOS CONTRA PERSONAS Y BIENES CIVILES Y DE LOS ATAQUES DES-PROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

A pesar de las dificultades a que se enfrentan quienes participan en un conflicto armado (especialmente durante situaciones de combate), el derecho internacional humanitario, también llamado derecho internacional de los conflictos armados, exige a los mismos el respeto de ciertas reglas básicas que

7 Ídem.

pretenden limitar los sufrimientos y destrucción causados por el conflicto - en particular los ocasionados a aquéllas personas que no han participado o que han dejado de participar en el mismo⁸. Por ello, el derecho internacional humanitario obliga en la misma medida a todas las partes contendientes con independencia de quién recurrió primero al uso de la fuerza armada y de las razones para ello⁹.

Esto no puede, sin embargo, equipararse con la prohibición del empleo letal o devastador de la fuerza. Por el contrario, muerte y destrucción, incluso cuando afecta a civiles, son efectos inevitables de los conflictos armados, y no se encuentran prohibidos como tales por el derecho internacional humanitario. Por tanto, de su existencia no se puede presumir sin más que se haya cometido un crimen de guerra. Sólo cuando muerte y destrucción son el resultado de infracciones graves del derecho internacional humanitario se puede hablar de responsabilidad penal individual.

En consecuencia, prácticas como la de catalogar como crímenes contra la humanidad –o incluso como delitos ordinarios– ataques perfectamente lícitos desde la perspectiva del derecho internacional humanitario por el mero hecho de que causan bajas civiles o daños a bienes de carácter civil¹⁰ no sólo es contraria a la normativa que regula los conflictos armados (y en particular las situaciones de combate), sino que introduce estándares de imposible cumplimiento que eliminan todo incentivo para que las partes contendientes ajusten

8 A. Remiro Brotons, 'Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial', en *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 142 y ss.

9 A. Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, Tomo I, pp. 573 y 574.

10 Ejemplo paradigmático de esta práctica es el análisis de los ataques a los pueblos de Vitez y Donja Veceriska, ambos situados en el valle del río Lasva en Bosnia Central, por las fuerzas bosnio-croatas (HVO) entre el 16 y el 18 de abril de 1993 en los párrafos 643 a 649 de la sentencia de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ("TPIY") en el caso *Prosecutor vs Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Case Num. IT-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001. Véase a este respecto el distinto tratamiento que del ataque a Donja Veceriska realiza la sentencia de primera instancia en el caso *Prosecutor vs Tihomir Blaskic*, Judgment, Case Num. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000 (párrafos 533-544). En cualquier caso, esta práctica del TPIY parece haber sido definitivamente superada como así lo indica la sentencia de primera instancia en el caso *Prosecutor vs Stanislav Galic*, Judgment, Case Num. IT-98-29-T, de 5 de diciembre de 2003, párrafo 144.

su comportamiento a los mismos y reduce drásticamente la eficacia preventivo general de sus normas penales.

No todas las infracciones del derecho internacional humanitario dan lugar a responsabilidad penal individual. En principio, sólo las infracciones más graves del derecho internacional humanitario, denominadas crímenes de guerra, dan lugar a la responsabilidad penal de sus autores y de aquellos otros que contribuyen a su comisión¹¹. Así, los Convenios de Ginebra de 1949, estipulan en el párrafo primero de los arts. 49 CG I, 50 CG II, 129 CG III y 146 CG IV que “las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que cometan, o den orden de cometer, cualesquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente”. Además, en el párrafo tercero de estas mismas disposiciones se añade que “cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente”.

El sistema es completado por el art. 85(1) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (“PA I”) que señala que “las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”; mientras que en el párrafo quinto del mismo artículo se añade que “sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra”.

En principio, el resto de violaciones de la normativa de derecho internacional humanitario sólo da lugar, según los casos, a responsabilidad ad-

11 No todas las infracciones del derecho internacional humanitario dan lugar a responsabilidad penal individual. De hecho, mientras las primeras limitaciones conocidas a la manera de conducirse en las hostilidades datan del guerrero chino Sun Tzu en el siglo VI a.c.- habiendo sido los griegos los primeros en atribuir a estas prohibiciones el valor de ley- hay que esperar al Código hindú Manu hacia el año 200 a. c. par encontrar la primera elaboración comprensiva de la noción de crimen de guerra, que eventualmente sería integrada en el derecho romano. Ver R. Ratner, ‘Crímenes de Guerra, Clases de’, en R.Gutman/D. Rieff (coords.) *Crímenes de Guerra. Lo que Debemos Saber*, Debates, 2003, pág. 145; y E. Amati, ‘La Represione dei Crimini di Guerra tra Diritto Internazionale e Diritto Interno’, en G. Illuminati/L. Stortoni/M. Vigilio (coords.) *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Comisión Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 102.

ministrativa o disciplinaria y, en ciertos supuestos, a una simple obligación de los Estados a adoptar las medidas legislativas necesarias para poner fin a las mismas¹². Sin embargo, debido a la tradicional reticencia de los Estados a tipificar mediante tratados internacionales aquellos comportamientos que más gravemente menoscaban los valores superiores sobre los que se asienta la comunidad internacional, la costumbre ha tenido tradicionalmente un papel particularmente relevante como fuente de derecho penal internacional¹³. De ahí, que, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos nacionales donde el derecho consuetudinario no es fuente de derecho penal, sea necesario prestar atención al derecho consuetudinario para determinar el conjunto de infracciones del derecho internacional humanitario que dan lugar a responsabilidad penal individual¹⁴.

12 Los arts. 49 CG I, 50 CG II, 129 CG III y 146 CG IV disponen que “cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio”. Por su parte el art. 85(1) PA I establece que “las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”. Además, el art. 86(1) PA I añade que “ las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar”, mientras que el art. 87(3) PA I dispone que “ las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

13 Conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional son las siguientes: (i) las convenciones internacionales, ya sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados que las suscriben; (ii) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (iii) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y (iv) 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.

14 En este sentido, la Sala de Apelaciones común a los tribunales *ad hoc* ha señalado en *Prosecutor vs Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case Num. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 2005, párrafo 143, que tanto la costumbre internacional como el derecho convencional son fuentes de derecho penal internacional relevantes a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine lege*. Si bien la aplicación del derecho convencional se encuentra sometida

En este sentido, la Sala de Apelaciones común a los tribunales *ad hoc* ha afirmado en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic la existencia de un núcleo duro de normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario cuya infracción grave da lugar a responsabilidad penal con independencia de que se actúe en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o de carácter interno¹⁵. Entre estas normas se incluyen la prohibición de

da a las siguientes dos condiciones: (i) la adhesión de todas las partes en conflicto al tratado internacional de que se trate en el momento en que se produzcan los hechos presuntamente constitutivos de delito; y (ii) la compatibilidad entre el contenido de las normas convencionales de que se trate y las normas internacionales de *ius cogens*, entre las que se encuentran la mayoría de los usos y costumbres de la guerra (*Prosecutor vs Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, Case Num. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 2005, párrafo 143). En la misma decisión (párrafo 143) la Sala de Apelaciones añadió que los redactores del estatuto del TPIY habían hecho particular énfasis en la aplicación del derecho consuetudinario para evitar así la violación del principio *nullum crimen sine lege* en aquellos supuestos en los que alguna de las partes en conflicto no fuese parte del tratado internacional relevante.

Más recientemente la Sala de Apelaciones, sobre la base del informe del Secretario General de las Naciones Unidas, ha señalado que, en principio, sólo puede aplicar aquellas normas del derecho internacional humanitario sobre las que no hay duda de su carácter consuetudinario, de manera que el TPIY sólo puede conocer de hechos que en el momento de producirse fuesen constitutivos de delito conforme a la costumbre internacional. Este cambio se dejó entrever por primera vez en relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles en *Prosecutor vs Pavle Strugar*, Interlocutory Decision, Appeals Chamber, Case Num. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002, párrafos 9, 10 y 13. Posteriormente se ha consolidado con las siguientes decisiones de la Sala de Apelaciones: *Prosecutor vs Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, Appeals Chamber, Case Num. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párrafo 9; *Prosecutor vs Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Appeals Chamber, Case Num. IT-01-47-AR72 de 16 de julio de 2003, párrafo 32, *Prosecutor vs Milomir Stakic*, Appeals Judgment, Case Num. IT-92-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 62, y *Prosecutor vs Stanislav Galic*, Appeals Judgment, Case Num. IT-98-29-A, de 30 de noviembre de 2006.

La tradicional importancia del derecho consuetudinario para determinar el conjunto de infracciones del derecho internacional humanitario que dan lugar a responsabilidad penal individual se ha reflejado también en los criterios aplicados en la selección de los comportamientos típicos incluidos en el ER. Véase a este respecto, H. von Hebel/D. Robinson, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', en R. S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999, pp. 103-104.

15 *Prosecutor vs Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, Case Num. IT-94-1-AR72, párrafos 111, 126, 127, 134 y 143.

realizar actos de violencia contra todos aquellos que no toman parte activa o que han dejado de tomar parte activa en las hostilidades, la protección de los bienes de carácter civil (así como de los bienes históricos, culturales o dedicados a ciertas finalidades sociales), la prohibición del lanzamiento de ataques indiscriminados o de ataques que se prevé causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar esperada de los mismos y la prohibición de ciertos métodos y medios de combate¹⁶.

Como resultado de esta evolución, el Estatuto de Roma, al menos en relación con los conflictos armados de carácter internacional, tipifica por separado los ataques que más gravemente infringen el núcleo central de la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades, es decir: (i) los ataques dirigidos contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participan directamente en las hostilidades; (ii) los ataques dirigidos contra bienes civiles, es decir, aquellos que no constituyen objetivos militares¹⁷; y (iii) los ataques desproporcionados contra objetivos militares, es decir, aquellos que se prevé causarán daños civiles colaterales manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea obtener de los mismos¹⁸.

16 *Idem*. Más recientemente, la Sala de Apelaciones ha subrayado en *Prosecutor vs Pavle Strugar*, Interlocutory Decision, Appeals Chamber Case Num. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002 párrafos 9, 10 y 13, la naturaleza consuetudinaria de los delitos relativos a los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles.

17 Arts. 8(2)(b)(i) y (ii) y (2)(e)(i) ER.

18 Art. 8(2)(b)(iv) ER. Los redactores del ER llevaron a cabo un proceso de selección de las infracciones graves del derecho internacional humanitario que fueron finalmente tipificadas en el ER a los efectos de asegurar que la jurisdicción material de la Corte se limite a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Tres fueron los criterios utilizados por los redactores del ER para determinar *a priori* qué infracciones del derecho internacional humanitario merecían ser incluidas en el ER y cuáles otras debían ser excluidas. Los criterios elegidos fueron los siguientes: (i) 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; (ii) 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; y (iii) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente. Véase H. von Hebel/D. Robinson, ‘Crimes within the Jurisdiction of the Court’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, Kluwer Law International, pp. 103-104. Ver también, H. Olásolo, ‘Apuntes Prácticos sobre el Tratamiento de los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional’, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 86,

Con ello se reconoce la distinta naturaleza entre los ataques ilícitos lanzados contra personas o bienes que no tienen la condición de objetivo militar y aquellos otros ataques que, si bien en principio podrían ser considerados lícitos en cuanto que son lanzados contra objetivos militares, acaban en última instancia siendo ilícitos por infringir gravemente la regla de proporcionalidad¹⁹.

Es precisamente a la luz de estos tres tipos penales, desde los que hay que analizar si operaciones militares como la que costó la vida a José Couso Permy el 8 de abril del 2003 dan lugar a la responsabilidad penal de sus autores conforme al ER. Además, al llevar a cabo dicho análisis conviene recordar que el carácter lícito o ilícito del conflicto armado es irrelevante a la hora de analizar si una determinada operación militar se desarrolla de conformidad con el principio de distinción y la regla de proporcionalidad.

III. LAS JURISDICIONES NACIONALES COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO EN LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

La creación de la CPI no sólo no afecta a la configuración de las jurisdicciones nacionales como el principal instrumento en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra sino que, por el contrario, lo refuerza²⁰.

Desde una perspectiva sustantiva, la eficacia de la función preventiva de las normas penales recogidas en el ER –y de la actuación del principio de legalidad penal recogido en los arts. 22 a 24 ER– requiere en una importante medida la adopción en las legislaciones internas de los tipos penales previs-

Julio-Diciembre 2005, pp. 107 y ss. Como consecuencia, no todas las conductas incluidas en el sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del PA I fueron tipificadas en el ER. Sirva como ejemplo la exclusión de la infracción grave del art. 85(4)(b) PA I relativa a la “demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles”. Ver a este respecto, A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 60-61. La importancia de esta exclusión es palpable si tenemos en cuenta lo acontecido por ejemplo al final de la segunda guerra mundial. Véase a este respecto, H. Fischer, *Protection of Prisoners of War*, en D. Fleck (coord.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, pp. 321-368, pp. 324-32.

19 Una posición diferente es sostenida por J.G. Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 391 y ss, p. 410; y por J. F. Murphy, ‘Some Legal (And A Few Ethical) Dimensions Of The Collateral Damage Resulting From NATO’s Kosovo Campaign’, en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002.

20 H. Olásolo, ‘Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma’, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 82, Julio-Diciembre 2003, pp. 60-61.

tos en el ER. Esta es la consecuencia lógica de la estructura de la norma penal conforme a la cual la amenaza de sanción penal en caso de menoscabo del bien jurídico protegido se dirige a individuos, de manera que, al margen de los esfuerzos educativos sobre el contenido de la norma, la cercanía de la fuente normativa al individuo constituye un factor de indudable relevancia en el conocimiento de su contenido y, por lo tanto, en la eficacia de su función preventiva.

La claridad del mensaje enviado por la norma penal constituye también un factor esencial en su eficacia preventiva y en la realización de las garantías fundamentales derivadas del principio de legalidad penal. Esta claridad se transformaría inevitablemente en confusión, no importa la simplicidad con que las normas contenidas en el Estatuto de Roma hayan sido redactadas, si el individuo percibiese que los mensajes enviados por la normativa interna y la internacional no se corresponden. Por esa razón, el Estatuto se construye sobre la afirmación de la obligación de cada Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales²¹, lo que presupone la obligación previa de incorporarlos en sus respectivas legislaciones nacionales, particularmente a la luz de las exigencias internas derivadas del principio de legalidad penal y del carácter no auto-ejecutivo de las normas penales internacionales –el cuál se predica incluso de aquellas normas que tienen un mayor grado de precisión y especificidad como las relativas a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra o del PA I²².

21 Párrafo sexto del Preámbulo del ER. Ver sobre este punto, H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 80-82.

22 Como 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, p. 91, ha señalado en relación con el derecho español: “Aún cuando las obligaciones de comportamiento en los tratados en que se contiene el Derecho internacional humanitario son auto-ejecutivas, no ocurre lo propio con otras, generalmente de resultado, como las que imponen a las Partes en aquellos instrumentos el deber, que estas asumen, de adoptar medidas para la difusión de la normativa humanitaria o para prevenir en su legislación penal la conminación, con sanciones adecuadas de aquella índole, de las infracciones graves de tal normativa. En consecuencia, respecto a las cláusulas de aquellos tratados que no puedan estimarse auto-ejecutivas, como claramente lo es la ateniendo a la obligatoriedad de sancionar penalmente los crímenes de guerra, su aplicación o puesta en práctica en el Derecho interno español requiere de lo que se ha llamado derecho interno internacionalmente indispensable, esto es, de la adopción y publicación de leyes u otras disposiciones de rango inferior que las complementen y desarrollen”.

Pero el Estatuto de Roma también pretende reforzar la eficacia de la sanción de los crímenes de guerra a nivel nacional mediante la creación de un órgano jurisdiccional de carácter permanente que complementa a las jurisdicciones nacionales y las incentiva a ejercer su jurisdicción sobre los tipos penales recogidos en el art. 8 del ER. En efecto, el Estatuto, lejos de pretender sustituir a las jurisdicciones nacionales en la sanción de los crímenes de guerra, las complementa desde diversas perspectivas²³.

En primer lugar, la creación de la Corte no impide que las jurisdicciones nacionales continúen actuando como la única instancia para la sanción de aquellos crímenes de guerra que se encuentran fuera de la jurisdicción material, personal, temporal o territorial de la Corte²⁴. Esto ocurrirá cuando nos encontremos con conductas que dan lugar a responsabilidad penal conforme al derecho internacional humanitario pero que no han sido tipificadas por el Estatuto²⁵. Este será también el caso cuando, ausente una remisión del Consejo de Seguridad conforme al art. 13(b) ER, los crímenes de guerra se hayan presuntamente cometido en el marco de una situación de crisis ocurrida en el territorio y entre nacionales de Estados no Parte²⁶. Finalmente, este escenario también podrá generarse cuando los Estados Partes hagan uso de la moratoria de siete años prevista en el art. 124 ER, como así han hecho por ejemplo Francia y Colombia.

En segundo lugar, la creación de la Corte no obsta para que las jurisdicciones nacionales continúen siendo la principal, sino la única, instancia para la sanción de aquellos crímenes de guerra que no sean cometidos ni a gran escala ni de manera sistemática en ejecución de un plan o política²⁷. Esta es en nuestra opinión la consecuencia de la aplicación de los arts. 8(1) y 17(1)

23 C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 258.

24 En el mismo sentido, 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, p. 75.

25 Sirva como ejemplo la infracción grave del art. 85(3) PA I de demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra o civiles.

26 Arts. 11 y 12 ER. La Corte sí tendrá jurisdicción, sin embargo, si los Estados no Parte afectados realizan la declaración prevista en el art. 12.3 ER y en la regla 44 RPP.

27 H. Olásolo, *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 305-308.

(d) ER que recogen los elementos relativos al umbral de gravedad necesario para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción material sobre los crímenes de guerra previstos en el Estatuto²⁸, y que no deben ser confundidos con el filtro

28 En cuanto a su contenido hay que señalar que mientras el art. 8(1) ER se refiere a que “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,” el art. 17(1)(d) ER añade el requisito de la “suficiente gravedad” del crimen de guerra de que se trate para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción de conformidad con el art. 17(1)(d) ER.

Es necesario recordar que estos dos elementos que conforman el umbral de gravedad de los crímenes de guerra deben aplicarse primero con respecto a situaciones de crisis en su conjunto - como por ejemplo el conflicto armado que tuvo lugar en el territorio de la ex Yugoslavia entre 1991 y 1995 o la situación de crisis vivida en Ruanda entre abril y junio de 1994. Esto se produce en el marco del proceso de activación previsto en los arts. 13, 14, 15, 18 y 53 (1),(3) y (4) ER, que se configura como un proceso previo y autónomo con respecto al proceso penal ante la Corte, con un objeto, unas partes y un procedimiento propios, y dirigido a la determinación de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen las situaciones de crisis con respecto a los cuales la Corte va a activar su jurisdicción abstracta –o latente– para así poder proceder a la investigación y, en su caso, enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos en las mismas.

A este respecto hay que subrayar que los parámetros personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de los TPIY y TPIR han sido precisamente definidos por el órgano político que los creó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En realidad, debido a que han sido creados para conocer de los delitos cometidos en situaciones de crisis particulares, ambos tribunales han sido caracterizados como tribunales *ad hoc*. Por el contrario, la Corte es definida en los arts. 1, 5, 11 y 12 ER como una institución de carácter permanente que podrá actuar en relación con los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos en situaciones de crisis o conflictos armados que se produzcan tras la entrada en vigor del ER en el territorio de: (i) un Estado Parte; o (ii) cualquier Estado, si los delitos han sido presuntamente cometidos por los nacionales de un Estado Parte, o si la Corte actúa a instancia del Consejo de Seguridad. Como resultado de la diferencias significativas entre la Corte y los tribunales *ad hoc* en este punto, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53(1), (3) y (4) ER han creado un proceso de activación dirigido a la determinación de los ámbitos personal, territorial y temporal que definen las situaciones de crisis o conflictos armados con respecto a las cuales la Corte va, primero, a activar su jurisdicción abstracta –o latente– y a continuación ejercitarla mediante la investigación y enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos en dicha situación de crisis o conflicto armado. Véase sobre esta cuestión H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 105-117 y 391-403

Sólo activada la jurisdicción abstracta o latente de la Corte con respecto a una cierta situación de crisis, se procederá a su investigación de conformidad con los arts. 54 y ss ER. Posteriormente, cuando a raíz de dicha investigación se dicte, según lo previsto en el art. 58

ER, una orden de arresto o de comparecencia contra uno o varios individuos por su presunta responsabilidad penal en los incidentes contenidos en tal orden –por ejemplo el bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik el 6 de diciembre de 1991– nacerá *stricto sensu* un proceso penal, cuyo objeto, según la terminología del ER, estará formado por “casos” o “asuntos” en lugar de situaciones de crisis o conflictos armados en su conjunto. Será sólo en el momento de decidir si se inicia o no un caso mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia a petición de la Fiscalía cuando el umbral de gravedad de los crímenes de guerra habrá de ser aplicado de nuevo en relación con los incidentes específicos a que se refiere la solicitud de la Fiscalía.

Debido a que Corte se configura como una instancia jurisdiccional de *ultima ratio* cuya actividad se circunscribe a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes que menoscaban de manera más grave los valores superiores de la comunidad internacional, y a que aquella parte del umbral de gravedad prevista en el art. 17 (1) (d) ER se aplica no sólo con respecto a los crímenes de guerra sino también con respecto a los crímenes contra la humanidad y al delito de genocidio (y ello con independencia de los elementos contextuales de estas dos últimas categorías de delitos), entendemos que para la activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte con respecto a un determinado conflicto armado se requiere la existencia de un fundamento razonable para creer que en el mismo se hayan producido de manera sistemática (de acuerdo a un plan o a una política) o generalizada (a gran escala) delitos tipificados en el ER. Una opinión contraria es sostenida por C. Pellandini, ‘Los Crímenes de guerra’, en *Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Casa de América, 2000, p. 123, quien afirma que el umbral de gravedad previsto en el ER no es excluyente y, por tanto, deja a la Corte la posibilidad de investigar crímenes de guerra cometidos de manera aislada.

Una vez que la Fiscalía solicita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia, el umbral de gravedad de los crímenes de guerra, en cuanto que condición objetiva de procedibilidad, debe ser aplicado en relación con los incidentes específicos en los que se basa la petición de la Fiscalía. En este contexto, la referencia a “en particular” en el art. 8(1) ER, si bien refuerza el umbral de gravedad previsto en el art. 17(1) (d) ER, no parece exigir *stricto sensu* que los crímenes de guerra que la Fiscalía imputa a la persona objeto de la orden de arresto o de comparecencia deban ser necesariamente parte de un plan o política o de la comisión a gran escala de crímenes de guerra. Véase M. Cottier/W. F. Fenrick/P. vs Sellers/A. Zimmerman, ‘Article 8. War Crimes’, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, p. 181. De esta manera, la prueba de que los incidentes específicos sobre los que se basa la petición de una orden de arresto o de comparecencia forman parte de una dinámica de sistematicidad (de acuerdo a un plan o a una política) o generalidad (a gran escala) en la comisión de crímenes de guerra no constituye *conditio sine qua non* para que la Corte pueda dictar la orden de arresto o comparecencia solicitada y proceder con el caso. Esta parece ser también la posición adoptada por, 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. 74-75, cuando afirma: “Las alternativas que los principios de que se trata suponen son plenamente compatibles, y aun accesorias o conexas, pues, de

de gravedad al que cada una de las conductas típicas del art. 8 ER ha sido sometida para su inclusión en el Estatuto²⁹.

En tercer lugar, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que únicamente conocerá de los crímenes de guerra cometidos en un determinado conflicto armado, si conforme al art. 17 ER, las jurisdicciones nacionales afec-

un lado, para aquellos crímenes de guerra que no alcancen o reúnan los requisitos o criterios alternativos de la comisión como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes a que se hace referencia en el artículo 8.1 del Estatuto de la CPI es obvio que la sanción en sede nacional, para la que resulta determinante el principio de justicia universal, resulta, en principio, y dejando a salvo la excepción dimanante de la gravedad suficiente determinante de una resolución de no inadmisibilidad ex artículo 17.1 d) del Estatuto de la CPI, la única posible...”.

En definitiva, el umbral de gravedad se configura como una auténtica condición objetiva de procedibilidad, de la que los negociadores por razones utilitarias –en este caso con la intención de delimitar el marco de actuación de la Corte, y con ello quizá de reforzar su eficacia dada la limitación de recursos materiales, a aquellas conductas que más gravemente afectan a los valores sobre los que se asienta la comunidad internacional– hicieron depender el ejercicio de la jurisdicción material de la Corte sobre cualquier conducta, sin que con ello se afecte a su carácter típico, antijurídico y culpable y por lo tanto a la existencia misma del delito.

Su aplicación provocará que las jurisdicciones nacionales continúen siendo la única instancia para perseguir penalmente aquellos crímenes de guerra que se cometan de manera aislada en el desarrollo de operaciones militares, así como aquellos otros que constituyan casos esporádicos de vejaciones de personas protegidas – y en particular prisioneros de guerra o población civil pertenecientes a las otras partes contendientes. Además, la jurisprudencia de la Corte deberá resolver si otras prácticas de carácter más general superan el umbral de gravedad previsto en el ER. Sirva como ejemplo hipotético la práctica de los bombardeos selectivos por las tropas norteamericanas contra áreas residenciales en las que se presumía se encontraban los principales líderes del régimen iraquí, que es analizada en el informe de Human Rights Watch sobre la guerra de Irak (Human Rights Watch, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, de 11 de diciembre de 2003, disponible en www.hrg.org). El informe, citando fuentes del Comando Central norteamericano, revela que durante las tres semanas que duró el conflicto en Iraq, se llevaron a cabo unas cincuenta operaciones de bombardeos selectivos, ninguna de las cuales alcanzó su objetivo, y que provocaron la muerte de, al menos, decenas de civiles (cuarenta y dos civiles fueron abatidos en las cuatro operaciones analizadas en detalle por Human Rights Watch en su informe) Surge, por lo tanto, la cuestión de si las bajas entre la población civil son o no consideradas desproporcionadas en relación con la ventaja militar esperada del desarrollo con éxito de las distintas operaciones, y de si la realización de cincuenta operaciones en el espacio de tres semanas puede ser calificado o no como de política o práctica sistemática.

29 H. von Hebel/ D. Robinson, ‘Crimes within the Jurisdiction of the Court’, R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999, pp. 103-104.

tadas: (i) no llevan a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción *a priori*); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas leyes de enjuiciamiento penal (inacción *a posteriori*); (iii) no tienen la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tienen la infraestructura judicial necesaria para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad)³⁰.

En consecuencia, se puede afirmar que la función principal de la Corte es la de seguimiento del desarrollo de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales afectadas, de manera que sólo le corresponderá pasar a un primer plano en la investigación y enjuiciamiento de crímenes de guerra cuando aquéllas permanezcan inactivas o adolezcan de falta de disposición o de capacidad para llevar a cabo sus actuaciones³¹. La configuración de la Corte como un *órgano jurisdiccional de vigilancia y control* pretende reforzar los sistemas nacionales de sanción de crímenes de guerra a través del incentivo que supone la amenaza de que su inactividad provocará la actividad de la Corte³². Al mismo tiempo, la función de supervisión atribuida a la Corte servirá para legitimar implícitamente las actuaciones nacionales que superen los criterios previstos en el art. 17 ER³³. Este espaldarazo a las actuaciones nacionales se presenta particularmente relevante a la luz de la importancia que el principio de justicia universal tiene en la investigación y persecución de los crímenes de guerra³⁴.

30 H. Olásolo, 'The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor', in *International Criminal Law Review*, Vol. 2005/1, pp. 121-146, p. 132.

31 H. Olásolo, 'Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma', en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 82, Julio-Diciembre 2003, p. 61.

32 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, p. 232.

33 Como C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en García Arán, M./López Garrido, D. (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 261, ha señalado: "En ello radica, sin duda, la gran aportación del Estatuto: garantizar plenamente que el enjuiciamiento de los más graves crímenes de trascendencia internacional puede llevarse a efecto, bien sea por la intervención de los tribunales nacionales que actuaría aplicando reglas del principio de jurisdicción universal, bien sea por la intervención de la Corte cuando la primera fórmula no se posible o adecuada".

34 Para un detallado análisis de la aplicación del principio de jurisdicción universal en el derecho

En cuarto y último lugar, el art. 53(1)(c) y 2 (c) ER atribuye a la Fiscalía, bajo el control de la Sala de Cuestiones Preliminares previsto en el art. 53(3) ER, una amplia discrecionalidad política no reglada para la activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis (iniciación de la investigación) como para solicitar a la SCP la iniciación de un caso mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia³⁵. En consecuencia, se precisa que no existan razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad de la actividad criminal y los intereses de las víctimas, la actuación de la Corte no redundaría en interés de la justicia. Entre estas razones se podría incluir el efecto desestabilizador que la Corte pudiera puntualmente producir en procesos de negociación de paz o de transición democrática, lo que podría aconsejar retrasar la intervención de la Corte.³⁶ En estas situaciones, la imprescriptibilidad de los delitos previstos en el Estatuto de Roma, incluidos los crímenes de guerra recogidos en el art. 8 ER, haría posible este aplazamiento sin que con ello se estuviese necesariamente favoreciendo la impunidad de sus presuntos autores³⁷.

A esto hay que añadir que la Fiscalía ha venido desde un principio afirmando su intención, dadas las limitaciones materiales de la Corte, de utilizar la discrecionalidad que le atribuye el art. 53(2) ER para promover el ejercicio de la acción penal contra los responsables últimos de los delitos previstos en el Estatuto³⁸. Por lo tanto, serán una vez más las jurisdicciones nacionales las que

interno español en relación con los crímenes de guerra, ver Fernando 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. 76-85.

35 Sobre el principio de oportunidad política no reglada en el marco del ER, véase H. Olásolo, 'The Prosecutor of the ICC before Initiations of Investigations: A Quasi-Judicial or Political Body', en *International Criminal Law Review*, 2003, Vol. 2, pp. 87-150, pp. 110 y ss.

36 En esta misma línea parecen definirse los poderes de suspensión temporal de las actuaciones de la Corte atribuidos al Consejo de Seguridad en virtud del art. 16 ER. Por ello, parece que su ejercicio debe limitarse a evitar que la actuación de la Corte en un momento dado pueda restar eficacia a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con los poderes que le han sido conferidos por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para restablecer la paz y seguridad internacionales y para poner fin a los actos de agresión.

37 Art. 29 ER.

38 Como la Fiscalía de la Corte ha señalado en su llamado 'Policy Paper' (2003): "The global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints port a preliminary recommendation that, as a general rule, the Office of the Prosecutor focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes" (disponible en

continuarán actuando como instancia única para conocer de aquellos crímenes de guerra que la Corte decline investigar o enjuiciar por razones de oportunidad, incluida la posible responsabilidad penal de los mandos intermedios y de los subordinados de rango más bajo que con frecuencia resultan ser los autores materiales de tales delitos³⁹.

IV. ANÁLISIS DEL CASO COUSO

IV.1. JURISDICCIÓN, ADMISIBILIDAD Y MARCO PROCESAL APLICABLE

Antes de proceder al análisis del caso desde una perspectiva sustantiva, conviene subrayar que la Corte no tendría hoy jurisdicción para conocer de los hechos descritos en la querrela puesto que, a pesar de producirse con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio del 2002, tuvieron lugar en el territorio de un Estado no Parte (Irak) y fueron presuntamente cometidos por nacionales de un Estado no Parte (EE.UU.). De manera que, al no ser Estados Parte del Estatuto ni el Estado territorial ni el Estado de nacionalidad de los presuntos responsables, la Corte sólo podría tener jurisdicción si concurre una de las dos circunstancias siguientes:

- (a) Que el Consejo de Seguridad remita a la Fiscalía de la Corte según lo previsto en el art. 13 (b) ER la situación de crisis generada a raíz del inicio del conflicto armado en Iraq el 20 de marzo de 2003 mediante resolución adoptada conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁰;

www.icc-cpi.int/otp/otp_policy.html).

39 Sobre las experiencias prácticas en España y en diversos países de América Latina en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de guerra se pueden consultar entre otros J.M. Henckaerts/L.Doswald-Beck (coord.), *Customary International Humanitarian Law*, CICR/Cambridge University Press, 2005; A. Pérez-Cepeda, La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional, en F. Pérez Álvarez (coord.) *Serta in memoriam Alexandra Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1363 y ss; K.Ambos/E. Malarino (coord.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer/ Instituto Max Planck, 2003 – E. Malarino (Argentina, pp. 71-74); E. Santalla (Bolivia, p. 105-108); S. Steiner/M.T. Moura (Brazil, p.153); J.L. Guzmán (Chile, pp. 189-194); A. Ponte (Colombia, pp. 241-248); P. Hernández (Costa Rica, p. 295-296); N.A. Vaquerano (El Salvador, pp. 326-328); A. Gil (España, pp. 387-393); E.P. Neri (México, pp. 435-437); D.C. Caro (Perú, pp. 483-486); J.L. González (Uruguay, pp. 522-526) y J.L. Modolell (Venezuela, pp. 562-565).

40 Las limitaciones jurisdiccionales del art. 12(2) ER no se aplican a las remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad conforme al art. 13(b) ER.

- (b) Que el gobierno de los EE.UU. o el gobierno iraquí elegido tras la aprobación de la nueva constitución extienda *ad hoc* la jurisdicción de la Corte sobre dicha situación de crisis mediante la emisión de una declaración según lo previsto en el art. 12(3) ER y en la regla 44 RPP⁴¹.

Además, es importante tener en consideración que en ambos casos, el objeto de las actuaciones ante la Corte sería el conjunto de la situación de crisis generada a raíz del inicio del conflicto armado en Iraq el 20 de marzo de 2003, y no solamente los hechos descritos en la querrela de la acusación particular en el Caso Couso.

Únicamente, cuando como resultado de la investigación de dicha situación de crisis, se llegase a la conclusión de que existen “motivos razonables para creer” que el sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Wolford y el teniente coronel Philip de Camp son penalmente responsables por las muertes, lesiones y daños ocasionados como consecuencia del ataque al hotel Palestina el 8 de abril de 2003, la Fiscalía de la Corte solicitaría, y la SCP dictaría, una orden de arresto o de comparecencia contra los mismos, iniciándose de este modo un “caso” o proceso penal propiamente dicho⁴².

Y todo ello siempre que se considerase: (a) que los crímenes que se les imputan tienen la suficiente gravedad –valoración que habrá de realizarse a la luz del resto de actividades delictivas que hayan podido cometerse en la situación de crisis objeto de la investigación⁴³; y (b) que no existen razones para creer que el enjuiciamiento de estas personas no redundaría en los intereses de la justicia⁴⁴– principio de oportunidad no reglada en el ejercicio de la acción penal, que según la Fiscalía de la Corte va a ser utilizado para que la acción penal se ejercite únicamente contra los responsables últimos de la criminalidad sistemática o a gran escala que se haya producido en las distintas situaciones de crisis objeto de investigación⁴⁵.

41 Ver a este respecto, H. Olásolo (con C. Stahn and M. el Zeidy), ‘The International Criminal Court’s Ad Hoc Jurisdiction Revisited’ en *American Journal of International Law*, Vol. 99, Num 3, 2005.

42 Art. 58(1) y (7) ER.

43 Art. 17(1)(d) and 8(1) ER.

44 Art. 53(2)(c) ER.

45 Como la Fiscalía de la Corte ha señalado en su *Policy Paper*: “The global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints port a preliminary recommendation that, as a general rule, the Office of the Prosecutor focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the

Por otra parte, y aún en la hipótesis remota de que se produjesen las circunstancias arriba mencionadas, la Corte no podría conocer del caso Couso en virtud del principio de complementariedad de la Corte en tanto en cuanto la Audiencia Nacional conozca del mismo⁴⁶. Este es precisamente el sentido de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 por la que se reconoce la jurisdicción de la Audiencia Nacional para investigar los hechos que ocasionaron la muerte de José Couso, y que priva de toda eficacia a la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de marzo de 2006 por la que se dejaba sin efecto la orden de búsqueda y captura dictada por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 contra los tres principales imputados y se ordenaba el archivo de la querrela presentada por la acusación particular.

A este respecto, conviene no olvidar que la Corte no sustituye, sino que complementa, los mecanismos existentes a nivel nacional e internacional para la persecución penal de los delitos recogidos en el ER (incluidos los crímenes de guerra). Y que por lo tanto, la Corte sólo puede ejercer su jurisdicción en casos de (i) inacción *a priori* o *a posteriori* de las jurisdicciones nacionales; (ii) de falta de disposición para llevar a buen término sus actuaciones dado que las mismas están dirigidas a proteger a los presuntos responsables o adolecen de un retraso injustificado o de una falta de independencia o imparcialidad que no es compatible con la intención de traer a los mismos ante la justicia; y (iii) de falta de capacidad para tramitar sus actuaciones debido al colapso total o sustancial o la inexistencia de la administración de justicia.

Pero, ¿qué ocurriría en el caso de que pasaran meses o incluso años sin que las solicitudes de asistencia judicial enviadas por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 a los EEUU fuesen atendidas⁴⁷ y, lo que es más importante, sin que la orden internacional de detención contra los tres principales imputados fuese ejecutada, impidiendo con ello la apertura del juicio oral?

No creemos que este escenario pueda calificarse, según lo dispuesto en el art. 17(3) ER, como un supuesto de incapacidad de la jurisdicción española puesto que el mismo tendría lugar ante un más que improbable colapso total o parcial –o desmantelamiento– de la administración de justicia en España. Por lo tanto, la Corte sólo podría actuar si el escenario arriba descrito pudiese

State or organisation allegedly responsible for those crimes” (disponible en www.icc-cpi.int/otp/otp_policy.html).

46 Ver entre otros los arts. 1, 17, y 53(1)(b) y (2)(b) ER.

47 Referidas en el auto de 19 de octubre de 2005 del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1.

ser calificado como un supuesto de inacción *a posteriori* o sobrevenida de la jurisdicción española (aunque sea por causas ajenas a su voluntad)⁴⁸ o como un supuesto de falta de disposición derivado de “una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”⁴⁹.

En todo caso, sirva lo hasta aquí apuntado para subrayar que la probabilidad de que el caso contra el sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Wolford y el teniente Coronel Philip de Camp por el ataque contra el hotel Palestina que terminó con la vida de José Couso Permy el 8 de abril de 2003 termine en la Corte es prácticamente nula, de manera que el análisis que a continuación realizamos de los aspectos sustantivos del caso no pasan de tener un carácter puramente hipotético.

IV.2. EL UMBRAL DE GRAVEDAD COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD

Como dijimos en su momento, el art. 8(1) ER no exige como un elemento del tipo objetivo que el ataque contra el hotel Palestina se haya producido “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”, si bien el umbral de gravedad resultante de la combinación de esta disposición con el art. 17(1)(d) ER constituye una condición objetiva de procedibilidad.

En este sentido, de los hechos referidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, en el auto del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de 19 de octubre de 2005, en la querrela de la acusación particular y en el informe del Comité de Protección de Periodistas, podría atisbarse una posible relación entre el ataque al hotel Palestina y el ataque a las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dhabi en Bagdad que tuvieron lugar unas horas antes. Sin embargo, no parece que se pueda deducir de esta posible relación la existencia de un plan o de una política para la comisión de tales delitos, ni mucho menos su comisión a gran escala, siendo en este sentido ostensibles las diferencias con otro tipo de prácticas como las presuntamente acaecidas en los meses sucesivos a la toma de Bagdad en la prisión de Abu Graib.

48 Art. 17(1)(a) ER. Sobre el concepto de inacción *a posteriori* ver, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 147 y ss.

49 Art. 17(2)(b) ER.

En todo caso, esto no significa necesariamente que el ataque al hotel Palestina no pueda de ninguna manera alcanzar el nivel de gravedad necesario para que pudiera ser hipotéticamente perseguible por la Corte, puesto que los ataques contra los corresponsales de guerra tienen un efecto particularmente negativo en las personas protegidas por el derecho internacional humanitario. Esto es debido a que, posiblemente, la garantía más importante contra las infracciones graves del derecho internacional humanitario es la presencia de corresponsales de guerra en las zonas de conflicto que puedan informar sobre las infracciones graves cometidas por las partes contendientes – en este sentido cumplen una función particularmente relevante quienes en lugar de limitarse a acompañar a las fuerzas armadas de una de las partes contendientes realizan lo que el art. 79 PA I denomina “misiones profesionales peligrosas en la zona de conflicto armado”. A lo que hay que añadir la alarma social despertada en España por el ataque al hotel Palestina como se refleja en el extenso tratamiento que los medios de comunicación nacionales han dedicado a este caso.

IV.3. ELEMENTOS CONTEXTUALES

Con respecto a los elementos contextuales del delito imputado, conviene señalar que el ataque al hotel Palestina se produjo en el marco del conflicto armado que desde el 20 de marzo de 2003 enfrentaba a las fuerzas anglo-americanas y a las fuerzas armadas iraquíes, de manera que la participación directa de varios Estados en el conflicto elimina cualquier duda sobre su calificación jurídica como conflicto armado de carácter internacional. Además, el ataque al hotel Palestina se encuentra íntimamente relacionado con dicho conflicto armado porque se produjo durante el desarrollo de la operación de toma de Bagdad por la tercera división de infantería del ejército norteamericano y, según fuentes del mismo, pretendía neutralizar un observador, un francotirador o una base lanzagranadas que operaba desde el hotel⁵⁰.

El carácter protegido o no de las personas y bienes objeto del ataque es una de las cuestiones más controvertidas del caso y sobre la que volveremos más adelante. En cualquier caso, valga por el momento con señalar que si, como alega la acusación particular y numerosos testigos presentes en el hotel en el momento del ataque, el hotel Palestina no estaba siendo utilizado por las

50 Ver Informe del Comité para la Protección de Periodistas (Committee to Protect Journalists, ‘CPJ Investigates the Attack on the Palestine Hotel’, 2003), disponible en: www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

fuerzas armadas iraquíes (o por las milicias vinculadas a las mismas) con fines militares –ya sea como puesto avanzado de observación, ya sea como “nido” de francotiradores, ya sea como base operativa para el lanzamiento de granadas– y se encontraba, principalmente, ocupado por miembros de la prensa internacional que no participaban activamente en las hostilidades, deberá ser jurídicamente calificado como un bien de carácter civil protegido por los arts. 52, 57 y 58 PA I.

Del mismo modo, los periodistas alojados en el hotel Palestina que, según las informaciones disponibles, se encontraban allí en lo que se conoce como misión profesional peligrosa en zona de conflicto armado y no participaban directamente en las hostilidades, tendrían conforme al art. 79 PA I el estatuto jurídico de personas civiles y, por lo tanto, se encontrarían protegidos por los arts. 49, 50, 51, 57 y 58 PA I.

Ahora bien, es importante subrayar que en el momento en el que se produjo el ataque al hotel Palestina, el ejército norteamericano sólo controlaba la parte occidental de Bagdad, mientras que el hotel Palestina se encontraba situado en la parte oriental de la ciudad que todavía no había caído bajo el control norteamericano.

