

Volume/Volumen **2**

ISSNe: 2711-4236

# ILCR

## INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

**Director**

Héctor Olasolo

**Editors/Editores**

R.J. Blaise MacLean

Clara Esperanza Hernández Cortés

Andrés Sánchez Sarmiento



Universidad del  
**Rosario**



Doi: [https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236\\_10336.30591\\_fdj](https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236_10336.30591_fdj)

# ILCR

---

**INTERNATIONAL LAW  
CLINIC REPORTS**

**Informes de la Clínica Jurídica Internacional**

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
BOGOTÁ, D.C.  
2020

ILCR International Law Clinic reports = Informes de la Clínica Jurídica Internacional / R.J. Blaise MacLean, Clara Esperanza Hernández Cortés, Andrés Sánchez Sarmiento, editores; dirección Héctor Olasolo. -- Bogotá: Universidad del Rosario, 2020.

148 páginas ( Volumen 2, noviembre 2020.)

Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2711-4236

Palabras claves: 1. Derecho penal internacional -- informes. 2. Derecho internacional humanitario. 3. Justicia internacional 4. Corte Penal Internacional -- informes 5. Jurisprudencia. 6. Derecho penal. 7. Crímenes de lesa humanidad. Autores: I. Albarracín, Juan David. II. Carcano, Lucia. III. Domínguez, Macarena. IV. Giraldo, Antonio José. V. Giraldo, María Camila. VI. Gutiérrez, Andrés Esteban. VII. González, Ángela Viviana. VIII. Hernández, Clara Esperanza. IX. Mahecha, Laura Marcela. X. Martínez, María Paula. XI. Murillo, Max Sebastián. XII. Restrepo, Laura María. XIII. Pardo, Emely. XIV. Pedraza, Daniela. XV. Sánchez, Andrés. XVI. Tole, María Paula. XVII. Vargas, Laura Stepanie. XVIII. Villarraga, Luisa Fernanda. XIX. Universidad del Rosario. XX. Título.

341.77 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. CRAI

DJGR

noviembre 17 de 2020

**ILCR**  
**INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS**  
**Informes de la Clínica Jurídica Internacional**  
**Volume 2 / volumen 2**

**Are insanity and duress applicable in the Ongwen case before the International Criminal Court?**

¿Son la incapacidad mental y la coacción aplicables en el caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional?

**Are the nature and extent of victimization, the acts of violence that constitute the contextual elements of crimes against humanity and the special gravity of some international crimes relevant factors in the determination of sentences by the International Criminal Court?**

¿Son la naturaleza y extensión de la victimización, los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales factores relevantes en la determinación de las penas por la Corte Penal Internacional?

**Reparations to victims in the Bemba case through the Trust Fund for Victims of the International Criminal Court**

Las reparaciones a las víctimas en el caso Bemba a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional

# ILCR

---

## INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS

Informes de la Clínica Jurídica Internacional

### **Director**

Héctor Olasolo

### **Editors/Editores**

R.J. Blaise MacLean

Clara Esperanza Hernández Cortés

Andrés Sánchez Sarmiento

### **Authors/Autores**

Juan David Albarracín, Lucia Carcano, Macarena Domínguez,  
Antonio José Giraldo, María Camila Giraldo, Andrés Esteban Gutiérrez,  
Ángela Viviana González, Clara Esperanza Hernández,  
Laura Marcela Mahecha, María Paula Martínez,  
Max Sebastián Murillo, Laura María Restrepo, Emely Pardo,  
Daniela Pedraza, Andrés Sánchez, María Paula Tole,  
Laura Stepanie Vargas, Luisa Fernanda Villarraga

### **Forward / Prólogo**

Ekaterina Trendafilova

President(a) (2016-2020)

Kosovo Specialists Chambers/Salas Especializadas de Kósovo

Judge/Jueza (2006-2015)

International Criminal Court/Corte Penal Internacional

ILCR  
INTERNATIONAL LAW CLINIC REPORTS  
Informes de la Clínica Jurídica Internacional

ISSNe: 2711-4236

Doi: [https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236\\_10336.30591\\_fdj](https://doi.org/10.12804/issne.2711-4236_10336.30591_fdj)

**Director**

Héctor Olasolo (Spain / España)  
Chair in International Law, *Universidad del Rosario*  
(Colombia) / Chairman, Ibero-American Institute of  
The Hague for Peace, Human Rights and International  
Justice (The Netherlands)

**Editors/Editores**

R. J. Blaise MacLean (Canada / *Canadá*)  
Adjunct Professor of International Law, *Universidad del*  
*Rosario* (Colombia)

Clara Esperanza Hernández Cortés (Colombia)  
Research Assistant, *Universidad del Rosario* (Colombia)

Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)  
Research Assistant, *Universidad del Rosario* (Colombia)

Editorial Universidad del Rosario  
Facultad de Jurisprudencia

Fredy Johan Espitia Ballesteros  
Diseño carátula y diagramación

Primera edición: noviembre de 2020

\* Las opiniones de los artículos solo comprometen a los  
autores y en ningún caso a la Universidad del Rosario.  
No se permite la reproducción total ni parcial sin la  
autorización de los autores.

Todos los derechos reservados



Universidad  
del Rosario

Principal  
José Alejandro Cheyne

Vice-Principal  
Sergio Andrés Pulgarín Molina

Treasurer  
Miguel Francisco Diago Arbeláez

Registrar  
Catalina Lleras Figueroa

Dean of the Faculty of Law  
José Alberto Gaitán Martínez

Vice-Dean of the Faculty of Law  
Laura Victoria García Matamoros

Office of Public Counsel for  
Victims (OPCV)

Principal Counsel  
Paolina Massidda

Ibero-American Institute of  
The Hague (IIH)

Chairman  
Héctor Olasolo

Registrar  
Romina Catera

Treasurer  
Piet Williams

# Contents

|  |    |
|--|----|
| Director.....  | 11 |
| Editors / Editores .....   | 13 |
| Authors / Autores .....  | 14 |
| Table of Abbreviations / Índice de abreviaturas.....   | 16 |
| The International Law Clinic / La Clínica Jurídica Internacional....   | 20 |
| The relevance to victims of the Bemba and Ongwen cases / La importancia de los casos Bemba y Ongwen para las víctimas .....  | 24 |
| The Bemba proceedings: were victims’ concerns really considered? / El proceso de Bemba: ¿se tuvieron realmente en cuenta las preocupaciones de las víctimas? ..... | 24 |
| The Ongwen proceedings: how victims’ concerns were considered? / El proceso de Ongwen: ¿cómo se tuvieron en cuenta las preocupaciones de las víctimas? .....       | 28 |
| Foreword / Prólogo.....  | 40 |
| <br><b>PART I: ENGLISH VERSION</b>   |    |
| 1. Are insanity and duress applicable in the Ongwen Case before the International Criminal Court? .....  | 47 |
| 1.1. Introduction .....  | 47 |

|   |    |
|---|----|
| 1.2. The elements of insanity under Article 31(1)(a)<br>of the ICC Statute .....  | 49 |
| 1.3. The elements of duress under Article 31(1)(d)<br>of the ICC Statute .....  | 53 |
| 1.4. The application of insanity and duress<br>to the Ongwen case.....  | 60 |
| 1.5. Table of jurisprudence.....  | 63 |
| 1.6. Doctrine .....   | 65 |
| 1.7. Reports, resolutions and other documents.....  | 66 |
| 2. Are the nature and extent of victimization, the acts of violence<br>that constitute the contextual elements of crimes against<br>humanity and the special gravity of some international<br>crimes relevant factors in the determination of sentences<br>by the International Criminal Court? ..... | 68 |
| 2.1. Introduction .....   | 68 |
| 2.2. Whether the nature and extent of victimization<br>are a relevant factor in the determination<br>of sentences by the International Criminal Court.....  | 70 |
| 2.3. Whether the acts of violence that constitute<br>the contextual elements of crimes against humanity<br>are a relevant factor in the determination<br>of sentences by the International Criminal Court.....  | 74 |
| 2.4. Whether the special gravity of some international<br>crimes is a relevant factor in the determination<br>of sentences by the International Criminal Court.....   | 77 |
| 2.5. Concluding remarks .....   | 80 |
| 2.6. Table of jurisprudence.....  | 81 |
| 2.7. Doctrine .....   | 83 |
| 3. Reparations to victims in the Bemba Case through<br>the Trust Fund for Victims of the International<br>Criminal Court.....   | 84 |
| 3.1. Introduction .....   | 84 |
| 3.2. The double mandate of the Trust Fund for Victims.....  | 84 |

|   |    |
|---|----|
| 3.3. Implementation of assistance programs through<br>the Trust Fund for Victims .....                                      | 86 |
| 3.4. Implementation of assistance programs<br>for the victims in the Bemba case through<br>the Trust Fund for Victims ..... | 88 |
| 3.5. The role of the legal representatives of the victims<br>in relation to the Trust Fund for Victims .....                | 90 |
| 3.6. Conclusion .....   | 92 |
| 3.7. Table of jurisprudence.....  | 93 |
| 3.8. Doctrine .....   | 93 |
| 3.9. Resolutions, reports and other documents.....  | 94 |

## PART II: SPANISH VERSION



# Contenido

|  |    |
|--|----|
| Director.....  | 11 |
| Editors / Editores .....   | 13 |
| Authors / Autores .....  | 14 |
| Table of Abbreviations / Índice de abreviaturas.....   | 16 |
| The International Law Clinic / La Clínica Jurídica Internacional....   | 20 |
| The relevance to victims of the Bemba and Ongwen cases / La importancia de los casos Bemba y Ongwen para las víctimas .....  | 24 |
| The Bemba proceedings: were victims' concerns really considered? / El proceso de Bemba: ¿se tuvieron realmente en cuenta las preocupaciones de las víctimas? ..... | 24 |
| The Ongwen proceedings: how victims' concerns were considered? / El proceso de Ongwen: ¿cómo se tuvieron en cuenta las preocupaciones de las víctimas? .....       | 28 |
| Foreword/Prólogo .....   | 40 |

## PARTE I: VERSIÓN EN INGLÉS

## PARTE II: VERSIÓN EN ESPAÑOL

|  |    |
|--|----|
| 4. ¿Son la incapacidad mental y la coacción aplicables al Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional? ..... | 97 |
| 4.1. Introducción.....   | 97 |

|  |     |
|--|-----|
| 4.2. Los elementos de la incapacidad mental según el artículo 31(1)(a) del ECPI.....   | 99  |
| 4.3. Los elementos de la coacción conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI .....   | 103 |
| 4.4. La aplicación de las eximentes de incapacidad mental y coacción en el caso Ongwen.....  | 110 |
| 4.5. Índice de jurisprudencia .....  | 113 |
| 4.6. Doctrina .....  | 116 |
| 4.7. Informes, resoluciones y otros documentos.....  | 117 |
| 5. ¿Son la naturaleza y extensión de la victimización, los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales factores relevantes en la determinación de las penas por la Corte Penal Internacional?..... | 119 |
| 5.1. Introducción.....   | 119 |
| 5.2. ¿Son la naturaleza y extensión de la victimización un factor relevante en la determinación de las penas por la CPI? .....   | 121 |
| 5.4. ¿Es la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales un factor relevante en la determinación de las penas? .....  | 128 |
| 5.5. Consideraciones finales .....   | 131 |
| Índice de jurisprudencia .....   | 132 |
| 5.7. Doctrina .....  | 135 |
| 6. Las reparaciones a las víctimas en el Caso Bemba a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional .....  | 136 |
| 6.1. Introducción.....   | 136 |
| 6.2. El doble mandato del Fondo Fiduciario para las Víctimas .....   | 136 |
| 6.3. La ejecución de programas de asistencia a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas .....   | 138 |

|  |     |
|--|-----|
| 6.4. La ejecución de programas de asistencia para las víctimas en el caso Bemba a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas..... | 141 |
| 6.5. La función de los representantes legales de las víctimas frente al Fondo Fiduciario para las Víctimas .....                     | 143 |
| 6.6. Conclusión .....  | 145 |
| 6.7. Índice de jurisprudencia .....  | 146 |
| 6.8. Doctrina .....  | 146 |
| 6.9. Resoluciones, informes y otros documentos .....   | 147 |

## Director

### Héctor Olosolo (Spain / España)

Law Degree, Salamanca University (Spain); LL.M. in Law, Columbia University (USA); Ph.D. in Law, Salamanca University (Spain). Prof. Olosolo is the chairman of the Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice (“IIH”) and holds the chair in International Law at El Rosario University (Colombia), where he is also the director of the International Law Clinic, the *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (Ibero-American Yearbook of International Criminal Law) and the Postgraduate Programs (Specialization and Master) in International Law. Prof. Olosolo previously held the chair in International Criminal Law at the Utrecht University in The Netherlands (2010–2012) and served as legal officer in chambers of the International Criminal Court (2004–2010) and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (2002–2004). He was also a legal adviser to the Spanish Delegation to the Preparatory Commission for the International Criminal Court (1999-2002).

*Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olosolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (‘IIH’), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y los programas de postgrado (Especialización y Maestría) en Derecho Internacional. El Prof. Olosolo ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Países Bajos (2010–2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004–2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2002–2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002).*



## Editors / Editores

### **R. J. Blaise MacLean (Canada/á)**

BA. Acadia University, Wolfville, Nova Scotia (Canada); LL.B. (Law Degree) Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia; B.Ed. York University, Toronto, Ontario, (Canada); Adjunct Professor of International Law, Faculty of Law, Universidad del Rosario (Colombia); Member of the International Law Association (Colombia Branch) Member of the Nova Scotia Bar / *BA. Universidad de Acadia, Wolfville, Nueva Escocia (Canadá) / Pregrado en Derecho, Dalhousie University, Halifax Nova Scotia (Canadá); B.Ed. Universidad de York, Toronto, Ontario (Canadá); Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Colombia); Miembro de la Asociación de Derecho Internacional (Colombia) Miembro del Sociedad de Abogados (Bar) de Nueva Escocia.*

### **Clara Esperanza Hernández Cortés (Colombia)**

International Relations and Law Degrees, El Rosario University (Colombia); Research Assistant, Faculty of Law, El Rosario University / *Pregrados en Relaciones Internacionales y Derecho, Universidad del Rosario (Colombia); Joven Investigadora, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.*

### **Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)**

Law Degree, El Rosario University (Colombia); Research Assistant, Faculty of Law, El Rosario University / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario (Colombia); Joven Investigador, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.*

## Authors / Autores

**Juan David Albarracín Barrera (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Lucia Carcano Fernández (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Macarena Domínguez Fernández (España)**

Visiting Researcher / *Investigadora Visitante, Universidad de Barcelona*  
(Spain/España)

**Antonio José Giraldo Herrera (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Maria Camila Giraldo Lasso (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Ángela Viviana González Valentín (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Andrés Esteban Gutiérrez Romero (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Clara Esperanza Hernández Cortes (Colombia)**

See previous section / *ver sección anterior*

**Laura Marcela Mahecha Álvarez (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**María Paula Martínez Mendieta (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Max Sebastián Murillo Taborda (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Emely Mar Pardo Costa (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Daniela Pedraza Moreno (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Laura María Restrepo Acevedo (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)**

See previous section / *ver sección anterior*

**María Paula Tole Ramírez (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Laura Stepanie Vargas Montoya (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)

**Luisa Fernanda Villarraga Zschommler (Colombia)**

Law Degree / *Pregrado en Derecho, Universidad del Rosario* (Colombia)