En consecuencia, ni el edificio del hotel ni los periodistas que habitaban en su interior se encontraban protegidos por los Convenios de Ginebra puesto que estos últimos se circunscriben (salvo contadas excepciones como es el caso, por ejemplo, de las instalaciones sanitarias) a regular el comportamiento de las partes contendientes con respecto a las personas y bienes que no pertenecen a las mismas y que se encuentran en su poder⁵¹ – ya se trate de heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra (incluyendo a aquellos periodistas que acompañan a las fuerzas armadas de una de las partes contendientes y que caen en poder del enemigo) o civiles.

El carácter protegido del hotel Palestina y de las personas que se encontraban en su interior se derivaría por tanto del PA I que, no lo olvidemos, no ha sido ratificado por los EE.UU. Ahora bien, el hecho de que los EE.UU. no hayan ratificado el PA I no les exime de su cumplimiento, al menos en lo que se refiere a la prohibición de dirigir ataques contra personas o bienes de carácter civil, porque, en cuanto piedra angular del principio de distinción en la conducción

51 Salvo que pertenezcan a Estados neutrales o co-beligerantes con representación diplomática en Estado de que se trate.

de las hostilidades y pilar básico del derecho internacional humanitario, forma parte de la costumbre internacional como así lo ha declarado la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* en su Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic⁵² y más recientemente en su Decisión interlocutoria en el caso Strugar⁵³.

Además, en esta última decisión, la Sala de Apelaciones reconoce expresamente que las violaciones graves de dicha prohibición dan lugar a responsabilidad penal individual conforme a la costumbre internacional⁵⁴. De hecho, fue precisamente el carácter consuetudinario de la responsabilidad penal derivada de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles el que en última instancia justificó su inclusión entre los crímenes de guerra previstos en el Estatuto de Roma⁵⁵, de manera que ningún Estado puede oponer la no ratificación de la norma convencional (en este caso el PA I) cuya infracción grave (en este caso el lanzamiento de un ataque dirigido contra personas o bienes civiles) se recoge en el Estatuto.

La técnica utilizada por los negociadores de tipificar en el Estatuto los crímenes de guerra de acuerdo con la naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado en el marco del cual se producen, así como la distinción entre los tipos penales derivados de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(a) ER) y los tipos penales que tienen su origen en otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 8(2)(b) ER), presenta importantes problemas en el caso que nos atañe.

Así, a pesar de que los delitos de atacar a personas o bienes civiles –tipificados ambos en el art. 8 (2)(b) ER como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales, en este caso del PA I- se configuran en el Estatuto como delitos de mera actividad que se consuman con independencia de que el recurso a la violencia se concrete en un resultado de muerte, lesiones o daños⁵⁶, no existe tipo penal alguno a través

52 *Prosecutor vs Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case Num. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 2005, párrafos 111, 126, 127, 134 y 143.

53 *Prosecutor vs Paule Strugar*, Interlocutory Decision, Case Num. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002, párrafos 9, 10 y 13.

54 *Ídem*.

55 Ver a este respecto, H. von Hebel/D. Robinson, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, R. S. Lee (coord.), Kluwer Law International, 1999, pp. 103-104.

56 H. Olásolo, *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*,

del cual se pueda imputar el resultado de muerte de José Couso Permy. Esta es la consecuencia de que el delito de “homicidio intencional” se encuentra únicamente tipificado como una infracción grave de los Convenios de Ginebra⁵⁷, y en el momento de producirse el ataque al hotel Palestina José Couso Permy no tenía la condición de persona protegida conforme a dichos Convenios puesto que dicho hotel no se encontraba bajo el control de las fuerzas norteamericanas⁵⁸.

IV.4. ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS CRÍMENES DE GUERRA DE LANZAR ATAQUES CONTRA PERSONAS O BIENES CIVILES O DE LANZAR ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

En su querrela, la acusación particular imputa el crimen de guerra de dirigir intencionadamente un ataque contra un bien de carácter civil (en nuestro caso el hotel Palestina), previsto en el art. 8(2)(b)(ii) ER. Sorprende, sin embargo, la no imputación conforme al art. 8(2)(b)(i) ER del crimen de guerra de dirigir intencionadamente un ataque contra personas civiles, particularmente cuando de acuerdo con la posición de la acusación particular los miembros de la prensa internacional que se encontraban alojados en el hotel fueron el objetivo último del ataque. Así mismo, y dadas las declaraciones de las distintas fuentes del ejército norteamericano y de los propios imputados en el sentido de que el hotel Palestina (uno de los edificios más altos de la ciudad) podría haber estado siendo utilizado por las fuerzas iraquíes con fines militares, llama la atención que la querrela no impute de manera alternativa, conforme al art. 8(2)(b)(iv) ER, el crimen de guerra de dirigir intencionadamente un ataque contra un objetivo militar cuando se prevea que causará pérdidas civiles incidentales manifiestamente excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se espera obtener del ataque.

Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, p. 114.

57 Art. 8(2)(a)(i) ER.

58 Entendemos que esta es la razón por la cual la querrela de la acusación particular no imputa el resultado de muerte de José Couso Permy como un delito de “homicidio intencional”, si bien hay que señalar que existe en la misma una notable confusión entre lo que constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra y lo que constituyen violaciones graves del PA I. De hecho, en la propia querrela se puede advertir un error cuando se refiere al delito de atacar bienes de naturaleza civil como una infracción grave de los Convenios de Ginebra recogida en el art. 8(2)(a)(ii) ER. En realidad, dicho delito constituye una violación grave del art. 52 PA I y aparece tipificado en el art. 8(2)(b)(ii) ER.

Los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles (al igual que ocurre con los ataques desproporcionados) se configuran en el Estatuto de Roma –a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TPIY que los ha definido como delitos de resultado⁵⁹– como delitos de mera actividad que se consuman con el lanzamiento del ataque, o lo que es lo mismo con la realización de actos de violencia⁶⁰ contra personas o bienes que, además de no tener la naturaleza de objetivo militar, ni pertenecen, ni han caído en el poder de la parte contendiente a la que pertenece quien lanza el ataque (en nuestro caso los EEUU). De ahí, que al no exigirse un resultado lesivo causalmente vinculado al acto de violencia, el elemento subjetivo del tipo tenga una relevancia particular.

Aunque el art. 30 ER establece como elemento subjetivo general para todos los crímenes de guerra el dolo –lo que en principio incluiría también el dolo eventual– la utilización de la expresión “intencionalmente” en la definición de los crímenes de guerra de atacar a personas o bienes de carácter civil introduce un elemento subjetivo específico en los mismos⁶¹. En consecuencia, se exige que el autor del ataque haya pretendido lanzar el mismo contra personas o bienes que él mismo conocía tenían un carácter civil o con respecto a los cuales conocía que concurrían aquellas circunstancias de hecho que les atribuían dicho carácter civil. Además, entendemos que cabría incluir también en estos tipos penales los supuestos de ataques indiscriminados, es decir aquellos que el autor no dirige contra un objetivo militar concreto –o conoce que no puede dirigir contra un objetivo militar concreto debido a la falta de precisión o al carácter incontrolado de los efectos del armamento o método de combate utilizado– y donde: (i) el autor es además consciente de que las personas o bienes finalmente alcanzados tendrán necesariamente un carácter civil; o (ii) el autor es al menos consciente de la probabilidad de que las personas o bie-

59 *Prosecutor vs Dario Kordic and Mario Cerkez*, Appeal Judgment, Case Num. IT-95-14/2-A, de 17 de diciembre de 2004, párrafo 67. Véanse también *Prosecutor vs Blaskic*, Judgment, Case Num. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000, párrafo 180; *Prosecutor vs Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Case Num. IT-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001, párrafo 328; *Prosecutor vs Stanislav Galic*, Judgment, Case Num. IT-98-29-T, de 5 de diciembre de 2003, párrafos 56 y 62; y *Prosecutor vs Pavle Strugar*, Case Num. IT-01-42-T, de 31 de enero de 2005, párrafo 280.

60 Mientras el ER no recoge definición alguna de la noción de “ataque”, el art. 49(1) PA I recoge la siguiente definición: “Se entiende por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

61 H. Olásolo, *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 264-266.

nes finalmente alcanzados tengan un carácter civil y acepta internamente la producción de este resultado⁶².

Sin embargo, quedarían excluidos aquellos supuestos en los que el autor pretende dirigir su ataque contra lo que considera un objetivo militar, aunque a resultas de dicho ataque el autor sea consciente de que personas o bienes civiles se verán necesariamente afectados o vayan probablemente a verse afectados. En realidad, tanto pronto como se prueba que el autor dirigió el ataque contra lo que pensaba (aunque fuese erróneamente) se trataba de un objetivo militar nos adentramos en el ámbito de la llamada ecuación de proporcionalidad –cuyas infracciones graves dan lugar al delito de ataques desproporcionados previsto en el art. 8 (2) (b) (iv) ER– y salimos del ámbito de aplicación de los tipos penales de ataques intencionados contra personas o bienes civiles.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el autor se encuentra en la creencia errónea de que está atacando un objetivo militar, cuando en realidad se trata de una persona o bien de carácter civil, como resultado de no haber adoptado las medidas de precaución exigidas por el art. 57(2) PA I, y en particular la relativa a “hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos”?

En nuestra opinión, en estos supuestos no habrá más remedio que aplicar la normativa sobre el error de tipo prevista en el art. 32 ER, a no ser que el incumplimiento sea tan flagrante –por ejemplo el autor tenía la sospecha de que el objeto del ataque podría no constituir un objetivo militar y decidió no adoptar ninguna medida de precaución a los efectos de evitar la confirmación de sus sospechas y de verse con ello obligado a suspender el ataque– que pueda afirmarse que en realidad se trató más bien de un ataque indiscriminado⁶³.

Así, según el art. 32 ER, cualquier error –ya sea vencible o invencible– sobre las circunstancias fácticas que atribuyen a la persona o bien objeto del ataque la condición de civil excluye el dolo del autor y por lo tanto, al no haber la comisión imprudente de los delitos de atacar intencionadamente a personas o bienes civiles, tendrá que declararse la ausencia de responsabilidad penal del autor.

62 *Ídem*.

63 *Ibíd.*, p. 268.

Por otra parte, la definición del crimen de lanzar un ataque desproporcionado recogida en el art. 8(2)(b)(iv) ER incluye también un tipo subjetivo específico que se aparta del general contenido en el art. 30 ER a raíz del uso de las expresiones “intencionalmente” (referida al hecho de lanzar el ataque) y “a sabiendas” (referida a las pérdidas civiles incidentales manifiestamente excesivas que se esperan del ataque), y que está formado por los elementos siguientes. En primer lugar, habrá que tener en cuenta la representación que el autor se hizo en el momento de decidir el ataque contra un determinado objetivo militar de los daños civiles colaterales (“pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”) que su ataque necesariamente, o al menos probablemente, generaría⁶⁴, con independencia de que los haya sobreestimado o subestimado por error. En segundo lugar, habrá que analizar la representación que el autor se hizo en el momento de lanzar el ataque de la ventaja militar concreta y directa de conjunto que el ataque probablemente le proporcionaría (ventaja militar esperada)⁶⁵, con independencia de que el autor la haya sobreestimado o subestimado por error⁶⁶.

Finalmente, se exige que el autor, tras la aplicación por sí mismo de la regla de proporcionalidad, haya decidido lanzar el ataque contra el objetivo militar de que se trate: (i) con la pretensión específica de causar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de primer grado), (ii) a sabiendas de que el ataque produciría necesariamente daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de segundo grado); o al menos (iii) con conocimiento de la probabilidad de que el ataque podría producir daños civiles colaterales manifiestamente excesivos y aceptación interna de que tal eventualidad se realice.⁶⁷

64 D. Pforter, ‘Excessive Incidental Death, Injury or Damage’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 149-150.

65 Como la nota 36 de los EC recoge expresamente “la expresión ‘expresión ventaja militar concreta y directa de conjunto’ se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente”. Véase a este respecto, D. Pforter, ‘Excessive Incidental Death, Injury or Damage’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, p. 150.

66 H. Olásolo, *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 276-279.

67 *Ibid*, pp. 280-282.

En el supuesto de que se llegue a la conclusión de que el sargento Gibson, el capitán Wolford y el teniente coronel Philip de Camp no actuaron con el estado mental necesario como para ser penalmente responsables por alguno de los tres delitos analizados (ataques contra personas civiles, ataques contra bienes civiles y ataques desproporcionados) habría que declarar su falta de responsabilidad penal, conforme al Estatuto de Roma, por la muerte de José Couso Permuy. Esta sería la consecuencia de varios factores que concurren en el caso objeto de estudio a pesar de que por regla general el hecho de que el lanzamiento de un ataque no de por sí mismo lugar a responsabilidad penal conforme al Estatuto –recordemos que el Estatuto sólo tipifica aquellas infracciones dolosas graves de la normativa que regula la manera en la que han de conducirse los ataques en situación de combate– no significa que el resultado de dicho ataque no pueda ser punible, siempre y cuando el ataque haya sido ilícito desde la perspectiva del derecho internacional humanitario⁶⁸.

En primer lugar, el Estatuto tipifica el delito de “homicidio intencional” como una infracción grave de los Convenios de Ginebra, conforme a lo cuales, como ya hemos explicado, José Couso Permuy no podría ser considerado como una persona protegida. En segundo lugar, José Couso Permuy tampoco entraría en alguna de las categorías de personas, objetos o áreas especialmente protegidas cuyo ataque, muerte o lesiones –dependiendo de los casos– se tipifica en un tipo autónomo dentro del art. 8(2)(b) ER. En tercer lugar, el ataque contra el hotel Palestina tampoco se realizó mediante la utilización de ciertos medios o métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario cuyo uso es objeto de un tipo penal autónomo dentro del art. 8(2)(b) ER. En cuarto lugar, al no haberse imputado los daños materiales producidos a raíz del ataque al hotel Palestina no tiene por caso ni tan siquiera analizar si las tres personas imputadas podrían haber incurrido en un crimen de guerra de destrucción de bienes del enemigo no justificada por necesidad militar conforme al art. 8(2)(b)(xiii) ER. A lo que hay que añadir el hecho de que el Estatuto excluye, excepto con respecto a los superiores jerárquicos, la comisión imprudente de los crímenes de guerra previstos en el ER⁶⁹.

68 *Ibid*, pp. 115-116.

69 La única excepción es el reclutamiento, alistamiento y utilización activa en las hostilidades de niños menores de quince años.

V. ANÁLISIS DE LOS HECHOS DEL CASO COUSO A LA LUZ DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS ATAQUES CONTRA PERSONAS Y BIENES CIVILES Y DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

En relación con los hechos del caso, lo primero que hay que señalar es que las imágenes tomadas desde el propio hotel Palestina y las declaraciones de los testigos, incluidas las de las tres personas imputadas, no parecen dejar duda sobre el hecho de que el día 8 de abril del 2003 sobre las once de la mañana el carro de combate Abrams M1 a cargo del sargento Gibson disparó un proyectil que impactó contra la parte superior (piso quince) del hotel Palestina situado en una zona de Bagdad (área oriental de la ciudad) que en aquel momento no estaba todavía bajo el control de las tropas norteamericanas y en cuyo interior se encontraban personas que no pertenecían a las mismas – con independencia de que miembros de las fuerzas armadas iraquíes operasen o no desde dicho hotel.

Tampoco parecen existir discrepancias sobre el hecho de que el proyectil disparado por el sargento Gibson se dirigiese contra la parte superior del hotel Palestina. En realidad, el carro Abrams M1 giró su torreta en dirección al hotel Palestina diez minutos antes del disparo y ajustó durante dos minutos su cañón de disparo. Por lo tanto, a pesar de que el carro de combate Abrams M1 se encontraba en uno de los extremos del puente Al-Jumhuriya, el impacto sobre el hotel Palestina no parece que pueda haber sido fruto de un error en las coordenadas de disparo.

Conforme al art. 52 PA I, tan pronto como una instalación civil se utiliza para fines militares pierde su carácter protegido hasta que no cesa su utilización para tales fines. Por lo tanto, si miembros de las fuerzas iraquíes operaban desde el hotel Palestina, aquel área del hotel desde la que estuviesen operando había dejado de encontrarse protegida y podía ser objeto de ataque, y ello con independencia de la presencia en la misma de periodistas internacionales que tenían el estatuto de civiles. Sólo la ecuación de proporcionalidad actuaría como límite al derecho de las tropas norteamericanas a efectuar dicho ataque.

Ahora bien, es importante subrayar que de las declaraciones y materiales analizados surgen importantes interrogantes sobre la presencia de un observador, de un francotirador o de una base iraquí para el lanzamiento de granadas en la parte superior o en la recepción del hotel Palestina.

En primer lugar, las distintas versiones dadas por diversas fuentes del ejército norteamericano sobre la naturaleza exacta del objetivo militar que se dice

operaba desde el hotel Palestina levantan sospechas sobre su existencia real y sobre el hecho de que la intención última del disparo fuera su neutralización.

En segundo lugar, sorprenden las contradicciones en las declaraciones realizadas por los tres imputados, y en particular como señala el CPP las contradicciones entre las distintas versiones del evento dadas por el capitán Wolford⁷⁰.

En tercer lugar, las declaraciones de numerosos periodistas presentes en el hotel Palestina en el momento del ataque coinciden en negar la presencia de observador o francotirador alguno, y mucho menos de una base iraquí para el lanzamiento de granadas, en el hotel Palestina en el momento de producirse el impacto⁷¹.

En cuarto lugar, es también reseñable las enormes discrepancias entre las declaraciones de los periodistas presentes en el hotel Palestina, en el sentido de que el hotel era fácilmente identificable y, lo que es más importante, que las tropas norteamericanas podían identificar fácilmente a los periodistas debido a que se habían pasado la veinticuatro horas anteriores en los balcones de sus habitaciones y en la azotea del hotel filmando las operaciones militares que se habían producido principalmente en la parte oeste de Bagdad –y aquellas otras de los imputados y de ciertas fuentes norteamericanas– en el sentido de que ni la tripulación del carro de combate ni sus superiores jerárquicos conocían ni donde se ubicaba el hotel Palestina ni que en el mismo se alojaban numerosos periodistas.

Además, llama poderosamente la atención el hecho de que el sargento Gibson y su tripulación fueran capaces de descubrir a un observador con prismáticos (o a un francotirador dependiendo de las versiones) en la azotea del edificio y sin embargo no fueran capaces de observar que en esa misma azotea y en los balcones de las distintas habitaciones del hotel se encontraban decenas de personas filmando y tomando fotografías⁷².

Finalmente, el ataque previo contra las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dhabi⁷³ el mismo día 8 de abril de 2003 puede ser indicativo de una intención bien distinta de la manifestada por los imputados al llevar a

70 Auto del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de 19 de octubre de 2005.

71 *Idem*. Ver también la querrela de la acusación particular.

72 Informe del CPP.

73 Auto del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de 19 de octubre de 2005.

cabo el ataque contra el hotel Palestina. Ahora bien, la conexión entre ambos ataques no pasa de ser una mera hipótesis de trabajo, sobre todo a la luz de que las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dabhi se encuentran en la parte oeste de Bagdad donde fuertes enfrentamientos se habían producido durante todo el día 7 de abril y la mañana del 8 de abril⁷⁴.

Ahora bien, a pesar de los interrogantes generados por los factores que acabamos de mencionar, la cuestión clave a resolver, dada la estructura particular de los delitos imputados, es la de determinar cuál fue la representación que se hizo el autor (sargento Gibson), así como la persona que dio la orden de efectuar el disparo (ya sea su superior inmediato el capitán Wolford o el teniente coronel Philip de Camps), sobre la naturaleza militar o civil del objetivo contra el que el proyectil fue disparado.

Como ya hemos señalado, resulta irrelevante cual era la naturaleza real de dicho objetivo puesto que en caso de error del autor sobre la misma nos encontraríamos con un error de tipo que, con independencia de su carácter vencible o invencible, no sería punible en un sistema como el del Estatuto de Roma en el que no se tipifica la comisión imprudente de los crímenes de guerra recogidos en el mismo – y menos aún en relación con los delitos de lanzar ataques contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado que requieren un tipo subjetivo más exigente que el general del art. 30 ER.

Del mismo modo, el hecho de que se hayan podido producir incumplimientos de las medidas de precaución requeridas por el art. 57 PA I – tales como la falta de transmisión por parte del Mando Central en Qatar, o del Mando de la tercera división de infantería en Bagdad, a las tripulaciones de los carros de combate (y a los jefes de compañía que los dirigían) de la información relativa a la concentración de corresponsales de guerra en el hotel Palestina y a las coordenadas de dicho hotel⁷⁵, o la no adopción de las medidas al alcance de la tripulación del carro de combate para verificar que el edificio sobre el que se proyectaba atacar (en este caso el edificio del hotel Palestina) no tenía un carácter civil⁷⁶ – resulta irrelevante puesto que en ningún caso parece que dicho incumplimiento haya podido ser tan flagrante como para que pueda hablarse de un ataque indiscriminado⁷⁷.

74 Informe del CPP.

75 Informe del CPP.

76 *Ídem*.

77 No parece que nos encontremos ante un supuesto en el que los autores tenían la sospecha

En consecuencia, si el sargento Gibson, el capitán Wolford y el teniente coronel Philip de Camps se representaron, como así manifiestan en sus declaraciones⁷⁸, que el proyectil iba dirigido contra un objetivo militar –ya se tratase de un observador, de un francotirador o incluso de una base iraquí para el lanzamiento de granadas instalada en la recepción del hotel⁷⁹– no quedará más remedio que analizar su posible responsabilidad penal a la luz de la ecuación de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva parece poco factible que los imputados se representaran como manifiestamente excesivas las pérdidas civiles incidentales que pudieran derivarse de su ataque en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada de la neutralización del observador, del francotirador o de la base iraquí para el lanzamiento de granadas.

En este sentido, hay que tener en cuenta, por una parte, que a pesar de los numerosos periodistas alojados en el hotel Palestina en el momento del disparo, la munición utilizada parece haber sido destinada a minimizar las posibles pérdidas civiles colaterales que pudieran derivarse del ataque. Así, la tripulación del carro de combate parece haber elegido un tipo de munición (incendiaria) dirigida a reducir los daños que otro tipo de munición (como por ejemplo la munición anti-blindaje) hubiera podido ocasionar al hotel⁸⁰. Como consecuencia, el ataque sólo produjo daños de consideración en las plantas catorce y quince del hotel Palestina, y, a pesar de los numerosos periodistas alojados en el momento del ataque en el interior del hotel, sólo un reducido número se vio seriamente afectado.

Por otra parte, la ventaja militar que se podía esperar del ataque varía dependiendo de cual fuese exactamente el objetivo militar contra el que se dirigió el mismo. Así, si lo que se pretendía era neutralizar un observador iraquí que desde uno de los edificios más altos de la parte oriental de la ciudad dirigía a través de la radio las coordenadas de fuego de los morteros y lanzagranadas iraquíes⁸¹, la ventaja militar esperada es sin duda considerable, sobre todo a

de que el objeto del ataque podría no constituir un objetivo militar y decidieron no adoptar ninguna medida de precaución a los efectos de evitar la confirmación de sus sospechas y de verse con ello obligados a suspender el ataque.

78 Informe del CPP.

79 *Ídem*.

80 *Ídem*.

81 *Ídem*.

la vista de los enfrentamientos que se habían producido esa misma mañana y de las dos bajas que el propio regimiento 64 había sustentado en el plazo de una hora⁸².

Lógicamente, la ventaja militar esperada sería inferior si lo que se pretendía neutralizar era un francotirador operando desde la parte superior del hotel Palestina que ya había herido a dos integrantes del regimiento 64 esa misma mañana; y todavía sería de menor consideración si de lo que se trataba era de destruir ciertos lanzagranadas situados en la recepción del hotel.

En cualquier caso, fuese cual fuese el objetivo militar que se perseguía, parece difícil afirmar desde una perspectiva estrictamente objetiva la inexistencia que toda duda razonable sobre el hecho de que las pérdidas civiles colaterales finalmente ocasionadas hayan sido “manifiestamente excesivas” a la luz de los objetivos militares que se dice se pretendía neutralizar. De esta manera, ni tan siquiera el resultado del ataque podría ser utilizado como elemento de prueba a los efectos de demostrar que los imputados tuvieron que haberse representado necesariamente el carácter “manifiestamente excesivo” de las pérdidas civiles colaterales que podrían derivarse de su ataque.

Por todo ello, considerando que el elemento clave para la determinación de la existencia o no de responsabilidad penal de los imputados es la aplicación que estos últimos hicieron de la ecuación de proporcionalidad, y dado que el art. 66 ER obliga a absolver a todo acusado a no ser que la Sala de Primera Instancia esté convencida de la culpabilidad del acusado “más allá de toda duda razonable”, parece poco factible que los mismos hayan incurrido en responsabilidad penal a la luz del Estatuto de Roma.

VI. CONCLUSIÓN

Las reflexiones vertidas en las secciones anteriores a la luz del caso Couso han pretendido mostrar los problemas jurisdiccionales y procesales, además de los derivados de la aplicación del principio de complementariedad y del umbral de gravedad, con que a buen seguro se enfrentarán quienes lleven ante la Corte casos aislados por crímenes de guerra. Sin duda, estos problemas debieron haber sido tenidos en cuenta por el legislador español antes de aprobar el más que problemático artículo 7 (2) de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre de 2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional,

82 *Ídem.*

que requiere al Ministerio Fiscal y a los órganos jurisdiccionales españoles de abstenerse de conocer y de remitir al denunciante o querellante a la Fiscalía de la Corte cuando los hechos objeto de su denuncia o querrela puedan dar lugar a responsabilidad penal conforme al Estatuto de Roma y no hayan sido presuntamente cometidos ni en territorio español ni por nacionales españoles⁸³.

Así mismo, las secciones precedentes muestran como la particular tipificación de los crímenes de guerra en el art. 8 ER (y en particular la relativa a los ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y a los ataques desproporcionados), así como el tratamiento que de ciertas figuras de la parte general realiza el Estatuto (como por ejemplo la exclusión de responsabilidad penal por errores de tipo vencibles), llevan a concluir la ausencia de responsabilidad penal a la luz del Estatuto de Roma por hechos como los que son objeto del caso Couso. Ahora bien, esto no significa necesariamente que los hechos objeto del caso Couso tampoco den lugar a responsabilidad penal conforme al ordenamiento jurídico español en cuanto que el abanico de conductas estrechamente ligadas a la existencia de un conflicto armado que son tipificadas por este último es, sin duda, más amplio.

83 Ver a este respecto, Olásolo Alonso, H., *Spain in The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance*, Lattanzi, F/ Kress, K.(eds.), Il Sirente/ Nomos, 2006, pp. 345-380.

EL ESTATUTO DE ROMA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS*

* Escrito con Alejandro Kiss, Ph.D y LL.M Universidad de Münster, Alemania. Letrado de la Corte Penal Internacional. El artículo ha sido publicado el 26 de diciembre de 2010 en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Criminet), núm. 12-13, pp. 13:1-13:37. Nota de los autores: las traducciones de porciones de decisiones de la CPI que aparecen en el texto principal ha sido elaborada por los autores. Salvo indicación en contrario, la referencia a “Artículos” que se efectúa en este texto corresponde a los artículos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La referencia a “Reglas” corresponde a las Reglas de Procedimiento y Pruebas. La referencia a “Normas” corresponde al Reglamento de la Corte. Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas a los autores y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional ni las de ninguna otra institución.

I. INTRODUCCIÓN

La posición procesal que el Estatuto de Roma les confiere a las víctimas no tiene precedentes en las jurisdicciones internacionales.¹ Tanto es así que en la literatura jurídica se indica con frecuencia que el carácter de “participante” que se les ha asignado representa la nota más saliente del propio Estatuto.² La idea de conferirles a las víctimas un rol en el proceso tuvo gran aceptación durante la negociación del Estatuto por ser expresiva de una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos a incrementar su participación.³

1 G. Bitti./H.Friman, ‘Participation of Victims in the Proceedings’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 471.

2 Ver al respecto, S.A. Fernandez de Gurmendi, ‘Definition of Victims and General Principles’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001, pp. 427 y ss; H Brady, ‘Protective and Special Measures for Victims and Witnesses’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001, 434 y ss; G. Bitti./H.Friman, ‘Participation of Victims in the Proceedings’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 459; J.R.W.D. Jones, ‘Protection of Victims and Witnesses Protective’, en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, 1357 y ss; C. Jorda/J. De Hemptinne, ‘The Status and Role of the Victim’, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (coords.) *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1387-1420, pp. 1390 y ss; D. Donat-Cattin, ‘Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings’, en O Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 869 y ss; y C. Stahn, H. Olásolo y K. Gibson, ‘Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 218 y ss, p. 219.

3 W.A., Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 172; y C. Jorda/J. De Hemptinne, ‘The Status and Role of the Victim’, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (coords.) *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1389. Véanse también los ‘Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones’, incluidos como anexo al documento: Comisión de Derechos Humanos, ‘ Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad - El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales: Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión, E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000. Véase en particular el principio 12. Ver también M.C.

Una abundante jurisprudencia, desarrollada en las situaciones y en los casos sobre los que la Corte ejerce su competencia, ha establecido los lineamientos básicos respecto de las dos preguntas fundamentales que plantea la condición de víctima en el proceso penal: *quiénes* pueden ser autorizados a participar como víctimas ante la CPI y *qué* pueden hacer una vez que han obtenido dicha autorización. En este trabajo se analizan las cuestiones más salientes de esta jurisprudencia.

Existe todo un ámbito de problemas, relativo a la justificación axiológica del otorgamiento de facultades procesales al ofendido, que no se aborda en este trabajo. El órgano primordialmente responsable de asegurar los valores fundamentales de la sociedad, cuando ello requiere la actuación de la justicia penal, es la Fiscalía. Este concepto goza de tanta aceptación como la idea contraria: los intereses de las víctimas a menudo difieren de los intereses de la Fiscalía.⁴ La discusión no es nueva y mucho menos patrimonio exclusivo del derecho penal internacional. En los discursos sobre la historia y la justificación del castigo penal, representa una idea afianzada de que la pena ha sustituido a su antecesor, la venganza privada, y de que la historia del derecho penal y de la pena puede ser leída como la historia de una larga lucha para impedir la venganza privada.⁵

Una reciente tendencia doctrinal y jurisprudencial, especialmente en sistemas nacionales de justicia, apoya la “devolución” de varias instancias de poder penal a las víctimas (que originalmente le habían delegado ese poder al Estado “con la finalidad de obtener la paz”) lo cual operaría como un contrapeso con respecto a la inactividad de los Estados. Ello se instrumenta a través de la concesión de un estatuto procesal en los juicios penales. Estas ideas, sin embargo, no pueden trasladarse al ámbito del derecho penal internacional sin

Bassiouni, ‘Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes’, en M.C. Bassiouni (coord.) *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers, 2002, p. 155.

- 4 W.A., Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 172-173; L. Scomparain, ‘Le “Victime du Crime et la Jurisdiction Pénale Internationale’, en M. Delmas-Marty/A. Cassese (coords.), *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, PUF, 2002, p. 335, desatiende la dimensión simbólica de la participación de víctimas. Ver también C. Jorda/J. De Hemptinne, ‘The Status and Role of the Victim’, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (coords.) *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1394 y ss.
- 5 L. Ferrajoli, *El derecho penal mínimo*, en VV.AA *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.

mayor análisis. Pues la inactividad del Estado es una de las razones que ha sustentado el surgimiento mismo de la CPI. En efecto, esa misma inactividad frente a los delitos más graves de “trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” ha justificado el desplazamiento hacia el plano internacional de una facultad que pertenece al núcleo fundamental de la soberanía de los Estados, el ejercicio (o no ejercicio) de la acción penal.

Si la protección de las víctimas frente a la inactividad estatal ha sido un componente esencial del establecimiento mismo de la CPI ¿era razonable concederles además una participación en el proceso ante la Corte? Aún cuando esta pregunta solo pueda responderse a largo plazo –pues requiere un detenido análisis de aquello que las víctimas hayan podido “obtener” a través de su participación– ciertas decisiones recientes de la CPI arrojan una tenue luz al respecto.⁶

Este aspecto se discutirá luego de analizar *quiénes* pueden ser autorizados a participar como víctimas ante la Corte, prestando particular atención a ciertas cuestiones que han sido particularmente controvertidas, como ser: (i) la consideración de las personas fallecidas como “personas naturales”; (ii) la vinculación entre las víctimas y los delitos imputados; (iii) las formas de “daño” que son relevantes para la definición del concepto de víctima; (iv) la distinción entre víctimas “directas” e “indirectas”; (v) la reevaluación, por parte de las Salas de Primera Instancia, de decisiones de las Salas de Cuestiones Preliminares que reconocen la condición procesal de víctima.

Una vez establecido quién puede ser víctima ante la Corte, el presente artículo aborda la cuestión de *qué* actividades pueden desempeñar en el proceso, con particular atención a: (i) las definiciones casuística y sistemática del estatuto procesal de víctima; (ii) el estatuto procesal de víctima en la etapa de investigación de una situación; (iii) el estatuto procesal de las víctimas en la audiencia de confirmación de cargos de un caso; (iv) el estatuto procesal de las víctimas durante el juicio oral; y (v) la intervención procesal de las víctimas con respecto al cambio de calificación jurídica de los hechos imputados.

6 Una visión crítica se puede encontrar en C. P. Trumbull, ‘The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings’, en *Michigan Journal of International Law*, Vol 29, pp. 777 y ss.

II. ¿QUIÉNES PUEDEN CALIFICAR COMO VÍCTIMAS EN LOS PROCESOS ANTE LA CPI?

La pregunta acerca de quiénes pueden ser autorizados a participar como víctimas ante la Corte no encuentra respuesta en el ER. La definición de este concepto se encuentra en las Reglas de Procedimiento y Pruebas, precisamente en la regla 85 RPP, que señala lo siguiente:

Definición de víctimas

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 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.

La jurisprudencia de las diferentes Salas de la CPI ha adoptado una interpretación uniforme en relación con varios aspectos de esta definición. En primer lugar, el concepto de “personas naturales” ha sido entendido como referido a “seres humanos”⁷ (se ha discutido, sin embargo, si una persona fallecida podría participar a través de sus representantes). En segundo lugar, el concepto de “organizaciones o instituciones” se ha interpretado como referido a personas jurídicas.⁸ En tercer lugar, la interpretación que se le ha dado al

7 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafo 80. Véase también *Situation in Uganda*, 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, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-101, de 10 de agosto de 2007, párrafo 105; *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Victim’s Participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 87.

8 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, 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,

concepto de “daño” incluye a los daños físicos, psicológicos y materiales.⁹ En cuarto lugar, se ha considerado necesario verificar una relación de causalidad entre los presuntos daños y el delito investigado.¹⁰

En cambio, otros elementos de la definición del concepto de víctima recogido en la regla 85 RPP han encontrado interpretaciones divergentes. Al análisis de las distintas interpretaciones se dedican las próximas secciones.

II.1. PERSONAS FALLECIDAS COMO VÍCTIMAS

De acuerdo con la regla 85 RPP, pueden considerarse víctimas aquellas “personas naturales” que han sufrido un daño. Las Salas han recibido numerosas solicitudes de participación presentadas en nombre de personas fallecidas - en particular, individuos que murieron como resultado de alguno de los delitos de la competencia de la CPI. La disposición de las Reglas de Procedimiento y Prueba que regula esta situación dice así:

Regla 89 (3) - También podrá presentar una solicitud a los efectos de la presente regla 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.

La jurisprudencia de la CPI no ha sido unánime en cuanto a cómo tratar estas solicitudes. La SCP I ha indicado que “las personas fallecidas no forman

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, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-423, de 24 de diciembre de 2007, párrafos 137 y ss. Véase también *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Victim’s Applications, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 enero de 2008, párrafo 87. Una “escuela” ha obtenido el estatus de víctima, como persona legal, a través de la siguiente decisión: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the applications by victims to participate in the proceedings, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1556-Corr-Anx1, de 16 de diciembre de 2008, párrafos 105, 110 y 111.

9 Ver el punto 2.3 más abajo.

10 *Situation in Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-1EN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafos 94 y 115-117. *Situation in Uganda*, 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, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-101, de 10 de agosto de 2007, párrafo 12; *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Victim’s Applications, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 enero de 2008, párrafos 90 y 91.

parte del concepto de ‘personas naturales’ según la Regla 85(a)”¹¹ y que por tanto “las solicitudes de participación hechas en nombre de personas fallecidas, en principio, han de ser rechazadas”.¹² Si quien envía la solicitud alega un daño moral propio como resultado de esa muerte, entonces la SCP I estudiará si corresponde reconocerle el estatuto procesal de víctima a esa persona, pero no a la fallecida.

Por su parte, la SCP III parece haber adoptado una posición sustancialmente diferente toda vez que ha dado curso a las solicitudes enviadas por los herederos de las víctimas cuya muerte fuera resultado de alguno de los delitos de la competencia de la Corte. Según la SCP III es “evidente” que una víctima no deja de ser tal por causa de su fallecimiento. Tal interpretación, sostiene la SCP III es “compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Si bien la víctima no puede participar personalmente en el proceso (porque ha fallecido) sus derechos pueden ser ejercitados por sus sucesores.¹³ La SCP III ha subrayado que según la jurisprudencia de la CIDH, el derecho a la “reparación” se transmite a los herederos por sucesión. Por tanto, según la SCP III, la interpretación que admite la participación de víctimas fallecidas es compatible con los estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente (art. 21(3) ER). De ahí que sea legítimo que los sucesores puedan participar en el proceso penal para probar la culpabilidad del acusado a fin de salvaguardar de esta manera posibles reparaciones futuras.

En el núcleo de esta controversia se encuentra la regla de interpretación prevista en el art. 21(3) ER que indica que la aplicación e interpretación del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba debe efectuarse de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Así, la SCP I parece haber respondido negativamente a la cuestión de si la participación “en representación de un difunto” es una “interpretación” posible de la regla 89(3) RPP pues, tal como ha señalado, ninguna disposición prevé el envío de solicitudes en representación de personas fallecidas. La regla 89(3)

11 *Situation in Darfur*, 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, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-111-Corr, de 14 de diciembre de 2007, párrafo 36.

12 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on 97 applications for participation at the Pre-Trial Stage of the case, Pre-Trial Chamber, 10 junio de 2008, ICC-01/04-01/07-579, párrafo 63.

13 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth decision on victims participation, Pre-Trial Chamber III, ICC 01/05-01/08-320, de 12 de diciembre de 2008, párrafos 39-52.

RPP limita la presentación de solicitudes “en representación de víctimas” a los casos de solicitudes en representación de niños e incapaces más la presentación de solicitudes enviadas “con el consentimiento” de la víctima.

Las Salas de Primera Instancia han desarrollado una jurisprudencia divergente en este punto. Se ha permitido la participación de víctimas fallecidas en los supuestos en que hubieran muerto después de haber presentado ellas mismas ante la CPI una solicitud de participación.¹⁴

Esta última interpretación podría estar convalidada por el tenor literal de la regla 89(3) RPP si se argumentara que quien presenta una solicitud de participación consiente a que dicho estatuto procesal sea ejercitado por sus herederos *post mortem*. Detrás de esta última interpretación subyace el entendimiento de que la regla 89(3) RPP regula dos tipos de casos. En primer lugar, el de una solicitud presentada por una persona que actúe con el consentimiento de la víctima. En segundo lugar, el de una solicitud presentada por una persona que actúe en representación de un niño o de una persona discapacitada. Tal interpretación toma debida cuenta de que los niños y (algunos) incapaces no pueden prestar un “consentimiento” legalmente válido para que una persona los represente en los procesos penales ante la CPI. Sin embargo, las limitaciones previstas en el segundo supuesto (representación de niños e incapaces) no son aplicables al primer supuesto, que prevé la participación de individuos con el consentimiento de la víctima.

De esta manera, podría decirse que la mientras que el ejercicio del estatuto procesal de una víctima menor de edad o incapaz por parte de una persona que actúa “en representación” no requiere el consentimiento de aquéllos, el ejercicio del estatuto procesal de víctima por parte de terceros “con el consentimiento” de la víctima (el cual no se limita a menores y personas con discapacidad) podría incluir también el supuesto de personas fallecidas que hubieran prestado dicho consentimiento antes de fallecer. En este último caso, sin embargo, la Sala debería ser persuadida de que las víctimas difuntas han prestado efectivamente su consentimiento para que terceras personas ejerciten su estatuto procesal tras su fallecimiento.

14 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the treatment of applications for participation, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07-933-ENG, de 2 de febrero de 2009, párrafos 40-42 y Motifs de la deuxième décision relative aux demandes de participation de victimes à la procédure, ICC-01/04-01/07-1737, de 22 de diciembre de 2009, párrafos 30-32.

II.2. VÍCTIMAS NO RELACIONADAS CON LOS DELITOS IMPUTADOS

El estatus de víctima, según la regla 85 RPP, se aplica a quienes hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de “algún crimen de la competencia de la Corte”. Los jueces de la SPI I, en una decisión dividida que tuvo lugar el 18 de enero de 2008,¹⁵ sostuvieron que esta vinculación genérica (“algún crimen de la competencia de la Corte”) no impone la necesidad de una relación entre los delitos imputados en el escrito de acusación de la Fiscalía y el daño alegado por quien pretende ejercer el estatuto procesal de víctima en el proceso penal.

Esto significa, conceptualmente, que quienes proporcionen suficientes pruebas para demostrar que *prima facie* han sufrido un daño como resultado de un crimen de lesa humanidad presuntamente cometido en el territorio de Colombia en 2003 podrían ser adjudicatarios del estatuto procesal de víctima en la situación en la República Democrática del Congo (RDC), Uganda, la República Centroafricana y Darfur, así como en el caso contra Omar Al Bashir. De esto no se sigue, sin embargo, que la SPI I haya otorgado a quienes forman parte de esta amplia categoría el derecho efectivo a participar en un caso específico. Como se detallará más adelante, la SPI I requiere, como condición para poder participar en una actuación procesal específica, que las víctimas realicen una segunda solicitud en la que demuestren que sus intereses personales se ven afectados por la actuación procesal en la que pretenden intervenir.¹⁶ De esta manera, el número potencial de intervinientes en las actuaciones procesales resultaría limitado “operativamente”, aunque no “conceptualmente”.¹⁷

Ahora bien, aun cuando el número de víctimas que intervienen activamente en las actuaciones no se incrementa significativamente, lo cierto es, tal y como se señala en el Voto Particular a la decisión de 18 de enero de 2008, que los jueces estarían tomando decisiones más allá del objeto procesal sobre el cual tienen competencia si efectuasen comprobaciones fácticas que superasen los delitos imputados en el escrito de acusación de la Fiscalía. La Sala estaría

15 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Victim’s Applications, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos párrafos 93 a 95.

16 *Ibid*, párrafo 86.

17 La SPI I, tras definir en términos amplios el concepto de víctima, ha desarrollado los criterios para limitar el número de víctimas que han de participar efectivamente. Así, solo aquellas que pudieran demostrar un vínculo con la prueba que se introduce y discute durante las audiencias estarían autorizadas a participar en el juicio.

en este caso actuando *ultra vires*, tal como se ha observado en otros trabajos que comentan esta decisión de la SPI I.¹⁸

Por su parte, la SCP I ha interpretado la regla 85 RPP de una manera muy diferente. Según la SCP I, esta regla contiene una definición de “víctima” aplicable a las diferentes etapas del proceso ante la CPI.¹⁹ Para establecer qué personas físicas y jurídicas pueden considerarse víctimas en una fase determinada del proceso es necesario distinguir el objeto específico de dicha etapa. Esto conduce a la diferenciación entre “víctimas de la situación” y “víctimas del caso”.²⁰

Conforme esta distinción, sólo se le puede otorgar el estatus procesal de víctima en las investigaciones en República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana y Darfur a las personas naturales y jurídicas que muestren, *prima facie*, que han sufrido daños como resultado de alguno de los delitos de la competencia de la CPI supuestamente cometidos dentro de los parámetros temporales, territoriales y personales que definen dichas situaciones.²¹ Más adelante se detallará que, según la jurisprudencia la Sala de Apela-

18 H. Friman, ‘The ICC and victim participation, a third party to the proceedings?’, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, Vol. 2009, p. 491.

19 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafo 65. *Situation in Uganda*, 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, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-101, de 10 de agosto de 2007, párrafos 83 a 88. Ver también, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 109.

20 Sobre esta distinción ver, H. Olásolo, ‘La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional’, in *La Ley*, Madrid (España), Núm. 6343, de 20 de octubre de 2005, pp. 1-7. Ver también, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafos 65 y 66; y *Situation in Uganda*, 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, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-101, Doc. Num. ICC-02/04-101, de 10 de agosto de 2007, párrafo 9.

21 *Situation in Darfur*, 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, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-111-Corr, de 14 de diciembre de 2007, párrafo 49. *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for

ciones, en esta etapa la participación de víctimas se limita a ciertas actividades procesales específicas.

Una vez que como resultado de las investigaciones de las situaciones arriba mencionadas surja un caso (mediante la emisión de una orden de detención o de una citación para comparecer) sólo cabe reconocer el estatus de víctimas a las personas físicas y jurídicas que muestren *prima facie* que han sufrido daños como resultado de alguno de los delitos de la competencia de la Corte cometidos en los incidentes específicos incluidos en la orden de detención o en la citación para comparecer (y, posteriormente, recogidos en el escrito de acusación).²²

En la decisión del 11 de julio de 2008, la Sala de Apelaciones (SA) ha rechazado la posición adoptada por la mayoría de los jueces de la SPI I. Tal

Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-TEN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafo 68. *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, 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, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-423, de 24 de diciembre de 2007, párrafos 4 y 5.

22 Esta es la razón por la cual SCP I solo le ha concedido el estatus de víctimas en la fase de investigación del caso *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* a quienes pudieran demostrar *prima facie* haber sufrido un daño como resultado de la comisión de cualquiera de los delitos incluidos (i) en las órdenes de arresto dictadas los días 2 a 6 de Julio de 2007 contra *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*; y con posterioridad (ii) en el documento en que se formulan los cargos presentado por la Fiscalía en 29 de febrero de 2008 – es decir, quienes puedan demostrar *prima facie* que fueron victimizados en el ataque conjunto que el *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (“FNI”) y el *Force de Résistance Patriotique en Ituri* (“FRPI”) efectuaron sobre la villa de Bogoro el 24 de febrero de 2003. Ver *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-357, de 31 de marzo de 2008. La SCP I ha seguido el mismo criterio en el caso *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo* (ver en particular: 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, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-228, de 28 de julio de 2006.

como se había sostenido en el Voto Particular reseñado,²³ la SA resolvió que solo pueden ser víctimas de un caso quienes puedan *prima facie* demostrar que han sufrido daños como resultado de alguno de los delitos imputados al acusado.²⁴

II.3. EL CONCEPTO DE DAÑO EN LA REGLA 85 RPP

Según la regla 85 RPP, uno de los elementos constitutivos de la definición de víctima es que ésta tiene que haber sufrido un “daño”. El concepto de “daño” no se encuentra definido en el Estatuto. Sin embargo existe jurisprudencia de la CPI en cuanto a las fuentes de interpretación y la definición misma de este concepto.

En particular, se ha argumentado que los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, proporcionan una fuente legítima de interpretación. Los principios fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005. El Principio 8 dice lo siguiente:

8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

23 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, voto particular del Juez René Blattmann, párrafo 7.

24 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, de 11 de julio de 2008, párrafos 53-65.

La SCP I ha tomado en cuenta los principios básicos para la interpretación del concepto de “daño” referido en la regla 85 RPP. Sin embargo, no ha incluido al “menoscabo sustancial de los derechos fundamentales” de la víctima como una forma pertinente de daño. Por el contrario, se ha limitado a indicar que el “daño” puede tomar la forma de “sufrimiento emocional”, “daño físico” o “pérdida económica”.²⁵

Los principios básicos también fueron considerados como una fuente legítima de interpretación por la mayoría de los jueces de la SPI I en el caso *Lubanga*. Tal incorporación, sostuvo la SPI I, resulta de que según el art. 21(3) ER la aplicación e interpretación del derecho deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.²⁶ Sin embargo, apartándose de la jurisprudencia de la SCP I, la Mayoría de la SPI I ha resaltado que las lesiones físicas o mentales, el sufrimiento emocional, las pérdidas económicas y el menoscabo sustancial de los derechos fundamentales son todas formas pertinentes de daño.²⁷ En el Voto Particular a esta decisión se argumenta, en cambio, que el Principio 8 de los Principios Básicos fue originariamente incluido en el proyecto de Estatuto que se presentó ante la Conferencia Diplomática de Roma en una nota de pie de página. Sin embargo, debido a la falta de apoyo esa mención fue retirada del Estatuto.²⁸ Por tanto, se concluye, los Prin-

25 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafo 172. Las delegaciones consideraron que la inclusión de la frase “menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales” en las Reglas generaría una definición demasiado amplia: véase S.A. Fernández de Gurmendi, ‘Definition of Victims and General Principles’, en RS Lee (coord.) *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001, p. 432.

26 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos 35 y 92. La doctrina señala que esta norma ha sido una de las más discutidas durante la Conferencia de Roma y que su finalidad era maximizar los derechos de acusado. Se advierte que, a pesar de que fue introducida con la intención de *limitar* la discrecionalidad de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley, la norma tiene un importante potencial para *ampliar* las facultades de los jueces. Véase, M. M. McAuliffe deGuzman, ‘Article 21 Applicable law 701’, en O Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing y Verlag C.H. Beck, Oxford y Munich, 2 ed., 2008, pp. 701-712, p. 711.

27 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 35.

28 Véase S.A. Fernández de Gurmendi, ‘Definition of Victims and General Principles’, en RS

cipios no han de gozar de ninguna autoridad para la delimitación y definición legal del concepto de daño.²⁹

La SA confirmó que la referencia a los Principios de 2005 es legítima con fines de “orientación”. Sin embargo, al describir las formas pertinentes de daño se ha referido al daño material, físico y psíquico.³⁰ La noción más amplia de “menoscabo sustancial de los derechos fundamentales” no ha sido confirmada como una forma pertinente de daño en la jurisprudencia de la SA.³¹

II.4. VÍCTIMAS INDIRECTAS

Otra de las cuestiones que han generado controversia consiste en determinar si pueden considerarse como víctimas a las personas físicas que hubieran sufrido “daños indirectos” como resultado de los delitos imputados. En la decisión del 18 de enero de 2008, la SPI I ha resuelto que el párrafo (b) de la regla 85 RPP, que requiere que los daños estén directamente vinculados con el delito, sólo es aplicable a las personas jurídicas.³² Al contrario, este requisito no sería aplicable a las personas físicas.

En un caso como el seguido contra *Thomas Lubanga*, en el cual se alega la comisión del delito de alistamiento, reclutamiento y uso de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, la interpretación que se atribuya a los conceptos de víctima y de daño indirecto puede generar notables consecuencias. Esta cuestión fue planteada como resultado de que la Secretaría recibiera cerca de 200 solicitudes presentadas por personas que sostenían haber sufrido daños como resultado de acciones delictivas presunta-

Lee (coord.) *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001, p. 428 y ss.

29 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, voto particular del juez René Blattmann párrafos 4 y 5.

30 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, de 11 de julio de 2008, párrafo 33.

31 *Ibíd.*, párrafo 32.

32 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 91. Ver también *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Indirect Victims, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1813, de 8 de abril de 2009.

mente cometidas por niños soldados.³³ ¿Se puede considerar a estas personas como víctimas de los delitos de alistamiento, reclutamiento y uso de niños soldados?

Las SCP I y SCP II han mantenido que, a pesar de que la referencia al daño directo se encuentra reflejada únicamente en la regla 85(2) RPP, también las personas naturales deben haber sufrido un daño conectado *directamente* con los delitos imputados para calificar como víctimas. La única excepción a ello se ha aceptado frente a quienes puedan demostrar *prima facie* haber sufrido daños cuando intentaban (i) prevenir la comisión del delito; (ii) poner fin al delito; o (iii) ayudar a las víctimas directas del delito.³⁴ Es decir, no se ha expresado que “las víctimas de los niños soldados” pudieran ser víctimas en el proceso seguido contra quien, presuntamente, los reclutó, alistó o utilizó de manera ilícita.

En su decisión de 11 de julio de 2008 la SA ha subrayado lo siguiente:

La Sala de Apelaciones considera que el daño sufrido por una persona natural es un daño a dicha persona, es decir, daño personal. Los daños materiales, físicos y psicológicos son formas de daño que están comprendidas en la regla si los ha sufrido personalmente la víctima. El daño sufrido por una víctima como resultado de la comisión de un crimen comprendido en la competencia de la Corte puede dar lugar a un daño sufrido por otras víctimas. Esto es evidente, por ejemplo, cuando hay una estrecha relación personal entre las víctimas, como la relación entre un niño soldado y los padres de dicho niño. El reclutamiento de un niño soldado puede provocar un sufrimiento personal tanto al niño de que se trata como a sus padres. Es en este sentido que la Sala de Apelaciones entiende la afirmación de la Sala de Primera Instancia de que “las personas pueden ser víctimas directas o indirectas de un crimen comprendido en la competencia de la Corte”. La cuestión que debe determinarse es si el daño sufrido es personal al individuo. Si lo es, puede vincularse tanto con las víctimas directas como con las indirectas. La determinación de si una persona ha sufrido un daño como resultado de un crimen comprendido en

33 *Ídem.*

34 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06, Pre-Trial Chamber, ICC-01/04-01/06-228-tEN, de 28 de julio de 2006, p. 8. Ver también *Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-357, de 31 de marzo de 2008.

la competencia de la Corte o no, y, por consiguiente, si es una víctima ante la Corte o no, tendrá que hacerse a la luz de las circunstancias particulares.³⁵
[...]

Consiguientemente, la Sala de Apelaciones confirma la conclusión de la Sala de Primera Instancia en la medida en que la Sala de Primera Instancia determinó que el daño sufrido por las víctimas no tiene necesariamente que ser directo y enmienda la decisión en el sentido de añadir que el daño sufrido por una víctima solicitante a los efectos del apartado a) de la regla 85 debe ser un daño personal.³⁶

La SPI I ha efectuado una refinada interpretación en aplicación de la decisión de la SA, en tanto ha concluido lo siguiente:

Están sin embargo excluidos de la categoría de “víctimas indirectas” quienes hubieran sufrido daños como resultado de una conducta (subsiguiente) de las víctimas directas. La finalidad de los juicios ante la CPI, según la Sala de Apelaciones, “es la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado en razón de los delitos que han formado parte de los cargos” y si se lee el artículo 68(3) en conjunto con las reglas 85 y 89 (1) resulta que solo podrían participar en el juicio aquellas víctimas “de los crímenes que formaron parte de los cargos”. Los cargos confirmados contra el acusado, en este caso, se limitan a la conscripción, el alistamiento y el uso niños para participar activamente en hostilidades. Las víctimas indirectas, por tanto, se circunscriben a aquellas cuyos daños estén vinculados a los daños sufridos por los niños afectados por los delitos confirmados y no abarca aquellas cuyo daño esté vinculado a cualquier conducta posterior, sea o no delictiva, cometida por esos niños. Aun cuando pudiera existir un solapamiento fáctico entre la utilización de niños para participar activamente en las hostilidades y el ataque que esos niños pudieran efectuar sobre otros, la persona atacada por un niño soldado no es una víctima indirecta en este sentido porque el daño que sufre no está vinculado con los daños que se les infligieron a los niños cuando se cometió el delito.³⁷

De ello resulta que, según la SPI I, únicamente podrían calificarse como “víctimas indirectas” quienes hubieran sufrido daños como resultado de los

35 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, de 11 de julio de 2008, párrafo, 32.

36 *Ibid*, párrafo 39.

37 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Indirect Victims, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1813, de 8 de abril de 2009.

daños sufridos por las víctimas directas (como ser los parientes cercanos de las víctimas directas) y quienes sufrieron daños al intentar prevenir que las víctimas directas sufrieran daños. Por el contrario, quienes sufrieron daños como resultado de la conducta subsiguiente de las víctimas directas (una persona herida por un niño reclutado) no pueden ser considerados como víctimas indirectas en el proceso penal contra *Thomas Lubanga*.³⁸

II.5. LA RE-EVALUACIÓN POR LAS SPIs DE LAS DECISIONES DE LAS SCPs QUE AUTORIZAN LA PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS

Una vez que los jueces han decidido que determinada persona, sea ésta natural o jurídica, posee el estatus de víctima en un proceso tal decisión es válida, ciertamente, con respecto a la etapa del proceso en la que esa decisión se ha tomado. Es decir, si son los jueces de las SCP los que conceden el estatus la persona beneficiaria podrá actuar en el proceso previo al juicio. Si tal decisión es tomada por los jueces de la SPI la persona beneficiaria podrá participar en el juicio.

Una de las cuestiones problemáticas en cuanto a la determinación de quién puede participar en el proceso se plantea en torno a si la SPI tiene la

³⁸ Recientemente se ha argumentado que el comportamiento de niños soldados es errático e impredecible, lo cual los hace especialmente peligrosos para terceros. Si se les facilitan drogas, ellos se vuelven más obedientes y cometen actos que no perpetrarían en circunstancias normales. Así, los niños soldados sufren daños, por ejemplo psicológicos, como consecuencia de su participación en las hostilidades. Se argumenta entonces que el *daño* subsiguiente que ellos provocan sobre terceras personas como consecuencia de su conducta sí está ligado causalmente al *daño* que ellos mismos sufren por ser utilizados en hostilidades. Véase, vs Spiga, 'Indirect Victims' Participation in the Lubanga Trial', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8 (2010), p. 192. Esta interpretación no es persuasiva. El comportamiento impredecible o la reacción violenta ante la ingesta de estupefacientes no es, planteada de modo general, una *consecuencia* del uso de niños para participar en hostilidad sino una *causa* de este fenómeno. Esa propensión a reaccionar de manera audaz es valorada por quienes reclutan niños como motivo para alistarlos en fuerzas armadas, y luego emplearlos en hostilidades. Desde esta perspectiva, por tanto, el nexo que exige la jurisprudencia de la SA (*The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, de 11 de julio de 2008, párrafo, 32) no se verifica. Si la cuestión es planteada en cambio en términos particulares (la relación entre el daño a un tercero y una conducta especialmente violenta que encuentra su causa eficiente, por ejemplo, en determinada ingesta de narcóticos) las exigencias probatorias harían inviable la verificación del nexo exigido por la SA.

obligación de reevaluar las decisiones tomadas por las SCPs que conceden el derecho a participar en el proceso. Sobre este punto, la jurisprudencia de las diferentes SPI no es unánime.

La SPI I ha decidido reevaluar todas las solicitudes que fueron autorizadas en la fase de cuestiones preliminares.³⁹ La SPI II, en cambio, decidió que quienes gozasen del estatus procesal de víctima por decisión de la SCP se encuentran legitimados para ejercitar el estatuto procesal ante la SPI, de manera que no es necesario reevaluar sus solicitudes.⁴⁰ Excepcionalmente, sin embargo, tal reevaluación es considerada necesaria cuando (i) se hubiera conferido estatus de víctima en relación con un delito que no fue confirmado por la SCP competente, o bien (ii) nuevas pruebas presentadas ante la SPI indicase que las decisiones anteriores estaban basadas, por ejemplo, en documentos nulos.⁴¹

La interpretación adoptada por la SPI II se ajusta adecuadamente al lenguaje de la norma 86(8) del Reglamento de la CPI. Una vez reconocido el estatus procesal de víctima por una Sala de la CPI, esa decisión debe aplicarse en todos las fases procesales subsiguientes en el mismo caso.⁴² Desde el punto de vista práctico esta interpretación ha permitido, además, preservar tiempo y recursos al evitar la reevaluación de las 57 solicitudes autorizadas por la SCP I.⁴³

39 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the applications by victims to participate in the proceedings, Trial Chamber, ICC-01/04-01/06-1556, de 15 de diciembre de 2008, párrafos 54-59 y 137. Según el último párrafo citado, la Sala les concedió ella misma a esas cuatro víctimas el estatus de participantes.

40 *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the treatment of applications for participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-933-tENG, de 26 de febrero de 2009, párrafo 10.

41 *Ibid*, párrafos 11 y 12. En estos párrafos la SPI II desarrolla dos excepciones a este principio, basadas en que (i) uno o más participantes hubieran obtenido el estatus de víctimas durante el proceso ante la SCPs sobre la base de delitos que no fueron confirmados por la SCP; o bien (ii) nueva información que surge durante la fase de juicio y es puesta a disposición de la SPI rechaza su calidad de víctimas.

42 La norma 86(8) del Reglamento de la CPI dice lo siguiente: Las decisiones adoptadas por una Sala conforme a la regla 89 se aplicarán durante toda la tramitación de la misma causa, con sujeción a la facultad otorgada a la Sala pertinente por la subregla 1 de la regla 91 RPP.

43 *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the treatment of applications for participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-933-tENG, de 26 de febrero de 2009, párrafo 13. Sobre las críticas que ha cosechado el tiempo y los recursos invertidos en la administración del sistema de participación de víctimas ver C. H. Chung, 'Victims' Participation at the International Criminal Court: Are Concessions of the Court Clouding the

La posición adoptada por la SPI I tiene la ventaja de que asegura que quienes son reconocidos como víctimas en una fase concreta del proceso satisfacen los criterios que la Sala competente para dirigir esa etapa procesal considera adecuados para el otorgamiento de dicho estatus. Además, ello garantiza que solicitantes en las mismas condiciones no reciban un tratamiento diferente como consecuencia de las distintas interpretaciones sostenidas por las SCPs y las SPIs.

En este sentido, parece que lo más adecuado sería combinar los aspectos positivos de ambas interpretaciones, dado que el tenor literal de la ley lo permite. Esto puede conseguirse introduciendo una excepción adicional a aquellas descritas por la SPI II, de manera que quepa proceder a la reevaluación si la interpretación por las SPIs de los criterios necesarios para el reconocimiento del estatuto procesal de víctima conduce a denegar el reconocimiento previamente concedido por la SCP competente.

III. ¿QUÉ ACTIVIDADES PUEDEN DESEMPEÑAR LAS VÍCTIMAS DURANTE LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN DE UNA SITUACIÓN, CONFIRMACIÓN DE CARGOS, JUICIO ORAL Y APELACIONES?

Como se decía en la introducción de este trabajo, el ER, en línea con una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos, prevé la *participación* de víctimas en el proceso penal. Por cierto, en las legislaciones nacionales afines al sistema romano germánico esta idea no es desconocida. Con frecuencia, los códigos procesales prevén la posibilidad de que las víctimas inclusive actúen como parte querellante en el proceso. Por lo general, en cambio, los sistemas cercanos al Common Law les adjudican a las víctimas un estatuto procesal mucho más limitado.⁴⁴

Promise?', en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 6, Núm 3, 2008, p. 506.

44 Ver M. Funk, *Victim's rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2010, p. 19 y ss. En efecto, en los sistema Romano-Germánicos se les permite con frecuencia interrogar testigos, ofrecer prueba, plantear solicitudes y requerir que se lleven a cabo pesquisas adicionales. En el derecho de Estados Unidos de América, en cambio, las víctimas y sus familiares tienen la facultad de participar en el proceso penal y ser escuchadas a través de las "declaraciones de impacto sobre las víctimas". Las víctimas pueden hacer declaraciones con anterioridad al establecimiento de la pena. Ello les permite expresar de qué manera y en qué medida han resultado afectadas por el delito.

En ámbito del derecho internacional de los derechos humanos la jurisprudencia de la Corte Americana de Derechos Humanos⁴⁵ y la Corte Europea de Derecho Humanos⁴⁶ ha avanzado en la concesión de prerrogativas a las víctimas. Esta tendencia, sin embargo, no había sido acogida por los tribunales internacionales que le precedieron a la Corte y tampoco fue plasmada en los estatutos de los tribunales que le sucedieron. En efecto, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ETPY) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPR) limitan el rol de la víctima durante el proceso a la participación como testigo, en decir, como fuente de prueba. En materia de reparaciones, la facultad de los jueces de los TPIY y TPIR se limita a ordenar la restitución de propiedad obtenida ilícitamente a sus legítimos dueños. La Corte Especial para Sierra Leona tampoco prevé, en sus textos legales, la posibilidad participación ni les confiere a sus jueces autoridad alguna en materia de reparaciones.

El ER establece que las víctimas son participantes en el proceso penal, lo cual las distingue de las partes propiamente dichas (que son la fiscalía y la defensa). Las víctimas tienen un estatuto procesal que, comparado con el de las partes, es significativamente menor. Por ejemplo, las víctimas no tienen derecho a apelar decisiones interlocutorias de las SCPs y SPIs lo cual está reservado a las partes.⁴⁷ En definitiva, el estatuto procesal de la víctima ante la CPI es comparativamente más extenso que el que se le adjudica en los sistemas afines al Common Law y más reducido que el que usualmente poseen en los

45 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha sostenido que los familiares de la víctima tienen el derecho a saber la verdad de lo que les ocurrió a sus seres queridos y que la denegación de este derecho constituye una denegación de justicia y de un recurso efectivo (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4).

46 La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha responsabilizado a Turquía por no haberles notificado a las víctimas las razones por las cuales la fiscalía, en uso de sus facultades discrecionales, decidió no llevar adelante la acción penal *Gulec vs Turkey*, 28 E.H.R.R. 121, 82 (1998); *Ogur vs Turkey*, App. No. 21594/93, 92 (1999).

47 En cambio, sí pueden presentar sus observaciones ante la Sala de apelaciones siempre y cuando, claro está, alguna de las partes haya interpuesto un recurso. La participación de las víctimas en las apelaciones interpuestas por las partes depende, según la jurisprudencia de la SA, de que sus intereses se puedan ver afectados en las cuestiones que trata la SA, que su participación sea apropiada y que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. En definitiva, depende que se cumplan los requisitos del Artículo 68 (3), a los que se dedican los párrafos siguientes en el texto principal.

sistemas de origen Romano-Germánico. En los siguientes párrafos se examina con detalle el contenido de este estatuto procesal.

III.1. DETERMINACIÓN SISTEMÁTICA Y CASUÍSTICA DEL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS

El estatuto procesal atribuido a las víctimas durante la etapa de investigación de una situación y las fases de confirmación de cargos y juicio oral constituye en la actualidad uno de los temas centrales de debate ante la CPI. Los arts. 15 (3), 19 (3) y 75 ER se refieren únicamente a la posición procesal de las víctimas en el procedimiento de activación de la competencia de la Corte así como en los incidentes de inhibición y reparación y por lo tanto no especifican lo que las víctimas pueden hacer en el proceso. En consecuencia, la “única” disposición que rige esta materia es el art. 68 (3) ER, que dice 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. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Esta norma atribuye a las Salas de la CPI un amplio grado de discreción para determinar (i) en qué fases del juicio pueden participar y (ii) cuál es su estatuto procesal.⁴⁸ Las Salas se encuentran sujetas tan solo a dos criterios generales en el ejercicio de esa discreción. En primer lugar, las víctimas sólo

48 Al respecto, G. Bitti/H.Friman, ‘Participation of Victims in the Proceedings’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 457, explican que la definición de la posición procesal de las víctimas se dejó, durante la negociación de Estatuto, en manos de las Salas como consecuencia de que se temía que el elevado número de víctimas hiciera impracticable el proceso penal. El mismo argumento parece en D. Donat-Cattin, ‘Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings’, en *Commentary on Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, 1999, pp. 869-888, pp. 880-882. Como lo señala G. de Beco, ‘La Participation des Victimes à la Procédure devant la Cour Pénale Internationale’ en *Revue de Droit Pénale et de Criminologie*, Vol. 87, 2007, p. 798, la cuestión está vinculada con el carácter más o menos adversarial con el que se diseña el proceso. Así, los sistemas predominantemente adversariales reducen la participación de víctimas, mientras que los que son menos adversariales, aún cuando fueran acusatorios, les conceden un rol más activo.

tienen derecho a intervenir “en las fases del juicio que [las Salas] considere[n] convenientes” siempre y cuando se vean afectados sus “intereses personales”. En segundo lugar, sólo tienen derecho a 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”.

Por su parte, las reglas 89 a 93 RPP no establecen ningún criterio adicional que deba ser seguido por las Salas en el ejercicio de su discrecionalidad.⁴⁹ Dichas reglas se limitan a señalar que las víctimas, a través de sus representantes legales, pueden en su caso participar en las audiencias y formularles preguntas a los testigos.

Las Salas han adoptado hasta la fecha distintas interpretaciones del art. 68 (3) ER. De acuerdo con las SCPs I, II y III, el concepto de “intereses personales” incluye aquellos intereses que son comunes a todas las víctimas: como, por ejemplo, la comprobación de los hechos en los que han sido presuntamente perjudicadas, la identificación y enjuiciamiento de los presuntos autores y el aseguramiento de las reparaciones.⁵⁰

49 Las Reglas 89 y 90 reglamentan los contenidos de las postulaciones de víctimas y su representación legal. La Regla 91 indica que “2. El representante legal de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90. Ello incluirá la participación en las audiencias a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de opinión de que la intervención del representante legal deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito haga el representante legal de las víctimas.” La Regla 91 también contiene el procedimiento que debe seguirse para solicitar permiso para interrogar testigos durante las audiencias. La Regla 92 refiere a la notificación de decisiones. Finalmente, la Regla 93 le concede a las Salas discrecionalidad para solicitar las observaciones de las víctimas en relación con cualquier tema que se plantee en el proceso. Al respecto véase G. Bitti./H.Friman, ‘Participation of Victims in the Proceedings’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 460-474.

50 *Situation in the Republic Democratic de Congo*, 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 el SCP I el 17 de enero de 2006 en la situación en la República Democrática del Congo, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-EN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafos 63 y 72; *Situation in Uganda*, 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, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-101, Doc. Num. ICC-02/04-101, de 10 de agosto de 2007. párrafos 9-11; *The Prosecution vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth Decision on Victims’ Participation, Pre-

Para estas SCPs, el análisis de si resultan afectados los intereses personales de las víctimas debe llevarse a cabo en relación con las distintas *fases del proceso penal* ante la CPI (investigación de una situación, actuaciones relativas a la confirmación de cargos, juicio oral), y no en relación con *actos procesales específicos* o los elementos de prueba en particular.⁵¹ En consecuencia, una vez que se comprueba que los intereses personales de las víctimas se pueden ver afectados en una fase determinada, dicha fase debe ser considerada automáticamente como “apropiada” para que las víctimas presenten sus “opiniones y observaciones” (es decir, para que intervengan en las actuaciones relativas a dicha fase procesal).⁵² El paso siguiente es, entonces, definir el contenido del estatuto procesal de víctima durante dicha fase del proceso “de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial”.⁵³ Una vez definido el contenido de dicho estatuto, todas aquellas personas naturales o jurídicas a quienes se les haya reconocido tendrán, salvo en los casos de anonimato, las mismas oportunidades procesales de intervenir en las actuaciones. Esta interpretación del art. 68 ER da lugar a lo que entendemos constituye una “determinación sistemática” del estatuto procesal de víctima.⁵⁴

-
- 51 Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-320, de 12 de diciembre de 2008, párrafos 90 y 91. *Situation in Darfur*, Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-121, de 6 de febrero de 2008, p. 6; *The Prosecution vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Third Decision on the Question of Victims’ Participation Requesting Observations from the Parties, Pre-Trial Chamber III, 01/05-01/08-253, de 17 de noviembre de 2008, párrafos 6 y 7; *The Prosecution vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth Decision on Victims’ Participation, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-320, de 12 de diciembre de 2008, párrafos 84, y 92 y ss.
- 52 *Situation in Darfur*, Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-121, de 6 de febrero de 2008 por la SCP I en la situación en Darfur p. 6. La SCP III ha llegado implícitamente a conclusiones similares en cuanto al estadio preliminar del proceso correspondiente a un caso en (la fase de la confirmación de cargos); ver *The Prosecution vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth Decision on Victims’ Participation, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-320, de 12 de diciembre de 2008, párrafos 87- 94.
- 53 *Situation in Darfur*, Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-121, de 6 de febrero de 2008, p. 9; *The Prosecution vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth Decision on Victims’ Participation, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-320, de 12 de diciembre de 2008, párrafos 94-96.
- 54 H. Olásolo, ‘Systematic and Casuistic Approaches to the Role of Victims in Criminal Proceedings Before the International Criminal Court’, en *New Criminal Law Review*, Vol 12, 2009,

En la decisión arriba mencionada de 18 de enero de 2008, la SPI I ha considerado que la determinación de que los “intereses generales de las víctimas” se ven afectados en una fase concreta del proceso es insuficiente para satisfacer el estándar del art. 68 (3) ER.⁵⁵ Según la SCP I, esta disposición requiere que se analice si los intereses personales de cada una de las víctimas se ven afectados por aquellas actividades procesales concretas y específicas (o medios de prueba) en cuya práctica deseen intervenir, “caso por caso”⁵⁶.

De esta manera, para la Mayoría de la SPI I, los intereses personales de las víctimas deben evaluarse en un doble plano. Por un lado, es necesario llevar a cabo un análisis preliminar de carácter general sobre si el conjunto de actuaciones procesales desarrolla ante la CPI en un determinado caso, o los elementos de prueba que según la Lista de Prueba de la Fiscalía se prevé van a ser aportados durante dichas actuaciones pueden afectar los intereses personales de las víctimas.⁵⁷ Sólo a quienes puedan probar este vínculo la SPI I les reconocerá el estatus procesal de víctima (*participating status*).⁵⁸

Sin embargo, el reconocimiento de ese estatus no significa que se tenga un derecho automático a intervenir en las actuaciones procesales. Por el contrario, la SPI I requiere que, además, quienes deseen intervenir en una actividad procesal concreta, o presentar observaciones con respecto a un elemento de prueba específico, demuestren previamente que sus intereses personales se pueden ver afectados por esa actividad procesal o elemento de prueba particular.⁵⁹ Se trata, por tanto, de un procedimiento en dos etapas, la segunda de las cuales se desarrolla en múltiples instancias a lo largo de todo el procedimiento.⁶⁰ Esta interpretación del art. 68 ER da lugar a lo que entendemos

pp. 513 y ss, pp. 520-524.

55 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos 97 y 98.

56 *Ídem*.

57 *Ibíd* párrafo 95. Para la realización de este análisis la SPI I emplea, como herramienta principal, el ‘resumen de la prueba’ que la fiscalía está obligada a presentar con anterioridad al comienzo del juicio (*The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 102).

58 *Ibíd*, párrafos. 2, 95-6, 102-3 y 138.

59 *Ibíd*, párrafos 96-104. Ver al respecto *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Application by Victims to Participate in the Proceedings, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1557, de 15 de diciembre de 2008, párrafo 130.

60 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos 96-104. Véase también *The*

constituye una “determinación casuística” del estatuto procesal de víctima en las actuaciones ante la CPI.⁶¹

Es importante subrayar que la adopción de una determinación casuística, como la elaborada por la Mayoría de la SPI I, del derecho a intervenir de las víctimas ha venido acompañada, como vimos en la sección anterior, de una definición particularmente amplia del concepto de víctima (recordemos que ésta permite, conceptualmente, conceder el estatuto procesal de víctima a personas físicas o jurídicas que presuntamente han sufrido daños por delitos de la competencia de la CPI que no tienen ninguna relación con los que se ventilan en el caso concreto de que se trate).⁶² De ahí que la Mayoría de la SPI haya tenido que adoptar un segundo filtro de análisis antes de permitir la intervención efectiva en las actuaciones, bajo el reconocimiento de que las cuestiones objeto del proceso en un caso concreto serán con frecuencia completamente ajenas al daño sufrido por quienes sean “víctimas” en este sentido amplio.

La SA ha rechazado el concepto amplio de víctima de la Mayoría de la SPI I y se ha pronunciado, en principio, favorable a la determinación casuística del estatuto de víctima en sus decisiones de 2 de febrero de 2009,⁶³ 19 de diciem-

Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo Decision on the applications by victims to participate in the proceedings, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1556, de 15 de diciembre de 2008, p. 41, en la cual la SPI I les ordena a las víctimas que pretendan participar durante el juicio que “detallen lo antes posible en una breve presentación escrita la naturaleza y el detalle de la intervención que proponen efectuar”. A juicio del voto particular del juez René Blattmann a la decisión de 18 de enero de 2008, esto impone una carga demasiado onerosa a las víctimas que comparecen en las actuaciones. Véase *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, voto particular del Juez René Blattmann, párrafo. 22.

61 H. Olásolo, ‘Systematic and Casuistic Approaches to the Role of Victims in Criminal Proceedings Before the International Criminal Court’, en *New Criminal Law Review*, Vol 12, 2009, pp. 513 y ss, pp. 524-527.

62 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 95.

63 *Situation in Darfur*, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007, Appeals Chamber, ICC-02/05-177 OA OA2 OA3, de 2 de febrero de 2009, párrafo 7.

bre de 2008⁶⁴ y 13 de junio de 2007.⁶⁵ En efecto, la SA se ha pronunciado a favor de (i) una definición del concepto de víctima que requiere la vinculación del daño sufrido a alguno de los delitos imputados al acusado y a favor de que (ii) la intervención efectiva en cualquier actuación ante la CPI debe ir precedida de una solicitud escrita en la que se expliquen las razones por las que sus intereses personales se pueden ver afectados por dicha actuación procesal y muestren cómo el tipo de intervención para el que solicitan autorización no es incompatible ni con los derechos del acusado ni con un juicio justo e imparcial.⁶⁶ Así, la SA ha adoptado, por decirlo así, una postura doblemente limitativa con respecto a la interpretación de las normas relevantes.

III.2. EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DE UNA SITUACIÓN

Además de adoptar interpretaciones diversas en lo relativo al procedimiento para la determinación del estatuto procesal de la víctima (sistemática frente a casuística), las Salas de la CPI tampoco han acogido una posición común en cuanto al contenido de dicho estatuto.

En relación con la fase de investigación de una situación, la SCP I, en su decisión de 17 de enero de 2006, ha señalado que (i) la investigación de una situación constituye una fase del proceso a los efectos del art. 68 (3) ER (téngase en cuenta que la versión inglesa *stage of the proceedings* aparece en español como “fase del juicio”);⁶⁷ (ii) la intervención de las víctimas en esta

64 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, Appeals Chamber, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, de 19 de diciembre de 2008, párrafos 41-46.

65 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-925, el 13 de junio de 2007, párrafos 26-29.

66 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the Appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victim’s Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1432, de 7 de julio de 2008, párrafos 61 y 104.

67 *Situation in the Republic Democratic de Congo*, 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 el SCP I el 17 de enero de 2006 en la situación en la República Democrática del Congo, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafos 63 y 72, párrafos 28-54.

fase procesal es “conveniente”; y, por tanto (iii) las víctimas tienen derecho a un estatuto durante esta fase procesal, que consiste en un derecho general a ser escuchadas y a presentar documentos ante la SCP competente.⁶⁸

Por su parte, la SCP II, en su decisión de 10 de agosto de 2007, ha subrayado que durante la fase de investigación de una situación, las víctimas se encuentran legitimadas para intervenir en las siguientes actuaciones: (i) las relativas al procedimiento de activación de la competencia de la CPI a instancia de la Fiscalía conforme al art. 15 ER; (ii) las relativas al procedimiento de activación de la competencia de la CPI a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas conforme al art. 53 ER; (iii) las relativas a la protección de la seguridad y privacidad de las víctimas; y (iv) las relativas a la preservación de los medios de prueba. Además, como regla general, la SCP II ha permitido también la intervención de las víctimas en relación con “otras cuestiones” en las que, a su entender, la intervención de las víctimas es conveniente.⁶⁹

Finalmente, en sus decisiones de 19 de diciembre de 2008 y 2 de febrero de 2009, la SA ha sostenido que no cabe hablar de un estatuto procesal durante la investigación de una situación. Que la participación de las víctimas debe darse “en el proceso” (en “el juicio” de acuerdo con la versión española) significa que debe haber una causa judicial tramitando ante los jueces. Durante la investigación de la situación no existe un proceso judicial pues ésta constituye una etapa en la que simplemente la fiscalía efectúa pesquisas respecto de la comisión de un delito con la finalidad de encontrar a los responsables. No es posible hablar de intervención de las víctimas en el “proceso” cuando no existen, *stricto sensu*, “actuaciones judiciales”. Así, la SA decidió que las víctimas no poseen un derecho genérico a participar durante la etapa de investigación.⁷⁰

68 *Ibíd.*, párrafo 72.

69 *Situation in Uganda*, 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, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-101, de 10 de agosto de 2007, párrafos 82-102.

70 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, Appeals Chamber, CC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, de 19 de diciembre de 2008, párrafos 41-46. Ver también *Situation in Darfur*, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007

Sin embargo, tal como lo reconoce la SA, existen durante la investigación de una situación, excepcionalmente, ciertas actuaciones judiciales. Las SCPs tendrán que decidir caso por caso si las víctimas se encuentran legitimadas para intervenir en esos supuestos.⁷¹

III.3. EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA AUDIENCIA DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS

En relación con la intervención de las víctimas en estos supuestos se observa de nuevo una diferencia importante entre la posición adoptada por la SCP I y la adoptada por las SCP III y SPI I.⁷²

La SCP I ha determinado el contenido del estatuto procesal en esta etapa sobre la base de la distinción entre “víctimas anónimas” y “víctimas no-anónimas”. Fue esta Sala la que, por primera vez, reconoció que las personas físicas y jurídicas que comparecen voluntariamente en las actuaciones ante la CPI se pueden encontrar legitimadas para hacerlo en condición de anonimidad cuando su seguridad pueda correr peligro si su identidad es revelada al acusado. Esta medida de protección no existe en aquellos sistemas jurídicos nacionales que atribuyen a las víctimas un estatuto procesal amplio en el proceso penal, puesto que se entiende que ellas comparecen voluntariamente en las actuacio-

and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007, Appeals Chamber, ICC-02/05-177 OA OA2 OA3, de 2 de febrero de 2009, párrafo 7.

71 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, Appeals Chamber, ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6, de 19 de diciembre de 2008, párrafos 56 y 57. Ver también *Situation in Darfur*, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007, Appeals Chamber, ICC-02/05-177 OA OA2 OA3, de 2 de febrero de 2009, párrafo 7.

72 Ver sobre esta cuestión, el extenso análisis que se puede encontrar en H. Olásolo, ‘Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la Posición de las Víctimas en las Actuaciones ante la Corte Penal Internacional’, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Bogotá (Colombia), Vol. 21, 2008. Reimpreso en K. Ambos/Montserrat de Hoyos (coords.) *Cuestiones Esenciales de la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Konrad Adenauer Foundation/University of Göttingen/Institute of European Studies of the University of Valladolid, 2008, pp. 55-91.

nes para ejercer la acción penal o para coadyuvar a la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal. Según la SCP I, la posibilidad de comparecer de manera anónima en las actuaciones se puede justificar en situaciones como la existente en la República Democrática del Congo por las siguientes razones:

El deterioro reciente de la situación de seguridad en ciertas regiones de la República Democrática del Congo (the “DRC”) ha tenido repercusiones en el abanico de medidas de protección que se encuentran en este momento disponibles y que pueden ser concedidas para proteger a las víctimas a/0001/06 a a/0003/06, quienes están en una situación de particular indefensión y viven en áreas de riesgo en la República Democrática del Congo; de manera que, en este contexto, y a la luz del cuidadoso examen de cada una de las solicitudes presentadas, la preservación de la identidad de las víctimas frente a la Defensa durante las actuaciones relativas a la audiencia de confirmación de cargos constituye la única medida de protección disponible que puede contribuir de manera eficaz a su debida protección.⁷³

Para la SCP I, la autorización para comparecer de manera anónima en las actuaciones tiene un impacto restrictivo en el contenido del estatuto procesal de víctima. Inspirada en el principio fundamental que prohíbe las acusaciones anónimas, la SCP I ha decidido, por ejemplo, que las víctimas anónimas no puedan aportar elementos de prueba que no aparezcan mencionados en la Lista de Prueba de la Fiscalía⁷⁴ ni interrogar testigos, conforme lo dispuesto en la regla 91 (3) RPP.⁷⁵

Las SCP III y SPI I han rechazado la distinción realizada por la SCP I entre el estatuto procesal de las víctimas anónimas y el estatuto procesal de las víctimas no-anónimas. La posición adoptada por la SPI I será discutida en una sección posterior. Por su parte, la SCP III ha subrayado que no es justo “castigar” a las víctimas en razón de que se las considera beneficiarias de medidas de protección, tales como la preservación de su identidad frente al acusado.⁷⁶ Para la SCP III, las víctimas anónimas y las víctimas no-anónimas deben tener el mismo estatuto procesal, que, como mínimo, ha de ser equivalente al previs-

73 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Arrangements for Participation of Victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 at the Confirmation Hearing, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-462-TEn, de 22 de septiembre de 2006, p. 6.

74 *Ibid.*, p. 7.

75 *Ibid.*, p. 8.

76 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth Decision on Victims’ Participation, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08, de 12 de diciembre de 2008, párrafo 99.

to por las SCP I para las víctimas anónimas,⁷⁷ con la posibilidad de que pueda ser extendido caso por caso.⁷⁸

La SA no se ha pronunciado todavía sobre la cuestión del anonimato y sus implicaciones. Por tanto, lógicamente, tampoco ha abordado la posible distinción entre el contenido del estatuto procesal de las víctimas anónimas y de las víctimas no anónimas.