## Table of Abbreviations

|        |   |
|--------|---|
| AC     | Appeals Chamber   |
| AFRC   | <i>Armed Forces Revolutionary Council</i>   |
| ALC    | <i>Armée de Libération du Congo</i>   |
| CDF    | <i>Civil Defense Forces</i>   |
| CAH    | Crime(s) Against Humanity   |
| CAR    | Central African Republic  |
| CCVS   | Centre for Children in Vulnerable Situations  |
| DRC    | Democratic Republic of the Congo  |
| EC     | Elements of the Crimes of the International Criminal Court                              |
| ECCC   | Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia  |
| Ed(s). | Editor(s)   |
| FNI    | <i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i>                                     |
| FPLC   | <i>Forces Patriotiques pour la Libération du Congo</i>                                  |
| FRPI   | <i>Force de Résistance Patriotique d'Ituri</i>  |
| ICC    | International Criminal Court  |
| ICRC   | International Committee of the Red Cross  |
| ICTR   | International Criminal Tribunal for Rwanda  |
| ICTY   | International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia                               |
| IHL    | International Humanitarian Law  |
| IHH    | Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice |
| ILC    | International Law Clinic  |
| LRA    | Lord's Resistance Army  |
| MLC    | <i>Mouvement pour la Libération du Congo</i>  |
| NGO    | Non-Governmental Organization   |
| No.    | Number  |

|          |  |
|----------|--|
| OPCV     | Office of Public Counsel for Victims of the International Criminal Court |
| p./pp.   | Page(s)  |
| para(s). | Paragraph(s)   |
| PTC      | Pre-Trial Chamber  |
| RPE      | Rules of Procedure and Evidence  |
| RUF      | <i>Revolutionary United Front</i>  |
| SCSL     | Special Court for Sierra Leone   |
| TFV      | Trust Fund for Victims of the International Criminal Court               |
| TC       | Trial Chamber  |
| UN       | United Nations   |
| UNESCO   | United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization         |
| UPC      | <i>Union des Patriotes Congolais</i>                                     |
| Vol.     | Volume   |
| VRS      | Bosnian-Serb Army  |

## Índice de abreviaturas

|         |  |
|---------|--|
| AFRC    | <i>Armed Forces Revolutionary Council</i>  |
| ALC     | <i>Armée de Liberation du Congo</i>  |
| CDF     | <i>Civil Defense Forces</i>  |
| CICR    | Comité Internacional para la Cruz Roja   |
| CLH     | Crímenes de Lesa Humanidad   |
| CPI/ICC | Corte Penal Internacional  |
| CJI     | Clínica Jurídica Internacional   |
| CCVS    | <i>Centre for Children in Vulnerable Situations</i>  |
| DIH     | Derecho Internacional Humanitario  |
| DIP     | Derecho Internacional Penal  |
| EC      | Elementos de los Crímenes de la Corte Penal internacional  |
| ECPI    | Estatuto de la Corte Penal Internacional   |
| Ed(s).  | Editor(es)   |
| ERS     | Ejército de Resistencia del Señor  |
| ETPIY   | Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia                                    |
| FNI     | <i>Front des Nationalistes et Intégrationnistes</i>  |
| FPLC    | <i>Forces Patriotiques pour la Libération du Congo</i>   |
| FRPI    | <i>Force de Résistance Patriotique d'Ituri</i>   |
| IIH     | Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional |
| MLC     | <i>Mouvement pour la Libération du Congo</i>   |
| NU/UN   | Naciones Unidas  |
| ONG     | Organización No-Gubernamental  |
| OPCV    | Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la Corte Penal Internacional                          |
| p./pp.  | Página(s)  |
| para(s) | Párrafo(s)   |
| RCA     | República Centroafricana   |

|           |  |
|-----------|--|
| RDC       | República Democrática del Congo                                    |
| RPP       | Reglas de Procedimiento y Prueba                                   |
| RUF       | <i>Revolutionary United Front</i>                                  |
| SA        | Sala de Apelaciones  |
| SCP       | Sala de Cuestiones Preliminares                                    |
| SETC/ECCC | Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya                 |
| SPI       | Sala de Primera Instancia  |
| TESL/SCSL | Tribunal Especial para Sierra Leona                                |
| TFV       | Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional |
| TPIR/ICTR | Tribunal Penal Internacional para Ruanda                           |
| TPIY/I    | CTY Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia             |
| UNESCO    | United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization   |
| UPC       | <i>Union des Patriotes Congolais</i>                               |
| Vol.      | Volumen  |
| VRS       | Ejército serbo-bosnio.   |

# The International Law Clinic

The International Law Clinic (ILC) is held annually in collaboration with the Office of Public Counsel for Victims (OPCV) of the International Criminal Court (ICC) and the Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice (IIH). Over a year the members of the ILC undertake intensive training and form a research group, which is devoted to responding to one or several legal problems raised by the OPCV. Once the research work is finished, the results are translated into English and included in a report that is sent and presented orally to the OPCV in The Hague (The Netherlands).

The comprehensive training project of the International Law Clinic revolves around the ILC members, who become the central figures in the training process, which is based upon the understanding that knowledge is obtained mainly through observation, experimentation and reasoning. In this process of a non-directive nature, the main function of the professor is to raise problems and put forward various possible alternatives to address them, which will have to be resolved jointly by ILC members through teamwork. The ILC training process also aims at providing tools to those who participate in it to articulate a coherent way of being in and understanding the world, by discussing human and social values and problems, and fostering the dream of young people for a different international society that makes life meaningful to them (the Pedagogical Project of the International Law Clinic can be consulted at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Proyecto-Pedagogico/>).

The International Law Clinic was started in the second half of 2011 by Prof. Héctor Olasolo, with the collaboration of Profs. Andrea Mateus and Mauricio Vanegas, as well as then research assistant Andrés Contreras. As of the first semester of 2013, Prof. Olasolo became a full-time career professor at *Universidad del Rosario* (Colombia) and director of the International Law Clinic. Since then, the ILC has been developed under his direction and with the collaboration of an excellent group of research assistants acting as supervisors of the members of the ILC.

In 2013, the ILC became an annual programme with a semester of training and another of research and report writing. In 2014, the ILC initiated the International Internship Program for undergraduate students coming from universities outside Colombia. Interns spend 10 weeks in Bogotá, and then travel to the Hague with the other ILC members to present their report(s) orally

to the OPCV staff members and to participate in the Ibero-American Week of International Justice, which is organized every year by the IIH. Moreover, since 2015, the ILC International Research Stays Program provides the opportunity to postgraduate students, doctoral candidates and professors coming from universities outside Colombia to participate in the ILC. More information on these programs can be found at: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Convocatoria-Fuera-de-Colombia/> and at <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/clinica-internacional-sobre-derecho-internacional-penal-y-humanitario>).

**Héctor Olasolo**

Director, International Law Clinic

# La Clínica Jurídica Internacional

La Clínica de Derecho Internacional (CJI) se realiza anualmente en alianza con la Oficina de Defensoría Pública para las Víctimas (OPCV) de la Corte Penal Internacional (CPI) y el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH). Durante un año, los miembros de la CJI realizan una capacitación intensiva y forman un grupo de investigación dedicado a responder a uno o varias cuestiones jurídicas planteadas por la OPCV. Una vez finalizado el trabajo de investigación, los resultados se traducen al inglés y se incluyen en un informe que se envía y presenta oralmente a los miembros de la OPCV en La Haya (Países Bajos).

El proyecto de capacitación integral de la Clínica de Derecho Internacional gira en torno a los miembros de CJI, que se convierten en la figura central en el proceso de formación, el cual se basa en la comprensión de que el conocimiento se obtiene principalmente a través de la observación, la experimentación y el razonamiento. En este proceso de naturaleza no directiva, la función principal del profesor es plantear problemas y presentar varias alternativas posibles para abordarlos, que deberán ser resueltos conjuntamente por los miembros de CJI a través del trabajo en equipo. El proceso de capacitación de la CJI también se dirige a proporcionar herramientas a aquellos que participan en él para articular una forma coherente de estar y comprender el mundo, discutiendo los valores y problemas humanos y sociales, y fomentando el sueño de los jóvenes de una sociedad internacional diferente que les dote de sentido a la vida (el Proyecto Pedagógico de la Clínica de Derecho Internacional se puede consultar en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Proyecto-Pedagogico/>).

La CJI se inició en la segunda mitad de 2011 por el Prof. Héctor Olasolo, con la colaboración de la Prof. Andrea Mateus y del Prof. Mauricio Vanegas, así como del entonces joven investigador Andrés Contreras. A partir del primer semestre de 2013, el Prof. Olasolo asumió su actual posición de profesor titular de carrera a tiempo completo en la Universidad del Rosario (Colombia) y director de la Clínica Jurídica Internacional. Desde entonces, la CJI se ha desarrollado bajo su dirección, y con la colaboración de un excelente grupo de jóvenes investigadores que han actuado como supervisores de los miembros de CJI.

Desde 2013, la CJI se convirtió en un programa anual con un semestre de formación y otro de investigación y redacción de informes. En 2014, se abrió el Programa de Pasantías Internacionales de la CJI para estudiantes universitarios

provenientes de universidades de fuera de Colombia. Los pasantes pasan 10 semanas en Bogotá, y luego viajan a La Haya con los otros miembros de CJI para presentar sus informes oralmente a los funcionarios internacionales de la OPCV y participar en la Semana Iberoamericana de Justicia Internacional, que organiza cada año el IIH. Así mismo, desde 2015, el Programa Internacional de Estancias de Investigación en la CJI brinda la oportunidad a estudiantes de postgrado, doctorando y profesores provenientes de universidades de fuera de Colombia para participar en la CJI. Mayor más información sobre estos programas se puede encontrar en: <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Convocatoria-Fuera-de-Colombia/> y en <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/clinica-internacional-sobre-derecho-internacional-penal-y-humanitario>).

**Héctor Olasolo**

Director, Clínica Jurídica Internacional



# The relevance to victims of the Bemba and Ougwen cases\*

## The Bemba proceedings: were victims' concerns really considered?

On 21 March 2016, Trial Chamber III of the ICC convicted Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo (President and Commander in chief of the *Mouvement de Libération du Congo* – MLC -) of the crimes against humanity of murder and rape and the war crimes of murder, rape and pillage, committed by his troops in the Central African Republic (CAR) between 2002 and 2003.<sup>1</sup> He was sentenced to 18 years of imprisonment.<sup>2</sup>

The case was the first before the ICC to find a defendant guilty of command responsibility under Article 28 of the Rome Statute and the first involving a conviction for rape which was recognised as having been used as a “tool” to terrorize the civilian population in CAR. The Trial Chamber focussed on Mr. Bemba’s command responsibility, indicating that the defendant possessed the authority but failed to properly prevent, repress, investigate, and prosecute crimes he should have known were being committed by the troops under his command and control.

The trial was significant because the Judges granted 5.229 victims the right to participate in the proceeding. This is, to date, the highest number of victim participants permitted in any trial conducted by the ICC. During the trial, victims not only provided testimony, describing crimes, including gang-rapes, committed by MLC soldiers during the armed conflict, but three victims appeared before the Judges in person to express their views and concerns.<sup>3</sup> In this regard, Trial Chamber III emphasized that the “[t]hreshold to grant applications by victims to

---

\* The views expressed in this piece are solely the ones of the author and should in no way be attributed to the International Criminal Court.

1 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3343.

2 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.

3 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*, February 22, 2012, ICC Doc. No.: ICC 01/05-01/08-2138.

*give evidence is significantly higher than the threshold applicable to applications by victims to express their views and concerns in person. For this reason, victims who fail to reach the threshold to be authorised to give evidence may still be permitted to express their views and concerns in person*<sup>4</sup> in the form of unsworn statements.

In practice, the legal representative guided the victims through their presentation only by facilitating it, with a few questions, and the victims were not questioned by the parties but by the Judges.<sup>5</sup> In light of the importance for victims to be able to express their views and to share their experience with the Judges, this was an important step in the recognition of their victimisation and of the possibility to contribute to establishing the truth. The account of the victims was not considered evidence, but it could be used to corroborate evidence before the Chamber.

However, on 8 June 2018, the Appeals Chamber reversed, by a majority of three judges, the decision of the Trial Chamber. It acquitted Mr. Bemba, finding that his conviction exceeded the facts and circumstances described in the charges brought against him and declined to permit a new trial on the facts it found to be outside the scope of the initial Trial Chamber judgment.<sup>6</sup> Two of the five Judges filed a Dissenting Opinion indicating that they would have upheld the conviction.<sup>7</sup> One Judge filed a Concurring Opinion indicating that he would have permitted a retrial on the new charges his colleagues found to be outside the scope of the original conviction.<sup>8</sup>

In essence, the Appeals Chamber concluded that the Trial Chamber erroneously convicted Mr. Bemba for specific criminal acts that were outside the scope of the case. The majority also stated that the Trial Chamber made serious errors in its assessment of whether Mr. Bemba took all necessary and reasonable measures to prevent, repress, or punish the commission of the crimes by his subordinates. In particular, the majority considered that Mr. Bemba had faced limitations in investigating and prosecuting crimes as a *remote* commander. In the words of the Appeals Chamber, “*the Trial Chamber paid insufficient attention to the fact that*

4 *Idem*, para. 20.

5 *Idem*, para. 7. See also, the transcripts of the hearing held on 1 March 2017, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-T-198-Red2, p. 3, lines 8-20.

6 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, June 8, 2018, ICC Doc. No. ICC-01/05-01/08-3636-Red. See also, ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Anx2.

7 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red.

8 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Anx3.

*the MLC troops were operating in a foreign country with the attendant difficulties on Mr. Bemba's ability, as a remote commander, to take measures".<sup>9</sup>*

The acquittal of Mr. Bemba was very disappointing for victims. It has opened a door for all military commanders to possibly escape criminal responsibility for crimes committed by forces under their effective authority, command and control: it means that as soon as one can prove that he was far enough from the battlefield, the ICC can conclude that he or she was unable to take all the necessary and reasonable measures to prevent or repress the crimes. This exonerating factor is very questionable especially given the technology available at the time the crimes were committed. Indeed, with modern technology, one does not need to be in the active war zone to have effective authority, control or command over troops. Moreover, the judgement was felt as a huge blow by the many victims of rape which was committed on a large scale and systematically by MLC troops in CAR.

For the victims the verdict was an insult to the thousands of them who suffered greatly from the abuses committed by MLC troops. Victims were anxiously awaiting reparations for the crimes from which they had suffered and from which they still bear huge consequences in their lives today. The judgment – in their words – stole their last hopes for compensation and sent them back to their loneliness and precariousness with no acknowledgment of their suffering. From the beginning of the proceedings, victims contributed to the proceedings by agreeing to share and explain their suffering as well as the multiple consequences the crimes had had on their lives and on the fate of their families and communities.

Because the defendant was finally acquitted, reparations proceedings were concluded. This was despite the attempts of counsel for the victims to persuade the Chamber to, notwithstanding the result, establish principles that could be applied for the purpose of future reparations before other *fora*. To that end, counsel sought recognition of the scope and extent of the victimisation or, in other words, the harm the victims suffered and continue to suffer from as a result of the events.

In particular, in light of the spirit and objectives of the Rome Statute, counsel requested that the Trial Chamber read paragraphs 1 and 6 of Article 75 together, and to interpret them as giving it the power to issue an order establishing principles relating to reparations and determining the scope and extent of victimisation of the persons who have been in contact with the Court throughout the case.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> ICC, *Bemba Appeals Judgment*, *supra* n. 6, para. 171.

<sup>10</sup> ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings*, July 12, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649, paras. 40-65.

Such an order would have provided a more than just necessary recognition to the thousands of victims concerned and would have allowed them to seek guidance and look to the assistance of other authorities without losing the benefit of the years of proceedings. It would have staved off starting from scratch and having to revisit their suffering. In addition, the order would also have given the advantage of offering guidance to the Trust Fund for Victims in its assistance mandate, and of providing the latter with precious information in order to implement its mandate in an expeditious, targeted and appropriate manner, in particular for the benefit of the victims already known in the case.

Indeed, immediately after the issuance of the Appeals' judgment, the Trust Fund for Victims announced its intention to accelerate the launch of its assistance programme in CAR in the form of physical and psychological rehabilitation, as well as of material support, for the benefit of victims and their families.<sup>11</sup> Unfortunately at the time of writing, in May 2020, the assistance programmes are still not operational in CAR.

These observations lead to a more fundamental issue related to the extent of the role of the Trust Fund for Victims.