Con respecto a su contenido concreto, la SCP III ha señalado que el estatuto procesal de víctima durante las actuaciones relativas a la audiencia de confirmación de los cargos (con independencia de que aquellas comparezcan de manera anónima o no-anónima al proceso ante la Corte), se limita a los siguientes derechos procesales: (i) notificación de los documentos públicos contenidos en el sumario de las actuaciones del caso; (ii) presencia en las audiencias preparatorias (*status conferences*) que sean celebradas de manera pública; (iii) realización de una declaración de apertura y una declaración de conclusión, al inicio y al final de la audiencia de confirmación de cargos, en las que las víctimas pueden abordar *inter alia* aspectos jurídicos del caso, como, por ejemplo, la caracterización de las formas de autoría y participación recogidas en el escrito de acusación de la Fiscalía o la naturaleza interna o internacional del conflicto armado en relación con el cual se han cometido presuntamente los delitos imputados; y (iv) solicitud de autorización para intervenir durante las audiencias preparatorias públicas, así como durante las sesiones públicas de la audiencia de confirmación de cargos (las cuales serán decididas caso por caso por la SCP competente).⁷⁹

Este estatuto procesal básico se corresponde a su vez con el concedido por la SCP I a las víctimas anónimas. Ahora bien, según la SCP I, este estatuto previsto para las víctimas anónimas podría verse limitado en situaciones excepcionales.⁸⁰ Pero una extensión del contenido de este estatuto procesal, tal y como ha subrayado la SCP I, procede “sólo cuando las víctimas estén conformes con revelar su identidad a la Defensa”.⁸¹

77 *Ibíd*, párrafos 101-110.

78 *Ídem*.

79 *Ibíd*, pp. 7 y 8.

80 *Ibíd*, p. 7.

81 *Ibíd*, p. 8.

En su decisión de 13 de mayo de 2007 en el caso contra *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, la SCPI I ha abordado por primera vez la cuestión relativa al estatuto procesal de las víctimas no-anónimas en las actuaciones relativas a la audiencia de confirmación de cargos. En esta decisión, la SCP I ha afirmado que, de acuerdo con lo previsto en el art. 68 ER, el único criterio para la determinación de dicho estatuto procesal es que éste “no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”.⁸² La SCP I ha argumentado que el contenido del estatuto procesal de víctima en las jurisdicciones nacionales que admiten de algún modo su participación varía de manera muy importante; algunas jurisdicciones nacionales atribuyen a las víctimas la condición de acusador particular (*private prosecutors*), mientras que otras limitan la intervención de las víctimas a la realización de declaraciones de impacto (*impact statements*) en la fase de determinación de la pena.⁸³ La SCP I ha señalado que los organismos internacionales y regionales de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no han encontrado hasta el momento que alguno de los sistemas jurídicos arriba mencionados se encuentre en violación de los derechos fundamentales del acusado, incluyendo el derecho a un juicio justo e imparcial previsto en los arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, y 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Toda vez que, entonces, los estándares vigentes de derechos humanos no imponen una preferencia por ninguno de los dos sistemas el criterio principal para la determinación del estatuto procesal de las víctimas en las actuaciones relativas a la audiencia de confirmación de cargos, según la SCP I, es la coherencia de éste con los demás elementos característicos del proceso penal ante la CPI.⁸⁴

Sobre esta premisa, la SCP I ha considerado que el estatuto procesal de las víctimas no-anónimas incluye los siguientes derechos procesales:⁸⁵

82 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-474, de 13 de mayo de 2008, párrafos 52-75.

83 *Ídem*.

84 *Ibid*, párrafos 79-89.

85 *Ibid*, párrafos 127-145.

- (i) El derecho de acceso, antes y durante la audiencia de confirmación de cargos, al sumario de las actuaciones guardado en la Secretaría de la CPI (esto incluiría el acceso a los elementos de prueba aportados por la Fiscalía y la Defensa conforme a lo previsto en regla 121 de la RPP).
- (ii) El derecho a presentar observaciones sobre la admisibilidad y valor probatorio de los elementos de prueba aportados por la Fiscalía y la Defensa durante la audiencia de confirmación de cargos (lo que incluiría el derecho a examinar dichos elementos de prueba durante la audiencia);
- (iii) El derecho a interrogar durante la audiencia de confirmación de cargos a los testigos propuestos por la Fiscalía y la Defensa;⁸⁶
- (iv) El derecho a personarse en las audiencias preparatorias, así como en todas las sesiones de la audiencia de confirmación de cargos, que se celebren tanto en público como o a puerta cerrada;⁸⁷
- (v) El derecho a intervenir durante las audiencias en las que se encuentren presentes mediante la presentación de solicitudes orales, observaciones y respuestas en todas aquellas cuestiones en las que su intervención no haya sido expresamente excluida por el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba.
- (vi) El derecho a presentar, de acuerdo a lo previsto en la norma 24 del Reglamento de la CPI, solicitudes, respuestas y réplicas por escrito sobre todas aquellas cuestiones en las que su intervención no haya sido expresamente excluida por el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Según la SCP I, el derecho de las víctimas a acceder al sumario del caso y a intervenir en el debate probatorio en esta etapa puede ser objeto de ciertas limitaciones por razones de “seguridad nacional, protección de las víctimas y los testigos y preservación de las investigaciones de la Fiscalía”.⁸⁸ Sin embar-

86 El interrogatorio se efectúa luego de que el testigo sea examinado por la fiscalía. No es necesario que las víctimas formulen por escrito con anterioridad al interrogatorio las preguntas que desean hacerles a los testigos.

87 Esto no incluye el derecho a participar en las audiencias cerradas.

88 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-474, de 13 de mayo de 2008, párrafos, párrafo 149.

go, la prohibición de que las víctimas no-anónimas accedan a los materiales confidenciales contenidos en el sumario del caso es la excepción y no la regla general en esta fase (en la que el sumario del caso es ciertamente limitado).⁸⁹ Toda vez que la mayoría de los elementos de prueba aportados por la Fiscalía y la Defensa en esta fase son clasificados como confidenciales, si no se les permitiera conocerlos no sería posible garantizarles una participación efectiva en el debate probatorio.⁹⁰

La SCP I ha subrayado también que el marco procesal recogido en el ER y en las Reglas de Procedimiento y Prueba prohíbe que en esta fase procesal las víctimas puedan: (i) tener poderes de investigación independientes;⁹¹ (ii) acceder a los archivos de la Fiscalía en relación con la situación o caso de que se trate;⁹² (iii) extender la base fáctica, o modificar su calificación jurídica, tal y como se recoge en el escrito de acusación de la Fiscalía;⁹³ (iv) presentar elementos de prueba adicionales a los aportados por la Fiscalía y la Defensa;⁹⁴ y (v) intervenir en el procedimiento de divulgación de prueba entre la Fiscalía y la Defensa.⁹⁵

Según la SCP I, la conclusión de que las víctimas no están legitimadas para presentar elementos de prueba adicionales en esta fase procesal se sustenta en los cuatro argumentos siguientes.⁹⁶ En primer lugar, la atribución de este derecho distorsionaría el objeto y fin de la audiencia de confirmación de cargos, así como el alcance limitado de esta audiencia, que “no puede ser vista de ninguna manera como un fin en sí mismo, sino como un medio para distinguir entre aquellos casos con respecto de los cuales se debe iniciar el juicio oral y aquellos otros casos en los que no debe procederse a la apertura del juicio

89 *Ibid*, párrafo 150.

90 *Ibid*, párrafo 151 y 152.

91 *Ibid*, párrafo 80-84.

92 *Ibid*, párrafo 85-89.

93 *Ibid*, párrafo 115-123.

94 *Ibid*, párrafos 90-114, en particular párrafos 101 y ss.

95 *Ibid*. Toda vez que las víctimas no tienen facultades de presentar prueba adicional tampoco poseen, en esta etapa, deberes de divulgación. El acceso de las víctimas a la prueba que las partes divulgan entre ellas debe ocurrir del mismo modo que las Salas tienen acceso a esos materiales, esto es, a través de la Secretaría.

96 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-474, de 13 de mayo de 2008, párrafos, párrafos 90-114, en particular párrafos 101 y ss.

oral". En segundo lugar, el ejercicio de dicho derecho retrasaría necesariamente el inicio de la audiencia de confirmación de cargos. En tercer lugar, su ejercicio afectaría también al derecho de la Defensa a no aportar como prueba en la audiencia de confirmación de cargos ninguno de los materiales revelados por la Fiscalía en cumplimiento de sus obligaciones previstas en el art. 67 (2) ER y en la regla 77 RPP. Finalmente, requeriría que la SCP actuara *ultra vires* en tanto la SCP, conforme a lo dispuesto en el art. 61(7) ER, no puede ni solicitarle a la Fiscalía que aporte elementos de prueba adicionales, ni autorizar a las víctimas para que aporten dichos elementos de prueba.

Además, según la SCP I, toda vez que las víctimas no se encuentran legitimadas para presentar elementos de prueba adicionales en esta fase de las actuaciones, tampoco tienen, en principio, la obligación de revelar materiales probatorios a la Fiscalía y a la Defensa, de manera que no existe razón alguna para desviarse de la concepción tradicional del procedimiento de revelación de prueba como un procedimiento *inter partes* entre la Fiscalía y la Defensa.⁹⁷ De esta manera, el acceso por las víctimas a los elementos de prueba se producirá de la misma manera en la que la SCP tiene acceso a los mismos (es decir a través de la Secretaría de la CPI una vez que la parte que haya aportado el elemento de prueba de que se trate lo transmita a la Secretaría después de haberlo revelado previamente a la otra parte).⁹⁸

III.4. EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN EL JUICIO ORAL

Tal y como ya se ha señalado, la SPI I ha adoptado una posición distinta a la acogida por la SCP I tanto en relación con la manera de determinar el estatuto procesal de víctima como con respecto a su contenido. Para la SPI I, el contenido del estatuto procesal de las víctimas durante el juicio oral no puede ser pre-establecido con antelación al inicio del juicio. Por el contrario, ha de ser limitado a (i) aquellas actuaciones procesales concretas en las que sus intereses personales se puedan ver afectados y (ii) aquellas formas de intervención procesal que no menoscaben los derechos del acusado o sean incompatibles con un juicio justo e imparcial.⁹⁹

97 *Ibid.*, párrafo 113.

98 *Ibid.*, párrafo 127.

99 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims' participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos 101 a 104.

La SPI I ha procedido a definir el estatuto procesal de víctima en esta etapa a través de una serie de decisiones de las que, sin duda, la más importante hasta el momento es la emitida el 18 de enero de 2008. Con posterioridad, las SPI II y III y la SA han definido otros aspectos relevantes.¹⁰⁰ Entre las cuestiones abordadas en estas decisiones y en algunas otras que se reseñarán a continuación, se destacan (i) el posible derecho de las víctimas a presentar elementos de prueba relativos a la culpabilidad o inocencia del acusado; (ii) el derecho de las víctimas a interrogar a testigos, así como la manera en que dicho interrogatorio debe producirse; (iii) la intervención de las víctimas en el procedimiento de divulgación de prueba; (iv) la comparecencia personal de las víctimas durante el juicio oral; (v) la práctica de la prueba en materia de reparación; y (vi) la intervención procesal de las víctimas en materia de recalificación jurídica de los hechos imputados.

III.4.1. El mal llamado derecho de las víctimas a aportar elementos de prueba relativos a la culpabilidad o inocencia del acusado.

La SPI I ha señalado que las víctimas se encuentran, en principio, legitimadas para aportar elementos de prueba a través de la facultad que el art. 69 (3) ER confiere a la Sala de solicitar la aportación de todos los elementos de prueba que considere necesarios para la determinación de la verdad. Para ello es necesario que se cumpla con los siguientes requisitos: (i) solicitud por escrito de las víctimas; (ii) comunicación de dicha solicitud a la Fiscalía y a la Defensa; (iii) demostración de que los intereses personales de las víctimas pueden verse afectados por los elementos de prueba de que se trate; (iv) cumplimiento con las obligaciones de revelación de prueba y con las medidas de protección; (v) conveniencia, determinada por la SPI, de autorizar a las víctimas para que aporten dichos elementos de prueba; y (vi) compatibilidad de esta autoriza-

100 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, de 1 diciembre de 2009; *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial, Trial Chamber II; ICC-01/04-01/07-1788-ENG, de 22 de enero de 2010; *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled “Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial”, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-2288, de 16 de julio de 2010; y *The Prosecution vs Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-807, de 19 de julio de 2010.

ción con los derechos del acusado y con un juicio justo e imparcial.¹⁰¹

Este modelo ha sido confirmado por la SA, en una decisión adoptada el 11 de julio de 2008 por una mayoría de tres frente a dos jueces.¹⁰² Los cinco magistrados de la SA parecen estar de acuerdo en que las víctimas, al presentar sus observaciones, pueden (i) advertir a la Sala de la existencia de elementos de prueba adicionales que pueden ser relevantes para la determinación de la verdad; y (ii) explicar sus razones a favor y en contra de la admisión de dichos elementos de prueba. Sin embargo, dos de los cinco magistrados de la SA han rechazado que se pueda autorizar a las víctimas para que aporten dichos elementos de prueba a través de la autoridad que le confiere el art. 69(3) ER.

Para estos dos magistrados, el Estatuto faculta únicamente a la Fiscalía y a la Defensa para que aporten elementos de prueba, limitando el contenido del estatuto procesal de víctima a la presentación de “opiniones y observaciones”. Según estos dos magistrados, el Estatuto no ofrece ninguna ambigüedad en cuanto a que la facultad para aportar elementos de prueba e impugnar su admisibilidad corresponde exclusivamente a las “partes” (arts. 69(3) y 64(9) ER), excluyendo de esta manera a los llamados “participantes”.¹⁰³ Esto se adapta adecuadamente, se dice, al principio de que el acusado no puede ser enfrentado a más de un acusador. En el proceso ante la CPI, es la Fiscalía el órgano que la comunidad internacional ha facultado para presentar y ofrecer prueba de la acusación más allá de toda duda razonable.¹⁰⁴

En cambio, según la Mayoría de la SA, la SPI decidió correctamente al garantizarles a las víctimas el derecho a participar de una manera real y efectiva en las actuaciones, lo cual puede verse truncado si se excluye bajo toda circunstancia que puedan aportar elementos probatorios.¹⁰⁵

101 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, de 1 diciembre de 2009, párrafos 108 a 111.

102 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, de 11 de julio de 2008, párrafos 53-65 y 101-103.

103 *Ibid*, voto particular del Juez Kirsh, párrafos 19 y 33.

104 *Ibid*, voto particular del Juez Pikis, párrafos 6, 14 y 15.

105 *Ibid*, párrafos 97.

Las decisiones arriba mencionadas no dejan claro si, en realidad, lo que la SPI I y la Mayoría de la SA les reconocen a las víctimas es la facultad de plantear que ciertos elementos de prueba que no han sido aportados ni por la Fiscalía ni por la Defensa son relevantes para la determinación de la verdad (lo cual es sustancialmente diferente del reconocimiento a las víctimas del “derecho” a introducir elementos de prueba relativos a la culpabilidad o inocencia del acusado).

En este sentido, conviene recordar que, a petición de uno de los representantes legales de las víctimas en el caso *Lubanga*, la SPI I ha autorizado recientemente el testimonio de tres víctimas en el juicio oral. Al resolver esta petición, la SCP I, en lugar de aplicar directamente los criterios para la admisión de la prueba,¹⁰⁶ ha analizado en detalle la manera en la cual dichos testimonios podrían contribuir a la determinación de la verdad.¹⁰⁷ Además, las tres víctimas han sido citadas a comparecer como testigos solicitados por la Corte y no, en cambio, como testigos solicitados por el representante legal de las víctimas.¹⁰⁸ De la misma manera han sido tratadas por la SPI I las solicitudes de los representantes legales de las víctimas para la admisión de ciertos elementos de prueba documental.¹⁰⁹ Por consiguiente, la instrumentación de esta facultad parece indicar que el “derecho” de las víctimas se limita a plantear la utilidad de prueba nueva.

La jurisprudencia de la SPI II y una reciente decisión de la SA han dejado claro que, en verdad, las víctimas no tienen *per se* un derecho a presentar prueba sino que tienen, distinto de ello, tan solo la facultad de advertirles a los jueces sobre la existencia de prueba que sería relevante para el estableci-

106 Esos criterios fueron establecidos en Decision on the admissibility of four documents, dictada el 13 de junio de 2008 por la SPI I, ICC-01/04-01/06-1399, párrafos 27-31.

107 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the request by victims a/ 0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2032-Anx, de 26 de junio de 2009.

108 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 108.

109 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the request by the legal representative of victims a/0001/06, a/0002/06, a/0003/06, a/0049/06, a/0007/08, a/0149/08, a/0155/07, a/0156/07, a/0404/08, a/0405/08, a/0406/08, a/0407/08, a/0409/08, a/0149/07 and a/0162/07 for admission of the final report of the Panel of Experts on the illegal exploitation of natural resources and other forms of wealth of the Democratic Republic of the Congo as evidence, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2135, de 22 de septiembre de 2009, párrafos 21 y 22.

miento de la verdad.¹¹⁰

III.4.2. El derecho de las víctimas a interrogar testigos

En relación con el interrogatorio de testigos, la SPI I, a diferencia de la SCP I, no reconoce un derecho general a interrogar a todos los testigos llamados por la Fiscalía y la Defensa. Siguiendo una aproximación casuística, la SPI I requiere que las víctimas realicen una solicitud por escrito cada vez que quieran interrogar a un testigo. Esta solicitud debe hacerse con siete días de antelación a la comparecencia del testigo, y puede ser objetada por la Fiscalía y la Defensa. La solicitud tiene que incluir las preguntas que las víctimas desean realizar. La SCP I sólo accede a este tipo de solicitudes si las preguntas no han sido previamente formuladas por la Fiscalía, si los intereses personales de las víctimas se pueden ver afectados por las posibles respuestas del testigo, y si los derechos del acusado no se ven perjudicados.

En cuanto a la manera en que las víctimas han de formular sus preguntas, la SPI I ha señalado que la parte que propone a un testigo debe formular sus preguntas de forma “neutral”. Preguntas cerradas, desafiantes o capciosas sólo son aceptadas durante el interrogatorio de la parte que no ha propuesto al testigo (contra-interrogatorio).¹¹¹ Las víctimas, que como es sabido no son partes *stricto sensu* del proceso, son autorizadas a formular preguntas “neutrales”. Este es el modo que, según las SPI I, II y III, mejor se adapta a la finalidad de asistir a los jueces en la búsqueda de la verdad.¹¹²

110 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, de 1 diciembre de 2009, párrafos 45-48; y *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled “Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial”, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-2288, de 16 de julio de 2010, párrafos 37-41.

111 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Manner of Questioning Witnesses by the Legal Representatives of Victims, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2127, de 16 September 2009, párrafo 23.

112 *Ibid*, párrafo 28. *The Prosecution vs Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings, Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-807, de 19 de julio de 2010, párrafos 38-40; y *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140, Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, de 1 diciembre de 2009, párrafos 82-91.

III.4.3. La intervención de las víctimas en el procedimiento de divulgación de prueba

La efectividad de la intervención de las víctimas depende en gran medida de la información a la que se les da acceso antes de las audiencias. Según la SPI I, las víctimas no poseen un derecho general de acceso a los materiales confidenciales que forman parte del sumario. El acceso a esos materiales puede ser concedido por la Sala solo en tanto sean relevantes para la defensa de sus intereses personales, y siempre y cuando se hayan adoptado previamente las medidas de protección necesarias.¹¹³

La SPI I ha insistido en que les corresponde a las víctimas mostrar que poseen interés personal en la cuestión o en el área prueba de la que se trate, antes de que se les de acceso a materiales confidenciales¹¹⁴. Asimismo, según la propia SPI I, la Fiscalía y la Defensa deben colaborar con las víctimas en el procedimiento de revelación de prueba - siempre y cuando los intereses de estas últimas se puedan ver afectados por documentos o escritos clasificados como confidenciales.¹¹⁵

La SPI I ha desarrollado inicialmente esta práctica en relación con el procedimiento de revelación de prueba por parte de la Fiscalía.¹¹⁶ Posteriormente, la ha extendido al procedimiento de revelación de prueba por parte de la Defensa, en los siguientes términos:

A los efectos de asegurar que las actuaciones no se vean retrasadas por solicitudes de suspensión presentadas como consecuencia de que sólo cuando el testigo se encuentra prestando testimonio se puede apreciar realmente si éste afecta a los intereses personales de algunas de las víctimas personadas en las actuaciones, la Defensa debe considerar la posición de cada una de estas últimas y darles acceso a aquellos materiales con respecto a los cuales se pueda concluir *prima facie* que eventuales solicitudes de autorización para interrogar a testigos podrían ser concedidas. Corresponderá posteriormente a

113 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims' participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 106.

114 *Ibid.*, párrafo 107. Ver también lo dispuesto oralmente por la SPI I en el caso *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo* y recogido en la siguiente transcripción: ICC-01/04-01/06-T-222-ENG, p. 24.

115 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims' participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos 101-107.

116 *Ibid.*, párrafo 108.

la Sala conceder o rechazar las solicitudes para interrogar testigos, así como emitir cualquier orden adicional relativa a la divulgación de la prueba.¹¹⁷

Recientemente, la SA ha decidido sobre la cuestión de si las víctimas tienen la obligación de divulgarle a la defensa los elementos de prueba en su poder que pudieran resultar exculpatorios. La respuesta de la SA de apelaciones ha sido negativa. Ello se ha sustentado en la naturaleza de la participación de víctimas en el proceso ante la CPI. En efecto, el deber de la fiscalía de divulgar toda la prueba exculpatoria en su poder resulta de su obligación de investigar tanto circunstancias de cargo como circunstancias de descargo. Esta obligación, y sus consecuencias, no pueden extenderse a las víctimas.¹¹⁸

III.4.4. Presencia de las víctimas en las audiencias del juicio oral

La presencia de numerosas víctimas facultadas para presentar sus observaciones y opiniones durante las audiencias puede frustrar el desarrollo del juicio de manera justa y expedita. Para evitar esta situación, la SPI I ha establecido que, en principio, serán los representantes legales de las víctimas (y no las propias víctimas) quienes estarán presentes durante el juicio oral, puesto que “personas sin entrenamiento legal que comparecen para explicar situaciones complicadas que les han sucedido pueden provocar una eventual desestabilización de las actuaciones procesales”.¹¹⁹ Además, para evitar un mayor retraso en las actuaciones, la SPI ha previsto que las víctimas que comparecen en las actuaciones sean representadas por representantes legales comunes.¹²⁰

117 ICC-01/04-01/06-T-222-ENG, pp. 28 y 29. Acerca de los principios que rigen la divulgación de la defensa hacia los representantes legales de víctimas en el caso *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo* ver la siguiente transcripción: ICC-01/04-01/06-T-236.

118 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled “Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial”, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-2288, de 16 de julio de 2010, párrafo 7.

119 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 43.

120 No se ha establecido con detalle cuál es el criterio para la representación legal común. En cambio, se ha indicado que debe considerarse el idioma hablado por las víctimas, las relaciones de tiempo, lugar y circunstancias más los delitos específicos de los que alegan ser víctimas, como puntos potencialmente relevantes; ver *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims’ participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafo 124.

Sin embargo, la posibilidad de autorizar en ciertos casos la presencia de las propias víctimas, de manera que puedan ser ellas mismas quienes presenten sus observaciones, no ha sido completamente descartada. En efecto, la situación se ha presentado en el juicio de Lubanga tras una solicitud interpuesta por un representante legal de víctimas para que sus representados comparecieran personalmente a la audiencia de juicio y (adicionalmente) fueran citados como testigos. La SPI I resolvió convocar a esos individuos para que prestaran declaración testimonial pero difirió la decisión de autorizarlos a presentar sus observaciones y opiniones hasta haber escuchado sus testimonios. La SPI I ha subrayado a este respecto:

La sala necesita garantizar que las cuestiones y hechos no sean repetidos de manera innecesaria hasta en tres ocasiones (primero durante la presentación oral por las víctimas de sus propias observaciones y opiniones, segundo durante su testimonio, y finalmente durante sus observaciones escritas).¹²¹

La SCP II ha regulado explícitamente la posibilidad de que las víctimas autorizadas a participar en el proceso puedan ser convocadas a prestar declaración testimonial. En particular, la SPI II ha establecido que ese permiso estaría sujeto a que: (i) no se afecte el derecho del imputado a ser juzgado si dilaciones indebidas; (ii) las víctimas no resultaran transformadas en fiscales auxiliares; y (iii) las víctimas no fueran anónimas frente al acusado. Los SCP II insistió en que debe conferirse a la defensa, en estos supuestos, suficiente tiempo para prepararse y que la presencia de víctimas sólo sería admitida luego de que la fiscalía hubiese concluido la presentación de la prueba. La solicitud, a ser presentada por el representante legal de la víctima, debe ir acompañada de una declaración escrita firmada por ésta. La autorización dependerá, según la SPI II, de que: (i) las cuestiones que fueran a tratar las víctimas no estén cubiertas por la prueba presentada por las partes; (ii) exista una relación cercana entre las declaraciones y los hechos que se debaten en el juicio; (iii) el relato de la víctima sea representativo de lo que le ha ocurrido a un grupo significativo de víctimas o bien de un hecho particular; y (iv) tales relatos pudieran proporcionar información nueva y adicional sobre los

121 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the request by victims a/ 0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2032-Anx, de 26 de junio de 2009, párrafo 26.

hechos que se ventilan en el juicio.¹²²

III.4.5. La práctica de la prueba en materia de reparación

Durante el caso *Lubanga* se ha producido un interesante debate en el marco de la norma 56 del Reglamento de la CPI sobre si la Sala escucharía la prueba en materia de reparaciones durante el juicio oral. La Defensa se opuso a esta propuesta porque, en su opinión, ello menoscabaría el derecho a la presunción de inocencia del acusado ya que el proceso de reparaciones requiere la existencia de una condena previa. Sin embargo, la SCP I ha desestimado las alegaciones de la Defensa al considerar que es beneficioso para los testigos y para las víctimas el evitar que tengan que volver a La Haya para testificar por segunda vez en el marco de las actuaciones de reparación. Además, según la SPI I, de esta manera se evita también el riesgo de que aquellos testigos que están hoy disponibles para prestar testimonio, dejen de estarlo en un futuro cuando se lleven a cabo las actuaciones de reparaciones.¹²³ Los jueces de la CPI son “profesionales”, por contraposición a los “jueces legos”, y serán capaces de aislar y hacer valer aquellas declaraciones relevantes para las reparaciones si se alcanza y cuando se alcance este estadio procesal.

III.4.6. La intervención de las víctimas en la re-caracterización jurídica de los hechos imputados

En el caso *Lubanga* se ha planteado cuál es la función de las víctimas en la (re) caracterización jurídica de los hechos imputados al acusado en el escrito de acusación de la Fiscalía y la posterior decisión de confirmación de cargos de la SCP I. La participación de las víctimas en este caso ha dado lugar a varias decisiones que examinan los poderes de la SPI para re-definir y para re-caracterizar jurídicamente la base fáctica sobre la que se desarrolla el proceso.

Conforme a la decisión de confirmación de cargos dictada el 29 de enero de 2007 por la SCP I, se procedió a la apertura del juicio oral en el caso *Lubanga* sobre la base de la imputación de los siguientes delitos: alistamiento, reclutamiento, y uso de niños menores de quince años para participar acti-

122 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial Trial Chamber II, ICC-01/04-01/07-1788-tENG, de 22 de enero de 2010, párrafos 86-92.

123 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims' participation, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-1119, de 18 de enero de 2008, párrafos 120 y 122.

vamente en las hostilidades tanto en el marco de un conflicto armado interno, como en el marco de un conflicto armado internacional. Sin embargo, las víctimas, a través de sus representantes legales, presentaron una solicitud conjunta en la que pidieron a la SPI I que considerase la re-calificación jurídica de los hechos puesto que éstos también podían subsumirse en los tipos penales de esclavitud sexual (previsto en los arts. 7(l)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) ER), y de trato cruel o inhumano (previsto en los arts. 8(2)(a)(ii) y 8(2)(c)(i) ER).¹²⁴

En una decisión dividida, la Mayoría de la SPI I decidió que la norma 55 (2) del Reglamento de la CPI facultaba a añadir nuevos hechos a los ya contenidos en la decisión de confirmación de cargos,¹²⁵ siempre y cuando tales hechos adicionales se hubiesen revelado durante el juicio oral y formasen, desde un punto de vista procesal, una unidad de acción con los hechos que servían de base fáctica a los cargos confirmados por la SCP I.¹²⁶

Según la Mayoría, la SPI I habría escuchado durante el juicio oral del caso *Lubanga* varios elementos de prueba relativos a las prácticas sexuales a las que eran sometidas aquellas niñas menores de 15 años que pertenecían al grupo armado organizado presuntamente dirigido por el acusado. En opinión de la Mayoría, esto justificaba, tal y como solicitaban las víctimas, la inclusión de una lista adicional de hechos que podían ser calificados jurídicamente como

124 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Demande conjointe des représentants légaux des victimes aux fins de mise en oeuvre de la procédure en vertu de la norme 55 du Règlement de la Cour, ICC-01/04-01/06-1891, presentada ante la SPI I el 22 de mayo de 2009.

125 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2049, de 14 de julio de 2009, párrafo 28.

126 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Clarification and further guidance to parties and participants in relation to the “Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2093, párrafo 8. Las consecuencias jurídicas de esta decisión son significativas. La SPI I resolvió que los hechos nuevos formaban una “unidad procesal” con los hechos tratados en la decisión de confirmación de cargos. Si además de constituir una unidad procesal estos hechos integran la misma “conducta” entonces cualquier juicio ante la CPI u otro tribunal que tuviera por objeto cualquiera de esos hechos constituiría persecución penal múltiple, tanto si el acusado resulta condenado como absuelto por la CPI en razón de cualquiera de estos hechos. (*Ne bis in idem*, art. 20 ER).

esclavitud sexual. Además, la Mayoría concluyó que los entrenamientos a los que eran sometidos los niños soldados contenían prácticas que podían ser consideradas como tratos crueles o inhumanos. En consecuencia, la Mayoría procedió a informar a las “partes” (Fiscalía y Defensa) y a los “participantes” (víctimas) en el proceso que la caracterización jurídica de los hechos alegados podría ser modificada de acuerdo con la solicitud de las víctimas.

La SA rechazó, sin embargo, la posición adoptada por la Mayoría de la SPI I, y tal como proponía el voto en disidencia a esa resolución, concluyó que la norma 55 del Reglamento de la CPI no puede ser utilizada para ir más allá de los hechos y circunstancias recogidos en la descripción de los delitos imputados en el escrito de acusación de la Fiscalía y en la posterior decisión de confirmación de cargos de la SCP, o en las enmiendas a éstos.¹²⁷ Una de las conclusiones más salientes de esta decisión de apelaciones, en la que se estipuló el alcance de la expresión “hechos”, está contenida en una nota de pie de página:

En opinión de la SA, el término “hechos” se refiere a las alegaciones fácticas en las que se apoyan cada uno de los elementos típicos de los delitos imputados. Estas alegaciones fácticas deben ser distinguidas tanto de la prueba aportada por la Fiscalía para la confirmación de cada uno de los cargos (Artículo 61 (5)), como del contexto o de cualquier otra información que, a pesar de no encontrarse contenida en el escrito de acusación, o en la decisión confirmando los cargos, no apoya los elementos típicos de los delitos.¹²⁸

Desarrollando los criterios establecidos por la SA, las víctimas alegaron que la expresión “circunstancias descritas en los delitos imputados” (cargos) debería ser interpretada como incluyendo “toda circunstancia del delito” que, conforme con la regla 145 (1)(b) y (c) RPP (relevante para la determinación de la pena), incluiría “las circunstancias de modo, tiempo y lugar”. Para las víctimas, aunque dichos factores hubiesen sido incluidos en el escrito de acusación como circunstancias de modo (es decir, la manera en que el alistamiento, el reclutamiento y el uso activo en las hostilidades de los niños menores de

127 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled “Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-2205, de 8 de diciembre de 2009, parrafo 88.

128 *Ibid*, nota 163.

quince años tuvo lugar), éstas eran de por sí constitutivas de otros delitos de la competencia de la Corte con entidad propia.¹²⁹ De ahí que, según las víctimas, la recalificación jurídica de los hechos que se había solicitado era procedente incluso a la luz de la nueva jurisprudencia de la SA.¹³⁰

Sin embargo, la SPI I desestimó estas últimas alegaciones de las víctimas en el entendido de que la decisión de la SA requería analizar:

Si la recalificación jurídica solicitada surgía (i) de alegaciones fácticas contenidas en la decisión de confirmación de cargos dictada por la SCP I, que (ii) apoyaban los distintos elementos de los delitos imputados al acusado.¹³¹

En este sentido, la SPI I entendió que las alegaciones fácticas mencionadas en la decisión de confirmación de cargos de la SCP I con el propósito de describir la manera en la que se cometieron presuntamente los delitos imputados no podían ser asimiladas a las circunstancias fácticas que apoyaban los elementos típicos de los delitos confirmados en dicha decisión. Según la SPI I, la interpretación propuesta por las víctimas no era acorde con la interpretación realizada por la SA,¹³² y por lo tanto no podía ser acogida.

Si bien en última instancia la solicitud de las víctimas fue rechazada, su intervención provocó la adopción de una decisión crucial en lo relativo a la conformación del objeto fáctico del juicio oral. Por primera vez, se abordó la cuestión relativa al grado de vinculación de la SPI a la decisión de confirmación de cargos de la SCP, que a su vez se encuentra circunscrita por el escrito de acusación de la Fiscalía. La SPI no puede ir más allá de los “hechos” recogidos en la decisión de la SCP; los hechos del juicio oral se encuentran, por

129 *Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Observations conjointes des Représentants Légaux des Victimes quant aux conséquences de l’arrêt de la Chambre d’appel du 8 décembre 2009, ICC-01/04-01/06-2211, de 15 de diciembre de 2009, párrafo 21.

130 *Ibid.*, párrafo 26.

131 Esos relatos de hechos no habrían sido incluidos con la finalidad de “sustanciar los elementos típicos de los delitos que le fueron imputados al acusado”. *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Legal Representatives’ Joint Submissions concerning the Appeals Chamber’s Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2223, de 8 de enero de 2010, párrafo 28.

132 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled “Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2205, de 8 de diciembre de 2009, nota 163.

tanto, predeterminados.¹³³ La SPI no está facultada para incluir hechos adicionales que refieran los testigos durante el juicio oral al objeto fáctico del proceso - para ser posteriormente subsumidos en nuevos tipos penales por la propia (misma) SPI. Además, se aclaró que el objeto fáctico del proceso tampoco se encuentra constituido por todos aquellos hechos que aparecen mencionados en la decisión de confirmación de cargos, sino tan solo los que subyacen a los elementos de los delitos que se imputan al acusado.¹³⁴

En cualquier caso, conviene subrayar que la intervención de las víctimas en el debate sobre la recalificación jurídica de los hechos en el caso *Lubanga* ha mostrado cómo el ejercicio por aquellas de su estatuto procesal (i) les facilita a las Salas de la CPI información de suma utilidad para valorar los méritos de las decisiones de la Fiscalía; y (ii) les permite a las víctimas poner en claro cuáles son sus intereses aún cuando estos no se corresponden con los de la Fiscalía (en este caso mediante el cuestionamiento de la oportunidad de la decisión de la Fiscalía de limitar el primer caso ante la CPI a los delitos de alistamiento, reclutamiento y uso activo en hostilidades de niños menores de 15 años).

IV. CONCLUSIÓN

El estatuto procesal atribuido a las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal es considerado como la característica más sobresaliente del Estatuto de Roma. Por ello no es de extrañar que la jurisprudencia de la CPI haya abordado en profundidad durante los últimos años un buen número de cuestiones de gran relevancia para la determinación precisa del contenido de dicho estatuto procesal.

Varios aspectos relacionados con la definición del concepto de víctima y del contenido preciso de su estatuto procesal han sido objeto de controversia

133 C. Stahn, 'Modification of the legal characterization of facts in the ICC system; a portrayal of Regulation 55', en *Criminal Law Forum*, Vol. 16, 2005, p. 1 y ss; y K. Ambos and D. Miller, 'Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a comparative Perspective', en *International Criminal Law Review* 7, 2007, pp 335 y ss, p. 360.

134 Esta interpretación deja poco espacio para cualquier modificación de la calificación legal de los hechos a través de la Norma 55. A pesar de que la SA ha rechazado que la Norma 55 estipule expresamente, textualmente, qué modificaciones son permitidas la posibilidad de que puedan cumplir con esta segunda parte de la fórmula delitos que no sean en definitiva "delitos privilegiados" (que contienen menos elementos típicos que el delito base) sería, en las consecuencias, por lo menos muy excepcional.

entre las distintas Salas de la CPI. Si bien la jurisprudencia de la SA ha contribuido en cierta medida a homogeneizar las distintas posiciones, todavía nos encontramos lejos de alcanzar la seguridad jurídica necesaria en esta materia. Las víctimas necesitan tener un mayor grado de seguridad jurídica sobre su legitimación para comparecer en las actuaciones ante la CPI, así como sobre su estatuto procesal. Igualmente, para la Fiscalía y para la Defensa es también crucial tener claridad sobre el alcance de la participación de las víctimas en el proceso.

Como se adelantó en la introducción al presente trabajo, la cuestión de si era razonable concederle a las víctimas un estatuto procesal en las actuaciones ante la CPI sólo podrá responderse a largo plazo con base en el análisis de lo que las víctimas hayan podido obtener a través del ejercicio de esos derechos. En cualquier caso, y a pesar de que es demasiado temprano para alcanzar conclusiones generales, se puede afirmar que la participación de las víctimas en el primer caso ante la CPI ha revelado ya que sus intereses pueden diferir de los de la Fiscalía, y ha permitido exteriorizar sus intereses específicos ante la Sala competente. La participación de las víctimas ha permitido poner en tela de juicio las decisiones de oportunidad de la Fiscalía en cuanto los hechos que fueron investigados y los que fueron soslayados.

REFLEXIONES SOBRE LA NECESIDAD DE AJUSTAR LAS
LEGISLACIONES NACIONALES DE COOPERACIÓN CON LA
CORTE AL MARCO PROCESAL DEL ESTATUTO DE ROMA*

* Publicado en la revista *Casación Penal*, Buenos Aires (Argentina), Vol. 5, 2006, pp. 469-510.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que han pasado ya más de ocho años desde la aprobación del Estatuto de Roma y más de cuatro desde su entrada en vigor, los legisladores nacionales continúan teniendo problemas para ajustar sus propuestas legislativas a la realidad procesal del Estatuto de Roma. Cuestiones tan importantes como la capital distinción entre situaciones y casos continúan pasando desapercibidas para el legislador nacional, lo que es probable que conduzca a numerosos problemas en la aplicación interna de las leyes nacionales de cooperación con la CPI, particularmente en lo que se refiere a: (i) la remisión por las autoridades nacionales de situaciones de crisis (arts. 13(a) y 14 ER) y de comunicaciones (arts. 15(1) ER) a la CPI; (ii) la solicitud de inhibición de la Corte (art. 18 (2) ER) y el planteamiento del incidente de admisibilidad (art. 19 (2) ER) a resultas de las actuaciones desarrolladas a nivel nacional en relación con la situación o el caso objeto de la actividad de la Corte; y (iii) la eficacia en el ordenamiento jurídico interno de las declaraciones de la admisibilidad de situaciones y de casos por la Corte.

En consecuencia, parece más necesario que nunca atraer la atención de los legisladores nacionales sobre las dificultades que pueden plantear en un futuro los desajustes procesales entre el Estatuto de Roma y las legislaciones nacionales de cooperación con la CPI. Para ello, con base en la más reciente jurisprudencia de la Corte, el artículo comienza por revisar el marco procesal del Estatuto de Roma y la regulación en el mismo de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad a la luz de la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte. Sólo una vez acometida esta primera tarea, el artículo analiza los problemas presentados por la actual regulación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (LOCCPI). A través del recurso a la legislación española de cooperación con la Corte, el artículo pretende desgranar los problemas que en las áreas arriba mencionadas se derivan de una regulación que no ha tomado como punto de partida la realidad procesal del Estatuto de Roma.

II. EL MARCO PROCESAL DEL ESTATUTO DE ROMA. ESPECIAL REFERENCIA AL LLAMADO PROCESO DE ACTIVACIÓN Y A LA DISTINCIÓN ENTRE SITUACIONES DE CRISIS Y CASOS COMO OBJETO DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES PROCESALES ANTE LA CORTE

Los parámetros personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción del TPIY y del TPIR han sido precisamente definidos por el órgano político

que los creó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En realidad, debido a que ambos Tribunales han sido creados para conocer de los delitos cometidos en “situaciones” de crisis específicas, han sido caracterizados como tribunales *ad hoc*. Por el contrario, los Estados Partes del Estatuto de Roma no han definido con el mismo grado de precisión la jurisdicción de la Corte. La CPI es definida en los arts. 1, 5, 11 y 12 ER como una institución permanente que podría ejercitar su jurisdicción sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos en “situaciones” de crisis¹ que tengan lugar después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en el territorio: (i) de un Estado Parte; o (ii) de cualquier Estado, si los delitos han sido presuntamente cometidos por los nacionales de un Estado Parte, o si la CPI actúa a instancia del Consejo de Seguridad.

Esta importante distinción entre los tribunales *ad hoc* y la CPI –junto con el hecho de que los Estados Partes, teniendo en cuenta la importancia de las funciones atribuidas por el Estatuto de Roma a la Fiscalía y temerosos de su acumulación en manos de su jefe superior y representante (el Fiscal de la CPI)², decidieron introducir ciertas salvaguardias contra la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder que aquél pudiera cometer³–, son las causas principales de que los Es-

1 El ER utiliza el término “situacion(es)”, frente a los términos “caso(s)”, “causa(s)” or “asunto(s)” en los arts. 13(a) y (b), 14 (1), 15 (5) y (6), 18 (1), y 19 (3)).

2 M. Bergsmo/F. Harhoff, ‘Article 42. The Office of the Prosecutor’, en O. Triffterer, (coord.) *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 627-636, p. 631.

3 S.A. Fernández de Gurmendi, ‘The Role of the International Prosecutor’, en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, pp. 175-188, p. 181, ha afirmado: “Those who argue against granting *propio motu* powers to the Prosecutor feared an overzealous or politically motivated prosecutor targeting, unfairly or in bad faith, highly sensitive political situations. Sometimes [the I.C.C. Prosecutor] was feared as a ‘lone ranger running wild’ around the world with excessive powers”. Las salvaguardas más importantes introducidas por los Estados Partes contra la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder por el Fiscal de la Corte son las siguientes: a) la distinción entre “situaciones” y “casos” como objeto, respectivamente, de los procesos de activación y penal; b) los mecanismos de control por la SCP y, en su caso, por la SA del ejercicio por la Fiscalía de sus funciones jurisdiccionales de satisfacción de la pretensión y resistencia de activación previstos en el art. 53(3) ER; y c) la configuración de la Fiscalía como parte activa no decisora en las actuaciones de activación cuando estas no son iniciadas por el Consejo de Seguridad o un Estado Parte.

tados Partes finalmente atribuyeran a la CPI el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del Estatuto de Roma (que conforma la llamada dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte⁴) en un estado latente (fenómeno que ha sido referido como “jurisdicción abstracta”⁵).

De esta manera, la Corte no puede ejercitar el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del Estatuto de Roma hasta que el mismo no haya sido previamente activado en relación con una determinada situación de crisis. En este sentido hay que señalar que el Estatuto de Roma recoge la expresión “situación” en sus arts. 13(a) y (b), 14(1), 15(5) y (6), 18(1), y 19(3) ER. Esta expresión se refiere a situaciones excepcionales, que no estructurales, definidas en abstracto por parámetros temporales, territoriales y/o personales⁶, que rompen con el devenir normal de los acontecimientos, tales como, por ejemplo, los conflictos bélicos que asolaron los territorios de la ex – Yugoslavia y Sierra Leona a partir de 1991, o las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se produjeron en el territorio de Ruanda y de sus Estados fronterizos a partir del 6 de abril de 1994 y hasta principios de julio de ese mismo año o en el territorio Timor Oriental durante los 30 días siguientes a la celebración del referéndum sobre la independencia de la región el 30 de agosto de 1999. Por lo tanto, es perfectamente distinguible de las expresiones “caso”, “causa” o “asunto”⁷ que hacen referencia a hechos concretos presuntamente constitutivos de uno o más delitos recogidos en el Estatuto de Roma, como 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.

4 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 128.

5 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, 2005, pp. 121 y ss., p. 123.

6 *Situation in Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101, de 17 de enero de 2006, párrafos 65-66 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf).

7 *Idem*. La expresión “caso”, “causa” o “asunto” se recoge, entre otros, en los arts. 15(4), 17(1) y (2), 19(1) y (2) y 53(1)(b) ER.

Además, al mismo tiempo los Estados Partes establecieron los siguientes presupuestos para la activación de la dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis⁸:

- a) La inclusión de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de que se trate dentro de los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción latente de la Corte;
- b) La existencia de un fundamento razonable para creer que en la situación de que se trate se han cometido delitos previstos en el Estatuto de Roma;
- c) La inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate (admisibilidad de la situación);
- d) La ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad conforme al art. 16 ER para que la jurisdicción abstracta de la Corte no sea activada con respecto a la situación de que se trate;
- e) La suficiente gravedad de los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate; y
- f) La inexistencia de motivos substanciales para creer que, a pesar de la gravedad de los delitos y de los intereses de las víctimas, la activación de la jurisdicción latente de la Corte sobre la situación de que se trate no redundaría en interés de la justicia.

De esta manera, sólo una vez que la jurisdicción latente de la Corte haya sido activada con respecto a una determinada situación mediante la decisión de iniciar⁹, o de autorizar¹⁰, su investigación, la Corte podrá ejercitar su poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual que, conforme al Estatuto de Roma, haya surgido dentro de los parámetros personales, territoriales y temporales que definan dicha situación.

A estos efectos, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53(1), (3) y (4) ER han establecido, a diferencia de los estatutos de los TPIY/R, un proceso de activación dirigido a: (i) determinar si se cumplen los seis presupuestos arriba menciona-

8 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 107.

9 Art. 53(1) ER.

10 Arts. 15(4) y 18(2) ER.

dos para la activación de la dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis; y (ii) definir, en su caso, los ámbitos personal, territorial y temporal que definen dichas situaciones¹¹. Este proceso de activación comienza: (i) con la remisión por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de una situación de crisis a la Fiscalía de la Corte (arts. 13(a) y (b) y 14 ER) a los efectos de que esta última decreta el inicio de una investigación sobre dicha situación; o (ii) mediante la solicitud de la Fiscalía de la Corte (art. 15(3) ER) para que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice la apertura de una investigación sobre una situación de crisis en relación con la cual la Fiscalía ha recibido denuncias (cualquier persona física o jurídica puede denunciar la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma conforme a lo dispuesto en los arts. 13 (b) y 15(1) ER). Además, el proceso de activación se caracteriza porque tiene un carácter autónomo, previo y necesario frente al proceso penal ante la Corte, de manera que su objeto (situaciones de crisis en lugar de casos), sus partes y su procedimiento son perfectamente distinguibles de los que configuran el proceso penal ante la Corte¹².

Una vez que se activa la jurisdicción latente de la CPI con respecto a una determinada situación de crisis, la Fiscalía, bajo la supervisión de la SCP¹³, tiene la obligación de proceder, conforme a lo previsto en el art. 54 (1) ER, a la investigación exhaustiva de los delitos cometidos en la situación de que se trate¹⁴ a los efectos de determinar quiénes son los responsables últimos de dichos delitos. Durante esta fase de investigación de una situación, que sigue al proceso de activación y precede al proceso penal propiamente dicho, la Fiscalía es el órgano principalmente responsable de la práctica de aquellas diligencias de investigación que sean necesarias para el descubrimiento de los delitos y la identificación de los presuntos responsables¹⁵. Así desde la perspectiva del pro-

11 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 39-47.

12 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 117.

13 Ver a este respecto, O. Fourmy, 'Powers of the Pre Trial Chambers', en: A. Cassese, A/P. Gaeta, P./J.R.W.D. Jones (coord.) *The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 1207-1230, p. 1229.

14 Arts. 54 y ss ER. Ver también, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision to Hold Consultation under Rule 114, Pre Trial Chamber I, ICC-01/04-19, public redacted version, de 21 de abril de 2005, disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_01-04_19_e.pdf

15 Art. 54 ER.

ceso penal ante la Corte, se puede afirmar que la fase de investigación de una situación tiene una naturaleza pre-procesal. Por ello, esta fase puede de alguna manera ser asimilada a las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía española en el procedimiento abreviado conforme al art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente cuando como en los primeros tiempos de aplicación de esta disposición la solicitud de adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales no implicaba la incoación automática de diligencias previas por el juez de instrucción competente.

Durante la fase de investigación de una situación, la SCP actúa como un órgano supervisor¹⁶ en relación con la protección de las víctimas y de los potenciales testigos¹⁷, la preservación de los elementos de prueba¹⁸ y la protección de la información que pudiera afectar a la seguridad nacional de los Estados afectados¹⁹. Además la SCP se constituye en garante último de la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la investigación²⁰. En consecuencia, se puede afirmar que las funciones de la SCP durante la investigación de una situación exceden aquellas de las de un juez de libertades al estilo norteamericano, alemán o italiano, al tiempo que son sustancialmente más reducidas de las atribuidas a los jueces de instrucción en Francia o en España en el proceso ordinario por delitos. En este sentido, se puede afirmar que el Estatuto de Roma ha adoptado un sistema híbrido, que no tiene tampoco equivalente en los estatutos de los TPIY y TPIR donde en principio no existe intervención judicial con anterioridad a la presentación por la Fiscalía de su escrito de acusación.

La Fiscalía, una vez que encuentra indicios razonables de criminalidad contra los responsables últimos²¹ de los delitos cometidos en la situación obje-

16 Norma 46 (2) del Reglamento de la Corte.

17 Art. 57(3)(c) ER.

18 Arts. 56 y 57(3) (c) y (d) ER.

19 Art. 57(3)(c) ER.

20 Art. 57(3)(a) ER.

21 A este respecto la Fiscalía de la Corte ha señalado que el carácter global de la Corte, sus disposiciones legislativas y sus limitaciones materiales apoyan la recomendación inicial de que, como regla general, la Fiscalía debería concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de aquellas personas que tienen una mayor responsabilidad, como los líderes de los Estados y organizaciones presuntamente responsables por los delitos previstos en el ER (véase, Fiscalía de la CPI, *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*, Septiembre 2003, p. 7).

to de la investigación, solicita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia²². Dicha solicitud es precedida del análisis de la concurrencia de los siguientes presupuestos previstos en los arts. 17, 53(2) y 58(1) y (7) ER:

- a) La inclusión de los incidentes y de la persona objeto de la solicitud dentro de los parámetros personal, temporal y territorial que definen:
 - a. La situación objeto de la investigación; y
 - b. La potestad jurisdiccional de la Corte;
- b) La existencia de motivos razonables para creer que:
 - a. Uno o varios de los delitos previstos en el Estatuto de Roma se han cometido en los incidentes de que se trate; y
 - b. La persona objeto de la solicitud es penalmente responsable por tales delitos;
- c) La inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar la presunta responsabilidad penal de la persona objeto de la solicitud por la delitos presuntamente cometidos en los incidentes de que se trate (admisibilidad del caso);
- d) La ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad conforme al art. 16 ER para que la Corte no ejercite su potestad jurisdiccional sobre el caso de que se trate;
- e) La suficiente gravedad del caso de que se trate; y
- f) El hecho de que el ejercicio por la Corte de su potestad jurisdiccional sobre el caso de que se trate no sería contrario a los intereses de la justicia a la luz de todas las circunstancias, incluyendo la gravedad de los delitos, los intereses de las víctimas, la edad o estado de salud de los sospechosos, y su presunta participación en los delitos imputados.

La emisión de una orden de arresto o de comparecencia marca formalmente el inicio del proceso penal ante la Corte. En este sentido, la reciente decisión de la SCP I en el caso *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo* ha puesto especial énfasis en que la emisión de una orden de arresto se encuentra supeditada al análisis previo de la jurisdicción de la Corte y de la admisibilidad del caso por la SCP conforme al art. 19 (1) ER²³, y, en particular, a que el caso

22 Art. 58(1) y (7) ER.

23 La versión pública de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10 de febrero

contra la persona contra la que se solicita una orden de arresto o de comparecencia tenga la suficiente gravedad como para poder ser admisible ante la Corte (en lo que en palabras de la SCP I constituye la segunda dimensión del análisis de admisibilidad)²⁴.

En este sentido, la SCP I, al emitir una orden de arresto contra *Thomas Lubanga Dyilo* en cuanto que máxima autoridad *de iure* y *de facto* de la Unión de Patriotas Congolese²⁵ y de su brazo armado las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo por el reclutamiento, alistamiento y utilización en operaciones militares de niños menores de quince años, ha señalado que para que un caso tenga la gravedad suficiente como ser admisible ante la Corte es necesario que se cumplan los siguientes tres requisitos: (i) que la conducta imputada tenga un carácter sistemático o generalizado, si bien en la aplicación de este criterio se debe tener también en cuenta la alarma social despertada por dicha conducta; (ii) que la persona imputada sea un líder del más alto nivel de uno de los grupos involucrados en la situación bajo investigación; y (iii) que la participación del imputado, así como el papel del grupo que dirige, en las actividades criminales cometidas en la situación bajo investigación permitan calificarlo como uno de los líderes del más alto nivel sospechoso de encontrarse entre los máximos responsables de la actividades criminales ocurridas en dicha situación²⁶.

de 2006 se encuentra en el anexo I a la decisión: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-8-Corr, de 24 de febrero de 2006. Ver en particular el párrafo 18 de dicho anexo I.

24 *Ibid*, párrafos 29 y 41.

25 Partido político que actúa en la región de Ituri en el noreste de la Republica Democrática del Congo desde mediados del año 2000 y que formó el gobierno provisional de la región durante el segundo semestre del 2002 y el primer trimestre del 2003.

26 Ver el párrafo 63 de la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006, que se encuentra en el Anexo I a la siguiente decisión: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr, de 24 de febrero de 2006. De esta manera, no serán admisibles ante la Corte los casos en los que se impute una actividad delictiva puntual desprovista de un carácter sistemático o generalizado. Ver también a este respecto, H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 183.

El objeto del proceso penal ante la Corte está formado por casos, en lugar de situaciones, que están compuestos por incidentes específicos en los que uno o varios delitos previstos en el Estatuto de Roma han sido presuntamente cometidos por la persona o personas imputadas²⁷. En el proceso penal ante la Corte se pueden distinguir hasta cinco fases procesales: la fase de investigación de los incidentes relativos al caso que se extiende hasta la presentación por la Fiscalía del escrito de acusación treinta días antes del inicio de la audiencia de confirmación de cargos²⁸, la fase intermedia o de confirmación de cargos²⁹, el juicio oral³⁰, la apelación³¹ y la fase de ejecución de sentencia³².

Finalmente, a diferencia de los TPIY y TPIR, la potestad jurisdiccional de la Corte no se limita a la investigación, enjuiciamiento, declaración y realización de la responsabilidad penal individual surgida conforme al Estatuto de Roma. Por el contrario el Estatuto de Roma atribuye también a la Corte el poder para declarar y realizar la responsabilidad civil derivada de: (a) la comisión de los delitos que constituyen el fundamento de una sentencia condenatoria; (b) un arresto o detención ilegal; y (c) un error en la administración de justicia³³. Este poder constituye la denominada dimensión civil de la potestad

27 Sobre la distinción entre los conceptos de situación y caso ver, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6 (“Decisión de la SCP I sobre la participación de las víctimas en la fase investigación de una situación”), Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEnglish-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafos 65 y 66 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf). Ver también entre otros: 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. Hall, ‘Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court’, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer, (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1.ed., 1999, pp. 405-418, p. 407; 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 et seq., p.110; y H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 123-130.

28 Regla 121(3) RPP.

29 Art. 61 ER y reglas 121 y 122 RPP.

30 Arts. 62 a 74 y 76 ER y reglas 131 a 148 RPP.

31 Arts. 81 y 83 ER y reglas 150 y ss RPP.

32 Arts. 103 a 111 y reglas 198 y ss RPP.

33 Arts. 75 y 85 ER. Ver a este respecto, D. Donat-Cattin, ‘Article 75. Reparations to Victims’, en *Commentary on the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999, pp. 965-978, pp. 966-

jurisdiccional de la Corte³⁴. En consecuencia, la regla 99 RPP permite a la Sala de Cuestiones Preliminares adoptar medidas cautelares de carácter real desde la emisión de una orden de arresto o comparecencia³⁵. Además, los arts. 75 y 76(3) ER prevén que las actuaciones civiles de reparación se tramiten bien paralelamente al juicio oral, bien a su término.

El Estatuto de Roma, las Reglas de Procedimiento y Prueba y el Reglamento de la Corte regulan la posición procesal de las víctimas en los procesos de activación, penal y de reparación³⁶. Se trata ésta de una auténtica novedad en el marco de un derecho procesal penal internacional que hasta ahora únicamente atribuía a las víctimas la condición de testigos. Así, el art.15 (3) ER y las reglas 50, 92(3), 93, 107 y 109 RPP regulan la posición procesal de las víctimas en el llamado proceso de activación.³⁷

968; C. Staker, 'Compensation to an Arrested or Convicted Person', en Triffterer, O. (Coord.) *Commentary on the International Criminal Court*, Nomos, 1999, pp. 1041-1045, p. 1042; C. Jorda/J. De Hemptinne, 'The Status and Role of the Victim', en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (coords.) *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1387-1420, p. 1399; S. Zappala, 'Compensation to an Arrested or Convicted Person', en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (coords.) *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1577-1588, p. 1577; H. Friman/P. Lewis, 'Reparations to Victims', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 474-492, pp. 474-476; y G. Bitti, 'Compensation to the Arrested or Convicted Person', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 623-636, pp. 623-625.

- 34 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 101.
- 35 Ver los párrafos 130 a 147 de la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 que se encuentra en el Anexo I a la decisión: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-8-Corr, de 24 de febrero de 2006. Véase también H. Friman/P. Lewis, 'Reparations to Victims', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 474-492, pp. 489-490.
- 36 Arts. 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) ER, reglas 50, 59, 89 a 93, 94 a 99, 103, 107 y 109 RPP y normas 86 y 88 del Reglamento de la Corte. Véase también, G. Bitti/H.Friman, 'Participation of Victims in the Proceedings', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, , Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 456.
- 37 H. Olásolo, 'La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional', en *La Ley*, Num., 6343, de 20 octubre de 2005, pp. 1-6.

Por su parte, la reciente decisión de 17 de enero de 2006 de la SCP I en el caso *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo* ha venido a precisar la posición procesal de las víctimas conforme al art. 68 (3) ER en la fase de investigación de una situación previa a la apertura formal del proceso penal mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia.³⁸ En opinión del autor, esta posición procesal debe ser completada con lo dispuesto en las reglas 92(2), 93, 107 y 109 RPP.³⁹

Para la Sala de SCP I, el art. 68 (3) ER atribuye a las víctimas el derecho a participar en la lucha contra la impunidad una vez que la jurisdicción latente de la Corte haya sido activada con respecto a una determinada situación de crisis de manera que se haya iniciado la investigación de dicha situación⁴⁰. Este derecho prevé, en primer lugar, la existencia de un contenido mínimo de la posición procesal de víctima durante la fase de investigación de una situación que incluye: (i) el derecho a presentar observaciones a la SCP en relación con el desarrollo de la investigación; (ii) el derecho a enviar materiales a la SCP relativos a los delitos presuntamente cometidos en la situación bajo investigación; (iii) el derecho de acceso a la parte pública del sumario de la situación conservado por la Secretaría; y (d) el derecho a ser notificado de todas las actuaciones y decisiones públicas que tengan lugar durante la etapa de investigación de una situación⁴¹.

38 Si bien algunos autores defienden la no aplicación de dicha disposición en esta fase de las actuaciones. Ver entre otros D. Donat-Cattin, 'Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings', en *Commentary on Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, 1999, pp. 869-888, p. 873.

39 Así, por ejemplo la regla 92(2) RPP prevé que, a los efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones de la manera prevista en la regla 89 RPP, la decisión de la Fiscalía, conforme al art. 53(2) ER, de cerrar la investigación de una situación sin proceder a ningún enjuiciamiento deberá ser notificadas a aquellas víctimas, o a sus representantes legales, que hayan participado en las actuaciones o, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación de que se trate. Véase a este respecto, G. Bitti./H.Friman, 'Participation of Victims in the Proceedings', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 470.

40 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEnglish-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafo 53 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf).

41 *Ibid.*, párrafos 71 and 72.

Además de este contenido mínimo, la SCP adelantó que la posición procesal de víctima durante la fase de investigación puede incluir otros derechos procesales adicionales, dependiendo de las decisiones que la propia SCP adopte caso por caso en relación con: (i) la posibilidad de participación en ciertas actividades procesales específicas; (ii) el acceso a aquellos materiales confidenciales del sumario relativos a las actividades procesales específicas en las que las víctimas hayan sido autorizadas a participar; y (iii) la notificación de las actuaciones y decisiones adoptadas en el marco de dichas actividades procesales⁴².

Por otra parte, el art. 68(3) ER y las reglas 91 a 93 RPP regulan la posición procesal de las víctimas en el proceso penal ante la Corte,⁴³ mientras que el art. 75(3) ER, las reglas 94 a 99 RPP y la norma 88 RegC otorgan a las víctimas la posición procesal de parte en el proceso de reparación.⁴⁴ Además, las reglas 86, 89 y 90 RPP y la norma 86 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 legal⁴⁵.

A este respecto, como la propia SCP I ha señalado, es importante subrayar que la distinción entre situaciones y casos es particularmente relevante a la hora de determinar quién puede asumir la posición procesal atribuida a las víctimas en las distintas actuaciones ante la Corte⁴⁶. Así, en el proceso de activa-

42 *Ibid*, párrafos 73 a 76.

43 G. Bitti./H.Friman, 'Participation of Victims in the Proceedings', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 457. Véase también, D. Donat-Cattin, 'Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings', en *Commentary on Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, 1999, pp. 869-888, pp. 880-882.

44 H. Friman/P. Lewis, 'Reparations to Victims', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 474-492, p. 474.

45 G. Bitti./H.Friman, 'Participation of Victims in the Proceedings', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 460; H. Olásolo, 'La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional', en *La Ley*, Núm. 6343, 20 Octubre 2005, p. 5.

46 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6,

ción y en la fase de investigación de una situación se encontrarían legitimadas para asumir dicha posición procesal todas aquellas personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño al que se refiere la regla 85 RPP dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis de que se trate⁴⁷. Mientras que en los procesos penal y de reparación, podrían únicamente asumir dicha posición procesal las personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño al que se refiere la regla 85 RPP en los incidentes específicos que constituyen los fundamentos de hecho de una orden de arresto o comparecencia - y posteriormente de una decisión de confirmación de los cargos⁴⁸.

III. CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y DE ADMISIBILIDAD A LA LUZ DE LA DISTINCIÓN ENTRE SITUACIONES Y CASOS COMO OBJETO DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES PROCESALES ANTE LA CORTE

En la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones ante la Corte se encuentra también la justificación de que los Estados afectados se encuentren legitimados para, primero, oponer la falta de admisibilidad de una situación a los efectos de que la Corte se inhiba sobre la misma y, posteriormente, impugnar la admisibilidad de cualquiera de los casos surgido a resultas de la investigación de dicha situación⁴⁹.

En este sentido, conviene subrayar que, 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 internacional⁵⁰. A los efectos de 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 Seguridad⁵¹. El distinto origen de la Corte y de los

Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-101-tEnglish-Corr, de 17 de enero de 2006, párrafos 65 y 66 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf).

47 *Ídem*.

48 *Ídem*.

49 Art. 19(2)(b) y (c) ER.

50 Párrafos 4 y 5 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5 ER.

51 Desde el inicio del proceso de negociación se aceptó la idea de que la creación de la Corte a través de una resolución del Consejo de Seguridad hubiera convertido a aquella en un órgano subsidiario del Consejo. Ello hubiera supuesto que la Corte habría podido ser disuel-

tribunales *ad hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes.

La relación entre la Corte y los Estados se rige por el llamado principio de complementariedad, previsto en los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER⁵², cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes⁵³. Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que solo 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 nacionales⁵⁴.

Pero al mismo tiempo, la Corte, en cuanto que tiene el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, es quién decide en última instancia sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. Por ello, se puede afirmar que la Corte goza de primacía material sobre aquéllas en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada a través del Estatuto de Roma⁵⁵.

La Corte ejercita su primacía material sobre las jurisdicciones nacionales en las distintas actuaciones procesales previstas en el Estatuto de Roma. Este poder es ejercido por primera vez en el marco del proceso de activación previsto en los arts. 15, 18 y 53(1)(3) y (4) ER (o, siguiendo la terminología utilizada en el Estatuto de Roma, en las actuaciones preliminares dirigidas a decidir sobre si procede o no la apertura de una investigación sobre una determinada

ta en cualquier momento mediante resolución del propio Consejo y que su jurisdicción se encontraría necesariamente limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

52 Holmes, J.T., 'The Principle of Complementarity', en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, pp. 41-78, p. 73.

53 C. Escobar Hernández, 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 257.

54 *Idem*, 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*, pp. 383-394, p. 384.

55 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 228-230.

situación)⁵⁶. Conforme a los arts. 15(3) y (4), 17, 53(1) ER y la regla 48 RPP, uno de los presupuestos para la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte con respecto a una determinada situación es la admisibilidad de esta última a resultas de la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales afectadas. Además, cuando el art. 18 ER resulta aplicable, la decisión inicial de activación (o de inicio de la investigación) puede someterse, a instancia de los Estados afectados, a un control adicional por la SCP⁵⁷ y por la SA⁵⁸ desde la perspectiva de la admisibilidad de la situación de que se trate.

Durante la fase de investigación de una situación que sigue al proceso de activación y precede al proceso penal propiamente dicho, el art. 19(11) ER atribuye a la Fiscalía, en cuanto que órgano principalmente encargado de la investigación, el poder para suspender dicha investigación si la situación objeto de la misma se convierte en inadmisibile a raíz de las actuaciones desarrolladas por los Estados afectados⁵⁹. Además, el Estatuto de Roma no

56 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, 2005, pp. 121 y ss, pp. 123-124.

57 Art. 18.2 ER.

58 Art. 18.4 ER.

59 C. Hall, 'Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court', en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer, (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1.ed., 1999, pp. 405-418, p. 418. Esta disposición atribuye también a la Fiscalía el poder para levantar en cualquier momento dicha suspensión si el Estado afectado interrumpe sus actuaciones o muestra su falta de disposición o incapacidad para seguir adelante con las mismas (H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 505-506). A estos efectos, la Fiscalía puede "pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones" (art. 19 (11) ER). Además, el art. 53(2)(b) ER otorga a la Fiscalía el poder para cerrar la investigación de una situación si no existe "fundamento suficiente para el enjuiciamiento" como resultado de la inadmisibilidad sobrevenida de dicha situación. A este respecto hay que señalar que el art. 53(2)(b) ER constituye otro ejemplo del empleo incorrecto de los términos "causa" y "caso" en el ER. Como la decisión adoptada conforme al art. 53(2) ER tiene por objeto la investigación de una situación, el análisis de admisibilidad previsto en el art. 53(2)(b) ER tendrá como objeto situaciones y no casos o causas. Por último, el art. 53(4) ER otorga también a la Fiscalía el poder para reabrir de oficio en cualquier momento la investigación de tal situación "sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones". El ER no establece criterio alguno para determinar cuando la Fiscalía debería suspender una investigación conforme al art. 19 (11) ER y cuando debería cerrar la misma de conformidad con el art. 53(2)(b) ER. Cabe señalar, sin embargo, que esta última opción debería ser reservada para cuando las

ofrece ningún mecanismo procesal para que la SCP lleve a cabo de oficio un análisis de admisibilidad en esta fase de las actuaciones⁶⁰. La única excepción se recoge en el art. 53(3)(a) ER, que prevé que la SCP, a instancia del Consejo de Seguridad o del Estado Parte que inicialmente haya remitido la situación, revisará la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación por la inadmisibilidad sobrevenida de la situación investigada⁶¹.

La emisión por la SCP de una orden de arresto o de comparecencia a instancia de la Fiscalía marca el inicio formal del proceso penal ante la Corte, lo que provoca que la SCP se convierta en el órgano que dirige las actuaciones

actuaciones nacionales relativas a la situación de que se trate hayan alcanzado la fase de ejecución de sentencia. Sólo en este momento las jurisdicciones nacionales, conforme a la configuración dinámica del principio de complementariedad, asumirán jurisdicción exclusiva sobre los delitos cometidos en dicha situación.

60 El ER no atribuye expresamente a la SCP el poder para revisar la decisión de la Fiscalía de suspender la investigación de una situación o de levantar dicha suspensión, ni tampoco le otorga el poder para revisar de oficio la admisibilidad de la situación investigada a los efectos de suspender la investigación o de levantar dicha suspensión. En este sentido, el art. 19(1) ER, que impone a la SCP el deber de cerciorarse de que tiene jurisdicción en todos los casos que le sean sometidos y le atribuye la facultad para analizar de oficio “la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”, parece ser solamente aplicable una vez que se abierto formalmente un proceso penal ante la Corte mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. Por lo tanto, sería necesario recurrir a la doctrina de los poderes inherentes de la SCP en cuanto que órgano jurisdiccional encargado de velar en última instancia por el adecuado devenir de la investigación para que la SCP pudiera, en su caso, proceder a revisar la decisión de la Fiscalía de suspender la investigación de una situación o de levantar dicha suspensión. Sin que podamos entrar en este momento a analizar los problemas que se podrían derivar del recurso a esta doctrina en una fase previa al inicio formal del proceso penal ante la Corte, es importante subrayar que con carácter general la doctrina de los poderes inherentes de la Sala, aplicable en su caso también a la SCP, es reconocida expresamente en las normas 28(3) y 29(3) RegC. Ver sobre esta doctrina, P. Gaeta, ‘Inherent Powers of International Courts and Tribunals’, en L.C. Vohrah (coord.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 353-372.

61 La decisión de la SCP puede ser apelada conforme la art. 82(1)(a) ER. Sin embargo, en lo que constituye una auténtica paradoja, las decisiones de las SCP y SA sobre la admisibilidad de la situación investigada no son vinculantes para la Fiscalía. Por lo tanto, esta última puede hacer prevalecer sus criterios en relación con la inadmisibilidad de dicha situación y el correspondiente cierre de la investigación (H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 505-506). Esta paradoja es el resultado de las amplias funciones quasi-jurisdiccionales que el ER otorga a la Fiscalía antes del inicio formal del proceso penal ante la Corte.

y la Fiscalía sea reconducida a su posición procesal natural de parte⁶². De esta manera, el art. 19(1) ER impone a la SCP la obligación de verificar su jurisdicción sobre el caso o causa (ya no situación) de que se trate antes de seguir adelante y le atribuye la facultad, que no obligación, de verificar su admisibilidad. A partir de este momento, los apartados segundo y tercero del art. 19 ER también son aplicables. Así, el art. 19(2) ER legitima para impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad del caso: (i) al acusado o a la persona contra la que se haya dictado una orden de arresto o de comparecencia; (ii) a cualquier Estado “que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes”; y (iii) a cualquier otro Estado “cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12”⁶³. Por su parte, el art. 19(3) ER faculta a la Fiscalía para solicitar el pronunciamiento de la SCP sobre cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad⁶⁴. Finalmente, el inicio del

62 En cuanto órgano que dirige las actuaciones, la SCP: (i) solicita de los Estados afectados el arresto provisional o el arresto y la entrega de la persona contra quién se haya dictado una orden de arresto (art. 58(6) y 89(2) ER y regla 117 RPP); (ii) conduce la primera comparecencia del acusado tras su detención y traslado a la Corte (art. 60 ER); (iii) determina la fecha de celebración de la audiencia de confirmación de cargos (art. 61(1) ER y regla 121 RPP); (iv) establece, y en su caso extiende, el plazo para que la Fiscalía presente el escrito de acusación y la lista de elementos de prueba propuestos (regla 121(3), (4), (5) y (8)); y (v) acuerda la celebración de una audiencia de conformación de cargos en ausencia del imputado (art. 61(2) ER y regla 125 RPP).

63 El art. 19(2) ER no parece ser aplicable durante la fase de investigación de una situación dada la repetida utilización del término “causa” en lugar de los términos “investigación” (utilizado en el art. 19(11) ER) o “situación” (utilizado en varias disposiciones del ER). Además, los apartados (1), (2) y (3) del art. 19 ER constituyen un conjunto de disposiciones que, ante la ausencia de ninguna indicación en sentido contrario en el propio ER, han de considerarse como que comparten un mismo ámbito de aplicación. Por otra parte, sólo los Estados afectados, que ya han tenido la oportunidad de alegar la inadmisibilidad de la situación conforme al art. 18(2) ER, se beneficiarían de la aplicación del art. 19(2) ER durante la fase de investigación previa a la iniciación formal del proceso penal ante la Corte.

64 El art. 19(3) ER tampoco parece aplicable durante la fase investigación de la situación. Como ya hemos señalado, los apartados (1), (2) y (3) del art. 19 ER conforman un conjunto de disposiciones que en principio tiene un mismo ámbito de aplicación. Además, la interpretación contextual del art. 19(3) ER a la luz del art. 19(11) ER también favorece esta interpretación. Así, mientras la Fiscalía es el órgano principalmente encargado del desarrollo de la investigación de una situación, el art. 19(11) ER la faculta para analizar de oficio la admisibilidad de dicha situación. Además, el ER no prevé expresamente que la SCP pueda realizar de oficio análisis de admisibilidad durante esta fase procesal. Sin embargo, una vez que se inicia formalmente el proceso penal, la Fiscalía se convierte en parte *stricto sensu* en las actuaciones y, por lo tanto, deja de estar facultada para desarrollar las funciones quasi-jurisdiccionales que

proceso penal ante la Corte permite también la aplicación del apartado 10 del artículo 19 ER que legitima a la Fiscalía para solicitar a la Sala competente la revisión de una decisión de inadmisibilidad de un caso sobre la base de “nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo”⁶⁵.

había desempeñado hasta ese momento, incluyendo la realización de análisis de admisibilidad con el fin de suspender o cerrar una investigación. Del mismo modo, la SCP se convierte en el órgano que dirige las actuaciones y como tal puede llevar a cabo de oficio análisis de admisibilidad del caso del que se trate. Como resultado, la interpretación del art. 19(3) ER en el sentido de facultar a la Fiscalía para plantear una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad ante la SCP durante la fase de investigación de una situación no parece ajustarse a las funciones atribuidas a ambos órganos durante dicha etapa procesal. Por el contrario, la interpretación del art. 19(3) ER en el sentido de legitimar a la Fiscalía para plantear cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad una vez que, tras el inicio del proceso penal, la misma haya asumido la posición procesal de parte parece ajustarse mucho mejor a las respectivas funciones de la SCP y de la Fiscalía en el proceso penal ante la Corte (véase C. Hall, ‘Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court’, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer, (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 405-418, p. 418).

65 El art. 19(1) ER no establece ninguna limitación temporal para que la SCP o la Sala de Primera Instancia (en adelante “SPI”) revisen de oficio la admisibilidad de la causa durante las distintas etapas del proceso penal. Igualmente, el art. 19(3) ER tampoco impone ninguna limitación temporal para que la Fiscalía solicite el pronunciamiento de la SCP o de la SPI sobre una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad. Como en los casos anteriores, el art. 19(10) ER tampoco establece limitación temporal alguna para solicitar a la SCP o a la SPI la revisión de una decisión que declare la inadmisibilidad de la causa.

A los efectos de evitar que sucesivas impugnaciones de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa pudieran privar a las actuaciones penales ante la Corte de toda eficacia, el art. 19(4) ER impone ciertas limitaciones temporales para su presentación. En primer lugar, cualquiera de las personas o Estados a que se refiere el art. 19(2) ER está únicamente legitimado para realizar una única impugnación de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa. En segundo lugar, conforme al art. 19(5) ER, los Estados afectados deben presentar sus impugnaciones “lo antes posible”. En tercer lugar, cualquier impugnación de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa deberá presentarse a más tardar al inicio del juicio oral. En cuarto lugar, las impugnaciones de la admisibilidad de la causa que se presenten con posterioridad al inicio del juicio oral con el permiso de la SPI podrán fundamentarse exclusivamente en el pronunciamiento de sentencia firme por los tribunales nacionales. Además, la regla 58(2) RPP otorga a la SCP y a la SPI la facultad para retrasar la consideración de las impugnaciones de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa hasta el inicio de la confirmación de cargos o, en su caso, del juicio oral, “siempre que ello no causa una demora indebida”.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, los límites previstos en el art. 19(4) ER continúan

IV. EL TRATAMIENTO DEL PROCESO DE ACTIVACIÓN DE LA CORTE EN LA LEY ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

IV.1. LA INVERSIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN RELACIÓN CON LOS DELITOS RECOGIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA PRESUNTAMENTE COMETIDOS POR NO ESPAÑOLES FUERA DE TERRITORIO ESPAÑOL

El funcionamiento práctico del principio de complementariedad fue una de las cuestiones que acapararon mayor atención durante el proceso parlamentario en España que concluyó con la aprobación de la LOCCPI. Los debates parlamentarios tuvieron siempre como referente la interpretación que el Tribunal Supremo español había realizado en sus sentencias más recientes del artículo 23 (4) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), el cual dispone lo siguiente:

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- (a) Genocidio.
- (b) Terrorismo.
- (c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- (d) Falsificación de moneda extranjera.
- (e) Los relativos a la prostitución.
- (f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- (g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

A pesar de las interpretaciones más amplias previamente adoptadas por

siendo demasiado amplios. Esta situación se ve agravada por la facultad de la Sala competente para autorizar en circunstancias excepcionales que se realice más de una impugnación o que las mismas se presenten con posterioridad al inicio del juicio oral. De esta manera, se puede prever ya desde ahora que las actuaciones del art. 19 ER darán lugar a continuas disputas procesales (C. Hall, 'Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court', en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer, (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1. ed., 1999, pp. 405-418, p. 412).

la Sala de lo Penal de la *Audiencia Nacional*⁶⁶, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 (STS de 20 de mayo de 2003) introduce el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española como pre-requisito para la actuación con base en el principio de justicia universal⁶⁷.

Conforme a este pre-requisito, el querellante debe mostrar la existencia de indicios serios y razonables de que los hechos incluidos en su querrela no han sido perseguidos penalmente de manera efectiva con anterioridad al momento de presentación de la querrela por los órganos competentes del estado territorial⁶⁸. Además, las razones a que esta situación se haya podido deber no tienen relevancia alguna en el cumplimiento de dicho pre-requisito⁶⁹.

El querellante, sin embargo, no necesita ir más allá de mostrar indicios serios y razonables, sin que, por lo tanto, le sea exigible (tal y como la Sentencia de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 parecía requerir en un primer momento a través del llamado principio de subsidiariedad de la jurisdicción española⁷⁰) el tener que convencer al órgano competente de la jurisdicción española de la inactividad o de la ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el estado territorial. A juicio de la STS de 20 de mayo de 2003, esta última exigencia supondría imponer al querellante una carga insuperable en la fase inicial de las actuaciones, lo que resultaría en que los órganos jurisdiccionales españoles se verían impedidos de hecho de actuar con base en el principio de justicia universal⁷¹.

Además, la STS de 20 de mayo de 2003, se aparta también de la STS de 25 de febrero de 2003, en cuanto que considera contrario a la propia naturaleza del principio de justicia universal la exigencia de la concurrencia de uno de los dos siguientes criterios alternativos para que los órganos jurisdiccionales españoles puedan actuar con base en el mismo: (i) que la persona imputada

66 Ver por ejemplo los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de Noviembre de 1998.

67 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 712/2003, de 20 de mayo de 2003, fundamento jurídico sexto.

68 *Ídem*.

69 *Ídem*.

70 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 327/2003 de 25 de febrero de 2003, fundamento jurídico sexto.

71 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 712/2003 de 20 de mayo de 2003, fundamento jurídico sexto.

se encuentre en territorio español y España decida no extraditarla a ninguno de los estados que de acuerdo con el tratado correspondiente podrían ejercer su jurisdicción sobre los delitos que se le imputan; o (b) que haya una conexión entre los hechos imputados y los intereses nacionales españoles.

Con posterioridad al debate parlamentario que concluyó con la aprobación de la LOCCPI, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, ha rechazado la doctrina contenida en la STS de 25 de febrero de 2003, tanto en lo que se refiere al alcance de la prueba de la inactividad o ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el estado territorial, como en lo que se refiere a la imposibilidad de actuar con base en el principio de justicia universal a falta de un segundo vínculo de conexión entre los hechos o la persona imputada y la jurisdicción española (ya sea la custodia de la persona, ya sea la afectación de los intereses nacionales españoles)⁷². Además, en opinión del autor, el Tribunal Constitucional ha reafirmado de manera implícita el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española como pre-requisito para la actuación con base en el principio de justicia universal⁷³.

En cualquier caso, el debate parlamentario se centró en el art. 7(2) del proyecto de LOCCPI que instruía a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstuviesen de actuar cuando les fuera comunicada la *notitia criminis* o cuando se les presentara una petición administrativa en relación con delitos previstos en el Estatuto de Roma cometidos por no españoles fuera de España. El órgano afectado debería, por lo tanto, limitarse a informar a las personas físicas o jurídicas que presentaron la denuncia o solicitud de la posibilidad de presentar la misma directamente ante la Fiscalía de la Corte de acuerdo con lo previsto en el art. 13(c) y 15 ER.

Además, el art. 7(2) del proyecto de LOCCPI prohibía también a los órganos judiciales y a los miembros del Ministerio Fiscal que actuasen de oficio cuando tuvieran conocimiento de la posible comisión de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma por no españoles fuera de territorio español.

El proyecto de LOCCPI preveía, sin embargo, una excepción en la aplicación del art. 7 (2) cuando pudiese afectar: (i) a la jurisdicción de los órganos

72 Sentencia del Tribunal Constitucional 230/2005, de 26 de septiembre de 2005, fundamentos jurídicos 6 a 9.

73 *Ídem*.

de la jurisdicción militar española sobre acciones u omisiones cometidas por las tropas nacionales fuera de España; o (ii) al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los órganos judiciales españoles que acompañan a las tropas españolas fuera de España⁷⁴.

Durante el debate parlamentario, algunos apuntaron que este proyecto restringía el alcance del principio de justicia universal tal y como se recoge en el art. 23(4) LOPJ puesto que impediría su aplicación en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma. Como resultado, paradójicamente, la creación de la Corte supondría el principio del fin del principio de justicia universal en España⁷⁵.

Otros, apoyados por una parte importante de la doctrina⁷⁶, afirmaron que esta propuesta no se encontraba en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una Corte Penal Internacional informada por el principio de complementariedad. Para quienes se encontraban en este segundo grupo, la Corte no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes, ya sea a nivel nacional o internacional, para luchar contra la impunidad en relación con los delitos que más gravemente menoscaban los valores superiores de la comunidad internacional. Por el contrario, la Corte constituye un mecanismo adicional que se dirige a incentivar a las jurisdicciones nacionales para que los mecanismos existentes para la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos a nivel nacional sean más efectivos. Por ello, la Corte sólo actúa directamente cuando las jurisdicciones nacionales, a pesar de los incentivos recogidos en el Estatuto de Roma, permanecen inactivas o no tienen disposición o capacidad para afrontar la lucha contra la impunidad. Por lo tanto, la creación de la Corte no podía ser de ninguna manera la excusa para limitar el alcance de algunos

74 Esta excepción fue finalmente incluida en el párrafo segundo de la tercera disposición adicional de la LOCCPI.

75 Enmienda Núm. 1 a la LOCCPI, presentada por B. Lasagabáster del Grupo Parlamentario Mixto.

76 Ver entre otros, L. Bujosa Vadell, *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, 2008, sección 2.5; H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Valencia, 2003, pp. 192-198 y 210; M.P. Pozo Serrano, 'Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un balance provisional', en *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pp. 299-346, p. 345; y J. Pueyo Losa, 'Un Nuevo Modelo de Cooperación Internacional en Materia Penal: Entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacional', en S. Álvarez González/J. R. Remacha y Tejada (coords.) *Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, 2001, pp. 141-203 and 145.

de los mecanismos existentes en la ley española para investigar y enjuiciar los delitos previstos en el Estatuto de Roma. Más bien al contrario, la creación de la Corte debería promover su ejercicio más efectivo.

Sin embargo, la gran mayoría de los parlamentarios españoles, junto con una parte de la doctrina⁷⁷, entendían que la primacía formal de la jurisdicción española tal y como se deriva del principio de complementariedad se encuentra limitada a los delitos cometidos en el territorio español o por españoles en el extranjero⁷⁸.

Como consecuencia de este debate, el artículo 7(2) del proyecto de LOCCPI fue aprobado con la inclusión de un párrafo adicional que permitía a los órganos judiciales competentes y al Ministerio Fiscal adoptar las medidas cautelares urgentísimas que fueran necesarias para, entre otras cosas, evitar la pérdida de la prueba.

Además, se introdujo el art. 7(3) LOCCPI para permitir que las denuncias o solicitudes inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles pudieran ser nuevamente presentadas ante los mismos, y esta vez sí tramitadas, cuando la Corte se abstuviese de actuar ya sea porque la Fiscalía decide no iniciar una investigación sobre la situación a la que refieren las mismas o porque se produce una declaración de inadmisibilidad. De esta manera, se aseguraba la posibilidad de aplicar el principio de justicia universal en relación con delitos previstos en el Estatuto de Roma, si bien sólo después de que la Corte hubiera decidido abstenerse.

A pesar de las mejoras resultantes del debate parlamentario, y al margen de ciertos problemas técnicos apuntados por Bujosa Vadell⁷⁹, el autor tiende a compartir la posición de aquéllos que consideran que los párrafos segundo y tercero del art. 7 de la LOCCPI invierten el contenido de la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales construida sobre el principio de complementariedad.

77 A. Sánchez Legido, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004, p. 394; y F. Lattanzi, 'Compétence de la Cour pénale Internationale et Consentement des États', en *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, pp. 425-444 and pp. 430-431.