In the authors' experience, reparations proceedings are lengthy and often delayed by the situation in the field which can evolve rapidly leading to the impossibility of carrying on operations and activities. Moreover, when reparations proceedings are opened, victims have already waited for several years for their harms and needs to be addressed; some have died in the meantime; for the majority of them, measures of reparations effective at the time of the commission of the crime(s) may no longer be feasible. On occasion, victims may have been re-victimised by subsequent events.

Therefore, the authors advocate for a stronger role of the TFV and its involvement in the country as soon as a situation is brought before the ICC. The early design and implementation of assistance programmes would thus be already addressing the needs of the victims and their families at a time when proceedings before the ICC would still be at the embryonic phase. This would, first, respond to the needs of the victims in a more timely fashion, but would also contribute to alleviating disappointment in case of non-conviction. Moreover, it would set the basis for the implementation of services at the local level, therefore strengthening the national capacities to assist victims.

---

11 ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, June 13, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR> [last visit: July 13, 2018]. See also: ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Communication from the Chair of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims to the President of the Assembly of States Parties*, June 13, 2018, available at: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/TFV/180603\\_TFV\\_letter.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/TFV/180603_TFV_letter.pdf) [last visit: July 3, 2018].

Furthermore, in case of conviction, the assistance programmes in place could assist as models for the reparations measures to be implemented. In this regard, most assistance programmes implemented thus far by the TFV can be re-designed for reparations purposes.<sup>12</sup> This course of events would avoid further delays in implementing reparations awards and possibly avoid lengthy procurement procedures.

The TFV also bears the responsibility of generating sufficient resources to meet the financial burden ensuing from a reparation order to benefit victims to the required degree, when the convicted person is indigent. In this regard, since the ICC's current reparations system is almost completely dependent on the Fund's ability to secure funding, due to convicted persons so far being found to be indigent, the TFV should be urged to diversify its funding sources and develop its fundraising ability by enhancing its communications capacity to become a more visible and well-known institution, and to ensure effective synergies and strategies amongst relevant actors.<sup>13</sup>

## The Ongwen proceedings: how victims' concerns were considered?

On 23 March 2016, Pre-Trial Chamber II confirmed the charges brought by the Prosecutor against Mr. Ongwen and committed him to trial.<sup>14</sup> On 6 December 2016 the trial opened before Trial Chamber IX. The closing statements took place from 10 to 12 March 2020. The case is currently under deliberation.

Mr. Ongwen faces 70 charges of the *war crimes* of attack against the civilian population; murder and attempted murder; rape; sexual slavery; torture; cruel treatment; outrages upon personal dignity; destruction of property; pillage; conscription and the use of children under the age of 15 to participate actively in hostilities; and the *crimes against humanity* of murder and attempted murder, torture; sexual slavery; rape; enslavement; forced marriage as an inhumane act; persecution; and other inhumane acts. He is accused in his capacity as Brigade Commander of the Sinia Brigade of the Lord's Resistance Army (LRA),

<sup>12</sup> In this regard, please refer to the description of assistance programmes in relation to physical, psychological rehabilitation and material support on the TFV website: ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *Assistance programmes*, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes> [last visit: November 18, 2019].

<sup>13</sup> REDRESS, (2019), *No Time to Wait: Realising Reparations for Victims before the International Criminal Court* (the "REDRESS Report"), January, 2019, pp. 34-35, available at: <https://redress.org/wp-content/uploads/2019/02/20190221-Reparations-Report-English.pdf>. See also, Regulation 23 of the Regulations of the Trust Fund for Victims.

<sup>14</sup> ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red.

an armed group active in Uganda with the intent of carrying an insurgency against the Government of Uganda and the Ugandan Army. The crimes have allegedly been committed in several localities in Northern Uganda from 1 July 2002 to the end of 2005. Four specific attacks against the civilian population of internally displaced persons' camps are charged: Pajule (October 2003), Odek (April 2004), Lukodi (May 2004) and Abok (June 2004).

In the proceedings related to the Uganda situation, victims waited for 10 years before seeing any progress. At the time of Mr. Ongwen's arrest, a significant number of victims had already communicated with the Court and requested to be able to participate in the proceedings. They all expressed great frustration regarding the long-lasting non-execution of the warrants of arrest issued in 2005. Some victims also articulated disbelief and a loss of trust in the proceedings of the Court and a willingness to withdraw their applications for participation.

Therefore, at the news of the arrest of Mr. Ongwen many victims expressed relief, and a hope to contribute to the search for the truth about the events at the origin of their victimisation and to have their voice heard in the proceedings.

Unfortunately, in January 2015, once the warrant of arrest against Mr. Ongwen was unsealed, victims realised that he was sought by the Court for only one attack against the civilian population. This created great disappointment. Indeed, the victims' account of events to their counsel revealed that the crimes they suffered from did not originate from spontaneous or isolated acts of violence, but were rather part of planned, directed and organised attacks against them perpetrated by the LRA and that many attacks were committed. In particular, victims indicated that the LRA engaged in a cycle of violence and established a pattern of brutalization of civilians by acts including murder, abduction, sexual enslavement, mutilation, as well a mass burnings of houses and looting of camp settlements. They stated that civilians, including children, were abducted and used as fighters, porters and sex slaves. Victims also indicated that rape, sexual violence and sexual slavery, as well as the abduction of children to be trained and used in hostilities were crimes generally committed by LRA, including by senior leaders.

Therefore, counsel for victims expressed concerns regarding the limited crimes included at that time in the warrant of arrest as being not representative of the extent of the victimisation their clients suffered from.<sup>15</sup>

Victims and their counsel engaged in a constructive dialogue with the Prosecution which resulted in the higher number of charges ever brought

---

15 ICC, the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Views and concerns of victims in relation to the proceedings against Mr. Dominic Ongwen*, January 26, 2015, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-420-Red2.

against any accused person. Said charges included not only three more attacks against the civilian population, but a range of gender-based crimes and the enlistment, conscription and use of children in hostilities. These charges therefore took into consideration the concerns expressed by victims.

An important aspect of the proceedings for victims concerns the fact that Mr. Ongwen is charged with the direct commission of a number of gender-based crimes against at least seven identified women and, importantly, the charges include forced marriage and forced pregnancy.

In this regard the Pre-Trial Chamber, in confirming the charges against the defendant, held for the first time before the ICC that forcing another person to serve as a conjugal partner may, *per se*, amount to an act of a character similar to those explicitly enumerated by Article 7(1) of the Statute, that is, intentionally causing great suffering or serious injury to body or to mental or physical health;<sup>16</sup> and that the crime of forced marriage is not subsumed by the crime of sexual slavery. This latter is a finding further confirmed in the *Al Hassan* case by both the Pre-Trial and the Appeals Chamber.<sup>17</sup>

Victims welcomed this interpretation of the law recognising that restrictions on the freedom of movement, repeated sexual abuses, forced pregnancies, or forced labour, and in particular, forced performance of domestic duties, are all factors which can indicate a situation of forced marriage; and that the central element of the crime is the imposition of marriage upon the victim, against her will, with the consequent social stigma attached to it.

Victims were also satisfied that the separate and additional harm caused by this crime, as opposed to the crime of sexual slavery or other gender-based crimes under the Statute, was recognised since this offence violates the independently recognised basic right to consensually marry and establish a family.

Victims hope that this interpretation will be confirmed by the Trial Chamber in the judgment under Article 74 of the Statute in the event that the Accused be declared guilty.

Finally, the proceeding poses a crucial issue in relation to the criminal liability of Mr. Ongwen. Indeed, the Defence alleges that he is “*only a victim*”, abducted at a young age, psychologically manipulated and subjected - while in the LRA - to injuries, constant fear of death or serious bodily harm and

<sup>16</sup> ICC, *Ongwen Confirmation of Charges*, *supra* n. 14, paras. 87-95.

<sup>17</sup> ICC, the Prosecutor v. Al Hassan, Pre-Trial Chamber I, *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, November 13, 2019, ICC Doc. No. : ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, paras. 552-582, 638 y 647-651. See also: ICC, the Prosecutor v. Al Hassan, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Décision relative à l’exception d’irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l’affaire soulevée par la défense*, February 19, 2020, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/18-601-Red, paras. 121-123.

long-term mental impairment. Consequently, in the view of the Defence, he cannot be held responsible.

This is an argument which victims consider totally unfounded in fact and in law; and, worst, disrespectful of their sufferings.

It is not disputed that Mr. Ongwen might have been a victim of one or several crimes when he was a minor. However, this fact alone does not constitute a legal basis under the Rome Statute for excluding criminal responsibility. The fact that Mr. Ongwen had been abducted at a young age does not absolve him from criminal responsibility for his acts and conduct as an adult.

Victims are of the view that it is impossible to seriously envisage that Mr. Ongwen did not understand at all the extremely grave nature of the criminal acts in which he engaged or that he was unable to understand his wrongdoing. Therefore, victims hope that the Trial Chamber will recognise the full extent of the liability of the Accused.

**Paolina Massidda**

Principal Counsel, Office for Public Counsel for Victims (OPCV)  
International Criminal Court



# La importancia de los casos Bemba y Ovgwen para las víctimas \*

## El proceso de Bemba: ¿se tuvieron realmente en cuenta las preocupaciones de las víctimas?

El 21 de marzo de 2016, la Sala de Primera Instancia III de la CPI condenó al Sr. Jean-Pierre Bemba Gombo (presidente y comandante en jefe del *Mouvement pour la Liberation du Congo* - MLC) por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación y los crímenes de guerra de asesinato, violación y saqueos, cometidos por sus tropas en la República Centroafricana (RCA) entre 2002 y 2003.<sup>1</sup> Fue sentenciado a 18 años de prisión.<sup>2</sup>

Este fue el primer caso ante la CPI en encontrar a un acusado culpable de responsabilidad del superior jerárquico según el artículo 28 del Estatuto de Roma y el primero que involucra una condena que reconoce la violación como una “herramienta” para aterrorizar a la población civil en la RCA. La Sala de Primera Instancia se centró en la responsabilidad del superior del Sr. Bemba, considerando que el acusado ostentaba una posición de autoridad y a pesar de esto no actuó en debida forma para prevenir, reprimir, investigar y enjuiciar adecuadamente aquellos crímenes que debía saber que estaban cometiendo las tropas bajo su mando y control.

El juicio tuvo gran relevancia debido a que los magistrados les reconocieron a 5.229 víctimas el derecho a participar en el proceso. Este es el mayor número de víctimas participantes permitido hasta la fecha en cualquier juicio realizado por la CPI. Durante el proceso, las víctimas no solo rindieron testimonios describiendo crímenes, incluidas violaciones en grupo, cometidos por soldados del MLC durante el conflicto armado, sino que además tres víctimas comparecieron ante los magistrados para expresar sus puntos de vista y preocupaciones en persona.<sup>3</sup> A este respecto, la Sala de Primera Instancia III hizo hincapié en

---

\* Las opiniones expresadas en este trabajo son exclusivamente del autor y de ninguna manera pueden ser atribuidas a la Corte Penal Internacional.

1 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3343.

2 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.

3 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on the supplemented*

que el umbral para permitir solicitudes de víctimas para presentar pruebas es significativamente más alto que el aplicable a las solicitudes de víctimas para expresar sus opiniones y preocupaciones en persona. Por esta razón, a las víctimas que no alcanzan el umbral para ser autorizadas a dar evidencia, aún se les puede permitir expresar sus puntos de vista y preocupaciones en persona<sup>4</sup> como declaraciones sin prestar juramento.

En la práctica, la representación legal facilitó el proceso de presentación de las víctimas y lo guió con algunas preguntas, y las víctimas no fueron interrogadas por las partes sino por los magistrados.<sup>5</sup> En vista de la importancia de que las víctimas puedan expresar sus puntos de vista y compartir su experiencia con los jueces, este fue un paso importante en el reconocimiento de su victimización y de la posibilidad de contribuir a establecer la verdad. El relato de las víctimas no se consideró evidencia, pero podría usarse para corroborarla ante la Sala.

Sin embargo, el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones revocó, por una mayoría de tres votos, la decisión de la Sala de Primera Instancia, absolviendo al Sr. Bemba, al encontrar que su condena excedía los hechos y circunstancias descritos en los cargos presentados contra él; también rechazó la posibilidad de permitir un nuevo juicio sobre los hechos que encontró fuera del alcance de la sentencia inicial de la Sala de Primera Instancia.<sup>6</sup> Dos de los cinco magistrados de la Sala presentaron una opinión disidente indicando que habrían confirmado la condena.<sup>7</sup> Por su parte, un juez presentó una opinión concurrente indicando que habría permitido un nuevo juicio por los nuevos cargos que sus colegas encontraron fuera del alcance de la condena original.<sup>8</sup>

En esencia, la Sala de Apelaciones concluyó que la Sala de Primera Instancia condenó erróneamente al Sr. Bemba por actos criminales específicos que estaban fuera del alcance del caso. La mayoría también consideró que la Sala de Primera Instancia cometió graves errores al evaluar si el Sr. Bemba tomó todas las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o sancionar la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados. En particular, la

---

*applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*, February 22, 2012, ICC Doc. No.: ICC 01/05-01/08-2138.

4 *Idem*, para. 20.

5 *Idem*, para. 7. Ver también las transcripciones de la audiencia llevada a cabo en 1 de marzo de 2017, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-T-198-Red2, p. 3, líneas 8-20.

6 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, June 8, 2018, ICC Doc. No. ICC-01/05-01/08-3636-Red. Ver también: ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Anx2.

7 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red.

8 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Anx3.

mayoría consideró que Bemba había enfrentado limitaciones en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes como comandante en la distancia. En palabras de la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia no prestó suficiente atención al hecho de que las tropas del MLC estaban operando en un país extranjero y a las dificultades que esto conllevaba para que Bemba, como comandante remoto, pudiera tomar medidas.<sup>9</sup>

La absolución del Sr. Bemba fue decepcionante para las víctimas. Abrió la puerta para que todos los comandantes militares puedan evadir su responsabilidad penal por los crímenes cometidos por las fuerzas bajo su autoridad, comando y control efectivos: significa que tan pronto como se pueda demostrar que estaba lo suficientemente lejos del campo de guerra, la CPI puede concluir que él o ella no pudo tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los crímenes. Esta forma de exonerarse de responsabilidad es muy cuestionable, especialmente dada la tecnología disponible en el momento en que se cometieron los crímenes. De hecho, con la tecnología moderna, no se necesita estar en la zona de guerra activa para tener autoridad, control o comando efectivo sobre las tropas. Además, el juicio representó un fuerte golpe contra la gran cantidad de víctimas de violaciones cometidas a gran escala y de manera sistemática por las tropas del MLC en la RCA.

Para las víctimas, el veredicto fue un insulto contra miles de personas que sufrieron de manera importante por los abusos cometidos por las tropas del MLC. Las víctimas esperaban ansiosamente reparaciones por los crímenes que padecieron y que actualmente aún tienen enormes consecuencias para sus vidas. El juicio, en sus palabras, les robó sus últimas esperanzas de compensación, devolviéndolas a su soledad y precariedad sin reconocer su sufrimiento. Las víctimas contribuyeron a los procedimientos al aceptar compartir y explicar sus padecimientos, así como las múltiples consecuencias de los crímenes en sus vidas y en el destino de sus familias y comunidades, desde el primer día del proceso y durante los siguientes 10 años.

Debido a que el acusado fue finalmente absuelto, se terminaron los procedimientos de reparación, a pesar del intento por parte de los abogados de las víctimas de persuadir a la Sala de que, a pesar de todo, estableciera ciertos principios que pudieran aplicarse en futuros procedimientos de reparación ante otros foros, y para reconocer, con ese fin, el alcance y la extensión de la victimización, o en otras palabras, los daños que las víctimas sufrieron y continúan sufriendo como resultado de los eventos.