78 L. Bujosa Vadell, *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, 2008, sección 2.5.

79 *Ibíd.*, pp. 96-98.

En opinión del autor, la prohibición de actuar impuesta a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales, así como la obligación de informar a los denunciantes o solicitantes de la posibilidad de transmitir la *notitia criminis* a la Fiscalía de la Corte, tiene su origen en una visión de la Corte como sustituto de la jurisdicción española en la persecución penal de los delitos cometidos por no españoles fuera de España.

Incluso si el legislador español ha basado su elección en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español que establece la necesidad de intervención de la jurisdicción española como pre-requisito para la aplicación del principio de justicia universal, el legislador español no parece haber dado la importancia suficiente a la distinción entre lo que constituye, por un lado, una jurisdicción de *ultima ratio* como aquella de la Corte y, por otro lado, el principio de que las jurisdicciones nacionales de los estados en cuyo territorio se cometen los crímenes más graves para la comunidad internacional tienen una responsabilidad primaria en su investigación y enjuiciamiento. Por otra parte, el art. 7 (2) LOCCPI parece haber sido redactado en el entendimiento de que, conforme al Estatuto de Roma, la Corte puede abrir directamente una investigación sobre un caso concreto (es decir contra un individuo determinado en relación con uno o varios incidentes específicos). Sin embargo, esta presunción ni se corresponde con la distinción entre situaciones y casos recogida en el Estatuto de Roma, ni con el hecho de que situaciones de crisis (y no casos) sean el objeto del proceso de activación y de la fase de investigación de una situación que antecede al inicio del proceso penal ante la Corte mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia⁸⁰. Como resultado, nos encontramos con que:

- (a) Una primera denuncia o solicitud administrativa será presentada ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los órganos judiciales españoles;
- (b) El órgano ante el que se presenta la denuncia o solicitud informará al denunciante o solicitante de la posibilidad de comunicar la *notitia criminis* ante la Fiscalía de la Corte;
- (c) El denunciante o solicitante enviará una nueva denuncia a la Fiscalía de la Corte conforme al art. 15 (1) ER;

80 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 40-41.

- (d) La Fiscalía de la Corte, conforme al art. 15(2) ER, procederá durante meses o incluso años al examen preliminar de la situación de crisis en el contexto de la cual se hayan cometido los hechos denunciados;
- (e) Tras el examen preliminar de la situación en su conjunto, la Fiscalía de la Corte, dada la limitación de recursos materiales y a no ser que la gravedad de los delitos cometidos de manera sistemática o generalizada en la situación de que se trate así lo requiera, decidirá muy probablemente no solicitar la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre dicha situación;
- (f) La Fiscalía de la Corte procederá, conforme al art. 15 (6) ER, a informar al denunciante o solicitante de su decisión de no pedir la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre la situación de que se trate;
- (g) El denunciante o solicitante no tendrá más remedio que acudir de nuevo, años más tarde, a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal o a los departamentos ministeriales españoles, que en esta ocasión, de acuerdo con lo previsto en el art. 7(3) ER, sí podrán proceder a tramitar la denuncia o la solicitud y, por tanto, a investigar los hechos denunciados.

En consecuencia, en opinión del autor, la inversión del principio de complementariedad y la falta de cuidado en ajustar la LOCCPI a la distinción entre situaciones y casos provocará que sean los mismos órganos judiciales españoles (o el Ministerio Fiscal) que tuvieron que abstenerse al recibir la primera denuncia los que en última instancia deberán investigar y enjuiciar los hechos imputados en aplicación del principio de justicia universal previsto en el art. 23 (4) LOPJ. Ni que decir tiene que esta regulación pone gravemente en peligro la eficacia de los sumarios instruidos años después de la presentación por primera vez de la denuncia.

Pero todavía son más graves aquellos casos en los que órganos judiciales españoles o el Ministerio Fiscal tienen conocimiento de oficio de la presunta comisión por no españoles fuera del territorio español de delitos previstos en el Estatuto de Roma. En estos casos, el art. 7 (2) LOCCPI les prohíbe practicar de oficio con base en el principio de justicia universal las diligencias de investigación necesarias para la comprobación del carácter delictivo de los hechos y la determinación de sus presuntos responsables. Además, en tanto en cuanto la LOCCPI no legitima a los órganos judiciales españoles ni al Ministerio Fiscal a transmitir a la Fiscalía de la Corte la *notitia criminis* de estos delitos, aquéllos

deberán permanecer impasibles ante el conocimiento de tales delitos. Y esto a pesar de que es el principio de legalidad, y no el de oportunidad (ya sea esta pura o reglada) el que según lo previsto en el los arts. 105 y 299 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española informa la práctica de diligencias de investigación.

IV.2. REMISIÓN DE UNA SITUACIÓN DE CRISIS A LA FISCALÍA DE LA CORTE POR EL ESTADO ESPAÑOL Y SOLICITUD DE REVISIÓN DE LA DECISIÓN DE LA FISCALÍA DE LA CORTE DE NO PROCEDER A SU INVESTIGACIÓN

El preámbulo de la LOCCPI señala que uno de los objetivos de la misma es regular de manera particularmente cuidadosa el procedimiento para la remisión por las autoridades españolas de situaciones de crisis a la Corte conforme a los arts. 13(a) y 14 ER.

El art. 7(1) LOCCPI regula esta materia mediante la atribución al Gobierno (acuerdo del Consejo de Ministros), en cuanto que órgano constitucionalmente responsable de la política exterior española,⁸¹ de la potestad última para decidir sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte, de manera que puedan valorarse adecuadamente las implicaciones que en la política exterior del estado pueda tener dicha remisión.

La competencia para proponer ante el Consejo de Ministros la remisión de una situación a la Corte se atribuye conjuntamente a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores. El mismo procedimiento debe ser seguido en caso de que se pretenda solicitar a la SCP, de acuerdo con lo previsto en el art. 53(3)(a) ER, que revise la decisión de la Fiscalía de no proceder a la investigación de una situación remitida por estado español, o de poner fin a la investigación de dicha situación sin proceder a enjuiciamiento alguno⁸².

Un sector de la doctrina española ha mostrado su preocupación con el art. 7(1) LOCCPI puesto que deja exclusivamente en manos del Ejecutivo la propuesta y decisión sobre la remisión de situaciones de crisis a la Corte o de revisión de las decisiones de la Fiscalía de no investigar o de finalizar una investigación sin iniciar enjuiciamiento alguno⁸³.

81 Art. 97 Constitución Española.

82 Art. 7.1 LOCCPI.

83 Véase entre otros L. Bujosa Vadell, *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, 2008, sección 4.3.

En opinión del autor, el proceso debiera haber incluido también el dictamen consultivo del Consejo General del Poder Judicial para así dar entrada a otras consideraciones al margen de las meramente políticas puesto que, como hemos visto en apartados anteriores, algunos de los pre-requisitos para la activación de la jurisdicción latente de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis consisten en la existencia de indicios razonables de criminalidad y en la admisibilidad de dicha situación.

Sin embargo, parece adecuado que el legislador haya optado por atribuir al Consejo de Ministros la decisión última sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte. Así, en primer lugar, conforme a los arts. 13(a) y 14 ER el objeto de la remisión son situaciones de crisis definidas por criterios territoriales, temporales y/o personales⁸⁴.

En segundo lugar, la remisión de una situación automáticamente inicia el procedimiento de activación para determinar si se activa o no la jurisdicción latente de la Corte en relación con la situación de crisis en juego y, por lo tanto, si la Corte inicia o no una investigación de los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate⁸⁵.

En tercer lugar, mediante la remisión bajo los arts. 13(a) y 14 ER, el estado español se convertiría en una parte del proceso de activación ante la Corte, y los Estados afectados por el conflicto o situación remitida por España se convertirían muy probablemente en partes pasivas de dicho proceso de acuerdo a lo previsto en el art. 18 (2) ER. Como resultado, en opinión del autor, la remisión de una situación conforme a los arts. 13(a) y 14 ER tiene mayores implicaciones para la política exterior española que las que hipotéticamente podría tener la transmisión a la Corte de una denuncia contra un particular por un conjunto limitado de hechos imputados.

V. EL TRATAMIENTO EN LA LOCCPI DEL REQUERIMIENTO DE INHIBICIÓN DE LA CORTE DEL ART. 18 (2) ER Y DEL INCIDENTE DE ADMISIBILIDAD DEL ART. 19 (2) ER.

Como se puede leer en el preámbulo de la LOCCPI,

La ley pone particular cuidado en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los tribunales españoles, estableciendo así el de-

84 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 106.

85 *Ibid.*, p. 107 y 391-403.

ber del Ejecutivo de sostener la competencia española cuando ésta ha sido ejercida o se está ejerciendo, pero se establece un matiz o gradación en los deberes del Ejecutivo, inspirado en la reciente doctrina tanto de la Sala Segunda como de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en orden al deber de recurrir o la facultad de hacerlo ante órganos judiciales externos. Cuando la causa se halla en un estadio inicial, en el momento procesal en que el Fiscal de la Corte reclama la competencia, el Gobierno tiene el deber de recurrir ante la Sala de Cuestiones Preliminares, pero cuando ésta ya se ha pronunciado sosteniendo la competencia de la Corte, el Gobierno tiene la facultad de apreciar soberanamente si se aquieta a esta decisión o interpone recurso ante la Sala de Apelaciones.

Como resultado, la LOCCPI recoge varias disposiciones regulando este fenómeno, el primer grupo de las cuales se contiene en los apartados segundo y tercero del art. 7 LOCCPI a los que ya nos hemos referido en el apartado anterior.

Los arts. 8, 9 y 10 LOCCPI constituyen el segundo conjunto de disposiciones que regulan esta materia. El art. 8 LOCCPI prevé que el procedimiento para decidir si, conforme a lo previsto en el art. 18 (2) ER, las autoridades españolas solicitan la inhibición de la Corte con respecto a la investigación de una determinada situación que ha sido provisionalmente iniciada conforme a lo previsto en los arts. 15(4) o 53 (1) ER⁸⁶.

V.1. EL REQUERIMIENTO DE INHIBICIÓN DE LA CORTE DEL ART. 18 (2) ER

Conforme al art. 18 (1) ER, activada provisionalmente la jurisdicción latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis (o, lo que es lo mismo, iniciada provisionalmente su investigación), la Fiscalía de la Corte debe notificar a todos los Estados Partes y a aquellos estados no partes que ejercerían normalmente su jurisdicción sobre los delitos cometidos en la misma. Recibida esta notificación por el órgano de relación entre la Corte y España (que de acuerdo al art. 6 LOCCPI es el Ministerio de Justicia) el art. 8 (1) LOCCPI prevé que el propio Ministerio de Justicia solicitará al Fiscal General del Estado que recabe toda la información relativa a las investigaciones o en-

86 Una exposición más detallada de las razones por las que el art. 18 ER se configura como la segunda parte del proceso de activación se puede encontrar en H. Olásolo, 'Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma', en *Revista Española de Derecho Militar*, 2003, pp. 47-76, pp. 57-60.

juiciamientos que se hayan realizado, se estén realizando o se hayan iniciado a raíz de la notificación del art. 18 (1) ER en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma que hayan sido presuntamente cometidos en territorio español o por nacionales españoles en la situación de crisis a que se refiere la notificación de la Corte.

Si el Fiscal General del Estado informa que los órganos de la jurisdicción española han actuado, están actuando o acaban de iniciar una investigación a raíz de la notificación de la Corte, el Ministerio de Justicia junto con el Ministerio de Asuntos Exteriores deberán enviar al Consejo de Ministros en un plazo máximo de 20 días desde la recepción de dicha notificación una propuesta para solicitar la inhibición de la Corte⁸⁷.

Si bien el art. 8(2) LOCCPI no es completamente claro en este punto, su interpretación a la luz del preámbulo de la LOCCPI, impone al Consejo de Ministros el deber de defender la jurisdicción de los tribunales españoles y, por lo tanto, de solicitar la inhibición de la Corte.

Aprobada la propuesta de solicitud de inhibición por el Consejo de Ministros, corresponderá al Ministerio de Justicia solicitar de manera urgente (recordemos que el art. 18 (2) ER sólo otorga el plazo de un mes desde la recepción por los Estados Partes de la notificación de la Corte) a la Corte su inhibición en relación con la investigación de la situación de crisis que se trate⁸⁸.

Es de resaltar que el procedimiento que acabamos de describir no es aplicable en relación con los delitos cometidos por ciudadanos no españoles fuera del territorio español. De manera, que el imperativo recogido en el preámbulo de la LOCCPI en el sentido de defender la jurisdicción de los tribunales españoles se limita únicamente a aquellos supuestos en que dicha jurisdicción se ejercita con base en los principios de territorialidad y nacionalidad del imputado.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 23 LOPJ, estos no son los únicos principios que determinan la extensión de la jurisdicción española. Por el contrario, el art. 23 LOPJ permite también a los tribunales españoles actuar sobre la base de los principios de nacionalidad de la víctima, de titularidad del bien jurídico protegido y de justicia universal.

87 Art. 8 (2) LOCCPI.

88 Art. 8 (3) LOCCPI. Ver también el art. 18 (2) ER y la regla 53 RPP.

De esta manera, el legislador español parece distinguir entre principios de primera y de segunda categoría en cuanto que sólo las actuaciones realizadas con base en los principios de territorialidad y de nacionalidad del imputado son merecedoras de ser defendidas ante la Corte mediante la presentación de la solicitud de inhibición del art. 18 (2) ER.

Además, la regulación contenida en el art. 8 LOCCPI desvirtúa en buena medida la finalidad última del mecanismo de inhibición previsto en el art. 18 (2) ER. Este mecanismo pretende evitar el desarrollo de investigaciones por la Corte cuando las jurisdicciones nacionales hayan realmente investigado o estén realmente investigando los delitos presuntamente cometidos en las mismas. Se trata en definitiva de un mecanismo procesal para garantizar la aplicación efectiva del principio de complementariedad de la Corte, de manera que la actuación de esta última se limite a los supuestos de inacción, de falta de disposición o de incapacidad de la jurisdicciones nacionales, y con ello se eviten actuaciones paralelas de la Corte y de los tribunales nacionales sobre los mismos delitos.

Ahora bien, si como en el caso español, el art. 23 LOPJ permite a los tribunales españoles conocer los delitos previstos en el Estatuto de Roma sobre la base de los principios de nacionalidad de la víctima, de titularidad del bien jurídico protegido y de justicia universal, y el procedimiento para la solicitud de la inhibición de la Corte previsto en el art. 8 LOCCPI simplemente desconoce esta realidad, es perfectamente factible que la Corte y los tribunales nacionales lleven a cabo durante meses, o incluso años, actuaciones paralelas sobre los mismos delitos. De hecho, esta situación no podrá resolverse hasta que no se haga evidente ya sea a raíz de la presentación de la excepción de litispendencia frente a las solicitudes de cooperación dirigidas por la Corte a España, ya sea a raíz de la impugnación de la admisibilidad del caso por el imputado sobre la base de las actuaciones desarrolladas en España.

Por otra parte, al igual que veíamos en relación con la remisión de situaciones de crisis a la Corte o la solicitud de revisión de la decisión de la Fiscalía de la Corte de no iniciar la investigación sobre la situación remitida o de finalizar la investigación sin proceder a enjuiciamiento alguno, el procedimiento del art. 8 LOCOPI tampoco prevé ninguna participación, ni tan siquiera mediante un dictamen no vinculante, del Consejo General del Poder Judicial o de los órganos judiciales que hayan instruido, o estén instruyendo, el sumario por los delitos cometidos en la situación objeto de la notificación de la Corte.

De esta manera, queda exclusivamente en la esfera del Ejecutivo el recurso a un mecanismo como el de la inhibición que está principalmente dirigido a evitar las actuaciones paralelas de la Corte y de los tribunales españoles. Ahora bien, en tanto en cuanto el mecanismo de inhibición del art. 18 (2) ER se dirige a asegurar el correcto funcionamiento del principio que regula las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, las implicaciones para la política exterior del Estado que se derivan de su planteamiento son sin duda menores que las derivadas de la remisión de una situación de crisis. Esto es implícitamente reconocido por la propia LOCCPI al imponer al Ejecutivo el deber de solicitar la inhibición de la Corte cuando los tribunales españoles hayan actuado o estén actuando con respecto a delitos presuntamente cometidos en el marco de la situación de que se trate dentro del territorio español o por ciudadanos españoles.

V.2. EL INCIDENTE DE ADMISIBILIDAD DEL ART. 19 (2) ER

El art. 9 (1) LOCCPI atribuye al Consejo de Ministros, sobre la base de una propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores, la competencia para decidir en relación con un caso concreto el planteamiento del incidente de jurisdicción o admisibilidad previsto en el art. 19 (2) ER.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría en relación con la solicitud de inhibición prevista en el art. 18 (2) ER, el Consejo de Ministros no tiene el deber de aprobar la presentación de una impugnación de jurisdicción o admisibilidad incluso en el supuesto de que los tribunales españoles hayan actuado o estén actuando con respecto al caso de que se trate.

Como el preámbulo del LOCCPI afirma, la diferencia entre lo dispuesto en los arts. 8 y 9 LOCCPI se basa en la reciente jurisprudencia de las Salas segunda y tercera del Tribunal Supremo español relativa al deber en unos supuestos, y al derecho en otros, de recurrir ante órganos judiciales externos. Como resultado, si la SCP no ha realizado ninguna declaración de admisibilidad de la situación bajo investigación conforme al art. 18 (2) ER, el Ejecutivo estará obligado a defender la jurisdicción de los tribunales españoles y, por lo tanto, a presentar una impugnación de la admisibilidad del caso de que se trate conforme al art. 19 (2) ER.

Sin embargo, si la Sala competente de la Corte ha declarado la admisibilidad de la situación bajo investigación al decidir sobre una solicitud de inhibición conforme al art. 18 (2) ER, el Ejecutivo deja de estar obligado a defender la jurisdicción de los tribunales españoles con respecto a cualquiera

de los casos que se puedan derivar de la investigación de dicha situación, y, por lo tanto, se deja a la discreción del Ejecutivo la impugnación o no de su admisibilidad.

Es evidente que el legislador español ha asumido que el objeto de las declaraciones de admisibilidad de la Corte conforme al art. 18 (2) ER es el mismo que el de sus declaraciones de admisibilidad conforme al art. 19 ER. Así, debido a que el preámbulo de la LOCCPI y el art. 8 LOCCPI obligan al Ejecutivo a solicitar la inhibición de la Corte conforme al art. 18 (2) ER, el legislador español ha supuesto que, para el momento en que el estado español pudiera nuevamente alegar la inadmisibilidad de la causa conforme al art. 19 ER, la Corte debería haber emitido ya una declaración previa de admisibilidad.

Sin embargo, en opinión del autor, la premisa sobre la que el art. 9 (1) LOCCPI ha sido redactado no se ajusta a la realidad del Estatuto de Roma y desconoce completamente la fundamental distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte.

Como hemos visto, el mecanismo de inhibición del art. 18 ER se encuentra a caballo entre la activación provisional de la jurisdicción latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis (o, lo que es lo mismo, la apertura provisional de una investigación sobre dicha situación) y la fase propiamente dicha de investigación de dicha situación⁸⁹. En consecuencia, su objeto está formado por situaciones de crisis definidas en abstracto a través de parámetros territoriales, temporales y/o personales.

Por su parte, como vimos en la primera parte de este estudio, los estados pueden sólo impugnar la admisibilidad de un caso conforme al art. 19(2) ER una vez que el proceso penal ante la Corte se ha iniciado formalmente mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. En consecuencia, el incidente de admisibilidad del art. 19 (2) ER tendrá necesariamente por objeto casos en los que se imputa a una o varias personas identificadas la comisión en uno o varios incidentes determinados de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma.

89 De ahí que se configure como la segunda parte del proceso de activación de la jurisdicción latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis (véase a este respecto H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 72-89).

Lógicamente, la variación en el objeto de los análisis de admisibilidad de los arts. 18 (2) ER y 19(2) ER (lo que a su vez repercute en que el nivel de escrutinio de las actuaciones penales nacionales y el grado de información necesario para llevarlos a cabo sea también distinto) impide que las decisiones de la SCP y de la Sala de Apelaciones sobre la admisibilidad de una determinada situación de crisis produzca efectos de cosa juzgada en relación con ulteriores controles de la admisibilidad de cualquiera de los casos que puedan derivarse de la investigación de dicha situación⁹⁰. Esta realidad es reconocida en el propio encabezamiento del artículo 18 ER, al referirse a las “decisiones preliminares relativas a la admisibilidad”. Otra cosa muy distinta es la práctica establecida por las SCP I⁹¹ y II⁹² con posterioridad a la aprobación de LOCCPI conforme a la cual se supedita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia a la previa declaración de admisibilidad, conforme al art. 19 (1) ER, del caso presentado por la Fiscalía. Ahora bien, es importante señalar en este sentido que, mientras la declaración de admisibilidad emitida por la SCP II no tiene un carácter definitivo sino preliminar en cuanto que utiliza un estándar *prima facie*⁹³, la declaración de admisibilidad emitida por la SCP I tiene un carácter definitivo (y por lo tanto no considera apropiado utilizar en esta fase procesal el estándar *prima facie*), si bien se encuentra limitada a la información presentada por la Fiscalía (ya sea *proprio motu* ya sea a petición de la SCP) en su solicitud de orden de arresto⁹⁴. De esta manera, dado el carácter dinámico

90 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 447-448.

91 Ver párrafos 17-20 de la la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 que se encuentra en se encuentra en el Anexo I a la decisión: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr, de 24 de febrero de 2006.

92 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.*, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-53, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 38; Warrant of Arrest for Vincent Otti, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-54, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 38; Warrant of Arrest for Laska Lukwiya, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-55, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 26; “Warrant of Arrest for Okot Odhiambo”, Pre-Trial Chamber II; ICC-02/04-01/05-56, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 28; y “Warrant of Arrest for Dominic Ongwen”, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-57, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 26.

93 *Ídem*.

94 Ver el párrafo 20 de la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 que se encuentra en se

del principio de complementariedad, la SCP I deja abierta la posibilidad de volver sobre la admisibilidad del caso si surge información adicional sobre las actuaciones que en relación al mismo pueden estar llevando a cabo las jurisdicciones nacionales⁹⁵.

La pregunta que se plantea es aquélla relativa a si la determinación *prima facie* de la admisibilidad de un caso sería suficiente de acuerdo con el art. 9 LOCCPI para que la obligación del Ejecutivo español de defender la primacía de la jurisdicción española mediante el recurso al incidente de admisibilidad del art.19 (2) ER se transforme en una mera facultad discrecional cuya utilización dependerá de criterios de conveniencia política no reglados.

La misma cuestión se plantea cuando, siguiendo la práctica de la SCP I, se realiza una declaración de admisibilidad con base en la limitada información presentada por la Fiscalía en su solicitud de emisión de una orden de arresto o de comparecencia, que por lo demás puede haber obviado perfectamente las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española.

En nuestra opinión, la regulación del art. 9 (1) LOCCPI responde a la asunción del legislador español de que toda declaración de admisibilidad previa a la posible impugnación por el estado español de la admisibilidad de un caso conforme al art. 19 (2) ER habrá necesariamente tenido que tener en consideración las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española. Sin embargo, del mismo modo que la asunción del legislador español de que las actuaciones de los art. 18 y 19 ER tienen un mismo objeto procesal no se ajusta a la realidad, la práctica de las SCP I y II también demuestra que es perfectamente posible la previa declaración de admisibilidad de un caso sin que se hayan tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española.

Por ello entendemos que no cualquier declaración de admisibilidad de un caso debería transformar la obligación del Ejecutivo de defender la primacía de la jurisdicción española ante la Corte en una mera facultad discrecional. Por el contrario, el art. 9 (1) LOCCPI debería ser interpretado en el sentido de que

encuentra en el Anexo I a la decisión: *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr, de 24 de febrero de 2006.

95 *Ídem*.

dicha transformación sólo se produce cuando de la declaración de admisibilidad de la Corte con respecto al caso de que se trate se deduce que aquélla ha tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española con respecto a dicho caso. De lo contrario, entendemos que la finalidad de la LOCCPI, que no es otra, tal y como se expresa en su preámbulo, que promover la primacía formal de la jurisdicción española *vis-a-vis* la Corte de acuerdo con el principio de complementariedad de esta última, se vería truncada.

Hemos dejado para el final el problema relativo a la total exclusión tanto de los órganos judiciales españoles como del Consejo General del Poder Judicial del proceso de presentación del incidente admisibilidad del art. 19 (2) ER, de manera que el mismo se desarrolla exclusivamente en la esfera del ejecutivo. Esta exclusión ha sido una vez más justificada por las posibles implicaciones que pudieran derivarse para la política exterior española a consecuencia de la impugnación de la admisibilidad de un caso ante la Corte.

Sin embargo, en opinión del autor, el incidente del art. 19 (2) ER, a diferencia de los mecanismos de remisión de situaciones a la Corte y de solicitud de inhibición de ésta última con respecto a una investigación, se trata de un mecanismo procesal que pretende asegurar el correcto funcionamiento del principio de complementariedad (y en particular el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales) en relación con un caso concreto.

Vendría, por lo tanto, a cumplir una función similar a aquélla que dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales cumplen las cuestiones de competencia y las solicitudes de inhibición. La única diferencia es que al tratarse la Corte de una jurisdicción distinta que opera en la esfera internacional no puede faltar quién observe implicaciones políticas en una actividad puramente jurisdiccional como es la de solicitar a la Corte que se inhiba de conocer de un determinado asunto porque los tribunales nacionales están conociendo o han conocido del mismo.

V.3. TRANSFERENCIA A LA CORTE DE LAS ACTUACIONES DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA Y RENUNCIA A LA PRIMACÍA FORMAL DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Es importante referirse siquiera brevemente a la cuestión de la transferencia a la Corte de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española, así como a la llamada renuncia a la complementariedad, que

no consiste sino en una declaración expresa de la autoridades españolas por las que renuncian a impugnar la admisibilidad de una determinada situación de crisis o de un caso concreto.

Son estas figuras que no aparecen expresamente recogidas en el Estatuto de Roma y que en opinión del autor plantean problemas de compatibilidad con el objetivo último del principio de complementariedad que no es otro sino incentivar a las jurisdicciones nacionales para que sean ellas mismas las que investiguen y enjuicien los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto⁹⁶.

En cualquier caso es importante subrayar que, en opinión del autor, la LOCCPI no deja espacio alguno para la transferencia a la Corte de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española ni para la emisión de una declaración expresa renunciando al principio de primacía formal de la jurisdicción española. En primer lugar, la LOCCPI no se refiere expresamente a esta posibilidad.

En segundo lugar, como ya hemos señalado, la interpretación del art. 8(1) LOCCPI a la luz del preámbulo de dicha ley impone en el Ejecutivo español la obligación de solicitar la inhibición de la Corte con respecto a la investigación de los delitos presuntamente cometidos en una determinada situación de crisis a los efectos de defender así la primacía formal de los órganos de la jurisdicción española.

En tercer lugar, la discreción conferida al Ejecutivo para recurrir al incidente del art. 19 (2) ER para defender la primacía formal de la jurisdicción española con respecto a un caso concreto⁹⁷, es únicamente el resultado de la inadecuada asunción por legislador español de que el objeto de los dictámenes de admisibilidad conforme a los art. 18 (2) ER y 19 (2) ER es el mismo⁹⁸.

En opinión del autor, el hecho de que la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte provoque que la premisa sobre la que el legislador español ha redactado los arts. 8 y 9 LOCCPI no se corresponda con la realidad, no puede utilizarse para interpretar dichas disposiciones en el sentido de conferir al Ejecutivo la facultad de

96 H. Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 169 and 170.

97 Art. 9 LOCCPI.

98 Preámbulo de la LOCCPI.

transferir las actuaciones de los órganos de la jurisdicción española a la Corte. Por el contrario, tanto el preámbulo del LOCCPI como la jurisprudencia allí mencionada de las Salas Segunda y Tercera del Tribunal Supremo español apoyan una interpretación bien distinta.

VI. LA LOCCPI Y LA EFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE ADMISIBILIDAD DE SITUACIONES Y DE CASOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Uno de los problemas cruciales con los que ha de enfrentarse toda ley nacional de cooperación con la Corte es el relativo a la eficacia de las resoluciones de admisibilidad dictadas por esta última tras examinar las actuaciones que se han llevando a cabo, o se están llevando a cabo a nivel nacional, en relación con la situación de crisis o el caso de que se trate. Se plantea, en primer lugar, la necesidad de regular que va a ocurrir con las investigaciones y enjuiciamientos nacionales en curso que a juicio de la Corte no cumplen con los requisitos exigidos por art. 17 ER para justificar una declaración de inadmisibilidad. Pero además es necesario determinar que va ocurrir con aquellas resoluciones firmes adoptadas por los tribunales nacionales que a juicio de la Corte tampoco justifican una declaración de inadmisibilidad.

La LOCCPI regula la primera cuestión en su art. 10. De acuerdo con esta disposición, si a pesar de la solicitud de inhibición del estado español a la Corte conforme al art. 18 (2) ER o de la impugnación de la admisibilidad del caso conforme al art. 19 (2) ER, la Corte declara la admisibilidad de la situación de crisis o del caso de que se trate y decide seguir adelante con sus actuaciones, los órganos judiciales españoles deberán inhibirse a favor de la Corte y, si esta última así lo solicita, deberán remitir a la Corte lo actuado.

Esta disposición, que no es sino la consecuencia de reconocer la primacía material de la Corte *vis-a-vis* la jurisdicción española, se ve, sin embargo, también afectada por la falta de consideración puesta por el legislador español a la distinción entre situaciones y casos como objeto de las actuaciones de los arts. 18(2) y 19(2) ER. Así, no parece razonable que el dictamen de admisibilidad de una cierta situación de crisis pueda impedir a los órganos de la jurisdicción española a desarrollar actuaciones con respecto a cualquiera de los delitos presuntamente cometidos en la situación bajo investigación.

En opinión del autor, el archivo de las actuaciones nacionales y la remisión de lo actuado a la Corte a raíz de una declaración de admisibilidad es un instrumento necesario para que el carácter dinámico del principio de complementariedad no termine por paralizar las actuaciones ante la Corte. De otra

forma, se corre el peligro de que ante una declaración de admisibilidad, las jurisdicciones nacionales afectadas “re-activen” sus actuaciones con el fin de lograr hacer valer con posterioridad su primacía formal sobre la Corte.

Ahora bien, al mismo tiempo no se puede olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad, y la posibilidad de alegar la primacía formal de las jurisdicciones nacionales hasta el mismo momento del inicio del juicio oral conforme al art. 19 (4) ER, tiene por finalidad última incentivar la puesta en marcha de los mecanismos nacionales para la persecución penal de los delitos que más gravemente afectan a la comunidad internacional.

Por ello, la aplicación estricta del art. 10 LOCCPI parece ir en una dirección contraria a la consecución de esta finalidad puesto que la mera declaración de admisibilidad de una situación de crisis en una fase tan inicial de las actuaciones ante la Corte como es aquella del art. 18 ER impediría a los órganos de la jurisdicción española, cuando apenas ha comenzado la Corte a investigar la situación afectada y cuando ningún caso ha surgido todavía de dicha investigación, actuar en relación con cualquiera de los delitos previstos en el Estatuto de Roma que hayan podido cometerse en dicha situación.

En consecuencia, en opinión del autor, el ámbito de aplicación del art. 10 LOCCPI debería haberse limitado expresamente a las declaraciones de admisibilidad de casos conforme al art. 19 ER. Es precisamente en el marco del proceso penal propiamente dicho, que tiene por objeto casos dirigidos contra personas identificadas por uno o más incidentes concretos, donde el archivo de las actuaciones por los órganos de la jurisdicción española y la remisión de lo actuado a la Corte a resultas de una declaración de admisibilidad es perfectamente compatible con la finalidad última del principio de complementariedad.

Ahora bien, al abordar esta cuestión es importante tener también en consideración la práctica de la SCP I y de la SCP II que, como ya hemos señalado, nos muestra que es perfectamente posible la emisión de una declaración de admisibilidad de un caso sin que se hayan tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española.

Lógicamente, en estas circunstancias, el archivo de las actuaciones de los órganos de la jurisdicción española y la remisión de lo actuado a la Corte conforme a lo dispuestos en el art. 10 LOCCPI sería contrario tanto al principio de primacía de la jurisdicción española *vis-a-vis* la Corte como a la finalidad última del principio de complementariedad consistente en que sean las ju-

jurisdicciones nacionales, incluida la española, las que investiguen y enjuician primariamente los delitos recogidos en el Estatuto de Roma. De hecho si el art. 10 LOCCPI se aplicase en estas circunstancias, los órganos de la jurisdicción española no tendrían más remedio que archivar sus actuaciones y remitir lo actuado a la Corte sin que ésta última hubiera declarado su incapacidad o falta de disposición para llevarlas realmente a cabo.

Por ello, en opinión del autor, para evitar cualquier disfuncionalidad en la aplicación del principio de complementariedad, el art. 10 LOCCPI debería ser únicamente aplicable cuando de la declaración de admisibilidad de un caso por la Corte conforme al art. 19 ER se deduzca que aquélla ha tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española con respecto al caso en cuestión. De no ser esto así, el Ejecutivo, en aplicación del art. 9(1) LOCCPI, interpretado a la luz de su preámbulo, debería, conforme al art. 19 (2) ER, impugnar tan pronto como fuera posible la admisibilidad del caso, y sólo cuando la Corte reafirmara su previa decisión de admisibilidad a resultas de la falta de capacidad o de disposición de los órganos de la jurisdicción española para llevar realmente a cabo sus actuaciones, éstos últimos deberían, en aplicación del art. 10 LOCCPI, archivar dichas actuaciones y remitir lo actuado a la Corte.

La LOCCPI, como prácticamente todas las leyes de cooperación con la Corte aprobadas hasta el momento, mantiene absoluto silencio sobre la eficacia de aquellas resoluciones firmes dictadas por los órganos judiciales españoles que se vean afectadas por una declaración de admisibilidad. Los problemas derivados de este vacío legislativo hace tiempo ya que han sido subrayados en los siguientes términos:

Desde una perspectiva exclusivamente nacional, las actuaciones de la CPI sobre hechos que han sido objeto de una resolución firme de las jurisdicciones nacionales constituirán una violación del principio *ne bis in ídem* recogido en los ordenamientos jurídicos internos a no ser que en estos últimos se establezca un mecanismo que prive de eficacia a las resoluciones firmes nacionales cuando la CPI las declara ineficaces a los efectos del ER. Esta violación del principio *ne bis in ídem* impedirá a los Estados afectados cumplir con sus obligaciones de cooperación con la CPI, especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos en los que las garantías derivadas de mismo tengan rango constitucional⁹⁹.

99 H. Olásolo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 223-224.

En opinión del autor, la presencia de este vacío en la LOCCPI, así como en las otras leyes nacionales de cooperación con la Corte aprobadas hasta el momento, es fruto de la resistencia de los legisladores nacionales a reconocer las consecuencias últimas del principio de primacía material de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales.

A la hora de poner fin a este vacío legislativo la diferencia entre situaciones y casos vuelve a jugar un papel fundamental en cuanto que la nulidad de las resoluciones firmes de los órganos judiciales nacionales debería estar supeditada a la existencia de una declaración de admisibilidad de un caso conforme al art. 19 ER de la que pudiera deducirse que la resolución nacional firme afectada ha sido tomada en consideración por la Corte a la hora de emitir su declaración.

Sobre esta premisa entiende el autor que sería necesario añadir, de acuerdo con las peculiares características del ordenamiento jurídico español, un quinto supuesto de nulidad de pleno derecho a los cuatro actualmente recogidos en el art. 238 LOPJ.

CLÍNICAS JURÍDICAS EN EUROPA OCCIDENTAL:
EL MODELO DE CLÍNICA JURÍDICA SOBRE CONFLICTO
ARMADO, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA
INTERNACIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE UTRECHT*

* Presentación realizada en el panel sobre Clínicas Jurídicas de Derechos Humanos e Interés Público celebrado como parte de la 104 Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional (ASIL) celebrada en Washington D.C. entre el 24 y el 27 de marzo de 2010. En el momento de finalización del presente trabajo, la versión original en inglés se encuentra en proceso de publicación por la ASIL. La traducción del inglés al español ha sido realizada por el autor. Al hacer referencia a “Europa occidental” en la versión en español, el autor quiere referirse a la parte continental de ésta (en su original en inglés el artículo habla de “Western Continental Europe”). Por razones lingüísticas, se ha preferido, sin embargo, utilizar la expresión “Europa occidental” en la versión en español.

I. INTRODUCCIÓN

Me gustaría agradecer a Rick Wilson, Elizabeth Andersen y la Sociedad Americana de Derecho Internacional por haberme invitado a hablar de un tema sobre el cual he pasado, junto al Dr. Leo Zwaak, la mayor parte del tiempo desde mi nombramiento como catedrático de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional en el Instituto Willem Pompe de la Universidad de Utrecht: el recientemente establecido Programa Clínico sobre Conflicto armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht (en adelante “Clínica Jurídica de Utrecht”).

En Europa occidental, la educación jurídica se ha dividido tradicionalmente en dos etapas principales. A los estudiantes se les enseñaba, en primer lugar, una base teórica durante la licenciatura para posteriormente aplicarla durante las tradicionales pasantías. Este sistema vino acompañado de la institucionalización a nivel de licenciatura de las llamadas lecciones *ex cathedra*, que constituyen una técnica de enseñanza caracterizada por una mínima interacción entre un profesor que, desde la distancia, explica los principios generales, y unos estudiantes que, a lo sumo, se limitan a seguir dicha explicación.

Como resultado de este modelo se generó un vacío importante entre las facultades de derecho, donde los estudiantes aprendían los principios generales de una pluralidad de disciplinas jurídicas, y aquellas instituciones judiciales, firmas de abogados, y entidades no gubernamentales en las que los estudiantes desarrollaban a continuación sus pasantías. Este modelo provocó a su vez que los estudiantes no fueran expuestos durante años a problemas de aplicación práctica.

Sin embargo, en la última década, hemos experimentado en Europa occidental un lento, pero paulatino, movimiento en busca de otros tipos de educación jurídica que combinen la enseñanza teórica de los principios jurídicos fundamentales con la familiarización con los principales problemas planteados por su aplicación práctica.

Estudios de casos, competencias inter-universitarias, y, muy recientemente, clínicas jurídicas son formas de educación que cada vez se utilizan con más frecuencia en Europa occidental (si bien estas nuevas técnicas educativas se limitan todavía en gran medida a las maestrías, las cuales, a diferencia de la licenciatura en derecho, son frecuentemente diseñadas para poner en contacto a los estudiantes con las instituciones judiciales, firmas de abogados y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, como un paso previo a la

inserción en el mercado laboral). Sin embargo, mientras los estudios de casos y las competencias inter-universitarias cuentan ya con una mayor aceptación en Europa occidental, existen únicamente a día de hoy una pocas clínicas jurídicas, incluyendo tres en Holanda (universidades de Utrecht, Maastricht y Amsterdam) y dos en España (universidades *Carlos III* en Madrid y *Rovira I Virgili* en Tarragona).

II. ELEMENTOS EN COMÚN ENTRE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT Y LAS CLÍNICAS DE DERECHOS HUMANOS DE LOS ESTADOS UNIDOS

La Clínica Jurídica de Utrecht fue establecida el año pasado, y siguiendo la tradición de las clínicas norteamericanas de derechos humanos, ha sido recientemente incluida en el programa de maestría de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Hoy en día está formada por tres grupos de seis estudiantes cada uno. Dos de ellos proveen servicios jurídicos *pro-bono* sobre cuestiones relacionadas con la justicia internacional a tribunales internacionales con sede en La Haya, mientras que el tercer grupo provee servicios jurídicos *pro-bono* sobre cuestiones relativas al derecho internacional de los derechos humanos a la Corte Inter-americana de Derechos Humanos. Los estudiantes trabajan bajo la supervisión cercana de personas que han trabajado durante varios años en las instituciones con las que se trabaja y que han escrito publicaciones relevantes en la materia.

Elemento fundamental de la Clínica Jurídica de Utrecht es el ciclo de formación en habilidades (*skills training*) que aborda temas como el desarrollo de investigaciones jurídicas, la redacción de informes, escritos de parte y decisiones judiciales, el análisis de la estrategia durante la fases de investigación, juicio oral y apelación desde las perspectivas de la fiscalía, la defensa y las víctimas, técnicas de oratoria y cuestiones de ética jurídica. Este ciclo es desarrollado en cooperación con el Instituto T.M.C. Asser, con sede en La Haya, y consiste en sesiones mensuales impartidas por jueces, fiscales, abogados de la defensa y representantes legales de las víctimas que trabajan en los tribunales internacionales con sede en La Haya¹.

1 Para mayor información sobre la Clínica Jurídica sobre Conflicto, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht, véase: www.uu.nl/legalclinic.

La Clínica Jurídica de Utrecht comparte la mayoría de características paradigmáticas de una clínica jurídica de derechos humanos en los Estados Unidos, puesto que: (i) es parte de los programas de maestría de la Facultad de Derecho, y los estudiantes obtienen créditos si la siguen; (ii) los estudiantes proveen servicios jurídicos reales a individuos o instituciones que tienen problemas jurídicos reales; (iii) los estudiantes son supervisados de manera muy cercana por juristas experimentados; y (iv) el trabajo práctico es normalmente acompañado por un componente de formación teórica y en habilidades.

La educación clínica en los Estados Unidos y en Europa occidental coincide en que se desarrolla en el entendido de que su objetivo principal es proporcionar a los estudiantes una oportunidad para que apliquen su conocimiento en casos reales que se están produciendo en el momento al ponerlos en situaciones en las que, con la supervisión de un abogado experimentado, pueden proveer servicios jurídicos a clientes individuales o institucionales.

III. PRINCIPALES ASPECTOS INNOVATIVOS DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT

La Clínica Jurídica de Utrecht, como otras clínicas jurídicas en Europa occidental, se distingue de las clínicas de derechos humanos norteamericanas, en al menos dos aspectos: (i) el tipo de cliente al que proveen servicios jurídicos; y (ii) el nivel de autonomía de los estudiantes y el grado de supervisión en la elaboración del trabajo que va a ser finalmente entregado al cliente. Ambos aspectos se encuentran inter-relacionados puesto que el nivel de autonomía de los estudiantes y el grado de supervisión varían dependiendo de quién sea el cliente y de la naturaleza de sus requerimientos.

Existe hoy en día un consenso en que las clínicas de derechos humanos deben tener una función social dentro de sus comunidades. Por esta razón, la mayoría de las clínicas de derechos humanos en los Estados Unidos centran su actividad en personas indigentes, o que no pueden acceder a la justicia debido a su pobreza, o a su marginalidad. Este es el caso también de algunas clínicas jurídicas en Europa occidental como la establecida en la Universidad de Maastricht.

Sin embargo, otras clínicas jurídicas en Europa Occidental funcionan de una manera distinta. Por ejemplo, la clínica jurídica de la Universidad de Amsterdam provee servicios jurídicos a firmas de abogados que están basadas en Amsterdam, y a organizaciones no gubernamentales, que ni son indigentes ni son incapaces de acceder a la justicia por su pobreza o marginalidad. Por

su parte, las dos clínicas jurídicas españolas arriba mencionadas trabajan en áreas de alta especialización (la clínica establecida en la Universidad *Rovira I Virgili* de Tarragona está especializada en derecho medio-ambiental, mientras que la clínica de la Universidad *Carlos III* de Madrid trabaja principalmente con la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos) y proveen asesoramiento jurídico a instituciones y organizaciones no gubernamentales que no tienen necesariamente su sede en España.

En cuanto a la Clínica Jurídica de Utrecht, ésta constituye un modelo único porque, por un lado, centra su trabajo en organizaciones internacionales que tienen un importante componente judicial y, por otro lado, combina la provisión de servicios jurídicos *pro bono* a: (i) instituciones judiciales internacionales con sede en áreas cercanas a Utrecht; y a (ii) la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos con sede a miles de kilómetros en San José de Costa Rica. Como resultado, el impacto social de la Clínica tiene lugar tanto a un nivel global como a un nivel local en cuanto que sus actividades se dirigen a: (i) fortalecer la aplicación de la justicia internacional y potenciar el respeto por los derechos humanos; y (ii) trabajar con organizaciones que, a pesar de su naturaleza internacional, tienen su sede y forman parte de comunidades del entorno próximo.

Las particularidades de los clientes institucionales de la Clínica Jurídica de Utrecht, así como de sus peticiones en relación con el producto final de la misma, requieren ciertos ajustes con respecto a la manera en la que operan las clínicas de derechos humanos en los Estados Unidos. En primer lugar, al elegir trabajar con instituciones judiciales internacionales, la Clínica ha tomado la decisión de no participar en procesos ante dichas instituciones para evitar así cualquier conflicto de intereses. En consecuencia, para aquellos que se sienten más atraídos por los aspectos relativos al litigio ante tribunales internacionales se estableció el año pasado un programa de pasantía externa (*externship*) para que los estudiantes puedan trabajar directamente con abogados internacionales que representan víctimas o imputados ante dichos Tribunales en La Haya.²

2 Este programa es también parte del programa de maestría antes mencionado y los estudiantes que lo toman obtienen así mismo créditos. Los supervisores del programa son los propios abogados internacionales a quienes los estudiantes son asignados, quienes a su vez deben firmar acuerdos de confidencialidad que les impiden desvelar al profesorado de Utrecht los detalles del trabajo desarrollado como parte del programa. Más información sobre el Progra-

En segundo lugar, el personal de las instituciones judiciales internacionales necesita que la Clínica Jurídica de Utrecht les presente un producto final lo suficientemente elaborado como para que les suponga un beneficio revisarlo con detalle y discutirlo con los estudiantes y los supervisores de la Clínica. Por lo tanto, el trabajo de la Clínica no puede limitarse a una amplia compilación de fuentes jurídicas, sino que toda investigación jurídica ha de traducirse en un informe que contenga un análisis exhaustivo y pormenorizado de las cuestiones más relevantes. De esta manera, el método de análisis y el formato en el que la información es presentada constituyen elementos clave de la práctica clínico. Si a esto añadimos el grado de especialización tan alto de la materia objeto de la Clínica, y los muchos años de experiencia de los miembros de las instituciones a las que la propia Clínica provee servicios jurídicos *pro bono*, no puede sorprendernos que con frecuencia sea necesario un mayor grado de supervisión de los estudiantes y una participación más activa de los supervisores en las etapas finales de elaboración del producto final de la Clínica.

De esta manera, estudiantes y supervisores conforman una especie de equipo jurídico al que se le encarga la elaboración de un trabajo de consultoría *pro-bono*. En este contexto, la pérdida de cierto grado de experimentación en el aprendizaje (elemento propio de la educación clínica) es compensada por una intensa interacción práctica con unos supervisores que han sido miembros durante varios años de las instituciones judiciales internacionales con las que la propia Clínica trabaja. Es desde esta perspectiva desde la que se puede afirmar que, debido a las características específicas de sus clientes y de sus solicitudes, la Clínica Jurídica de Utrecht constituye un modelo innovativo de afrontar la educación clínica, que, de manera importante, se separa del modelo tradicionalmente seguido por la clínicas de derechos humanos en los Estados Unidos.

IV. CONCLUSIÓN

A pesar de su novedad, conviene no olvidar que, como hemos ya señalado, la Clínica Jurídica de Utrecht mantiene los elementos centrales de la educación clínica, y en particular ha sido desarrollada con miras a proporcionar a los estudiantes la oportunidad de aplicar sus conocimientos en casos reales del

ma de Pasantías Externas sobre Conflicto, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht se puede encontrar en la página web www.uu.nl/legalclinic.

momento al ponerlos en situaciones en las que, bajo la cercana supervisión de experimentados juristas, puedan proveer de servicios jurídicos a clientes institucionales.

REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL Y LAS ADMINISTRACIONES DE
JUSTICIA NACIONALES

I. INTRODUCCIÓN

Entre las cuestiones medulares en el diseño de la Corte Penal Internacional (CPI) se encuentran sin lugar a dudas su carácter “complementario” y la “cooperación” de los Estados. Sin embargo, estas nociones tienen una naturaleza más bien unívoca o unidireccional que no refleja la versatilidad de las relaciones entre la CPI y las administraciones nacionales de justicia. En este trabajo me propongo desarrollar algunas de las características más salientes de estas relaciones.

Ello requiere, previamente, una breve reseña de uno de los antecedentes de la Corte Penal Internacional que en mi opinión no ha captado en la literatura jurídica especializada toda la atención que merece, es más ha pasado prácticamente desapercibido: las Cortes para la abolición del comercio de esclavos. Me referiré luego a los objetivos de la Corte, su competencia y al tema de la admisibilidad. Seguidamente presentaré un panorama del régimen jurídico complementario de la CPI, con una referencia sucinta a las perspectivas actuales de la Corte. Concluiré mis observaciones con una reseña de las repercusiones importantes y positivas que la CPI ha tenido en códigos penales nacionales de los Estados Partes, y su relación de cooperación especial y recíproca con las administraciones nacionales de justicia.

II. LA CPI Y LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES DE JUSTICIA

La CPI fue creada para responder a una necesidad histórica. El preámbulo del Estatuto de Roma nos recuerda que millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Esas atrocidades han tenido a menudo graves consecuencias para la paz y la seguridad nacionales, regionales e internacionales.

La protección de los derechos humanos fundamentales y el mantenimiento de la paz y la seguridad exigen mecanismos eficaces para la aplicación de la ley y el procesamiento de los responsables de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La responsabilidad por el enjuiciamiento de esos crímenes recae ante todo, y sobre todo, en los tribunales nacionales.

En condiciones normales son los tribunales nacionales los que enjuician y sancionan la comisión de esos crímenes. Sin embargo, la historia ha demostrado que, frente a las peores atrocidades y cuando los sistemas nacionales

de gobierno colapsan como consecuencia de conflictos armados o estados de excepción, los tribunales nacionales no han sido capaces de actuar o no han estado dispuestos a hacerlo. Es precisamente para superar esta laguna de punibilidad que fueron creados los tribunales internacionales.

II.1. ANTECESORES DE LA CPI

Cuando se consultan manuales y monografías acerca de los orígenes de la idea de un tribunal penal internacional, usualmente se encuentran referencias a los ejemplos medievales del proceso contra Conradin von Hohenstaufen del año 1268 y el proceso contra Peter von Hagenbach en 1474. También se reseña el Tratado de Versalles, que preveía el establecimiento de un tribunal internacional ad-hoc para juzgar al Kaiser Guillermo II como responsable por haber iniciado la guerra y los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio establecidos por los aliados al término de la segunda guerra mundial. Cincuenta años después, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó los Tribunales Penales Internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia los cuales configuran los antecesores más recientes de la CPI.

Estos precedentes han logrado un cómodo lugar en la literatura científica y por tanto no es necesario ahondar al respecto en este trabajo. Sin embargo, en esta usual reconstrucción se soslaya uno de los ejemplos que a mi modo de ver mejor refleja el surgimiento de Cortes Internacionales para ocuparse de graves violaciones a los derechos humanos, como es el derecho a la libertad. Me refiero a las Cortes para la abolición del comercio de esclavos.

En el Siglo XIX el comercio de esclavos era un componente esencial del orden económico y social mundiales. Es cierto que las potencias europeas básicamente no utilizaban esclavos en Europa pero, en las colonias del Nuevo Mundo, la economía basada en las plantaciones era totalmente dependiente del trabajo de los esclavos. Se estima que, en los primeros 10 años del siglo XIX, 609.000 esclavos fueron forzados a atravesar el atlántico.

La primera potencia que centró esfuerzos por eliminar el comercio de esclavos hacia el Nuevo Mundo fue Gran Bretaña. Mucho se ha debatido acerca de si este movimiento resultaba de consideraciones genuinamente humanitarias o, más bien, de intereses económicos. Los comentaristas predominantemente atribuyen valor a ambas razones.

Países europeos, incluyendo España, Portugal y los Países Bajos así como varios en Latino América firmaron tratados para la abolición del comercio de

esclavos. Los tratados le daban jurisdicción a ciertas Cortes,¹ que surgieron entre 1817 y 1871 para juzgar en los casos de trasgresión a las normas pactadas. Si bien no se trataba de Cortes penales, sí eran Cortes internacionales integradas por jueces internacionales que aplicaban derecho internacional. Estas constituyen las primeras Cortes internacionales de derechos humanos.

Según los tratados concluidos entre los países signatarios debía crearse una Corte en territorio bajo dominio de cada uno de estos países. Así, Freetown (Sierra Leone), La Habana (Cuba), Río de Janeiro (Brasil), Cape Town, (Sudáfrica) y Surinam fueron epicentros de este movimiento.² Cada país nombraba un juez y el gobierno del territorio en el que se radicaba la Corte nombraba al secretario. El secretario era el administrador en jefe de la Corte y colaboraba en la recepción de prueba.³ A pesar de que su existencia fue bastante breve estas Cortes juzgaron más de 600 casos y liberaron a más de 80.000 esclavos.⁴

Cinco países de Latino América (Argentina, Chile y Uruguay en 1839, Bolivia en 1840 y Ecuador en 1841)⁵ acordaron la concesión de facultades procesales como la requisa y la inspección sobre barcos en los que presuntamente se transportaban esclavos.⁶ Estos barcos serían luego capturados y puestos a disposición de las Cortes. Toda vez que declinaron sus potestades de crear Cortes en sus territorios los casos eran presentados ante la Corte de Freetown, en Sierra Leona.⁷

Hacia 1840 más de 20 naciones habían firmado tratados comprometiéndose a abolir el comercio de esclavos. Es sabido que el comercio de esclavos continuó durante muchos años más (60 por lo menos) pero, finalmente, fue exitosamente suprimido. La ausencia de participación de Francia y de los Estados Unidos fue sin dudas un factor limitativo para la actividad de las Cortes Internacionales mixtas.

1 Jenny S. Martinez, "Anti-Slavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law" 117 *Yale L.J.* (2008) 550. (Hereinafter Martinez, "Anti-Slavery Courts").

2 *Ibid.*, pages 579, 590.

3 *Ibid.*, page 579.

4 *Ibid.*, page 553.

5 Bethell, "Mixed Commissions", page 83.

6 *Ibid.*, page 579.

7 *Ibid.*, page 83.

La historia nos muestra cómo los esfuerzos judiciales internacionales apoyaron la abolición de una de las prácticas más crueles de la historia de la humanidad. Debe prestarse atención al hecho de que una de las debilidades más significativas de estas Cortes fue la falta de participación en el tratado de dos de las potencias navales más importantes: Francia y los Estados Unidos. Estos países, pasado el tiempo, se unieron sin embargo al esfuerzo conjunto internacional.⁸

II.2. RASGOS SALIENTES DE LA CPI

Tal como se expresa en su preámbulo, los objetivos del Estatuto de Roma son tres: poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad; contribuir a la prevención de esos crímenes; y garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera.

A diferencia de los tribunales especiales, la CPI es el primer tribunal permanente y verdaderamente internacional. Su competencia es prospectiva y no se limita a un período determinado ni a hechos ocurridos en un territorio en particular.

Las facultades de la Corte para alcanzar estos objetivos derivan de dos conceptos que si bien son conexos, son diferentes: me refiero a la competencia y la admisibilidad. La CPI tiene competencia respecto de los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte, respecto de las personas acusadas de crímenes que sean nacionales de un Estado Parte, y respecto de las situaciones en que se haya cometido uno o más crímenes y que sean remitidas a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La Corte no actúa retroactivamente, y en este sentido tiene competencia únicamente sobre los hechos ocurridos luego de la entrada en vigor del Estatuto, el 1° de julio de 2002.

Son objeto de la competencia de la Corte los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Estos han sido enumerados en cuatro categorías de crímenes: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y de agresión.

8 Francia en 1831 y Estados Unidos en 1862.

Sin embargo, aún cuando la Corte tenga competencia respecto de un asunto no tiene una obligación ineludible de actuar. Esto se debe a que el Estatuto de Roma estipula que la facultad de enjuiciar los crímenes que caen bajo la competencia de la Corte le pertenece principalmente a la administración de justicia nacional. Inclusive cuando se constate que la Corte pueda tener competencia sobre un hecho, deben satisfacerse ciertos requisitos que, bajo la denominación de “admisibilidad”, están fijados en el artículo 17 del Estatuto de Roma.

III. ADMISIBILIDAD: EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

Es la administración de justicia nacional la que conserva la responsabilidad *primaria* del enjuiciamiento por los crímenes internacionales de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. La comunidad internacional, al crear la CPI, reconoció la necesidad de establecer una jurisdicción internacional permanente sobre las personas, con alcance potencialmente mundial, que actuase *únicamente* en aquellas situaciones en las que el sistema judicial nacional no pudiera hacerlo o no estuviera dispuesto a ello. A este respecto, en el preámbulo del Estatuto de la Corte se afirma que:

los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”; y *asimismo se recuerda que* “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. *Por último, el preámbulo destaca que la CPI “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.*

Esta característica de la CPI, que recepta el “principio de complementariedad”, es una de las piedras angulares del Estatuto de Roma. Con arreglo a este principio, la CPI sólo ejerce su jurisdicción cuando el Estado competente *no está dispuesto* a enjuiciar a los autores de los crímenes o *no puede realmente* hacerlo.

En este sentido cabe considerar a la Corte un “tribunal de último recurso”, que interviene cuando de lo contrario no habría perspectivas de justicia. Es la CPI, y no los Estados Partes, la que determina si un Estado está o no está dispuesto a enjuiciar a los autores de los crímenes o si no puede realmente hacerlo. La Corte no establece los criterios aplicables en abstracto, ya que la práctica seguida hasta ahora por las Salas de Apelaciones consiste en proceder a esta determinación caso por caso.

El principio de complementariedad reafirma la observancia de la soberanía de los Estados nacionales. En circunstancias normales, los Estados investigan y enjuician respecto a los crímenes internacionales que son de competencia de la Corte. En efecto, la CPI reconoce que la aplicación directa de la ley en los casos de violación del derecho penal internacional corresponde a la administración de justicia nacional, puesto que el sistema judicial nacional es el que se encuentra en mejores condiciones para llevar a cabo eficazmente el enjuiciamiento por esos crímenes.

Pueden presentarse, sin embargo, ocasiones en que el sistema judicial de un Estado colapse por completo o deje de funcionar efectivamente. Tales situaciones en las que no se dispone en absoluto o parcialmente de resortes adecuados en la administración de justicia nacional, pueden deberse a un conflicto armado o a un estado de excepción. En otros casos puede ocurrir que el gobierno de un país dé su aquiescencia a las atrocidades o participe en ellas. También puede ocurrir que el gobierno de un país sustraiga de responsabilidad a quienes la tienen mediante procedimientos penales llevados a cabo con mala fe, o se niegue por completo a efectuar el enjuiciamiento.

Es para tales casos que el Estatuto de Roma establece un marco jurídico destinado a determinar si un asunto es o no admisible ante la CPI. La idea de “complementariedad”, que figura expresamente tanto en el preámbulo del Estatuto de Roma como en el artículo primero, se ve reflejada en el artículo 17 que establece muy cuidadosamente los criterios de admisibilidad de los casos ante la CPI, incluidos los requisitos del principio de complementariedad a los que me referiré a continuación.

Conforme a los principios del artículo 17, un asunto es inadmisibile ante la CPI cuando sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él o bien el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate.

Sin embargo, a pesar de la existencia previa o coetánea de una investigación o enjuiciamiento, el asunto puede tornarse admisible si el Estado que ejercita su competencia “no est[á] dispuesto” a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de los responsables de crímenes comprendidos en la competencia de la Corte o “no pued[e]” realmente hacerlo”.

Recientemente, la Cámara de Apelaciones de la CPI ha tomado la primera decisión en cuanto a la interpretación de esta norma. En primer lugar ha

establecido que la admisibilidad de un caso debe juzgarse sobre la base de la situación existente al momento en el que el Tribunal deba analizar la cuestión de admisibilidad.⁹ Es decir, un caso que es admisible en razón de que el Estado Parte con obligación de investigar no lleva adelante ningún proceso puede devenir inadmisibile si, posteriormente, ese Estado comienza a investigar los crímenes.

En segundo lugar, la Cámara de Apelaciones ha afirmado que cuando un Estado no actúa, es decir, no practica ninguna investigación o enjuiciamiento el caso es admisible. Ello así, independientemente de la falta de disposición o la incapacidad de investigar. Es decir, cuando la jurisdicción doméstica permanece “inactiva” el caso es admisible y la cuestión de la falta de disposición o la incapacidad de perseguir es indiferente.¹⁰

Por último, como se ha referido, según el Artículo 17(1)(b) un asunto es inadmisibile cuando haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate. Al respecto, la Cámara de Apelaciones ha tenido oportunidad de interpretar si la decisión de un Estado de sobreseer o archivar el proceso tras la remisión de las actuaciones a la CPI es equiparable a la decisión de un Estado de no perseguir. Se ha concluido que tal equiparación no es correcta puesto que la decisión de remitir un caso a la CPI significa que el imputado sí ha de ser perseguido, aunque ante la CPI.¹¹ En consecuencia, se interpretó que el caso era admisible ante la Corte.

Un Estado Parte “no est[á] dispuesto” a someter a la acción de la justicia a los autores de crímenes cuando en los procedimientos nacionales se manifiesta uno o más de los siguientes elementos:¹²

9 Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of the Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01-04-01/07-1497, párrafo 56.

10 Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of the Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01-04-01/07-1497, párrafo 78 y ss.

11 Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of the Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01-04-01/07-1497, párrafo 82.

12 Artículo 17 Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

Primero: el procedimiento tiene o tuvo por finalidad sustraer al acusado de su responsabilidad penal. Es lo que ocurre en lo que suele llamarse “parodias de juicio”;

Segundo: se ha producido una demora injustificada en el juicio. Esa demora tiene que ser incompatible con la intención de hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate;

Por último: el proceso no ha sido o no está siendo sustanciado de manera independiente e imparcial, y ha sido o está siendo sustanciado de forma

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

que es incompatible con la intención de hacer comparecer ante la justicia a la persona de que se trate. El derecho del acusado a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial creado conforme a la ley constituye un principio fundamental del derecho a un juicio justo.

La “falta de disposición” se vincula con el *propósito* con que se sustancia o se ha sustanciado el proceso o bien la *intención* del Estado al realizar el juicio contra el acusado. Esto supone una evaluación de las motivaciones *subjetivas* del Estado a la luz de su régimen nacional, incluyendo sus leyes, procedimientos, prácticas y normas, en combinación con la presencia de ciertos factores empíricos propios de cada asunto.

El hecho de que un Estado “no pueda” realmente llevar a cabo la investigación se refiere, en cambio, a las situaciones objetivas en las que no se dan en el Estado las condiciones para llevar a cabo el juicio. Esto puede ser consecuencia del colapso de su administración nacional de justicia, de que carece de tal administración, de que no puede hacer comparecer al acusado, etc.

En estas condiciones un Estado, a pesar de que *está dispuesto* a hacerlo, no se encuentra en condiciones de cumplir sus deberes conforme al Estatuto de Roma por carecer de las instituciones o los mecanismos nacionales necesarios. El criterio es objetivo y está determinando por los hechos. El “colapso total” de la administración nacional de justicia puede referirse a situaciones de total inexistencia de fiscalía o de tribunales de justicia.

La situación de Rwanda en 1994, asolada por los conflictos armados y el genocidio tras el asesinato del Presidente, es un ejemplo histórico de “colapso total”. El “colapso sustancial” supone una evaluación de elementos cuantitativos, entre ellos la parte del sistema judicial afectada por la crisis; y elementos cualitativos tales como los tipos de instituciones o de personal a los que esa crisis afecta. En tales casos corresponde que la Corte intervenga para investigar o enjuiciar a fin de que se cumplan los objetivos establecidos en el preámbulo del Estatuto de Roma.

Hecho este esbozo de los requisitos del principio de complementariedad conforme al artículo 17, veamos ahora una breve reseña de la jurisprudencia de la Corte sobre los requisitos de admisibilidad de ese artículo.

Antes de entrar en este tema es importante recordar que cualquier interpretación de las disposiciones del Estatuto de Roma impone a los magistrados de la CPI una auténtica labor de análisis jurídico de derecho internacional y

comparado. El Estatuto nació como fruto de negociaciones jurídicas, políticas y diplomáticas, y se lo pone en práctica ahora por un tribunal formado por magistrados especializados en derecho penal o internacional que se capacitaron en regímenes jurídicos de distintos lugares del mundo.

La interpretación de un Estatuto de naturaleza híbrida por una Corte de naturaleza híbrida/ecuménica, que no corresponde puramente al *common law* ni tampoco a la tradición romano-germánica, obliga a efectuar un análisis jurídico con pautas nuevas que combinen tradiciones jurídicas y aseguren la justicia y la equidad para todos los participantes.

Hasta ahora son tres los Estados Partes que han remitido a la Corte situaciones ocurridas en sus territorios: Uganda, la República Democrática del Congo y la República Centroafricana. Además, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitió a la Corte, en 2005, la situación en Darfur (Sudán) actuando en ejercicio de sus facultades para el restablecimiento y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales sin que los miembros permanentes del Consejo que no son estados partes del Estatuto de Roma hicieran uso de su poder de veto. Recientemente, en febrero de 2011, ha remitido la situación en Libia – por voto unánime de los miembros con derecho a voto del Consejo de Seguridad. Veremos ahora una reseña de esas situaciones en relación con el principio de complementariedad.

La CPI comenzó su primer juicio a comienzos de 2009 en la causa contra el Sr. Thomas Lubanga Dyilo. El acusado en este asunto es juzgado actualmente por crímenes de guerra, consistentes en el alistamiento y la conscripción de menores de 15 años y su utilización para participar activamente en hostilidades.

Al remitir este asunto a la Corte, el Presidente de la República Democrática del Congo, Sr. Joseph Kabila, presentó una carta en la que declaraba que, debido a la particular situación en que se encontraba su país, las autoridades competentes *no podían* realizar la investigación y el enjuiciamiento de esos crímenes sin la participación de la CPI.¹³

El régimen de complementariedad entre la CPI y la República Democrática del Congo fue objeto de análisis minucioso por la Sala de Cuestiones

13 Véase, la carta dirigida a la CPI por el Presidente de la República Democrática del Congo, Sr. Joseph Kabila, ICC-01/04-01/06-32-AnxA1, de 21 de marzo de 2004.

Preliminares I. El imputado se encontraba entonces detenido en Kinshasa y le habían sido atribuidos en la jurisdicción nacional crímenes comprendidos en la competencia de la CPI. Al determinar la admisibilidad, la Sala declaró que “para que un asunto resultante de la investigación de una situación sea inadmisibile, constituye una *conditio sine qua non* que las actuaciones nacionales se refieran *tanto a la persona como a los actos* que son objeto de la causa seguida ante la Corte.”¹⁴

La Sala observó que la orden de detención dictada contra el Sr. Thomas Lubanga Dyilo por la República Democrática del Congo no contenía referencia alguna a su presunta responsabilidad penal por los crímenes imputados en la solicitud del Fiscal, a saber, el alistamiento y la conscripción de menores de 15 años y su utilización para participar activamente en hostilidades. La causa fue declarada admisible ante la Corte con el fundamento de que la administración nacional de justicia congoleña no estaba desarrollando ninguna actuación respecto del asunto concretamente planteado ante la Corte.

Asimismo, la situación en Uganda fue remitida a la Corte por el Gobierno de ese país, en enero de 2004. En este caso se dictaron órdenes de detención contra cinco miembros del Ejército de Resistencia del Señor, incluido su jefe, el Sr. Joseph Kony. Entre las alegaciones de crímenes de guerra enumeradas en las órdenes de detención figuran la esclavitud sexual, la violación, los ataques deliberados contra civiles y la conscripción de niños soldados.

De modo similar a lo sucedido en la República Democrática del Congo, el Gobierno de Uganda presentó a la Corte una “Carta de Jurisdicción” en la que indicaba que no había “*podido* detener a... personas en quienes pueden recaer las mayores responsabilidades” por atrocidades perpetradas en esa situación.¹⁵ Como consecuencia del colapso parcial del sistema judicial nacional de Uganda, la administración de justicia del país se vio en la imposibilidad de hacer comparecer al acusado. El asunto fue declarado admisible ante la CPI.¹⁶

14 Véase *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Sala de Cuestiones Preliminares, 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, ICC-01/04-01/06-8-Corr, version pública de 24 de febrero de 2006, anexo I, párrafo 31.

15 Véase *Situation in Uganda*, Sala de Cuestiones Preliminares II (Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July 2005 as Amended on 27 September 2005) ICC-02/04-01/05-53, párrafo 38.

16 Véase *The Prosecutor v Joseph Kony, et al.*, Sala de Cuestiones Preliminares II (Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July 2005 as Amended on 27 September 2005) ICC-

La situación en Darfur, Sudán, fue remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la base de una recomendación de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur según la cual se habían cometido en el territorio del Sudán crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra comprendidos en la competencia de la CPI.

Con respecto a la cuestión de la complementariedad, la Comisión indicó lo siguiente en su informe a las Naciones Unidas:

La respuesta normal y adecuada a una atrocidad es enjuiciar a los presuntos autores en los tribunales del Estado en que se hubieran cometido los crímenes o del Estado de nacionalidad de los presuntos autores.

[...]

Ante la naturaleza de los crímenes cometidos en Darfur y las deficiencias del sistema de justicia penal del Sudán, que han dado lugar a la impunidad efectiva de los presuntos autores, la Comisión considera que los tribunales del Sudán no están capacitados para enjuiciar y juzgar a los presuntos criminales, ni dispuestos a hacerlo.¹⁷

Recientemente el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 1970 (2011) ha remitido a la CPI la situación en otro Estado que no es Parte del Estatuto de Roma, nos referimos a Libia, por la presunta comisión de delitos de la competencia de la Corte a partir del 15 de febrero de 2011. La fiscalía de la CPI ha anunciado el día 3 de Marzo de 2011 que encuentra elementos de prueba suficientes para comenzar una investigación contra altos líderes del mencionado país, incluyendo, entre otros, a Muammar Gaddafi.

Hemos visto, así, un esbozo de la jurisprudencia de la CPI sobre el principio de complementariedad en sus actuales situaciones y causas. Un aspecto importante de ese principio que no ha sido aplicado hasta ahora por la CPI es el principio de cosa juzgada, que figura en el artículo 20 del Estatuto. La regla de la complementariedad determina la relación entre la CPI y los tribunales nacionales, no sólo respecto de las situaciones actuales, sino también respecto

02/04-01/05-53, párrafos 33, 37 y 38.

17 Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las violaciones del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos en Darfur presentado, documento de las Naciones Unidas S/2005/60, párrafo 568.

de los conflictos de jurisdicción que puedan plantearse en el futuro. El artículo 20 regula situaciones en las que mismo asunto es atendido en primer término por la CPI y después por un tribunal nacional, o viceversa. Si se ha completado ya un juicio en el ámbito nacional, la sentencia excluye el procesamiento por la CPI siempre que el juicio se haya realizado con buena fe. Además, nadie puede ser enjuiciado por ningún otro tribunal por actos criminales por los que ya haya sido juzgado por la CPI. Esta regla es expresión de un principio consolidado desde hace mucho tiempo en los derechos penales nacionales, que se encuentra en los principales sistemas jurídicos del mundo y que se ha incorporado en el Estatuto. Constituye también un derecho humano fundamental reconocido internacionalmente.

El régimen de complementariedad entre la CPI y los Estados Partes también repercute en las administraciones nacionales de justicia en otro sentido importante: el de sus efectos sobre las leyes penales internas.

IV. EFECTOS DE LA CPI EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS PARTES

El principio de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma ha tenido efectos positivos rápidos e importantes en el derecho penal interno de los Estados Partes. El Estatuto procura dar facultades a los Estados Partes para la investigación y el enjuiciamiento respecto de los crímenes internacionales. Tras la aprobación y la entrada en vigor del Estatuto, muchos Estados Partes han revisado su legislación interna en materia de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos internacionales asumidos respecto de la CPI.

Algunos Estados han reconocido la necesidad de tal examen de las disposiciones del derecho penal interno. Por ejemplo, en el *Informe de España sobre la marcha de la ratificación y aplicación del Estatuto de Roma*, presentado en 2001 al Consejo de Europa, se indicó lo siguiente:

Sobre todo, para que un Estado Parte pueda invocar con éxito el principio de complementariedad reconocido por el Estatuto, en virtud del cual los Estados tienen la responsabilidad primordial del enjuiciamiento de los crímenes internacionales, es preciso que se aseguren de que su legislación prevea esos crímenes y sus tribunales tengan competencia para juzgarlos.¹⁸

18 *Spanish Progress Report on Ratification and Implementation of the Rome Statute*, documento presentado al Consejo de Europa el 4 de septiembre de 2001.

En algunos Estados, este examen dio lugar a la sanción de leyes destinadas a que sus autoridades pudieran aplicar el derecho penal internacional. En el caso de Alemania, por ejemplo, la implementación se ha efectuado a través de dos leyes: la Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (IStGH-AusführungsG) y El Código Penal Internacional (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB).

En Suiza, la implementación del Estatuto de Roma ocasionó modificaciones tanto en el código penal como también en la legislación militar. De este modo, Suiza se ha inclinado por no regular la implementación del Estatuto en un cuerpo legal independiente. Ello ha evitado el surgimiento de una dogmática penal específica y autónoma para este ámbito jurídico, lo cual favorece la seguridad jurídica en tanto permite aprovechar los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales logrados en otros ámbitos del derecho penal.

En otros Estados, el principio de complementariedad ha dado lugar a que se modificaran o perfeccionaran leyes en vigor a fin de colmar cualquier laguna existente en la legislación interna de modo que los Estados pudiesen aprovechar al máximo el régimen de complementariedad. Por ejemplo, Australia puso en vigor en 2002 su *Ley sobre la Corte Penal Internacional* que adaptó el derecho interno de Australia para asegurar su conformidad con el Estatuto de Roma.¹⁹

Los países del Commonwealth han adoptado una ley modelo de implementación en el año 2005 con la finalidad de crear las condiciones para investigar efectivamente a nivel nacional los crímenes de la competencia de la Corte. En febrero de 2011, un grupo de expertos se reunió en Londres para revisar esa ley modelo con la finalidad de recomendar modificaciones que reflejaran las recientes prácticas y nuevos desarrollos legales. Los resultados de ese comité de revisión serán presentados durante la próxima reunión de Ministros del Commonwealth que tendrá lugar en Sydney en julio de 2011.

19 Los párrafos 2) y 3) de la sección 268.1 establecen lo siguiente: “Es propósito del Parlamento que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sea complementaria de la jurisdicción de Australia respecto de los delitos previstos en esta sección que también constituyen crímenes de competencia de la Corte. [...] la *Ley sobre la Corte Penal Internacional de 2002* no afecta a la precedencia del derecho de Australia en cuanto al ejercicio de su jurisdicción respecto de los delitos previstos en esta sección que también constituyen crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Puede consultarse en: [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/DE14FDCCC9AB239BCA2574100007FC95/\\$file/0422002.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/0/DE14FDCCC9AB239BCA2574100007FC95/$file/0422002.pdf).

Estos Estados se encuentran ahora en mejores condiciones de investigar y enjuiciar estos crímenes por sí mismos. Su administración nacional de justicia penal ha quedado fortalecida al haberse sancionado legislación interna en conformidad con el Estatuto de Roma. Esto es importante, por ser la CPI un “tribunal de último recurso”. La responsabilidad primordial de la investigación de los crímenes internacionales graves, como respecto de todas las infracciones penales, corresponde a los Estados. La CPI sólo habrá de actuar, en todos los casos, cuando las jurisdicciones nacionales no estén dispuestas a investigar y enjuiciar los crímenes de su competencia, o no puedan realmente hacerlo.

La relación positiva entre la CPI y las administraciones nacionales de justicia se manifiesta de forma recíproca. Mientras que la CPI ha tenido un importante efecto positivo en los sistemas nacionales de justicia penal, también las administraciones nacionales de justicia tienen una función importante que desempeñar en cuanto a facilitar la cooperación entre los Estados Partes y la Corte en todas las etapas del procedimiento. La Corte se apoya en la plena cooperación de los Estados en todas las etapas de sus actuaciones, tanto para el cumplimiento de sus órdenes de detención y la presentación de pruebas como para la ejecución de las sentencias contra los acusados. En este sentido, el artículo 88 del Estatuto estipula que los Estados Partes “se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”. El apartado a) del párrafo 4 del artículo 70 obliga a los Estados Partes a dictar normas que castiguen los delitos contra la administración de justicia, con inclusión del falso testimonio, la presentación de pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas, y la obstrucción de la comparecencia o el testimonio de un testigo o la interferencia con respecto a ellos.

Este régimen de cooperación entre la CPI y las administraciones nacionales de justicia también puede permitir que la Corte se beneficie con la experiencia y los conocimientos de los sistemas judiciales de los países. A medida que la CPI progresa en el desarrollo de su jurisprudencia, cabrá la esperanza de que no sólo ejerza efectos duraderos en la esfera del derecho penal internacional, sino también de que esa jurisprudencia pueda beneficiarse en ciertos aspectos del derecho penal interno de los países. De esta manera, la relación entre la CPI y las administraciones nacionales de justicia supera la unidireccionalidad implícita en el Artículo 21(1)(c) de Estatuto.

V. CONCLUSIONES

La CPI tiene por objeto complementar las administraciones nacionales de justicia y no sustituirlas. El principio de complementariedad preserva la primacía de la jurisdicción nacional a la vez que permite a la CPI intervenir cuando los Estados no actúan, para impedir que eludan la acción de la justicia personas acusadas de haber perpetrado actos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

Este régimen jurídico complementario entre la CPI y las administraciones de justicia nacionales ha tenido un importante efecto positivo en el derecho penal interno de los Estados. El régimen de cooperación recíproca entre la CPI y las administraciones nacionales de justicia será de provecho para ambas.

La creación de la CPI fue un logro de trascendencia histórica, la culminación de un prolongado proceso que ya venía esbozándose desde antaño con significativos ejemplos como el de las Cortes para la abolición del comercio de esclavos. Sin embargo, no es más que una etapa en el inicio de un largo camino que nos espera. Ese logro sólo pudo concretarse con un trabajo tenaz y la colaboración de la comunidad internacional en su conjunto.

La Haya, 15 de marzo de 2011

René Blattmann

Magistrado y ex Vice-Presidente

Corte Penal Internacional

Dr. Hc. de la Universidades de Basilea y Humboldt de Berlín

REFLEXIÓN FINAL SOBRE LOS DESAFÍOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La creación de la Corte Penal por el Estatuto de Roma marcó un punto culminante del auge en la década de los 90 de doctrinas idealistas cosmopolitas, por las que se favorecían cuestiones de seguridad humana por encima de la seguridad del Estado y se consideraba a la justicia y al imperio del derecho como condiciones indispensables para lograr la paz.

Sin embargo, la Corte en funcionamiento está forzada a operar en el seno de un sistema internacional aún dominado por Estados de cuya cooperación depende para poder investigar y juzgar. Esta cooperación no puede darse por descontada. Los mismos Estados que crearon la Corte podrían ser reticentes a brindar apoyo si consideraran que la institución no es eficaz o afecta en el ejercicio de su mandato intereses nacionales o internacionales esenciales.

Para consolidarse como institución e insertarse como actor relevante del escenario internacional, la Corte deberá no solamente respetar el marco legal definido por los Estados sino demostrar a la vez su legitimidad para actuar en situaciones y casos concretos y su capacidad para cumplir con su mandato de investigar y juzgar con imparcialidad y eficiencia. Sin perjuicio de incrementar sus propios esfuerzos, la institución necesitará mantener y ampliar la cooperación externa para operar eficazmente. Por ello, legalidad, legitimidad, eficiencia y cooperación son conceptos claves para comprender los principales desafíos a afrontar por la Corte Penal Internacional en los años por venir.

I. LEGALIDAD

El proceso de negociación del Estatuto de Roma y de los instrumentos complementarios principales –esto es los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba– reflejó, en primer lugar, la clásica tensión entre internacionalismo y soberanía nacional que opone a preocupaciones de derechos humanos la cláusula de no injerencia en asuntos internos. Esta tensión, subyacente a muchas de las discusiones, explica algunas de las restric-

ciones impuestas al sistema de competencia y régimen de cooperación de la Corte Penal Internacional.

Pero esta tensión, aunque importante, está lejos de dar una explicación válida para todas las discrepancias. Tan o más importante fue la tensión entre aspiraciones de justicia con preocupaciones de paz, que generó controversias sobre la función de la Corte Penal Internacional en el sistema de relaciones internacionales y, particularmente, respecto de la articulación de sus relaciones con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Como consecuencia de estas tensiones, los Estados terminaron diseñando un mandato acotado por restricciones basadas en tres principios fundamentales: la legalidad, la gravedad y la complementariedad. Así, la Corte solamente tiene competencia sobre los crímenes internacionales más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, a saber genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, en forma programática, el crimen de agresión. Esta selección de los crímenes más graves fue seguida de un esfuerzo para definir umbrales de gravedad adecuados para cada uno de ellos, a fin de acotar el universo de actos comprendidos.

Entre las restricciones al mandato de la Corte, fue central la definición de un sistema inédito de “complementariedad” por el cual se asienta el principio de una institución a ser utilizada como último recurso, solamente en casos de ausencia de acción estatal genuina.

El marco normativo a ser aplicado por la Corte fue definido en gran detalle por los propios Estados quienes, apartándose de todos los precedentes en la materia, redactaron en detalle las normas de derecho sustantivo y procedimiento y receptaron explícitamente el principio de legalidad a ser interpretado en forma restrictiva. Los Estados consideraron que debían retener el diseño de estas normas en lugar de dejar la interpretación de los elementos de los crímenes y la elaboración de las reglas de procedimiento en manos de los magistrados, tal como lo reflejaba el modelo utilizado en los Estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda. Se concluyó que ese modelo no era conveniente para una Corte Penal Internacional con carácter general y permanente.

II. LEGITIMIDAD

El respeto estricto del marco normativo pre-establecido es condición necesaria pero no suficiente para asegurar la adhesión a la actuación de la Corte.

Esta actuación deberá ser, además, percibida como legítima por la comunidad internacional.

La legitimidad es condición esencial de las instituciones judiciales en general y de los mecanismos jurídicos aplicados en situaciones de crisis en particular. Los tribunales domésticos están más cerca de las poblaciones afectadas y mejor equipados para comprender el contexto en que se produjeron los crímenes. En cambio, los tribunales internacionales, por definición separados de sistemas nacionales específicos, deben permanentemente luchar por obtener legitimidad y comprensión de las sociedades involucradas y de la comunidad en general. Nos referimos aquí a la legitimidad entendida en el sentido de una percepción generalizada de que la Corte está justificada para actuar, de que sus acciones son deseables, correctas y apropiadas en un contexto particular¹.

La Corte Penal Internacional tiene la legitimidad que le da su génesis democrática y el diseño de un marco normativo sustantivo y procesal representativo de diversos sistemas de valores, tradiciones y creencias, a través de un proceso de elaboración multilateral abierto a todos los Estados del mundo y organizaciones no gubernamentales. Esta legitimidad se incrementará en la medida en que aumente el número de ratificaciones y adhesiones y la Corte pueda realizar su vocación global a través de una participación verdaderamente universal.

Sin embargo, esta legitimidad de origen podría no ser suficiente para justificar la selección de una situación en particular y para dotar ulteriormente a la Corte de suficiente inserción en la sociedad nacional concernida.

El Estatuto prevé un sistema de orientación de esta selección que combina el principio de independencia del Fiscal internacional con la participación de actores estatales y no estatales dotados de la facultad de remitir situaciones y proveer información. Los Estados, el Consejo de Seguridad y la sociedad civil tienen la capacidad de incrementar la legitimidad de la selección mediante la remisión de situaciones o de la provisión de información sobre crímenes a la Corte. Sin embargo, es el Fiscal quien decide las situaciones y casos a

1 Siguiendo a Mark Suchman que define la legitimidad como premisa o percepción generalizada de que las acciones de una entidad son deseables, correctas, o apropiadas en el seno de un sistema social de normas, valores, creencias y definiciones en "Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches", *The Academy of Management Review*, 20, No.3, 1995, p.574.

investigar y juzgar, a través de un proceso de toma de decisión independiente, teniendo en cuenta los factores establecidos por el Estatuto.

Los negociadores del Estatuto de Roma dieron por sentado que los Estados serían fuente natural de legitimidad para actuar en una situación determinada, y aceptaron sin cuestionamientos que un Estado parte, pudiera solicitar la intervención de la Corte Penal Internacional, sin distinguir según su grado de involucramiento en la situación, en el entendido de que el Estado sigue siendo la entidad con mayor legitimidad para actuar en el sistema internacional.

Por ello, no es sorprendente que en la etapa inicial de la puesta en marcha de la Corte, el Fiscal haya también privilegiado las remisiones estatales como mecanismo de activación de la competencia de la Corte. Las dos primeras investigaciones, en República Democrática del Congo y en Uganda y, ulteriormente, en República Centro Africana, fueron abiertas sobre la base de remisiones de los Estados en cuyo territorio se habían cometido los crímenes. Se buscó así poner en marcha a la Corte sobre la base de requerimientos de los propios Estados involucrados eliminando así una eventual tensión entre soberanía e internacionalismo.

La remisión voluntaria de situaciones a la Corte por los Estados directamente afectados fue una expresión temprana de confianza que dio a la Corte la oportunidad de demostrar su viabilidad en la fase inicial. Sin embargo, la polémica desatada a partir de estas “auto-remisiones” demuestran que no hay soluciones simples para incrementar la legitimidad. Que se trate del Estado, del Consejo de Seguridad o del Fiscal actuando por iniciativa propia sobre la base de información proveniente de cualquier fuente, la adhesión a la Corte no dependerá tanto del impulso inicial sino de las circunstancias específicas de cada situación y de la calidad y eficiencia de la actuación subsiguiente de la Corte en cada una de las etapas del procedimiento, incluyendo su estrategia en materia de comunicaciones y de difusión.