En particular, a la luz del espíritu y los objetivos del Estatuto de Roma, la representación legal de las víctimas solicitó a la Sala de Primera Instancia que leyera conjuntamente los párrafos 1 y 6 del artículo 75, y los interpretara en el sentido de

---

9 ICC, *Bemba Appeals Judgment*, *supra* n. 24, para. 171.

que está facultada para emitir una orden que establezca principios relacionados con las reparaciones y determinara el alcance y la extensión de la victimización de las personas que han estado en contacto con la Corte durante todo el proceso.<sup>10</sup>

Tal orden habría traído un reconocimiento más que necesario a los miles de víctimas involucrados, y les habría permitido buscar orientación y asistencia de otras autoridades sin perder el beneficio de años de procedimientos, evitando comenzar desde cero y sin tener que volver a estudiar sus padecimientos. Además, la orden también habría tenido la ventaja de guiar al Fondo Fiduciario para las Víctimas en su mandato de asistencia, y de proporcionarle información valiosa para implementar este mandato de manera expedita, puntual y adecuada, en particular para beneficio de las víctimas ya reconocidas en el caso.

De hecho, inmediatamente después de la emisión del fallo de la Sala de Apelaciones, el Fondo Fiduciario para las Víctimas anunció su intención de acelerar el lanzamiento de su proyecto de asistencia en la RCA, para facilitar programas de rehabilitación física y psicológica, así como apoyo material, en beneficio de las víctimas y sus familias.<sup>11</sup> Lamentablemente, al momento de escribir este texto, en mayo de 2020, los programas de asistencia aún no han empezado a operar en dicho Estado.

Estas observaciones conducen a una cuestión aún más importante relacionada con el alcance del papel del Fondo Fiduciario para las Víctimas.

Según la experiencia de la autora, los procedimientos de reparación son largos y a menudo se retrasan por la situación en el territorio, que puede evolucionar rápidamente e imposibilitar el llevar a cabo operaciones y actividades. Además, cuando se abren los procedimientos de reparación, las víctimas ya han esperado durante varios años que se atiendan sus perjuicios y necesidades; algunos han muerto mientras tanto; para la mayoría de ellos, las medidas de reparación vigentes en el momento de la comisión de los crímenes pueden terminar no siendo adecuadas o factibles y, en ocasiones, las víctimas pueden haber sido revictimizadas por eventos posteriores.

Por lo tanto, se aboga por un papel más fuerte del Fondo Fiduciario para las Víctimas y su participación en el Estado tan pronto como se presente una situación ante la CPI. El diseño temprano y la implementación de programas

10 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings*, July 12, 2018, ICC Doc. No. ICC-01/05-01/08-3649, paras. 40-65.

11 ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, 13 de junio de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR> [última visita: 13 de julio de 2018]. Ver también: ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Communication from the Chair of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims to the President of the Assembly of States Parties*, 13 de junio de 2018, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/TFV/180603\\_TFV\\_letter.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/TFV/180603_TFV_letter.pdf) [última visita: 3 de julio de 2018].

de asistencia abordarán las necesidades de las víctimas y sus familias cuando los procedimientos ante la CPI todavía estén en una fase temprana. En primer lugar, esto responderá a las necesidades de las víctimas de manera más oportuna, pero también contribuirá a aliviar la decepción en caso de que no haya condena. Además, sentará las bases para la implementación de servicios a nivel local, fortaleciendo así las capacidades nacionales para ayudar a las víctimas.

Adicionalmente, en caso de que exista una condena, los programas de asistencia establecidos podrían ayudar como modelos para las medidas de reparación que se implementarán. En este sentido, la mayoría de los programas de asistencia implementados por el Fondo Fiduciario hasta ahora pueden ser rediseñados para fines de reparación.<sup>12</sup> Esto evitará más demoras en la implementación de las indemnizaciones y posiblemente evitará largos procedimientos de implementación.

El Fondo también tiene la responsabilidad de generar los recursos suficientes para cumplir con la carga financiera resultante de una orden de reparación para beneficiar a las víctimas en el grado requerido, cuando la persona condenada es indigente. En este sentido, dado que el sistema actual de reparaciones de la CPI depende casi por completo de la capacidad del Fondo para asegurar la financiación, porque hasta ahora se ha encontrado que los condenados están en estado de indigencia, se debe instar al Fondo a diversificar sus fuentes de financiación y fortalecer su capacidad de recaudación de fondos, a través del fortalecimiento de sus canales de comunicación de tal forma que se convierta en una institución más visible y conocida, y asegurar sinergias y estrategias efectivas entre actores relevantes.<sup>13</sup>

## El proceso de Ongwen: ¿cómo se tuvieron en cuenta las preocupaciones de las víctimas?

El 23 de marzo de 2016, la Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó los cargos presentados por el Fiscal contra el Sr. Ongwen y lo envió a juicio.<sup>14</sup> El 6 de diciembre de 2016 se abrió el juicio ante la Sala de Primera Instancia IX.

12 Al respecto, consulte la descripción de los programas de asistencia en relación con la rehabilitación física, psicológica y el apoyo material en el sitio web del Fondo Fiduciario para las Víctimas: ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *Assistance programmes*, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

13 REDRESS, (2019), *No Time to Wait: Realising Reparations for Victims before the International Criminal Court* (the “REDRESS Report”), enero, 2019, pp. 34-35, disponible en: <https://redress.org/wp-content/uploads/2019/02/20190221-Reparations-Report-English.pdf>. Ver también: Regulación 23 de las Regulaciones del Fondo Fiduciario para las Víctimas.

14 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red.

Las declaraciones finales tuvieron lugar del 10 al 12 de marzo de 2020. El caso se encuentra actualmente en fase de deliberación.

Ongwen enfrenta 70 cargos por los crímenes de guerra de ataque contra la población civil, asesinato e intento de asesinato, violación, esclavitud sexual, tortura, tratos crueles, atentados contra la dignidad personal, destrucción de propiedad, saqueos, reclutamiento y uso de niños menores de 15 años para participar activamente en hostilidades y por los crímenes de lesa humanidad de asesinato e intento de asesinato, tortura, esclavitud sexual, violación, esclavitud, matrimonio forzoso como un acto inhumano, persecución y otros actos inhumanos. Está acusado en su calidad de comandante de la Brigada en Sinia del *Lord Resistance Army* (LRA), un grupo armado activo en Uganda con la intención de llevar a cabo una insurgencia contra el Gobierno y el Ejército de dicho Estado. Los presuntos crímenes se cometieron en varias localidades del norte de Uganda desde el 1 de julio de 2002 hasta finales de 2005. Se le imputan cuatro ataques específicos contra la población civil de los campamentos de desplazados internos: Pajule (octubre de 2003), Odek (abril de 2004), Lukodi (mayo de 2004) y Abok (junio de 2004).

En los procedimientos relacionados con la situación de Uganda, las víctimas esperaron durante 10 años antes de ver algún avance. Para el momento del arresto del Sr. Ongwen, un número importante de víctimas ya se había comunicado con la Corte y había solicitado participar en los procedimientos. Todos expresaron muchas frustraciones con respecto a la no ejecución duradera de las órdenes de arresto emitidas en 2005. Algunas víctimas también habían expresado su incredulidad y pérdida de confianza en los procedimientos de la Corte y su disposición a retirar sus solicitudes de participación.

Por lo tanto, ante la noticia del arresto del Sr. Ongwen, muchas víctimas se sintieron aliviadas y esperanzadas de poder contribuir a la búsqueda de la verdad sobre los hechos que dieron origen a su victimización, así como esperaron ser escuchadas durante el proceso.

Desafortunadamente, en enero de 2015, una vez que la orden de arresto contra el Sr. Ongwen fue proferida, las víctimas se dieron cuenta de que la Corte lo había requerido únicamente por un ataque particular contra la población civil. Esto generó una gran decepción entre ellas. De hecho, el relato de los hechos de las víctimas a sus abogados reveló que los crímenes que sufrieron no se originaron en actos de violencia espontáneos o aislados, sino que formaron parte de ataques planeados, dirigidos y organizados contra ellos, perpetrados por el LRA y que hubo una gran cantidad de estos. En particular, las víctimas indicaron que el LRA participó en un ciclo de violencia y estableció un patrón de crueldad contra civiles, a través de actos que incluyen asesinatos, secuestros, esclavitud sexual, mutilación, así como quemas masivas de casas y saqueo de asentamientos de campamentos; y que civiles, incluidos niños, fueron

secuestrados y utilizados como combatientes, porteros y esclavos sexuales. Las víctimas también indicaron que la violación, la violencia y la esclavitud sexuales, así como el secuestro de niños para ser entrenados y utilizados en las hostilidades, eran crímenes generalmente cometidos por el LRA, incluso por líderes de alto rango.

Por lo tanto, el abogado de las víctimas expresó su preocupación por el limitado número de crímenes atribuidos al momento de proferir la orden de arresto, que no eran representativos del alcance de la victimización que sufrieron sus representados.<sup>15</sup>

Las víctimas y sus abogados entablaron un diálogo constructivo con la Fiscalía que resultó en el mayor número de cargos alguna vez presentado contra un acusado. Dichos cargos incluyeron no solo tres ataques más contra la población civil, sino también una variedad de crímenes de género y el alistamiento, reclutamiento y uso de niños en hostilidades; por lo tanto, se logró tener en cuenta las preocupaciones expresadas por las víctimas.

Un aspecto relevante para las víctimas en este proceso se refiere al hecho de que el Sr. Ongwen está acusado de la comisión directa de una serie de crímenes de género contra al menos siete mujeres identificadas y, lo que es más importante, los cargos incluyen matrimonio y embarazo forzados.

Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares, al confirmar los cargos contra el acusado, sostuvo por primera vez ante la CPI la afirmación de que obligar a otra persona a servir como pareja conyugal puede, *per se*, equivaler a un acto de carácter similar a los enumerados explícitamente en el artículo 7 (1) del Estatuto, causando intencionalmente grandes sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física,<sup>16</sup> y que el delito de matrimonio forzado no está subsumido por el delito de esclavitud sexual; un hallazgo confirmado en el caso Al Hassan tanto por la Sala de Cuestiones Preliminares como por la Sala de Apelaciones.<sup>17</sup>

Las víctimas acogieron esta interpretación legal, reconociendo que las restricciones a la libertad de movimiento, los abusos sexuales repetidos, los embarazos forzosos, o los trabajos forzosos, y en particular, el cumplimiento forzoso de los deberes domésticos, son todos factores que indican una situación de matrimonio forzoso; y que el elemento central del crimen es la imposición

15 ICC, the Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Oti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Views and concerns of victims in relation to the proceedings against Mr. Dominic Ongwen*, January 26, 2015, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-420-Red2.

16 ICC, *Ongwen Confirmation of Charges*, *supra* n. 32, paras. 87-95.

17 Ver : ICC, the Prosecutor v. Al Hassan, Pre-Trial Chamber I, *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, November 13, 2019, ICC Doc. No. : ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, paras. 552-582, 638 y 647-651. Ver también : ICC, the Prosecutor v. Al Hassan, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense*, February 19, 2020, ICC Doc. No. : ICC-01/12-01/18-601-Red, paras. 121-123.

del matrimonio a la víctima, en contra de su voluntad, con el consecuente estigma social que se le atribuye.

Las víctimas también estaban satisfechas de que el daño adicional causado por este crimen, en contraste a los crímenes de esclavitud sexual u otros crímenes de género según el Estatuto, fuera reconocido, ya que este viola el derecho autónomo y básico de casarse y establecer una familia de manera consensuada.

Las víctimas esperan que esta interpretación sea confirmada por la Sala de Primera Instancia en la sentencia del artículo 74 del Estatuto en caso de que el acusado sea declarado culpable.

Finalmente, el procedimiento plantea una cuestión crucial en relación con la responsabilidad penal del Sr. Ongwen. De hecho, la Defensa alega que él es “solo una víctima”, secuestrado a una edad temprana, manipulado psicológicamente y sometido, mientras estaba en el LRA, a lesiones, miedo constante a la muerte o daño corporal grave y que sufre de discapacidad mental permanente. En consecuencia, en opinión de la Defensa, no puede ser considerado responsable.

Este es un argumento que las víctimas consideran totalmente infundado de hecho y de derecho; y, lo peor, irrespetuoso con sus sufrimientos.

No se discute que el Sr. Ongwen podría haber sido víctima de uno o varios crímenes cuando era menor de edad. Sin embargo, este hecho por sí solo no constituye una base legal para excluir la responsabilidad penal en virtud del Estatuto de Roma. El hecho de que el Sr. Ongwen haya sido secuestrado a una edad temprana no lo exime de la responsabilidad penal por sus actos y conductas como adulto.

Las víctimas afirman que es imposible considerar seriamente que el Sr. Ongwen no entendía en absoluto la naturaleza extremadamente grave de los actos criminales en los que participó y que no fue capaz de comprender su mal actuar. Por lo tanto, las víctimas esperan que la Sala de Primera Instancia reconozca el alcance total de la responsabilidad del acusado.

**Paolina Massidda**

Abogada Principal, Oficina de Defensoría Pública de Víctimas (OPCV)  
Corte Penal Internacional



## Foreword

The second volume of the collection *International Law Clinic Reports (ILCR)/ Informes de la Clínica Jurídica Internacional (ICJI)* addresses several important issues that have been raised in the Bemba and Ongwen cases before the International Criminal Court (ICC). They refer to areas as diverse as grounds for excluding criminal liability, sentencing and reparations, which shows the ability of the International Law Clinic to provide a comprehensive analysis of any ICL topic that is relevant for ICC proceedings.

Chapter 1 aims to answer the question as to whether insanity and duress could provide grounds for excluding the criminal liability of Dominic Ongwen, one of the highest commanders of the Lord's Resistance Army (LRA) in Uganda. To answer this question, chapter 1 first addresses the scope and nature of the case against Ongwen, placing particular attention to the following circumstances: (i) the defendant's abduction at the age of ten by LRA members and his subsequent torture and brutal training; (ii) the defendant's ascent within the LRA's military structure so as to become, by 2004, the commander of the *Sinia* Brigade (one of the LRA's four brigades); (iii) the brutal and hostile environment established within the LRA by Joseph Kony (its supreme leader), and the violent reprisals by the LRA against those who tried to leave it; and (iv) the seventy charges of crimes against humanity and war crimes committed between July 2002 and December 2005, that the Pre-Trial Chamber II has confirmed against the defendant. These crimes include murder, slavery, torture, cruel treatment, inhumane acts, attacks against personal dignity, pillaging, destruction of property and persecution.

Subsequently, and considering article 21 of the ICC Statute on the applicable law, chapter 1 addresses the content and scope of application of the elements of insanity and duress, as grounds for excluding criminal liability, under Article 31 (1)(a) and (d) of the ICC Statute. Concerning insanity, the following two elements are specially dealt with: (a) the existence of a disease or mental defect; that (b) causes, at the time in which the alleged crime is committed, the deprivation of the defendant's capacity to (i) appreciate the unlawfulness or nature of his conduct; or (ii) control his conduct according to the requirements of law. With regard to coercion, the analysis focuses on the following three elements: (a) the existence of a threat of imminent death or continuing or imminent serious bodily harm for the defendant or another person; (b) the defendant's necessary and reasonable response to avoid this threat; and (c) the defendant's lack of intention to cause a harm greater than the one sought to be avoided.

Chapter 1 comes to an end with the application of the elements of insanity and coercion to the specific circumstances of the Ongwen case. In doing so, chapter 1 takes into consideration that circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility may constitute, pursuant to rule 145(2)(a)(i) of the ICC Rules of Procedure and Evidence (RPE), a mitigating factor in sentencing.

Chapter 2 starts by highlighting the difficulties of interpretation posed by the complex interrelation between Article 78(1) of the ICC Statute and rule 145 of the RPE. According to Article 78(1) of the ICC Statute, '[i]n determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.' Rule 145(1)(a) and (b) of the RPE complements Article 78(1) by stating that, in the determination of sentences, which must reflect the culpability of the convicted person, the ICC must balance all relevant factors, including: (i) the 'circumstances of the crime' (which could be interpreted as the gravity of the crime); (ii) the 'circumstances of the convicted person' (which could be interpreted as the individual circumstances of the convicted person); and (iii) any mitigating and aggravating factor provided for in rule 145(2)(a) and (b) of the RPE.

Nevertheless, some aggravating factors provided for in this rule (such as, victims' multiplicity or defencelessness, cruelty, discriminatory motive or other similar circumstances) could also be considered when assessing the gravity of the crime. Moreover, according to rule 145(1)(c) of the RPE, in addition to the factors mentioned in Article 78(1), the ICC has also to consider other factors in sentencing (including, the extent of the damage caused (in particular the harm caused to victims and their families), the nature of the unlawful behaviour, the means employed to execute the crime and the degree of participation of the convicted person), which tend to overlap with those circumstances that establish the gravity of the crime and the personal circumstances of the convicted person under Article 78(1) of the ICC Statute.

In light of this unclear framework, which has not been so far clarified by ICC case law, chapter 2 analyses whether the following circumstances could constitute relevant factors in sentencing: (a) the nature and extent of victimization; (b) the acts of violence constituting the contextual elements of crimes against humanity; and (c) the special gravity of some international crimes. In doing so, chapter 2 looks into the case law of the ICC and of other international and hybrid criminal tribunals, such as the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, the Special Court of Sierra Leone and the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia.

Finally, chapter 3 addresses the issue of reparations, through the ICC Trust Fund for Victims (TFV), to the more than five thousand victims that have

participated in the proceedings of the case against Jean Pierre Bemba (president of the *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC), commander in chief of the MLC armed wing (*the Armée de Libération du Congo*) and former Vice-president of the Democratic Republic of the Congo). This issue has come to be of special relevance as a result of Bemba's acquittal by the ICC Appeals Chamber.

To answer this question, chapter 3 first addresses the two-fold mandate of the TFV: (i) compliance with reparation orders issued by ICC chambers; and (ii) provision of general assistance to victims of ICC crimes committed in the territory of States under investigation. Subsequently, it examines the several projects that have been implemented by the TFV since 2008 through its assistance programs, using voluntary contributions by donors to promote victims' physical and psychological rehabilitation and to provide them with material help. Chapter 3 then goes on to study the feasibility of relying on the TFV's assistance mandate to provide redress to victims in the Bemba case. Finally, it analyses the scope and extent of the interaction between the legal representatives of the victims and the TFV provided for in the ICC Statute and the RPE for this purpose.

Before bringing this foreword to an end, I would like to congratulate the Faculty of Jurisprudence of *Universidad del Rosario* (Bogotá, Colombia), the Ibero-American Institute of The Hague for Peace, Human Rights and International Justice and the ICC Office of Public Counsel for Victims for a decade of close cooperation through the International Law Clinic. Volume 2 of the ILCR collection is an excellent example of the very fruitful results of such cooperation.

The Hague, 1<sup>st</sup> October 2020,

**Ekaterina Trendafilova**

President (2016-2020), Kosovo Specialist Chambers  
Judge (2006-2015), International Criminal Court

## Prólogo

El segundo volumen de la colección *International Law Clinic Reports (ILCR)/ Informes de la Clínica Jurídica Internacional (ICJI)* aborda varias cuestiones importantes que se han planteado en los casos Bemba y Ongwen ante la Corte Penal Internacional (CPI). Al referirse a áreas tan diversas como los motivos para excluir la responsabilidad penal, los criterios para la determinación de la pena y las modalidades de reparación, muestran la capacidad de la Clínica de Jurídica Internacional para brindar un análisis integral sobre cualquier temática de Derecho Internacional Penal (DIP) que sea relevante para las actuaciones de la CPI.

El Capítulo 1 tiene como objetivo responder a la pregunta de si la incapacidad mental y la coacción podrían ser motivos para excluir la responsabilidad penal de Dominic Ongwen, uno de los máximos comandantes del Ejército de Resistencia del Señor (ERS) en Uganda. Para responder a esta pregunta, el capítulo 1 aborda, en primer lugar, el alcance y la naturaleza del caso contra Ongwen, prestando especial atención a las siguientes circunstancias: (i) el secuestro del acusado a la edad de diez años por miembros del ERS y su posterior tortura y brutal entrenamiento; (ii) el ascenso del acusado dentro de la estructura militar del ERS para convertirse en 2004 en el comandante de la Brigada Sinia (una de las cuatro brigadas del ERS); (iii) el ambiente brutal y hostil generado en el ERS por Joseph Kony (su líder supremo) y las violentas represalias contra quienes intentaban abandonar el grupo; y (iv) los setenta cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos entre julio de 2002 y diciembre de 2005, que la Sala de Cuestiones Preliminares II ha confirmado contra el acusado, incluyendo el asesinato, la esclavitud, la tortura, los tratos crueles, los actos inhumanos, los atentados contra la dignidad personal, el saqueo, la destrucción de bienes y la persecución.

A continuación, teniendo en cuenta el artículo 21 del Estatuto de la CPI (ECPI) sobre el derecho aplicable, el capítulo 1 aborda el contenido y alcance de aplicación de los elementos de las eximentes de incapacidad mental y coacción, como motivos para excluir la responsabilidad penal, en virtud del artículo 31(1)(a) y (d) del ECPI. En cuanto a la incapacidad mental, se abordan especialmente los dos elementos siguientes: (a) la existencia de una enfermedad o defecto mental; que (b) ocasione, en el momento en que se comete el presunto delito, la privación de la capacidad del imputado para (i) apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta; o (ii) controlar su conducta de acuerdo

con los requisitos de la ley. Con respecto a la coacción, el análisis se centra en los tres elementos siguientes: (a) la existencia de una amenaza de muerte inminente, o de daño corporal grave continuo o inminente para el acusado o para otra persona; (b) la respuesta necesaria y razonable del aquel para evitar esta amenaza; y (c) la falta de intención del acusado de causar un daño mayor que el que se buscaba evitar.

El capítulo 1 finaliza con la aplicación de los elementos de la incapacidad mental y la coerción a la situación específica del caso Ongwen. Al hacerlo, se toma en consideración que las circunstancias que no son causas de exclusión de responsabilidad penal pueden constituir, de conformidad con la regla 145 (2)(a)(i) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPE) de la CPI, circunstancias atenuantes.

El capítulo 2 comienza destacando las dificultades de interpretación que plantea la compleja interrelación entre el artículo 78(1) del ECPI y la regla 145 de las RPE. De acuerdo con el artículo 78(1) del ECPI, '[a] imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado'. La regla 145(1)(a) y (b) de las RPE complementa el artículo 78(1) al establecer que al determinar la pena, que tiene en todo caso que reflejar la culpabilidad del condenado, la CPI debe sopesar todos los factores relevantes, incluyendo: (i) las 'circunstancias del delito' (que podrían interpretarse como refiriéndose a la gravedad del delito); (ii) las 'circunstancias de la persona condenada' (que podrían entenderse como las circunstancias individuales de la persona condenada); y (iii) cualquier factor atenuante y agravante previsto en la regla 145(2)(a) y (b) de las RPE.

Sin embargo, algunas circunstancias agravantes previstas en esta norma (como la multiplicidad o indefensión de las víctimas, la crueldad, el motivo discriminatorio u otras circunstancias similares) también podrían considerarse al evaluar la gravedad del delito. Además, según la regla 145(1)(c) de las RPE, la CPI debe considerar al imponer la pena, junto con los factores mencionados en el artículo 78(1) del ECPI, otro tipo de factores (como el alcance del daño causado (en particular, el daño generado a las víctimas y sus familiares), la naturaleza de la conducta ilícita, los medios empleados para cometer el delito y el grado de participación del condenado) que tienden a superponerse con aquellas circunstancias que caracterizan la gravedad del delito y las circunstancias personales de la persona condenada en virtud del artículo 78(1) del ECPI.

A la luz de este marco confuso, que hasta ahora no ha sido aclarado por la jurisprudencia de la CPI, el capítulo 2 analiza si las siguientes circunstancias podrían constituir factores relevantes en la determinación de la pena: (a) la naturaleza y alcance de la victimización; (b) los actos de violencia que constituyen los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad; y

(c) la especial gravedad de algunos crímenes internacionales. Al hacerlo, el capítulo 2 analiza la jurisprudencia de la CPI y de otros tribunales penales internacionales e híbridos, como los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal Especial de Sierra Leona y las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya.

Finalmente, el capítulo 3 aborda la cuestión de la reparación, a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la CPI, a las más de cinco mil víctimas que han participado en las actuaciones del caso contra Jean Pierre Bemba (presidente del *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC), comandante en jefe de su brazo armado (la *Armée de Libération du Congo*) y ex vicepresidente de la República Democrática del Congo). Esta cuestión se ha vuelto de especial relevancia como resultado de la absolución de Bemba por parte de la Sala de Apelaciones de la CPI.

Para responder a los interrogantes que plantea la misma, el capítulo 3 estudia en primer lugar el doble mandato del Fondo Fiduciario: (i) el cumplimiento de las órdenes de reparación emitidas por las salas de la CPI; y (ii) la prestación de asistencia general a las víctimas de crímenes de la CPI cometidos en el territorio de los Estados bajo investigación. A continuación, analiza los diversos proyectos que ha implementado el Fondo Fiduciario desde 2008 a través de sus programas de asistencia, utilizando contribuciones voluntarias de los donantes para promover la rehabilitación física y psicológica de las víctimas y brindarles ayuda material. Posteriormente, estudia la viabilidad de confiar en el mandato asistencial del Fondo Fiduciario para brindar reparación a las víctimas en el caso Bemba. Finalmente, aborda el alcance y extensión de la interacción, a estos efectos, entre los representantes legales de las víctimas y el Fondo Fiduciario, tal y como se prevé en el ECPI y en las RPE.

Antes de finalizar este prólogo, quisiera felicitar a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) y a la Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la CPI por la estrecha colaboración que han mantenido durante una década a través de la Clínica Jurídica Internacional. El volumen 2 de la colección *ILCR* es un excelente ejemplo de los resultados tan fructíferos que esta cooperación ha generado.

La Haya, 1 de octubre de 2020,

**Ekaterina Trendafilova**

Presidenta (2016-2020), Salas Especializadas de Kosovo  
Jueza (2006-2015), Corte Penal Internacional

# **PART I**

---

**ENGLISH VERSION**

# 1. Are insanity and duress applicable in the Ongwen Case before the International Criminal Court?\*

## 1.1. Introduction

Dominic Ongwen was born in 1978 in the town of Coorom (Northern Uganda). The Lord's Resistance Army (LRA), led by Joseph Kony, abducted him at the age of ten.<sup>1</sup> After his abduction, he was tortured and forced to witness intense violence as part of his training by the LRA. Years afterwards, he began to ascend in the LRA's military structure, and in 2004 became the commander of the *Sinia* Brigade (one of the four brigades of the LRA).<sup>2</sup>

Due to his involvement in the crimes committed by the LRA during the armed conflict against the Ugandan government, the ICC Prosecution accused Ongwen of seventy charges of crimes against humanity and war crimes committed between July 2002 and December 2005, including murder, slavery, torture, cruel treatment, inhumane acts, attacks against personal dignity, pillage, destruction of property and persecution.<sup>3</sup> Although Pre-Trial Chamber II issued an arrest warrant against Ongwen in 2005, he was only handed over to the ICC in 2015.<sup>4</sup>

---

\* Written by the following members of the 2016 International Law Clinic: Juan David Albarracín Barrera, Lucía Carcano Fernández, Macarena Domínguez Fernández, María Camila Giraldo Lasso, Andrés Esteban Gutiérrez Romero, Laura Mahecha Álvarez, María Paula Martínez Mendieta, Max Sebastián Murillo, Emely Mar Pardo Costa, Daniela Pedraza Moreno y María Paula Tole Ramírez. The research was conducted in 2016 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo and Álvaro Pfo Jaramillo García.

1 The Defense and Ongwen's family affirm that Ongwen was abducted At the age of ten. Nevertheless, the Prosecution affirms that he was three years older when the abduction took place. According to the Defense, '[a]fter investing years investigating the case from 2004 through 2010, the Office of the Prosecutor determined that Dominic was born in May 1978. The Prosecution talked to his family and asked about birth records. They know that the records no longer exist. It is disingenuous to now say that his birth was in 1975.' See: ICC, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Defense of Dominic Ongwen, Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing"*, January 18, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-404-Red4.

2 Justice in Conflict (2016), *We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC*, April 19, 2016, available at: <https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/> [last visit: December 31, 2016].

3 ICC, Public Information Office (n.d.), *The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/Alleged crimes (non-exhaustive list)*, available at: <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx> [last visit: December 31, 2016].

4 ICC, Public Information Office (n.d.), *Case Information Sheet. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Doc. No. ICC-PIDS-CIS-UGA-02-018/20\_Eng*, available at: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf> [last visit: December 31, 2016].



At the confirmation of charges hearing, the Defense argued that, according to Article 31(1)(d) of the ICC Statute, Ongwen could not be held criminally liable because he acted under duress, as a result of the brutal and hostile environment created in the LRA by Joseph Kony (the ‘supreme and sole’ leader of the LRA) and the violent reprisals by the LRA against those who tried to leave it.<sup>5</sup> Nevertheless, Pre-Trial Chamber II rejected this claim because none of the three elements of duress under Article 31(1)(d) of the ICC Statute were met: (a) the existence of a threat of imminent death or continuing or imminent serious bodily harm for Ongwen or another person; (b) his necessary and reasonable response to avoid this threat; and (iii) his lack of intention to cause a greater harm than the one sought to be avoided.<sup>6</sup> Consequently, it confirmed the charges against Ongwen on March 23, 2016.<sup>7</sup>

Despite this situation, the Defense has affirmed that it intends to rely on duress at the trial<sup>8</sup> which began on December 6, 2016 before Trial Chamber IX.<sup>9</sup> Moreover, due to the mental harm that Ongwen may have suffered as a result of his abduction and brutal training at a very early age by the LRA, the Defense may also seek to allege insanity, which, as provided for in Article 31(1)(a) of the ICC Statute, is comprised of the following two elements: (a) the existence of a disease or mental defect; that (b) causes, at the time in which the alleged crime is committed, the deprivation of the defendant’s capacity to (i) appreciate the unlawfulness or nature of his conduct; or (ii) control his conduct according to the requirements of law.

If Trial Chamber IX finds that all elements of insanity or coercion are proven by the Defense, Ongwen will be exonerated of criminal liability. Nevertheless, if only some of these elements can be proven, Trial Chamber IX could only consider them as mitigating factors in sentencing, as provided for in Rule 145(2)(a)(i) of the RPE.

In light of the above-mentioned and giving due consideration to Article 21 of the ICC Statute on the applicable law, this work first studies the elements of insanity and duress under Article 31(1)(a) and (d) of the ICC Statute. Subsequently, it analyzes whether they may be applicable in the Ongwen case.

5 ICC, *Ongwen Defense Brief*, *supra* n. 1, paras. 50-57.

6 ICC, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red, paras. 150-159.

7 *Ibid.*, paras. 150-156.

8 *Ibid.*, paras. 157-159.

9 This is the first ICC trial against a member of the LRA, despite the several ICC arrest warrants issued against LRA’s members since the start of the ICC investigation into the Ugandan situation in 2005.

## 1.2. The elements of insanity under Article 31(1)(a) of the ICC Statute

According to Article 31(1)(a) of the ICC Statute, the first element of insanity requires that the accused have a mental disease or defect at the time at which the offence is committed. As a result, if the mental disease or defect arises during trial, this substantial defense is not applicable, and therefore only a procedural defense may apply as long as it can be proven that the accused is no longer mentally fit to stand trial.<sup>10</sup>

As Ambos points out, Article 31(1)(a) of the ICC Statute does not require the existence of a specific mental disease or a defect that is medically recognized.<sup>11</sup> Nevertheless, as Werle highlights, the mental disease or defect must cause the accused a mental impairment of a certain degree of severity and duration.<sup>12</sup> As a result, a momentary psychological defect caused by rage, jealousy or pain is not sufficient.<sup>13</sup> In this regard, Knoops points out that the reports of medical experts are not conclusive evidence by themselves because it is up to the judges to decide the probative value that medical reports may have in a specific case.<sup>14</sup>

The second element of insanity requires that the mental disease or defect destroys the accused's capacity to: (i) appreciate the unlawfulness or nature of his conduct; or (b) control it. Eser highlights that Article 31(1)(a) of the ICC Statute uses the conjunction 'or', thus making clear that only the accused's loss of either of these two capacities is required.<sup>15</sup>

Concerning the required level of impairment, Ambos considers that a literal interpretation of the verb 'destroy' requires the accused's total (100%) incapacity. As a result, he considers that, unless the impairment of the accused's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his conduct reaches the level of an extensive and great loss in the use of reason, insanity would not be applicable. Nevertheless, Ambos acknowledges that medical experts highlight that mental disorders do not fully eliminate a person's capacity to control his or her conduct. As a result, he accepts some degree of flexibility with regard to the accused's incapacity to control his conduct.<sup>16</sup>

10 Ambos, K. (2013), *Treatise On International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 314.

11 *Idem*.