III. EFICIENCIA

En los primeros años de funcionamiento de la Corte, sus seguidores centraron su atención en la apertura de investigaciones. La selección de casos concretos para investigar y juzgar fue considerada como sinónimo de “puesta en marcha” y condición imperativa de su éxito. Con el transcurso del tiempo, las expectativas se fueron diversificando. A la ansiedad por asegurar la activi-

dad judicial se sumaron preocupaciones por mejorar la calidad institucional y judicial de la institución.

Entre otras cuestiones importantes, tanto en el interior como fuera de la Corte se reconoce hoy como cuestión prioritaria la necesidad de acelerar los procedimientos judiciales. Sin embargo, no existe aún un diagnóstico claro sobre las medidas concretas que deberían adoptarse para lograrlo. El principal desafío de los años a venir no consistirá tanto en constatar la existencia del problema sino en lograr captar las causas subyacentes y acordar cursos de acción para resolverlos.

La práctica ya recogida por la institución en sus primeros casos permite comenzar un análisis crítico del diseño normativo consagrado por los Estados en el proceso de creación con vistas a identificar y, en su caso, enmendar, aquellas reglas de procedimiento que pudieran obstaculizar el buen desarrollo del proceso penal. Los Estados elaboraron por sí mismos el marco legal actualmente aplicado por la Corte pero resultará vital que en todo proceso de enmienda se consulte y tome suficientemente en cuenta la labor y experiencia de que quienes han tenido la responsabilidad de aplicarlo en la práctica.

IV. COOPERACIÓN

La Corte depende absolutamente de la cooperación externa para cumplir con su mandato y las necesidades de cooperación para investigar y detener personas en situaciones concretas se exacerban en los contextos de violencia en que la Corte está llamada a operar. La Corte solamente podrá cumplir eficazmente y eficientemente con sus actividades judiciales si cuenta con suficiente cooperación de la comunidad internacional.

Para ello será necesario fortalecer la voluntad de Estados y organizaciones para proveer información y otros medios de asistencia a la Corte y para detener y entregar las personas acusadas. Más allá del apoyo de principio a la causa de la justicia, la experiencia inicial de la Corte demuestra las dificultades para obtener rápidamente suficiente cooperación para sus actividades.

Fortalecer la cooperación requerirá también ampliar el universo de apoyos a través de un incremento del número de ratificaciones y adhesiones. La Corte no es todavía una institución universal y el sistema en que se basa su competencia no desplazó totalmente el requerimiento del consentimiento estatal para actuar en situaciones determinadas. En ausencia de una remisión por el Consejo de Seguridad es necesaria la aceptación de la competencia por el

Estado donde se cometieron los crímenes o por el Estado de nacionalidad de sus autores. Esto limita la aptitud de la Corte para proteger valores compartidos por la humanidad en su conjunto y, con ello, se socava el ideal global que está llamada a encarnar. Por ello, a fin de consolidarse como institución internacional relevante la Corte deberá acercarse a participación universal.

La Haya, 28 de marzo de 2011
Silvia A. Fernández de Gurmendi
Magistrada
Corte Penal Internacional

EPÍLOGO

CONSTRUYENDO EL PROCEDIMIENTO ANTE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Cuando Héctor me pidió que le escribiese un Epílogo para su libro de ensayos sobre derecho penal y procesal internacional con motivo de su lección inaugural como catedrático de la Universidad de Utrecht, acepté con una mezcla de alegría y nostalgia, al tratarse de un trabajo que constituye el fin de una etapa en la que Héctor y yo tuvimos la oportunidad de trabajar estrechamente en los primeros procedimientos ante la Corte Penal Internacional, y el comienzo de una nueva etapa de su vida profesional en la Universidad.

Conocí a Héctor por primera vez a comienzos de 1999, cuando era un joven doctorando que se encontraba en la Universidad de Columbia y formaba parte de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (en aquel entonces yo integraba la delegación brasileña). Además de sus conocimientos de derecho penal y procesal penal comparado e internacional, lo que siempre me llamó más la atención en Héctor fue su creencia en que a través de la justicia penal internacional, y de la Corte Penal Internacional en particular, se podría ayudar a hacer un mundo más justo.

Lo que nunca en aquel momento podíamos esperar es que años después yo sería nombrada magistrada de la Corte Penal Internacional, y que en agosto de 2004 Héctor sería nombrado Letrado de la Sección de Cuestiones Preliminares, y que yo entonces solicitaría fuese asignado a mi supervisión (en aquel entonces en la estructura de las Salas de la Corte, cada magistrado ejercía la supervisión sobre un letrado). Ni tampoco podíamos prever, en aquel momento, que yo misma sería nombrada juez ponente de los asuntos relativos a la situación en República Democrática del Congo y Darfur, incluyendo los primeros procedimientos en los casos contra *Thomas Lubanga Dyilo*, *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo Chui* y *Omar Al Bashir*.

Si bien hubo situaciones en que se planteaban cuestiones a cada paso del camino, sobre todo en la preparación de la primera audiencia de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, lo cierto es que poder contar con Héctor fue siempre un gran apoyo, puesto que el siempre tuvo la virtud de aportar varias alternativas posibles desde su experiencia del derecho comparado e internacional y de no limitarse a analizar la solución al problema concreto, sino de analizar las ventajas o inconvenientes de las diferentes alternativas dentro del conjunto del sistema penal y procesal en el que nos encontrábamos operando. Sus observaciones siempre tenían presente que las respuestas de hoy no sólo deberían ser válidas para el caso que enfrentábamos, sino que nos deberían servir de guía para resolver problemas similares que se pudieran plantear en otros casos en el futuro.

En este sentido, no se puede olvidar que en aquel momento nos correspondió a nosotros establecer la primera jurisprudencia de la primera Corte Penal Internacional permanente en temas relativos a la fase preliminar del proceso, sobre los cuales pronto descubrimos que no había precedentes que nos sirvieran de guía en otros Tribunales internacionales.

Supongo que tuvo que ser aquella profunda creencia en la justicia penal internacional, y su arraigado espíritu humanista del que ya me había hecho partícipe cuando lo conocí en 1999, el que debió motivarle para pasar de manera infatigable tantas noches en la oficina ayudándome a sacar adelante aquellos primeros procedimientos que llevaban a la Corte Penal Internacional. De otra manera, es difícil comprender el singular compromiso que, a lo largo de los más de seis años que pasamos trabajando juntos, Héctor mostró con esta Corte, y conmigo misma.

Es por ello, que al escribir estas líneas, junto a la alegría por los momentos vividos existe también un cierta nostalgia porque el nombramiento de Héctor como catedrático en la Universidad de Utrecht supone el inicio de una nueva –y estoy segura, brillante– etapa, esta vez un poco más lejos de quien escribe estas líneas. Y si bien, a la vista de los numerosos libros, artículos, direcciones de doctorados, participación en maestrías, clínicas jurídicas, competencias inter-universitarias, actividades de formación de actores jurídicos, consultorías, programas de cooperación internacional, seminarios, programas académicos, y otras muchas actividades que Héctor viene realizando en los últimos años –como la reciente fundación del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional–, el nuevo nombramiento de Héctor no era de extrañar, siempre le parece a uno que llega demasiado pronto.

En cualquier caso, con estas palabras quiero expresar a Héctor una vez más públicamente, mi agradecimiento por el trabajo realizado a mi lado durante los primeros seis años de existencia de la Corte Penal Internacional. Quiero también animar al lector a seguir trabajando en pos de fortalecer la justicia internacional después de leer esta magnífica obra. Finalmente quiero felicitar a Salvador Vives y Tirant lo Blanch por tener el acierto de publicar a un autor realmente único en su trayectoria profesional como el profesor Héctor Olásolo Alonso.

La Haya, 10 de febrero de 2011

Sylvia H. Steiner

Magistrada y Presidente de la División de Cuestiones

Preliminares

Corte Penal Internacional

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE X. /CASSESE A. /FIFE R.E. /FRIMAN H./HALL C. /HOLMES J.T./ KLEFFNER J./OLÁSOLO H./RASHID N. H./ROBINSON D./WILMSHURST E./ZIMMERMANN, A. 'Informal Experts Paper: The Principle of Complementarity in Practice', 2003 (en <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>).
- AKEHURST, M. 'Humanitarian Intervention' en H Bull (coord.), *World Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1984
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. 'La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de "Ingeniería Jurisdiccional"?', en Carrillo Salcedo, J.A. (coord.) *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- AMATI, E. 'La Repressione dei Crimini di Guerra tra Diritto Internazionale e Diritto Interno', en G. Illuminati/L. Stortoni/M. Vigilio (coords.) *Crimini Internazionali tra Diritto e Giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Comisión Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, Torino, 2000.
- AMBOS, K., 'The Fujimori judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organised Power Apparatus', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Num 1, 2011.
- 'The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is There Sufficient Willingness and Ability on The Part of The Colombian Authorities or Should the Prosecutor Open an Investigation Now?', Universidad de Göttingen, 5 de enero de 2011.
 - *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley de 2005) y Derecho Penal Internacional*, GTZ: Universidad de Göttingen, 2010, párrafos 331-334.

- ‘The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?’, extended version of the statement made by K. Ambos in the “Thematic session: Colombia, ICC OTP - NGO Roundtable”, held in The Hague on 19-20 October 2010 (en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2770C2C8-309A-408E-A41B-0E69F098F421/282850/civil1.pdf>).
- *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley de 2005) y Derecho Penal Internacional*, GTZ/Universidad de Göttingen, 2010.
- ‘Epilogue: Future Developments of International Criminal Law in relation to the Responsibility of Superiors for International Crimes’, en H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009.
- ‘Article 25 Individual Criminal Responsibility’, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing/Verlag C.H. Beck, Oxford/Munich, 2. ed., 2008.
- *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008.
- /Et al., *The Prosecutor vs Kaing Guek Eav alias Duch, Amicus Curiae Submitted by Prof. Kai Ambos et al. Concerning Criminal Case File No 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)*, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-27, de 27 de octubre de 2008.
- ‘Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- *Internationales Strafrecht*, 2005.
- *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.ed., Berlin 2004 (traducida al español por E. Mazarino, *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad- Adenauer-Stiftung/Temis, 2005).
- /Mazarino, E. (coords.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer/ Instituto Max Planck, 2003.
- /Grammer, C. ‘Dominio del Hecho por Organización. La Responsabi-

- lidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Kasemann', en *Revista Penal*, Vol. 12, 2003.
- 'Superior Responsibility', en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coord.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- AMBOS, K. (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, Bogotá, 2008.
- AMBOS, K. y GRAMMER, C., "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann" *Revista Penal*, Vol. 12 (2003).
- AMBOS, K., *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998).
- ARBOUR, L/BERGSMO, M. 'Conspicuous Absence of Jurisdictional Overreach', en H. von Hebel/J.G. Lammers/J. Schukking (coords.) *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, T.M.C. Asser Press, 1999.
- ARVELO, J.E., 'International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process', en *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 77, 2006.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. 'La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo', en *La Ley* 2008.
- BARBOUR, E./WEED, M.C., 'The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and U.S. Policy', en Congressional Research Service, de 16 de marzo de 2010 (en http://assets.opencrs.com/rpts/R41116_20100316.pdf).
- BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003
- 'Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes', en M.C. Bassiouni (coord.) *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers, 2002.
 - 'Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court', en *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, 2000.

- 'The Making of the International Criminal Court' en M C Bassiouni (co-ord.), *International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 3. ed., 1999.
- *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, 2. ed., Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1999.
- 'International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes', en *Law and Contemporary Problems*, 1996.

BECO de G., 'La Participation des Victimes à la Procédure devant la Cour Pénale Internationale' en *Revue de Droit Pénale et de Criminologie*, Vol. 87, 2007.

BECHERAoui, D., «L'exercice des compétences de la Cour pénale internationale», en *Revue internationale de droit pénal*, 76/3, 2005.

BELLAMY, A. *A Responsibility to Protect: the Global Effort to End Mass Atrocities*, Polity Press, Cambridge, 2009.

BERGSMO, M./HARHOFF, F., 'Article 42. The Office of the Prosecutor', en O. Triffterer, (coord.) *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1999.

- /J. Pejic, 'Article 15', en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1999.

BERGSMO, M. y PEJIC, J., «Article 16: Deferral of investigation or prosecution», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª edición, Múnich, C.H.Beck, 2008.

BERGSMO, M., «Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council», en *Nordic Journal of International Law*, 69/1, 2000.

BICKFORD, L., 'Transitional Justice', en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 3, Macmillan, New York, 2004.

BITTI, G., 'Compensation to the Arrested or Convicted Person', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001.

- /Friman, H., 'Participation of Victims in the Proceedings', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001.
- BJORK, C./GOEBERTUS, J., 'Parallel Paths and Unintended Consequences: The Role of Civil Society and the ICC in Rule of Law Strengthening in Kenya', en works.bepress.com/christine_bjork/1/.
- BOGDAN, A., «The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98», en *International Criminal Law Review*, 8/1-2, 2008.
- BOOT, M., *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Antwerpen, 2002.
- BORAINÉ, A. *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, 2001.
- BOTTKE, S., "Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania" (1999) 4 *Revista Penal*.
- BOURGON, S. «Jurisdiction *ratione temporis*», en CASSESE, A *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BOURGON, S., «Jurisdiction *ratione loci*», en CASSESE, A. *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BRADING, D.A., *The First America: the Spanish Monarchy, Creole Patriots, and the Liberal State 1492-1867*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.
- BRADY, H., 'Protective and Special Measures for Victims and Witnesses', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001.
- BROOMHALL, B. '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.
- BROWN, A.S. 'Adios Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentine', en *Texas International Law Journal*, Vol. 37, 2002.

- BROWNLIE, I, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, Oxford, 1963.
- 'Humanitarian Intervention', en J. Moore (coord.) *Law and Civil War in the Modern World* , Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974.
 - 'The Principle of Non-Use of Force in Contemporary International Law', en W Butler (coord.) *The Non-Use of Force in International Law*, 1989.
- BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, 2008.
- BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona, Atelier, 2008.
- BURKE-WHITE, W., 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice' en *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008.
- 'Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005.
- BURMESTER, B.F., 'On Humanitarian Intervention: The New World Order and Wars to Preserve Human Rights', en *Utah Law Review*, 1994.
- CÁRDENAS, C, 'The Admissibility Test before the ICC under Special Considerations of Amnesties and Truth commissions', en J. Kleffner/G. Kor (coords.) *Complementarity Views on Complementarity*, T.M.C. Asser Press, 2006.
- CARNEIRO ROJO, E./LAGOS POLAS, F., '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.
- CARNEIRO ROJO, E., «National Legislation Providing for the Prosecution and Punishment of International Crimes in Spain», en *Journal of International Criminal Justice* 9/3, 2011.
- CARPIO DELGADO del J., *La Víctima ante los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc*, Valencia 2009.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2 ed. Oxford, 2008.
- *The Prosecutor vs Kaing Guek Eav alias Duch*, Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine, , Extraordinary

- Chambers of the Courts of Cambodia, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)- D99-3-24, de 27 de octubre de 2008.
- ‘The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
 - ‘Is the ICC Still Having Teething Problems’ en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006.
 - ‘The Special Court and International Law: The Decision concerning the Lomé Agreement Amnesty’, en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2.
 - ‘Jurisdiction *ratione materiae*—Genocide’, en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
 - ‘From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court’, en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute to the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
 - ‘The Rome Statute: A Tentative Assessment’, en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CHRÉTIEN J.P., *Rwanda: Les Medias du Génocide*, Karthala/Reporters sans Frontiers, 2. ed., 2002.
- CHUNG C.H., ‘Victims’ Participation at the International Criminal Court: Are Concessions of the Court Clouding the Promise?’, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 6, Núm 3.
- CENTER FOR HUMAN RIGHTS AND LEGAL PLURALISM OF MCGILL UNIVERSITY), The Prosecutor vs Kaing Eav alias Duch, Amicus Curiae Brief, Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia, 01/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)-D99-3-25, 27 de octubre de 2008.
- CIAMPI, A., «Other Forms of Cooperation», en CASSESE, A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CLARK, R.S. y TRIFFTERER, O., «Article 26: Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on*

- the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª edición, Múnich, C.H.Beck, 2008.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz: Una Mirada desde los Derechos de las Víctimas*, Bogotá, 2007.
- COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, 'CPJ Investigates the Attack on the Palestine Hotel', 2003.
- CONCANNON, B. JR., 'Beyond Complementarity: The International Criminal Court and National Prosecutions, A View from Haiti', en *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 32, 2000.
- CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., «Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?», en CASSESE, A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., «Referral and Deferral by the Security Council», en CASSESE, A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- COTTIER, M./FENRICK, W.F./SELLERS P. V./ZIMMERMAN, 'Article 8. War Crimes', en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (coord.), Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999,
- CROSS, M.E./WILLIAMS S., 'Recent Developments at the ICC: Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui: A Boost for Co-operative Complementarity?', en *Human Rights Law Review*, Vol. 10, 2010.
- CROW, J., *The Epic of Latin America*, University of California Press, 4. ed., Berkeley, 1992.
- CRYER, R./FRIMAN, H./ROBINSON, D./WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- DANNER, A.M./MARTINEZ, J.S., 'Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law', en *California Law Review*, Vol. 93, 2005.
- DE HULLU, J., *Materieel Strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, 4ª edición, Deventer,

Kluwer Law, 2009.

- DELBRUCK, J., 'A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations', en *Indiana Law Journal*, Vol. 62, 1992.
- DONAT-CATTIN, D., 'Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings', en O. Triffterer (coord.), *Commentary on Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- 'Article 75. Reparations to Victims', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- DUGARD, J. 'Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty an Option?', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, 2003.
- 'Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions', en A. Cassese/P. Gaeta, P./J. R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. 'La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional', en M. García Arán/D. López Garrido (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000.
- ELEWA BADAR M., 'Just Convict Everyone!—Joint Perpetration from Tadic to Stakic and Back Again' en *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006.
- ESER, A., 'Individual Criminal Responsibility', en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- EVANS, G., *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and for All*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2008.
- FARALDO CABANA P., *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas*, Valencia, 2004.
- FELDE, K./MCDONALD, G.K./TIEGER, A./WLADIMIROFF, M., 'War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects. The Prosecutor v. Dusko Tadic', en *American University International Law Review*, Vol. 13, 1998.

- FENRICK, W.J., 'Article 28. Responsibility of Commanders and Other Superiors', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S.A., 'The Role of the International Prosecutor', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, S.A., «The Role of the International Prosecutor», en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- 'Definition of Victims and General Principles', en RS Lee (coord.) *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*, Comares, Granada, 2006.
- FERRAJOLI, L., 'El Derecho Penal Mínimo', en VV.AA *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.
- FICHTELBERG, A., 'Conspiracy and International Criminal Justice', en *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006.
- FIFE, R.E., '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*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- FILKINS, D., 'U.S. Tightens Airstrike Policy in Afghanistan', en *The New York Times*, sección Asia Pacífico, 21 de junio de 2009.
- FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 'Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor', 2003.
- 'Report to the Security Council pursuant to UNSC 1593', 2005.
 - 'Draft Policy Paper on Preliminary Examinations', diciembre 2010.
- FISCHER, H., *Protection of Prisoners of War*, en D. Fleck (coord.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995.
- FISSE, B., *Howard's Criminal Law*, 5. ed., 1990.
- FLETCHER, G.P., *Grammar of Criminal Law*, 2007.

- 'Amicus Curiae Brief of Specialists in Conspiracy and International Law in Support of Petitioner' 2006 WestLaw 53979, presentado en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 2006.
 - /Ohlin, J., 'Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005.
 - *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2. ed., Nueva York, 2000.
 - *Basic Concepts of Criminal Law*, 1991.
- FOURMY, O., 'Powers of the Pre Trial Chambers', en A. Cassese/P. Gaeta,/ J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- FRANCK, T., 'Legality and Legitimacy in Humanitarian Intervention', en T. Nardin/M.S. Williams (coords.), *Humanitarian Intervention*, New York University Press, New York, 2006.
- FRIMAN, H. 'The ICC and victim participation, a third party to the proceedings?', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, Vol. 2009.
- /Lewis, P., 'Reparations to Victims', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001.
- FRULLI, M., «Jurisdiction *ratione personae*», en CASSESE, A. *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- FUNK, M., *Victim's Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2010.
- GAETA, P., 'Inherent Powers of International Courts and Tribunals', en L.C. Vohrah (coord.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003.
- GARDAM, J.G., 'Proportionality and Force in International Law', en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993.
- GARNER, B.A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, 8ª edición, Saint Paul, Minnesota, Thomson West Publishing Company, 2004.
- GIL GIL, A., *La Justicia de Transición en España: De la Amnistía a la Memoria Histórica*, Barcelona, Atelier, 2008.

- 'La Autoría Mediata a través de Aparatos Jerarquizados de Poder en la Jurisprudencia Española', en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 53, 2008.
- 'El Caso Español', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008.
 - *Derecho Penal Internacional. Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Madrid, 1999.
- GILLIES, *Criminal Law*, LBC Information Services, 4. ed., North Ryde, 1997.
- GIOIA, F., 'State Sovereignty, Jurisdiction, and "Modern" International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006.
- GOLDSTONE, R./FRITZ, N., 'In the Interests of Justice and Independent Referral: ICC Prosecutor's Unprecedented Powers', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, 2000.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., 'La Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional', en *Actualidad Penal*, núm. 41, 2003.
- GORDON, R., 'Humanitarian Intervention by the United Nations: Iraq, Somalia, and Haiti', en *Texas International Law Journal*, Vol. 31, 1996.
- GROTIOUS, H., *De Mare Liberum*, 1609, reimpresso por Oxford University Press en 1916.
- Dejure Belli AC Pacis book II, 1625, reimpresso por Clarendon Press en 1925.
- GUARIGLIA, F. 'The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court', en C. Stahn y G. Sluiter (coords.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2009.
- GUSTAFSON, K., 'The Requirements of an "Express Agreement" for Joint Criminal Enterprise Liability: A Critique of Brdanin', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- GUZMÁN, J.L., 'El Caso Chileno', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008.
- HAAN, V., 'The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', en *Inter-*

- national Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005.
- HALL, C., 'Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy', en C. Stahn/G. Sluiter (coord.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009.
- 'Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court', en O. Triffterer, (coord.) *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- HALL, C.K., «The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court», en *American Journal of International Law*, 94/4, 2000.
- HEBEL von H./ROBINSON, D., 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', en R.S. Lee, (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999.
- HEHIR, A., *Humanitarian Intervention: an Introduction*, Palgrave Macmillan, Londres, 2010.
- HELLER, K.J., 'Situational Gravity under the Rome Statute', en C. Stahn y L. van den Herik (coords.) *Future Directions in International Criminal Justice*, La Haya: T.M.C. Asser/Cambridge University Press, 2009.
- HENCKAERTS, J.M./DOSWALD-BECK, L. (coord.), *Customary International Humanitarian Law*, CICR/Cambridge University Press, 2005.
- HENRAD, K., 'The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law', en *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Vol. 9, 1999.
- HOLMES, J.T., 'The Principle of Complementarity', en Lee, R.S. (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999.
- HOLMES, J., «Jurisdiction and Admissibility», en LEE, R.S. et al. (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, Transnational Publishers, 2001.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, 2003.
- JAIN, N., 'A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court', en *European Journal of*

- International Law*, Vol. 16, 2005.
- JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- JESSUP, P., *A Modern Law of Nations*, The Macmillan Company, New York, 1948.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., '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*, 1999, Núm. 3.
- JONES, J.R.W.D., 'Protection of Victims and Witnesses Protective', en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia y Rwanda*, 2. ed., Transnational Publishers, 2000.
- JORDA, C./DE HEMPTINNE, J., 'The Status and Role of the Victim', en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- JOYNER, C., 'The Responsibility to Protect: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention', en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47, 2007.
- KEEN, C., *The Legacy of Bartolomé de Las Casas*, Westview Press, Boulder, 1998.
- KING, L., 'Inquiry puts Spotlight on U.S. Special Forces in Afghanistan', en *The Los Angeles Times*, Los Angeles, 9 de abril de 2010.
- KREß, C. y PROST, K., «Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª edición, Múnich, C.H.Beck, 2008.
- KRESS, C., "'Self-Referrals' and 'Waivers of Complementarity': Some Considerations in Law and Policy", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004.

- /Grover, L., 'International Criminal Law Restraints in Peace Talks to End Armed Conflicts of a Non-International Character', en M. Bergsmo and P. Kalmanovitz (coords.) *Law in Peace Negotiations*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009.
- KÜHL, K., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4° ed., München, Vahlen Franz GMBH, 2002).
- LACKNER, K. y KÜHL, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (24 ed., München, C.H. Beck, 2001).
- LATTANZI, F., 'Compétence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États', en *Revue Générale de Droit International Public*, 1999.
- LATTANZI, F., «Compétence de la Cour pénale Internationale et Consentement des États», en *Revue Générale de Droit International Public*, 103, 1999.
- LAUTERPACHT, H., 'The Grotian Tradition in International Law' en *British Yearbook of International Law*, 1946.
- LELIEUR-FISCHER, J., «Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour? The 2003 Decision of the French Court of Cassation in *Aussaresses*», en *Journal of International Criminal Justice*, 2/1, 2004.
- LIFSCHITZ, P., «Cometer» y «Hacer Cometer»: Desarrollo y Significación Actual de la Noción de Autoría Mediata', en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In Memoriam», Universidad Castilla La Mancha, 2001.
- LILLICH, R., 'Forcible Self Help Under International Law', en *Readings in International Law from the Naval War College Review*, Vol. 62, 1980.
- 'Intervention to Protect Human Rights', en *McGill Law Journal*, Vol. 15, 1969.
- 'Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights', en *Iowa Law Review*, Vol. 53, 1967.
- LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, 2001.
- LLEDÓ VÁSQUEZ, R., 'Comentarios sobre la Sentencia de Extradición de Alberto Fujimori', en *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 4, 2008.
- LOCKE, J., 'The Second Treatise of Government' (1690), en P. Laslet (coord.) *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

- LÓPEZ DÍAZ, C., 'El Caso Colombiano', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008.
- LOSADA, A., *The Controversy between Sepúlveda and Las Casas in the Junta of Valladolid*, Northern Illinois University Press, DeKalb, 1971.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Universitatis, 1999.
- MALARINO, E., 'El Caso Argentino', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008.
- MARTINEZ, J.S., "Anti-Slavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law", en *Yale Law Journal*, Vol. 117, 2008.
- MCAULIFFE DE GUZMÁN, M., 'Article 21. Applicable law', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing/Verlag C.H. Beck, Oxford/Munich, 2. ed., 2008.
- MEINI, I, 'El Caso Peruano', en K. Ambos (coord.) *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008.
- MÉNDEZ, J.E., 'National Reconciliation, Transnational Justice and the International Criminal Court', en *Ethics and International Affairs*, Vol. 15, 2001.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Hacia la Internacionalización del Derecho Penal», en Berdugo Gómez De La Torre, I. y Sanz Mulas, N. (coords.), *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*, Granada, Comares, 2004.
- MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998.
- MOORE, J.N., 'Toward an Applied Theory for the Regulation of Intervention' en J. Moore (coord.), *Law and Civil War in the Modern World*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1974.
- MORALES, C.K., 'Establishing an International Criminal Court: Will it Work?', en *DePaul International Law Journal*, Vol. 4, 2000.
- MORRIS, M. 'High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States', en *Law and Contemporary Problems*, 2000.
- MORRIS, V./Scharf, M.P., *An Insider's Guide to the International Criminal Tri-*

- bunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis, Transnational Publishers, 1995.
- /SCHARF, M.P., The International Criminal Tribunal for Rwanda, Transnational Publishers, 1998.
- MUGWANAYA, G.W., 'Expunging the Ghost of Impunity for Severe and Gross Violations of Human Rights and the Commission of Delicti Ius Gentium: A Case for the Domestication of International Criminal Law and the Establishment of a Strong Permanent International Criminal Court', en Michigan State University-DCL Journal of International Law, Vol. 8, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., 'Universalizing Criminal Law', en Tulsa Law Review, 2006.
- /Olásolo, H., 'The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain', en Journal of International Criminal Justice, Vol. 9, Num 1, 2011.
 - /García Arán, M., Derecho Penal, Parte General, 7. ed., Valencia, 2007.
 - 'La Superación del Concepto Objetivo Formal de Autoría y la Estructura de las Organizaciones Empresariales', en Luisiada, II Serie, Núm. 3, Lisboa, 2005.
 - 'Problemas de Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico, o ¿Cómo Imputar a Título de Autores a las Personas que Sin Realizar Acciones Ejecutivas, Deciden la Realización de un Delito en el Ámbito de la Delincuencia Económica?', en Revista Penal, 2002.
 - 'Dominio de la Voluntad en virtud de Aparatos de Poder Organizados en Organizaciones no Vinculadas al Derecho', en Revista Penal, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F., "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?" en Donna (coord.), *Revista de Derecho Penal* (9º ed., Buenos Aires, 2002).
- MUÑOZ CONDE, F. y Olásolo Alonso, H., "La Aplicación del Concepto de Autoría Mediata a Través de Aparatos Organizados de Poder en América Latina y España: Desde el Juicio a las Juntas Argentinas hasta los Casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los Líderes Colombianos Vinculados al Paramilitarismo" en *Revista Penal*, 2011, Vol. 1; versión en inglés: 'The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain', en

Journal of International Criminal Justice, Vol. 9, Num 1, 2011.

- MURPHY, J.F., 'Some Legal (And A Few Ethical) Dimensions Of The Collateral Damage Resulting From NATO's Kosovo Campaign', en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002.
- MURPHY, S.D., *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, PAIL Institute, Washington, DC, 1996.
- NAFZIGER, J., 'Self-Determination and Humanitarian Intervention in a Community of Power', en *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 20, 1991.
- NERLICH, V., 'Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process', en G. Werle (coord.) *Justice in Transition- Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, BWV, Berlin, 2006.
- NINO, C., *Juicio al Mal Absoluto*, Ariel, 2006.
- OHLIN, J., 'Attempt to Commit Genocide', en P Gaeta (coord.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- 'Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- OLÁSULO ALONSO, H., 'The Role of the International Criminal Court in Preventing Atrocity Crimes through Timely Intervention', en H. Olásulo, *Essays in International Criminal Law*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011.
- /Carnero Rojo, E., "The Application of the Principle of Complementarity to Decide Where to Open an Investigation: The Admissibility of Situations", en C. Stahn y M.M. El Zeidy (coords.) *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011.
 - 'Current Trends on Modes of Liability for Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes', en C. Stahn/L. Van den Henrik (coords.) *International Criminal Law: Current and Future Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
 - *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, London, 2009.

- /Pérez Cepeda, A.I., *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Tirant lo Blanch, Colección Delitos, 2009.
- 'Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional', en Almqvist, J./ Espósito, C. (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009.
- 'El Desarrollo de la Coautoría Mediata en Derecho Penal Internacional, en *Iter Criminis*, Vol. 7, 2009.
- 'Joint Criminal Enterprise and Its Extended Form: A Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability; A Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?', en *Criminal Law Forum*, Vol. 20, 2009.
- Unlawful Attacks in Combat Situations*, Martinus Nijhoff Publishers, International Humanitarian Law Series, Leiden/Boston, 2008.
- 'El Impacto de la Primera Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional', en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* Vol. 83, 2008.
- 'Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability under International Criminal Law in light of the First Case Law of the International Criminal Court', en *The International Criminal Court at Five Years*, C. Stahn/G. K. Sluiter (coords.), Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Ataques contra Personas y Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados*, Tirant lo Blanch, 2008.
- 'The Lack of Attention to the Distinction between Situations and Cases in National Laws on Cooperation with the ICC: Special Attention to the Spanish Case', *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20.
- 'España', en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (coords.) *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007.
- 'International Criminal Court and International Tribunals: Substantive and Procedural Aspects', en C. Jiménez Piernas (coord.) *The Legal Practice in International Law and European Community Law: A Spanish Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

- 'Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment', en *International Criminal Law Review*, Vol. 7, 2007.
- '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, 2005.
- 'La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional', en *La Ley*, Núm. 6343, 20 Octubre 2005.
- Spain, en F. Lattanzi/C. Kress (coords.) *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol. II: International Cooperation and Judicial Assistance*, Il Sirente, 2005.
- '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*, Vol. 86, Junio-Diciembre 2005.
- The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2005.
- 'El Tribunal Penal Internacional: ¿Utopía o Realidad?', en *Las Organizaciones de Seguridad y de Defensa a Debate, XII Curso Internacional de Defensa (27 septiembre -1 Octubre 2004)*, Ministerio de Defensa/Universidad de Zaragoza, 2005.
- /Perez Cepeda, A.I., 'The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case', en *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004
- Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003.
- 'The Prosecutor of the ICC before Initiations of Investigations: A Quasi-Judicial or Political Body', en *International Criminal Law Review*, Vol. 3, 2003.
- 'Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma', en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 82, Julio-Diciembre 2003.
- OLÁSULO ALONSO, H., «Admisibilidad de Situaciones y Casos Objeto de Procesos de Justicia de Transición ante la Corte Penal Internacional», en ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en*

- la región Iberoamericana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, 2009.
- OLÁSOLO, H. y CARNERO ROJO, E., «The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investigation: the admissibility of 'situations'», en STAHN, C. y EL ZEIDY, M.M. (eds.), *The International Criminal Court: From Theory to Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- OLÁSOLO, H., «España», en AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G. (eds.), *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2007.
- OLÁSOLO, H., «Spain», en KREß, C. et al. (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Volume II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*, Fagnano Alto, Il Sirente, 2005.
- OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- OLÁSOLO ALONSO, H., *Criminal Liability of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, London, 2009.
- OLÁSOLO ALONSO, H., "La Función Preventiva de la Corte Penal Internacional en la Prevención de Delitos Atroces mediante su Intervención Oportuna" en H. Olásolo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; reimpresso por. Dike, Medellín (Colombia), 2011.
- OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid, La Ley, 2008.
- OSIEL, M.J., 'Why Prosecute? Critics for Punishment for Mass-Atrocity', en *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, 2000.
- PADGEN, A., *The Fall of Natural Man: The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge University Press, 1982.
- PELLANDINI, C., 'Los Crímenes de guerra', en *Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Casa de América, 2000.
- PÉREZ, CEPEDA, A.I., La globalización: Guerra, Prevención y Justicia Penal Internacional, en F. Pérez Álvarez (coord.) *Serta: in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004.

- PFIRTER, D., 'Excessive Incidental Death, Injury or Damage', en R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001.
- PIGNATELLI Y MECA, F., *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, 2002.
- PIRAGOFF, D.K., 'Article 30. Mental Element', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- POWLES, S., 'Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004.
- POZO SERRANO, M.P., «Medidas Nacionales Adoptadas para la Ratificación y la Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un Balance Provisional», en *Anuario de Derecho Internacional*, 19, 2003.
- PROST, K. y SCHLUNK, A., «Article 98: Cooperation with respect to waiver of Immunity and consent to surrender», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 1ª edición, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- PUEYO LOSA, J., «Un Nuevo Modelo de Cooperación Internacional en Materia Penal: Entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REMACHA TEJADA, J.R. (coords.), *Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2001.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3. ed., Aranzadi, 2002.
- RAMCHARAN, B., 'The National Responsibility to Protect Human Rights', en *Hong Kong Law Journal*, Vol. 39, 2009.
- RAMSBOTHAM, O./WOODHOUSE, T., *Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict: A Re-conceptualization*, Polity Press Cambridge, 1991.

- RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen* (München, Müller Jur Vlg CF, 1996).
- RASTAN, R., 'What is a 'case' for the purpose of the Rome Statute?', *Criminal Law Forum* 19, 2008.
- RATNER, R., 'Crímenes de Guerra, Clases de', en R. Gutman/D. Rieff.(co-ords.) *Crímenes de Guerra. Lo que Debemos Saber*, Debates, 2003.
- REISMAN, W., 'Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law', en *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990.
- REMIRO BROTONS, A., 'Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial', en *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- RICHEMOND, D., 'Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention', en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 6, 2003.
- ROBINSON, D., 'Comments on Chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena', en J. Kleffner/G. Kor (coords.) *Complementarity Views on Complementarity*, T.M.C. Asser Press, 2006.
- 'Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court', en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003.
- RODRIGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L., 'Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional', en *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Jornadas sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos*, Sevilla, 1999.
- 'Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional', en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000.
- RONZITTI, N., *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht, 1985.
- ROTSCH, T. "Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen" (1998)

Neue Zeitschrift für Strafrecht.

ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2006.

ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963

Täterschaft und Tatherrschaft, 1.ed., 1963 (traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, *Autoría y Dominio del Hecho*, Madrid, 2000).

‘Straftaten im Rahmen Organisatorischer Machtapparate’, en *Goltdammer’s Archiv* 1963, pp. 193-207.

SADAT, L., ‘The Legacy of the ICTY: The International Criminal Court’, en *New England Law Review*, Vol. 37, 2003.

SALMON, E.G., ‘Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience’, en *Review of the International Committee of the Red Cross*, Vol. 88, 2006.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

SANCINETTI, M. A., *Derechos Humanos en la Argentina Post-dictatorial*, Lerner, 1988.

SARKIN, J., *Carrots and Sticks: TRC and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Oxford/Amberes, 2004.

SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 1. ed., Cambridge, 2004.

- *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

SCHARF, M., «The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: a Critique of the U.S. Position», en *Law & Contemporary Problems*, 64, 2001.

SCHEFFER, D., ‘Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect’, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, 2007-2008.

- /Cox, A., ‘The Constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court’, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, 2008.

- 'Genocide and Atrocity Crimes', en *Genocide Studies and Prevention*, Vol. 1, 2006.
- SCHWAMMENTHAL, D., 'Prosecuting American "War Crimes"', en *The Wall Street Journal*, sección Opinión Europa, La Haya, 26 de noviembre de 2009.
- SCOMPARAIN, L., 'Le "Victime du Crime et la Jurisdiction Pénale Internationale"', en M. Delmas-Marty/A. Cassese (coords.) *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, PUF, 2002.
- SEIBERT, FOHR, A., 'The Relevance of the Rome Statute of the ICC for Amnesties and Truth Commissions', en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003.
- SEILS, P., 'The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court', en M. Bergsmo (coord.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009.
- WIERDA, M., *The International Criminal Court and Conflict Mediation*, International Center for Transitional Justice, 2005.
- SIMONS, K.W., 'Rethinking Mental States', en *Boston University Law Review*, May 1992.
- SLIEDREGT van, E., 'Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- SLYE, R.C., 'The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?', in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, 2002.
- SMITH, J.C./HOGAN, B., *Criminal Law*, Butterworths, 11. ed., Londres, 2005.
- SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, 3. ed., 1995.
- SPIGA, V., 'Indirect Victims' Participation in the Lubanga Trial', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010.
- STAHN, C., 'Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?', en *The American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007.
- /Olásolo, H./Gibson, K., 'Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006.

- 'Complementarity, Amnesties, and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005.
 - 'The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design', en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005.
 - /Zeidy el, M./Olásolo, H., 'The International Criminal Court's Ad Hoc Jurisdiction Revisited' en *American Journal of International Law*, Vol. 99, Num 3, 2005.
- SUCHMAN, M., "Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches", en *The Academy of Management Review*, Vol. 20, Num. 3, 1995.
- TABAK, S., «Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute», en *Georgetown Journal of International Law*, 40, 2009.
- TEITEL, R.G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000.
- TESON, F., *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Transnational Publishers, 3. ed., 2005.
- THAKUR, R., *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- 'Outlook: Intervention, Sovereignty and the Responsibility to Protect Experience from ICISS', en *Security Dialogue*, Vol. 33, 2002.
- THOMPSON, B., *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999.
- TRUMBULL, C. P., 'The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings', en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, 2008.
- US DEPARTMENT OF STATE, *Memorandum of Justification concerning Human Rights Conditions with respect to Assistance for the Colombian Armed Forces*, September 2010.
- VITORIA de, F., *Relecciones Theologicae* (1557), en A. Pirotto (traducción), *Relecciones sobre los Indios y el derecho de guerra*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946.
- WEIGEND, T., 'Intent, Mistake of Law and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6 (2008).
- WEIGEND, T., "Perpetration through an Organisation. The Unexpected Career of a German Legal Concept", in *Journal of International Criminal*

- Justice*, Vol. 9 (2011).
- WEISS, T./HUBERT, D., *The Responsibility to Protect: Research, Bibliography and Background*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001.
- WERLE, G. 'Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2005 (traducido al español por Cárdenas Aravena/Díaz Pita/Gutiérrez Rodríguez/Muñoz Aunión, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, 2005).
- WHITE, G. 'Nowhere to Run, Nowhere to Hide: Augusto Pinochet, Universal Jurisdiction, the ICC, and a Waking Up Call for Former Head of State', en *Case Western Law Review*, Vol. 50, 1999.
- WILLIAMS, G./DAVIS, H. (coords.), *Selections from three works of Francisco Suárez, S.J.: De legibus, ac deo legislatore, 1612; Defensio fidei catholicae, et apostolicae adversus anglicanae sectae errores, 1613; De triplici virtute theologica, fide, spe, et charitate, 1621*, Clarendon Press, Oxford/Londres, 1944.
- WILLIAMS, S.A. y SCHABAS, W.A., «Article 12: Preconditions to the exercise of jurisdiction», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª edición, Múnich, C.H.Beck, 2008.
- WILLIAMS, S.A., «Article 12: Preconditions to the exercise of jurisdiction», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 1ª edición, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- WILLIAMS, S.A., «Article 13: Exercise of jurisdiction», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª edición, Múnich, C.H.Beck, 2008.
- WILLIAMS, S.A., 'Article 17. Issues of Admissibility', en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- WILMSHURST, E., 'Jurisdiction of the Court', en R. Lee (ed.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer

- Law International, 1999.
- WILT, van der, H., 'Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations' *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- YEE, L., 'The International Criminal Court and the Security Council', en R. Lee (coord.) *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999.
- YEE, L., «The International Criminal Court and the Security Council», en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.
- ZACKLIN, R., 'Beyond Kosovo: the United Nations and Humanitarian Intervention', en L.C. Vorah/F. Pocar/Y. Fetherstone/O. Fourney/C. Graham/J. Hocking/N. Robson (coords.), *Man's Inhumanity to Man*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- ZAHAR, A./SLUITER, G., *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- ZAPPALA, S., 'Compensation to an Arrested or Convicted Person', en A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ZEIDY el, M., 'The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law', en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2002.
- '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.
- ZIMMERMANN, A., 'Article 5. Crimes within the Jurisdiction of the Court', en O. Triffterer, (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1. ed., Baden-Baden, 1999.
- ZYL van, P., 'Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission's to Justice in Post-Apartheid South Africa', en M.C. Bassiouni (coord.) *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers, 2002.²

2 *Ídem.*

Esta obra fue editada
por la Biblioteca Jurídica Diké.
Se terminó de imprimir en noviembre de 2011