12 Werle, G. (2011), *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 267.

13 Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, p. 314.

14 Knoops, G.J.A. (2007), *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 110.

15 Eser, A. (2016), 'Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility', Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, Munich, Beck/Hart, p. 1139.

16 Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, p. 322.

Unlike Ambos, Eser's view is that the term 'destroys' should be read in a more flexible way, and that a level of impairment that exceeds the level of 'substantial deterioration' should be sufficient for the application of insanity. As a result, for Eser, there is no need to reach the level of 'absolute deterioration' of the accused's cognitive or volitional abilities.<sup>17</sup>

Finally, for Kittichaisaree, a distinction should be drawn between both alternatives in Article 31(1)(a) of the ICC Statute. As a consequence, if it can be proven that the accused is incapable of knowing the unlawfulness or nature of his conduct, criminal liability should be excluded. Nevertheless, if what is proven is the accused's incapacity to control his conduct, this should be only considered as a mitigating factor in sentencing.<sup>18</sup> This approach, which according to Kittichaisaree finds support in the Celebici case at the ICTY,<sup>19</sup> follows the traditional common law approach to the defense of insanity.

In this regard, it is important to highlight that, in most common law jurisdictions, the defense of insanity finds its foundation in the so-called *M'Naghten rule* of 1843. According to this rule, to prove the accused's insanity is necessary to show that 'at the time of committing the act, the accused was laboring under such a defect of reason, from disease of the mind, as to not know the nature and quality of the act he was doing or, if he did know it, that he did not know that what he was doing was wrong.'<sup>20</sup> In light of this definition, it can be stated that the *M'Naghten rule* covers the first element of the definition of insanity in Article 31(1)(a) of the ICC Statute and the first alternative requirement of the second element. Nevertheless, it does not cover cases of the accused's inability to control his conduct.

The regulation of the defense of insanity in England and Wales follows the *M'Naghten rule*.<sup>21</sup> Likewise, section 11 of the Penal Code of the Republic of Uganda contains a definition similar to the one adopted in England and Wales.<sup>22</sup> In applying section 11, Ugandan case law has particularly stressed that '[a] person is not criminally responsible for an act or omission if at the time of doing the act or omission, he or she is, through any disease affecting his or her mind, incapable of knowing that he or she ought not to do the act or

17 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1139.

18 Kittichaisaree, K. (2001), *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.

19 ICTY, The Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnir Delalic, Trial Chamber I, *Judgement*, November 16, 1998, Case No.: IT-96-21-T, paras. 1156-1172; ICTY, The Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnir Delalic, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No. IT-96-21-A, paras. 580-595.

20 Legal Information Institute (n.d.), *Insanity Defense*, Cornell University Law School, available at: [https://www.law.cornell.edu/wex/insanity\\_defense](https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense) [last visit: December 31, 2016].

21 Law Commission of the England and Wales (2013), *Criminal Liability: Insanity and Automatism. A Discussion Paper*, sections 1.23 to 1.26.

22 The Penal Code Act of Uganda is available at: <https://ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/120> [last visit: December 31, 2016].

make the omission [...].<sup>23</sup> Furthermore, according to Ugandan case law, it is up to the Defense to prove that at the material time the accused was incapable of appreciating the consequences of his activities.<sup>24</sup>

The narrow definition of defense of insanity in common law jurisdictions has made common law academics to propose a complementary defense known as ‘irresistible impulse.’ According to Winslow, this complementary defense is defined as follows:

‘A person may be perfectly competent to draw a correct distinction between right and wrong, and yet, labor under a form of insanity which ought unquestionably to protect him from legal or moral responsibility. I allude to cases of insanity where the patient is driven, by an irresistible impulse, to destroy, after struggling, for some time, against the morbid desire, being, at the same time, perfectly conscious that he is impelled to do what is wrong both in the sight of God and man.’<sup>25</sup>

In contrast to the regulation of defense of insanity in England, Wales and Uganda, section 4.01(1) of the US Model Penal Code defines insanity as follows: ‘[a] person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality (wrongfulness) of his conduct or to conform his conduct to the requirements of the law.’ This definition is much more similar to the definition of insanity under Article 31(1)(a) of the ICC Statute because it covers both its first element and the two alternatives of its second element.

Furthermore, as stated in the Explanatory Notes to the US Model Penal Code, the expression ‘lack of substantial capacity’ in section 4.01(1) means: (a) the impossibility for the accused to appreciate the criminal nature of his conduct due to: (i) a lack of awareness of what is being done; (ii) an error in the material circumstances; or (iii) a failure to perceive the significance of his conduct; or (b) the accused’s substantial lack of volitional capacity to act in accordance with the law.<sup>26</sup> As a result, the meaning given to the expression ‘lack of substantial capacity’ in section 4.01(1) is consistent with Eser’s interpretation of the second element of insanity under Article 31(1)(a) of the ICC Statute.<sup>27</sup>

23 High Court of Uganda at Jinja, Uganda v. Mwesigwa, *Judgement*, November 11, 2013, Criminal Session Case No.: 269/2011, [2013] UGHCCRD 70.

24 *Idem*.

25 Cited by: Keedy, E.R. (1952), ‘Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law’, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, No. 7, pp. 956-993, p. 957.

26 American Law Institute (1985), *Model Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes*, p. 89, available at: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf> [last visit: December 31, 2016].

27 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1139.

Moreover, according to section §5K2.13 of the Guidelines Manual of the US Sentencing Commission,<sup>28</sup> where a mental impairment does not exclude criminal liability, a reduction of sentence should be guaranteed whenever the accused suffered a significantly reduced mental capacity during the commission of the crime, and that reduced mental capacity has contributed to the materialization of the punishable act.<sup>29</sup>

The definition of insanity in civil law jurisdictions is similar to its definition in section 4.01(1) of the US Model Penal Code because criminal responsibility is excluded whenever the accused is not able to appreciate the unlawfulness of his conduct or to control it in accordance with the law.<sup>30</sup>

In this regard, section 20 of the German Criminal Code states that “[w]hoever, at the time of the commission of the offence, is incapable of appreciating the unlawfulness of the act or of acting in accordance with any such appreciation due to a pathological mental disorder, a profound disturbance of consciousness, mental deficiency or any other serious mental abnormality is deemed to act without guilt.”<sup>31</sup> Moreover, according to section 21 of the German Criminal Code, “[i]f the offender’s capacity to appreciate the unlawfulness of the act or to act in accordance with any such appreciation is substantially diminished at the time of the commission of the offence due to one of the reasons indicated in section 20, the penalty may be mitigated pursuant to section 49 (1).” As a result, the regulation of insanity provided for in sections 20 and 21 of the German Penal Code is consistent with its regulation in Article 31(1)(a) of the ICC Statute and rule 145(2)(a)(i) of the RPE.

A similar regulation of insanity can be found in Article 122(1) of the French Penal Code (1994), which defines it as follows: “[w]ho, at the time of the commission of the act, suffered from a psychic or neuropsychic disorder that has annulled his discernment or control of his acts.”<sup>32</sup> According to this definition, criminal liability is only excluded when the psychic or neuropsychic disorder of the accused annuls his cognitive or volitional ability at the time the crime occurs. Moreover, Article 122(1) enshrines the notion of reduced mental capacity when the psychic or neuropsychic disorder only disrupts the accused’s discernment or makes it difficult to control his conduct.

28 US Sentencing Commission (2013), *Guidelines Manual Annotated*, p. 463, available at: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013\\_Guidelines\\_Manual\\_Full.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf) [last visit: December 31, 2016].

29 *Idem*. For the US Sentencing Commission, reduced mental capacity is defined as the deterioration of the capability to: (1) understand the illegality of the conduct, understand the crime or exercise the use of reason; or (2) control the conduct despite being aware of its illegality.

30 Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, p. 318.

31 German Criminal Code, available at: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0147](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0147) [last visit: December 31, 2016].

32 French Criminal Code, available at: [https://www.legislationline.org/download/id/3546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/3546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) [last visit: December 31, 2016].

As a result, and apart from the different treatment of the accused's volitional incapacity by those common law jurisdictions that follow the *M'Naghten* rule, the following common features of the definition of insanity at the national level can be found: (i) the mental disorder that impairs the accused's cognitive or volitional capacities must exist at the moment of the commission of the wrongful conduct (extemporaneous mental disorders, which are unrelated to the unlawful conduct, do not qualify as insanity); (ii) the accused's mental disease or defect must affect substantially his cognitive or volitional capacities; and (iii) the distinction between insanity and reduced mental capacity depends on the degree of impairment of the accused's cognitive or volitional capacities. Pursuant to Article 21(1)(c) of the ICC Statute, these common features must be taken into consideration when interpreting the definition of insanity under Article 31(1)(a) of the ICC Statute.

### 1.3. The elements of duress under Article 31(1)(d) of the ICC Statute

According to Article 31(1)(d) of the ICC Statute, duress requires that '[t]he conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be: (i) [m]ade by other persons; or (ii) [c]onstituted by other circumstances beyond that person's control.'

#### 1.3.1. The first element: the threat

The first element of the definition of duress under Article 31(1)(d) of the ICC Statute consists of the following three sub-elements (i) the existence of a threat for the accused or another person of (ii) imminent death or continuing or imminent serious body harm, whose cause (iii) must not be related to the accused's conduct (the threat must thus come from other persons or other circumstances beyond the accused' control).

According to the first sub-element, a threat, understood as an 'objective situation in which, under certain conditions, damage is likely to occur', must exist at the time the crime is committed.<sup>33</sup> Therefore, 'the threat must be objectively

<sup>33</sup> Ambos, K. (2005), *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática*, Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 478.

given and not merely exist in the perpetrator's mind.<sup>34</sup> Moreover, a 'threatening context', 'a mere abstract danger' or 'an elevated probability that a dangerous situation might occur' (as a result, for instance, of the omnipresence of the Gestapo in the *Third Reich*) would not suffice, unless there is concrete evidence of the likelihood of harm against the accused or another person.<sup>35</sup>

With respect to continuous threats, duress requires concrete evidence that the damage against the accused or a third person could occur at any time.<sup>36</sup> As the ICTY Appeals Chamber has found in the Kvočka *et al.* case, even if the evidence put forward by defendants Kvočka and Prlac showed that they had been taken to the detention camp under threat, the absence of evidence suggesting that they continued working under threat makes duress inapplicable.<sup>37</sup>

Likewise, at the national level, the Court of Appeals of England and Wales in the case of *R v. Hudson and Taylor* (1971) has also stated that '[i]t is essential for the defence of duress that the threat be effective at the time the crime is committed. The threat must be a 'present' threat in the sense that it is effective to neutralize the will of the accused at that time.<sup>38</sup> Thus, if the threat loses its neutralizing effect, or if the threat of future violence is so remote that it falls short to dominate the will of the accused, the defence of duress will not succeed, since the accused cannot justify a crime only to ensure its own peace of mind.<sup>39</sup> This is the situation when an accused, who joined a rebellion under threat, remains with the rebel group after the initial threat has lost its neutralizing effect and his will has had the opportunity to be reaffirmed.<sup>40</sup>

34 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1151. See also: Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2 Ed., p. 408.

35 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1151; Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, pp. 357 *et seq.*; Werle, G. & Jessberger, F. (2014), *Principles of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, marginal 638.

36 Werle, G. & Jessberger, F. (2014), *supra* n. 35, marginal 638.

37 ICTY, *The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic & Dragoljub Prcać*, Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2005, Case No.: IT-98-30/1/A, paras. 221 and 645.

38 Court of Appeals of England and Wales, *Regina v. Hudson and Taylor*, Criminal Division, *Judgment*, March 17, 1971, Case No.: 3715/A/70 and No. 3721/A/70, available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html> [last visit: December 31, 2016].

39 *Idem*. As the Court of Appeals has put it: 'Similarly a threat of future violence may be so remote as to be insufficient to at the moment when the offence was committed, or the accused may have elected to commit the offence in order to rid himself of a threat hanging over him and not because he was driven to act by immediate and unavoidable pressure. In none of these cases is the defense of duress available because a person cannot justify the commission of a crime merely to secure his own peace of mind.'

40 *McCrowther's Case* (1746) and *Foster's Crown Cases 13: A-G v. Whelan* (1934) (I.R.518), cited by Ormerod, D. & Laird, K. (2014), *Smith and Hogan's Text, Cases and Materials on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 11<sup>th</sup> Ed., P. 370.

Ugandan case law has also highlighted that there must be tangible facts that show that the threat curtails the accused's will in such a way that it leads him to commit the crime.<sup>41</sup> This is consistent with Article 31(1)(d) of the ICC Statute because the threat must not only exist in the accused's mind, but it must have an objective existence and be able to be effective upon the accused.<sup>42</sup>

The second sub-element provided for in Article 31(1)(d) of the ICC requires a threat of 'imminent death or continued or imminent serious bodily harm.'<sup>43</sup> In the German High Command case, the US Military Tribunal acting under Law No. 10 of the Allied Control Council has highlighted the relationship between the notions of imminence and immediacy by stating that the execution of superiors' orders, due to fear of threats that are not immediate, does not constitute duress.<sup>44</sup> Moreover, the ICTY has emphasized in the Erdemovic case that the term 'imminent threat' can refer to: (i) a threat that, despite its earlier occurrence in time, can be considered the overall cause of the multiple crimes committed; or (ii) an immediately preceding threat that must exist before each criminal act.<sup>45</sup>

---

41 Supreme Court of Uganda at Mengo, Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v. Uganda, *Judgment*, May 18, 2004, Criminal Appeal No.: 44/2001, UGSC 36. This decision interprets section 14 of the Ugandan Penal Code, which defines the defense of compulsion, as follows: 'A person is not criminally responsible for an offence if it is committed by two or more offenders and if the act is done or omitted only because during the whole of the time in which it is being done or omitted the person is compelled to do or omit to do the act by threats on the part of the other offender or offenders instantly to kill him or her or do him or her grievous bodily harm if he or she refuses; but threats of future injury do not excuse any offence.'

42 Some proposals made during the ICC Statute negotiation process argued that any person who believed to be under threat should also be covered by duress. See: United Nations, General Assembly, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, September 13, 1996, UN Doc. No.: 22A (A/51/22), Vol. II (Compilation of Proposals), p. 101: 'Article P. Duress / Coercion. 1. A person [is not criminally responsible and] is not liable for punishment if the person acts under duress or coercion. 2. A person acts under duress or coercion if: [(a) [the person reasonably believes that] there is a threat of [imminent] [present] or otherwise unavoidable] [unlawful] force or use of such force against that person or another person]; [...].'

43 Ambos, K. (2005), *supra* n. 33, p. 478.

44 US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Wilhelm von Leeb *et al.* (known as 'German High Command Trial'), *Judgment*, October 27, 1948, Case No. 12.

45 In the Erdemovic case before the ICTY, the accused pleaded guilty to seventy counts of murder during the Srebrenica Massacre. In his guilty plea, he also claimed that he only committed such acts because otherwise they would have killed him. Trial Chamber II convicted him for crimes against humanity and accepted that he acted under duress. Nevertheless, Trial Chamber II did not exonerate Erdemovic from criminal liability, but it only considered duress as a mitigating factor. The Appeals Chamber upheld Trial Chamber II's decision. In his dissenting opinion, Judge Cassese (para. 16) found that the requirement of an imminent threat to life or bodily integrity is one of the essential elements of duress. See: ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, November 19, 1996, Case No.: IT-96-22-T, paras. 89-91; ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Judgment*, October 7, 1997, Case No.: IT-96-22-A; ICTY, The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, October 7, 1997, Case No. IT-96-22-A, paras. 11-49.



Finally, concerning the third sub-element, Eser highlights that Article 31(1) (d) of the ICC Statute makes clear that the threat must not be related to the accused's conduct. Therefore, it must come from the conduct of other persons, or from other circumstances (such as natural forces or technical menaces) beyond the accused' control.<sup>46</sup>

The ICC Statute does not impose any requirements on the relationship between 'the coercer and the coerced.'<sup>47</sup> Thus, the threat may come from any person or entity and not necessarily from a superior. Ambos<sup>48</sup> and Bassiouni<sup>49</sup> have pointed out that this is a very relevant issue because the highest commanders do not have any superior who could threaten them to make them act under duress.

Bantekas & Nash<sup>50</sup>, Cryer *et al.*<sup>51</sup> and Kittichaisaree<sup>52</sup> underscore that it is necessary to analyse whether the accused's conduct has contributed to cause the threat subsequently suffered,<sup>53</sup> such as in cases in which the threat leading to commission of the crimes is posed by members of a criminal group to which the accused willingly joined. Likewise, the US Military Tribunal in the *Einsatzgruppen* case has found that coercion is not applicable when the accused, before receiving the illegal order causing the threat, knew that this could be a logical step in the execution of a clearly illegal project to which the accused voluntarily joined.<sup>54</sup>

At the national level, common law jurisdictions also reject the application of the defense of duress in cases of voluntary membership in illegal or rebellious groups. "The Court of Appeals of England and Wales, in the case of *R. v. Fitzpatrick* stated that '[i]f a person voluntarily exposes and submits himself, as the appellant did, to illegal compulsion, he cannot rely on the duress to which he has voluntarily exposed himself as an excuse either in respect of the crimes he commits against his will or in respect of his continued but unwilling association with those capable of exercising upon him

---

46 Eser, A. (2016), *supra* n. 15.

47 Ambos, K. (2002), 'Other Grounds of Excluding Criminal Responsibility', In Cassese A., Gaeta, P. & Jones, R. W. D. (Eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1, p. 1038.

48 *Ibid.*, p. 1022.

49 Bassiouni, M.C. (1999), *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2 Ed., p. 491.

50 Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *International Criminal Law*, Oxford and Portland, Routledge/Hart, pp. 108-112.

51 Cryer, R. *et al.* (2010), *supra* n. 34, p. 410.

52 Kittichaisaree, K. (2001), *supra* n. 18, p. 263.

53 Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *supra* n. 50, pp. 108-112.

54 US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Ohlendorf *et al.* (known as the *Einsatzgruppen* case), *Judgment*, April 8, 1948, Case No. 9, para. 480.

the duress which he calls in aid.’ This view was favourably cited in the more recent decision of *R. v. Hasan*, a decision of the same court.<sup>55</sup>

### 1.3.2. The second element: the necessity and proportionality of the response to the threat

According to Article 31(1)(d) of the ICC Statute, the second element of duress refers to the necessary and reasonable nature of the accused’s response to the threat.

For Eser, the necessity requirement means that ‘the act directed at avoiding the threat must be necessary in terms that no other means are available.’<sup>56</sup> Furthermore, Ambos points out that ‘it is clear that the means used should be apt and efficient, that the harm should be limited to that absolutely necessary to avoid the threat [...]’.<sup>57</sup>

The US Military Tribunal in the *Flick et al.* case has analysed whether the accused persons’ conduct was limited to meeting the threat, or if it went beyond what was strictly required to offset the threat, which would suggest a voluntariness to their conduct. For the Tribunal, the defendants ‘increased the production quota beyond what was required which was determinative of the rejection of their plea of duress.’<sup>58</sup>

In relation to the reasonability requirement, *Cryer et al.* considered that ‘[t]he reactions of the person seeking to use the defense must be both necessary and reasonable in the circumstances to avoid the threat. The test is similar to that of proportionality in self-defense.’<sup>59</sup> Bantekas & Nash also use the term ‘proportionality’ when referring to the reasonability requisite,<sup>60</sup> which is defined by Eser as ‘being able to reach the desired effect, as well as adequate in terms of not being unreasonably disproportionate.’<sup>61</sup> Finally, for Ambos, even though Article 31(1)(d) of the ICC Statute does not expressly require proportionality as in the case of self-defense under Article 31(1)(c),

55 *R. v. Fitzpatrick* [1977] was cited in: Court of Appeals of England and Wales, *Regina v. Hasan* (Respondent) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly *Regina v. Z* (2003) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)), Criminal Division, *Judgment*, March 17, 2005, Case No.: [2005] UKHL 22, available at: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/22.html> [last visit: December 31, 2016].

56 Eser, A. (2016), *supra* n. 15.

57 Ambos, K. (2002), *supra* n. 47, p. 1040.

58 US Military Tribunal Nuremberg, *United States of America v. Flick et al.*, *Judgment*, December 22, 1947, Case No. 5, paras. 1199-1200. See also: Joyce, M. (2015), ‘Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse’, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, pp. 623-642, p. 638.

59 Cryer, R. *et al.* (2010), *supra* n. 34, p. 410.

60 Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *supra* n. 50, pp. 108-112.

61 Eser, A. (2016), *supra* n. 15.

the difference is only terminological.<sup>62</sup> Hence, there seems to be a common understanding in the doctrine about the reasonability requisite as a proportional response by the accused's conduct in response to the threat.<sup>63</sup>

The negotiation process of the ICC Statute leads to a similar conclusion. In this regard, the coordinator of the ICC's Preparatory Committee had already considered in 1996, that one of the main concerns of States with respect to the definition of duress was: '[...] (e) the necessity that a proportionality exists between the harm that has been avoided and the harm caused by the accused.'<sup>64</sup> The issue was raised by the *Twelfth Report of the Special Rapporteur on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* (1994).<sup>65</sup>

Finally, the US Military Tribunal in the *Einsatzgruppen* case has also established that 'it would not be an adequate excuse if, for example, a subordinate under orders murders a person he knows is innocent because by not obeying, he would risk spending days in reclusion.'<sup>66</sup> Moreover, in the *Krupp et al.* case, the US Military Tribunal has found that the damage that defendant Krupp could have suffered (the loss of his factory) is insufficient to satisfy the requisite of proportionality,<sup>67</sup> since the possibility of being sent to a concentration camp was only theoretical.<sup>68</sup>

62 Ambos, K. (2005), *supra* n. 33, p. 466.

63 Kittichaisaree, K. (2001), *supra* n. 18, p. 263.

64 United Nations, General Assembly (1996), *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, *supra* n. 42, p. 101.

65 United Nations, International Law Commission, *Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, May 2 – July 22, 1994, UN Doc. No.: A/CN.4/460, p. 31, available at: <https://digitallibrary.un.org/record/187305?ln=es#record-files-collapse-header> [last visit: December 31, 2016]. According to the Special Rapporteur, '[t]he requirement of proportionality between the good or preserved interest and the good or sacrificed interest was emphasized, in particular in the Krupp case and others.'

66 US Military Tribunal Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, *supra* n. 54, paras. 477-480.

67 Joyce, M. (2015), *supra* n. 58.

68 According to the US Military Tribunal in the *Krupp et al.* case (para. 1444), '[i]f we may assume that as a result of opposition to Reich policies, Krupp would have lost control of his plant and the officials their positions, it is difficult to conclude that the law of necessity justified a choice favourable to themselves and against the unfortunate victims who had no choice at all in the matter. Or, in the language of the rule, that the remedy was disproportionate to the evil. In this connection it should be pointed out that there is a very respectable authority for the view that the fear of the loss of property will not make the defense of duress available.' Moreover, in the IG Farben Trial (para 1178), the US Military Tribunal compared the threat caused by the Third Reich and the policies of the German government with the benefits that the factories obtained from using forced labour. The Tribunal concluded that the use of forced labour was neither necessary nor proportional. Moreover, it brought about personal benefit for the accused. See: US Military Tribunal Nuremberg, *United States of America v. Krupp et al., Judgment*, July 31, 1948, Case No. 10.

### 1.3.3. The third element: the intention to not cause a greater harm than the one to be avoided

According to Article 31(1)(d) of the ICC Statute, the third element of duress requires that the accused who invokes it did not have the intention to cause a greater harm than the one sought to be avoided. For Ambos<sup>69</sup> and Werle,<sup>70</sup> this requirement causes the subjectivation of duress because, as in common law jurisdictions, it implies the need to analyse the intention of the accused at the time the crime is committed.

The case law of the ICTY and the ICTR is not useful in interpreting this subjective requirement because the definition of duress in their statutes does not include a similar requisite. The same applies to the case law of the military tribunals established in accordance with Law No. 10 of the Allied Control Council.<sup>71</sup> All these tribunals limit their analysis to studying whether the accused is in a position to have moral choice at the time the crime is committed. As a result, as Joyce has highlighted, '[the] evaluation of the intention of the accused as to the level of harm caused amounts to a subjective element which has not been previously employed in cases of necessity or duress.'<sup>72</sup>

This third element, which can be proven through the speeches given by the accused, the plans in which he is involved and events preparatory, concurrent and subsequent to the commission of the crimes,<sup>73</sup> must be read in conjunction with the other two elements of duress under Article 31(1)(d) of the ICC Statute. As a result, the element should be *prima facie* considered as met whenever the accused manages to act reasonably through a proportional response to the threat, as this shows that he tried to balance the legal interest that he tried to protect and the legal interests that he harmed.

69 Ambos, K. (2002), *supra* n. 47, p. 1041.

70 Werle, G. (2011), *supra* n. 12, p. 342.

71 According to US Military Tribunal Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, *supra* n. 54, '[t]he true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible'. See also Joyce, M. (2015), *supra* n. 58, p. 639.

72 Joyce, M. (2015), *supra* n. 58, p. 639.

73 In the Decision for a Warrant of Arrest against Al Bashir (the only ICC decision on genocide to date), the accused's genocidal intent to destroy in whole or in part the Fur, Zaghawa and Masalit ethnic groups is analysed by Pre-Trial Chamber I based on his plans and speeches. See: ICC, the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, March 4, 2009, ICC Doc. No.: ICC-02/05-01/09-3.

## 1.4. The application of insanity and duress to the Ongwen case

In light of the above analysis the question arises as to whether insanity and duress are applicable in the Ongwen case. Concerning insanity, it is first necessary to overcome the reductionist distinction made by International Criminal Law between ‘victims’ and ‘perpetrators,’<sup>74</sup> which is not applicable to those rather common and complex situations where perpetrators are also victims of international crimes.<sup>75</sup> Indeed, it is very likely that the LRA’s abduction, torture and brutal training of Ongwen at a very young age had a relevant impact on his cognitive and volitional development.<sup>76</sup>

Nevertheless, in the absence of medical reports that may provide additional information, this is not *per se* sufficient to prove the deprivation of the defendant’s capacity: (i) to appreciate the unlawfulness or nature of the acts of murder, torture, cruel treatment, inhumane acts, slavery, attacks against personal dignity, pillage, destruction of property and persecution, with which he has been charged; or (ii) to control his conduct to refrain from said acts to follow the requirements of the law. Moreover, there is no sign of impairment in Ongwen’s psychomotor system, as his physical skills and abilities have been essential to survive in very hostile conditions since he was a child and to move up quickly in the LRA’s military organization.

As a consequence, as required by insanity in Article 31(1)(a) of the ICC Statute, it is up to the Defense to prove by medical reports and other evidence that Ongwen’s abduction, torture and brutal training by the LRA substantially impaired his cognitive or volitional capacities in relation to each of the charges confirmed by Pre-Trial Chamber II.<sup>77</sup> If any of the two elements of this defense cannot be proven in relation to some of the crimes, any cognitive or volitional impairment suffered by Ongwen at the time in which they were committed could only be considered as a mitigating factor in sentencing, as provided for in rule 145(2)(a)(i) of the RPE.

74 Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen* p. 4, available at: [http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP\\_FN7\\_Dominic-Ongwen.pdf](http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf) [last visit: December 31, 2016].

75 *Ibid.*, p. 12.

76 *Ibid.*, p. 16.

77 ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, para. 19; ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06, para. 34; ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG, para. 34. See also: ICTY, the Prosecutor v. Milan Babic, Appeals Chamber, *Judgment on Sentencing Appeal*, July 18, 2005, Case No.: IT-03-72-A, para. 43; ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, *Judgment*, March 22, 2006, Case No.: IT-97-24-A, para. 406.

With respect to duress, the Defense claims that the threat that led Ongwen to perpetrate the crimes: (i) came from the ‘supreme and only leader’ of the LRA (Kony);<sup>78</sup> (ii) was likely to be carried out because the LRA was an illegal armed group that had sufficient capacity to launch significant attacks and exercise widespread and systematic violence, including against their own members; and (iii) persisted over time. As a result, for the Defense, even though Ongwen reached one of the highest positions in the LRA, Kony always remained as the supreme leader of the group with authority over the accused.<sup>79</sup>

Even if the Defense could prove all these claims, it would still have to prove that: (i) Ongwen had not remained voluntarily in the LRA after he turned 18 and became aware of the risk that remaining in the LRA posed to his life and physical integrity; (ii) Ongwen’s conduct was a response to Kony’s persistent threats; (iii) Ongwen’s conduct was necessary and reasonable (in the sense of proportional) to avoid Kony’s threats; and (iv) Ongwen did not want to cause a greater harm than the one he was trying to avoid.

There are several reasons why it is very unlikely that the Defence may succeed in proving all these elements. First, although Ongwen was conscripted against his will as a child into a group with a strong sense of hierarchy, he held several command positions (for instance, in 2002 he was the commander of the Oka battalion and in 2003 he became the second in command of the *Sinia* brigade) prior to becoming in 2004, due to his excellent performance in the LRA’s operations,<sup>80</sup> one of the highest commanders of the LRA. This allowed him to give orders to his subordinates<sup>81</sup> and to suggest operations to Kony.<sup>82</sup> As a result, it does not seem that Ongwen remained against his will in the LRA once he was 18 or that his participation in the crimes with which he is charged was always a necessary response to Kony’s threats.

Moreover, according to several victims, Ongwen had a large degree of autonomy to decide on how to comply with Kony’s orders, and therefore he could have easily escaped from the LRA when traveling to execute LRA’s

---

78 For Pre-Trial Chamber II, [t]he undisputed leader of the organisation was Joseph Kony, from whom emanated all important decisions. To maintain his tight grip on the organisation, Joseph Kony also successfully invoked possession of mystical powers.’ See: ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6, para. 26.

79 See, for instance, the alleged killing of Vincent Otti (one of LRA’s highest commanders) in execution of Kony’s orders. See: Diocese of Northern Uganda (2007), *How Vincent Otti was Killed*, December 10, 2007, available at: <http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html> [last visit: December 31, 2016].

80 ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6.

81 *Ibid.*, para. 27.

82 According to Pre-Trial Chamber II, ‘[t]he evidence demonstrates that Dominic Ongwen devised the plan to attack Lukodi, and sought and obtained permission from Joseph Kony for the attack – this particular radio communication was intercepted on 17 May 2004.’ See: ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6, para. 36.

operations.<sup>83</sup> Furthermore, if due attention is given to the crimes of sexual slavery and pillage with which Ongwen is charged, it is evident that, if they can be proven, the accused raped the victims and took their property to obtain a personal benefit, since he could have avoided committing these crimes without risking his life.<sup>84</sup> As a result, neither the necessity nor the proportionality requirement are met.

Finally, at least in relation to the crimes in which he obtained a personal gain, it seems unlikely that Ongwen did not want to cause greater harm than the harm he was allegedly trying to avoid. To say otherwise it would be necessary for the Defense to prove that: (a) said personal benefit was not relevant when deciding how to carry out the LRA's operations in which the crimes were committed, and that (b) Ongwen's main consideration when planning them was how not to cause a greater damage.<sup>85</sup>

In conclusion, and given Ongwen's high command position in the LRA and his autonomy to carry out Kony's orders, it is very unlikely that he was not in a position to avoid and/or to put an end to any threat to his life or his physical integrity coming from any member of the LRA, including Kony. At the very least, it appears that Ongwen had always had the opportunity to leave the LRA. Furthermore, several crimes with which Ongwen has been charged do not appear to constitute a necessary and proportional response to any threat that he might have received from Kony. Moreover, he could have acted in a much less damaging way for the victims, especially in relation to victims of sexual slavery and pillage. Finally, even though we are not in a situation to assess Ongwen's intention, it is very unlikely that the Defense can prove that Ongwen acted with the intent to not cause a greater harm than the one sought to be avoided.

---

83 Wong, M. (2016), 'Making a Murderer in Uganda', *Foreign Policy*, January 20, 2016, available at: [http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp\\_login\\_redirect=0](http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0) [last visit: December 31, 2016].

84 See, for instance, the systematic pillage committed in October 2003 by Ongwen and his subordinates in Paujule displacement camp.

85 For instance, in relation to the attack on Ludoki (May 19, 2004), Ongwen asked Kony's authorization to launch it. After obtaining Kony's authorization, Ongwen commanded the attack and gave instructions to attack and murder indiscriminately all the persons in the camp. See: ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6, para. 36.

## 1.5. Table of jurisprudence

### International jurisprudence

#### *International Criminal Court*

- ICC, the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, March 4, 2009, ICC Doc. No.: ICC-02/05-01/09-3.
- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.
- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Defense of Dominic Ongwen, Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing, January 18, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-404-Red4.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red.
- ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08.

#### *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*

- ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, November 19, 1996, Case No.: IT-96-22-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Judgment*, October 7, 1997, Case No.: IT-96-22-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, October 7, 1997, Case No. IT-96-22-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Trial Chamber I, *Judgement*, November 16, 1998, Case No.: IT-96-21-T.



ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No. IT-96-21-A.

ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic & Dragoljub Prcać, Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2005, Case No.: IT-98-30/1/A.

ICTY, the Prosecutor v. Milan Babic, Appeals Chamber, *Judgment on Sentencing Appeal*, July 18, 2005, Case No.: IT-03-72-A.

ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, *Judgment*, March 22, 2006, Case No.: IT-97-24-A.

### *Nuremberg Trials*

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Flick *et al.*, *Judgment*, December 22, 1947, Case No. 5.

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Ohlendorf *et al.* (known as the Einsatzgruppen case), *Judgment*, April 8, 1948, Case No. 9.

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Krupp *et al.*, *Judgment*, July 31, 1948, Case No. 10.

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Wilhelm von Leeb *et al.* (known as ‘German High Command Trial’), *Judgment*, October 27, 1948, Case No. 12.

### **National jurisprudence**

#### *Uganda*

High Court of Uganda at Jinja, Uganda v. Mwesigwa, *Judgement*, November 11, 2013, Criminal Session Case No.: 269/2011, [2013] UGHCCRD 70.

Supreme Court of Uganda at Mengo, Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v. Uganda, *Judgment*, May 18, 2004, Criminal Appeal No.: 44/2001, UGSC 36.

#### *United Kingdom*

Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hudson and Taylor, Criminal Division, *Judgment*, March 17, 1971, Case No.: 3715/A/70 and No. 3721/A/70, available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html> [last visit: December 31, 2016].

Court of Appeals of England and Wales, *Regina v. Hasan (Respondent) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))* (formerly *Regina v. Z* (2003) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)), Criminal Division, *Judgment*, March 17, 2005, Case No.: [2005] UKHL 22, available at: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/22.html> [last visit: December 31, 2016].

## 1.6. Doctrine

- Ambos, K. (2002), 'Other Grounds of Excluding Criminal Responsibility', In Cassese A., Gaeta, P. & Jones, R. W. D. (Eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1.
- Ambos, K. (2005), *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática*, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Ambos, K. (2013), *Treatise On International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *International Criminal Law*, Oxford and Portland, Routledge/Hart.
- Bassiouni, M.C. (1999), *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2 Ed.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2010), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2 Ed.
- Eser, A. (2016), 'Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility', Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, Munich, Beck/Hart.
- Joyce, M. (2015), 'Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, pp. 623-642.
- Keedy, E.R. (1952), 'Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law', *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, No. 7, pp. 956-993.
- Kittichaisaree, K. (2001), *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Knoops, G.J.A. (2007), *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Ormerod, D. & Laird, K. (2014), *Smith and Hogan's Text, Cases and Materials on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 11<sup>th</sup> Ed.

- Werle, G. (2011), *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Werle, G. & Jessberger, F. (2014), *Principles of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.

## 1.7. Reports, resolutions and other documents

- American Law Institute (1985), *Model Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes*, p. 89, available at: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf> [last visit: December 31, 2016].
- Diocese of Northern Uganda (2007), *How Vincent Otti was Killed*, December 10, 2007, available at: <http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html> [last visit: December 31, 2016].
- French Criminal Code, available at: [https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) [last visit: December 31, 2016].
- German Criminal Code, available at: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0147](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0147) [last visit: December 31, 2016].
- ICC, Public Information Office (n.d.), *Case Information Sheet. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Doc. No. ICC-PIDS-CIS-UGA-02-018/20\_Eng*, available at: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf> [last visit: December 31, 2016].
- ICC, Public Information Office (n.d.), *The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/ Alleged crimes (non-exhaustive list)*, available at: <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx> [last visit: December 31, 2016].
- Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, available at: [http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP\\_FN7\\_Dominic-Ongwen.pdf](http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf) [last visit: December 31, 2016].
- Justice in Conflict (2016), *We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC*, April 19, 2016, available at: <https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/> [last visit: December 31, 2016].
- Law Commission of the England and Wales (2013), *Criminal Liability: Insanity and Automatism. A Discussion Paper*.

- Legal Information Institute (n.d.), *Insanity Defense*, Cornell University Law School, available at: [https://www.law.cornell.edu/wex/insanity\\_defense](https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense) [last visit: December 31, 2016].
- The Penal Code Act of Uganda, available at: <https://ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/120> [last visit: December 31, 2016].
- United Nations, General Assembly, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, September 13, 1996, UN Doc. No.: 22A (A/51/22), Vol. II (Compilation of Proposals).
- United Nations, International Law Commission, *Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, May 2 – July 22, 1994, UN Doc. No.: A/CN.4/460, available at: <https://digitallibrary.un.org/record/187305?ln=es#record-files-collapse-header> [last visit: December 31, 2016].
- US Sentencing Commission (2013), *Guidelines Manual Annotated*, available at: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013\\_Guidelines\\_Manual\\_Full.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf) [last visit: December 31, 2016].
- Wong, M. (2016), 'Making a Murderer in Uganda', *Foreign Policy*, January 20, 2016, available at: [http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp\\_login\\_redirect=0](http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0) [last visit: December 31, 2016].

## 2. Are the nature of victimization, the acts of violence that constitute the contextual elements of crimes against humanity and the special gravity of some international crimes relevant factors in the determination of sentences by the International Criminal Court?\*

### 2.1. Introduction

Article 78 of the ICC Statute and Rule 145 of the ICC RPE provide for the factors that the ICC must consider for the determination of sentences. As provided for in Article 78(1) of the ICC Statute, '[i]n determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.' Furthermore, according to Article 78 (2) and (3), when imposing a sentence of imprisonment, the ICC will: (i) deduct the time previously spent in detention by the convicted person in accordance with an ICC order (it may also deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime); and (ii) pronounce a sentence for each crime and a concurrent sentence, specifying the total period of imprisonment, which will be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment (unless the extreme seriousness of the crime and the personal circumstances of the convicted person justify the imposition of life imprisonment).

---

\* Written by the following members of the 2018 International Law Clinic: Antonio José Giraldo Herrera, Ángela Viviana González Valentín, Clara Esperanza Hernández Cortés, Laura María Restrepo Acevedo, Andrés Sánchez Sarmiento, Laura Stepanie Vargas Montoya and Luisa Fernanda Villarraga Zschommler. The research was conducted in 2018 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo.

Rule 145 of the ICC RPE complements Article 78 of the ICC Statute by stating in paragraphs (1)(a) and (1)(b) that, in the determination of sentences, which must reflect the culpability of the convicted person, all relevant factors must be balanced, including: (i) the ‘circumstances of the crime’ (which could be interpreted as the gravity of the crime); (ii) the ‘circumstances of the convicted person’ (which could be interpreted as the individual circumstances of the convicted person); and (iii) mitigating factors (such as, circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility and the conduct of the convicted person after the crime) and aggravating factors (such as, previous convictions, abuse of power, abuse of official capacity, defencelessness of the victim, multiplicity of victims, cruelty, discriminatory motive and other circumstances of similar nature) provided for in paragraphs 2(a) and 2(b) of Rule 145. As some of the last factors (for instance, the multiplicity of victims) could also be considered when analysing the gravity of the crime, the problem arises as how to interpret the interrelation between Article 78 of the ICC Statute and rule 145.

The extent of the problem increases when Rule 145(1)(c) of the ICC RPE establishes that, in addition to the factors mentioned in Article 78(1) of the ICC Statute (the gravity of the crime and the personal circumstances of the convicted person), the ICC, in the determination of sentences, will also consider other factors, such as: (i) the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families; (ii) the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime; (iii) the degree of participation of the convicted person; (iv) the degree of intent; (v) the circumstances of manner, time and location; and (vi) the age, education, social and economic condition of the convicted person. Nevertheless, most of these additional factors tend to overlap with those circumstances that determine the gravity of the crime and the personal circumstances of the convicted person, thus generating considerable confusion as to the interrelation between Article 78 and Rule 145. The jurisprudence of the ICC in the Lubanga, Katanga and Al Mahdi Cases has so far been unable to shed any light on this issue.

In complex context, the present work is aimed at analysing whether the following circumstances constitute relevant factors in the determination of sentences: (i) the nature and extent of victimization; (ii) the acts of violence constituting the contextual elements of CAH; and (iii) the special gravity of some international crimes.

## 2.2. Whether the nature and extent of victimization are a relevant factor in the determination of sentences by the International Criminal Court

As D'Ascoli points out, the expression 'victimization' must be analysed both from a qualitative perspective (nature of the damage, level of suffering and physical and mental trauma caused to the victims) as well as from a quantitative perspective (number of victims).<sup>1</sup> Consequently, leaving for later the analysis as to whether the special gravity of some international crimes is a relevant factor in the determination of sentences, this section analyses the jurisprudence of the ICC and other international and hybrid criminal tribunals (the ICTY, the ICTR, the SCSL and the ECCC) on the qualitative and quantitative circumstances included in the notion of victimization.

### 2.2.1. The jurisprudence of the International Criminal Court

In the Lubanga,<sup>2</sup> Katanga,<sup>3</sup> Al Mahdi<sup>4</sup> and Bemba cases,<sup>5</sup> the jurisprudence of the ICC considers the nature and extent of the victimization as part of the gravity of the crimes. Therefore, they constitute a relevant factor in the determination of sentences.

In the sentencing decision in the Lubanga case, ICC Trial Chamber I analyses the victimization based on the nature of the damage and the number of victims upon whom it was inflicted. The Chamber considers that the damage has to be assessed in the light of the following elements: (i) the risks that minors under the age of 15 had to run when they were voluntarily enlisted, forcibly recruited and/or actively used in the conduct of hostilities by members of the *Union des Patriotes Congolais* (UPC) and the *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC); (ii) the physical and psychological *sequelae*

1 D'Ascoli, S. (2011), *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford, Hart Publishing Ltd., p. 133.

2 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290, para. 44.

3 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-ENG, para. 71.

4 ICC, the Prosecutor v. Almah Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15-171, para. 76.

5 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399, para. 15.

they suffered as a consequence of the victimizing acts; and (iii) the number of victims under the age of fifteen to whom such harm was caused.<sup>6</sup>

Subsequently, in the sentencing decision in the Katanga case,<sup>7</sup> ICC Trial Chamber II analyzes the nature and extent of the damage caused to the victims as a consequence of the attack on the village of Bogoro, on 24 February 2003, by the troops of the *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (FNI) and the *Force de Résistance Patriotique d'Ituri* (FRPI).<sup>8</sup> The Chamber takes into special consideration the fact that *sequelae* of Bogoro attack spread over time as the poverty rate increased, as did the number of orphans in the area and the number of displaced persons.<sup>9</sup> Moreover, from a quantitative perspective, ICC Trial Chamber II finds that the number of victims is a factor that should be taken into consideration when establishing the gravity of the crimes for which a conviction has been entered.<sup>10</sup>

In the Al Mahdi case, ICC Trial Chamber VIII, in determining the sentence, assesses the damage as a central part of the analysis of the gravity of the crimes. In particular, the Chamber assesses the damage on the basis of the loss of cultural and economic heritage resulting from the destruction of sacred sites which had been declared as cultural heritage by UNESCO. For the Chamber, these sites did not only fulfill a religious function but had a symbolic and an emotional value to the people of Timbuktu (Mali) and international society.<sup>11</sup>

Finally, in the sentencing decision of the Bemba case, ICC Trial Chamber III analyzes the physical and psychological consequences of the harmful acts perpetrated against the victims and their families as a factor in determining the nature and extent of the harm (as part of the analysis of the gravity of the crimes). In this case, the nature and extent of the victimization is analyzed separately for each of the crimes for which a conviction was entered: murder,<sup>12</sup> sexual violence<sup>13</sup> and pillage.<sup>14</sup> Moreover, when looking into the gravity of sexual violence, the Chamber states that the high number of victims must be taken into consideration (although it does not specify exactly how many victims there were).<sup>15</sup>

6 ICC, *Lubanga Sentencing Decision*, *supra* n. 2, paras. 39, 40, 41, 49.

7 ICC, *Katanga Sentencing Decision*, *supra* n. 3, para. 47.

8 *Ibid.*, paras. 56, 57.

9 *Ibid.*, paras. 52, 55, 56, 59.

10 *Ibid.*, paras. 47 et seq.

11 ICC, *Al Mahdi Judgment and Sentence*, *supra* n. 4, paras. 80, 108.

12 ICC, *Bemba Sentencing Decision*, *supra* n. 5, paras. 30-32.

13 *Ibid.*, paras. 36, 37.

14 *Ibid.*, paras. 50, 51.

15 *Ibid.*, para. 40.



## 2.2.2. The jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

Like Article 78 of the ICC Statute, Article 24(2) of the ICTY Statute provides that, when determining sentences, the ICTY must consider factors such as the gravity of the crime and the personal circumstances of the convicted person.<sup>16</sup> Moreover, according to Article 24(1) of the ICTY Statute, the ICTY must also consider the general practice of the tribunals of the former Yugoslavia regarding prison sentences.

In complementing Article 24, Rule 101 of the ICTY RPE stipulates that, in addition to the factors referred to in Article 24(2) of the Statute (the gravity of the crime and the personal circumstances of the convicted person), the ICTY must take into account the following factors when determining sentences: (i) aggravating and mitigating factors (including substantial cooperation with the Office of the Prosecutor before and/or after conviction); (ii) the time spent in provisional detention by the convicted person while he was being transferred to the ICTY and while the trial took place; and (iii) the extent to which the convicted person has served any sentence imposed by a national court for the same acts for which he has been convicted by the ICTY.<sup>17</sup>

In applying the above-mentioned provisions, ICTY jurisprudence has developed the so-called *litmus test*, which analyses the gravity of the crime through the circumstances of the case, the number of victims, the suffering caused to them and the form of participation of the convicted person.<sup>18</sup> This also includes the long-term extension of physical, psychological and emotional harm, as shown by the Kupreskic *et al.*,<sup>19</sup> Kvocka *et al.*,<sup>20</sup> Stanisic & Zupljanin<sup>21</sup> and Krnojelac<sup>22</sup> *et al.* cases. As a result, the ICTY follows, in principle, the same jurisprudential line as the ICC.

<sup>16</sup> Article 24 of the ICTY Statute.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T, para. 701; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T, para. 852.

<sup>19</sup> ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic & Vladimir Santic, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, October 23, 2001, Case No.: IT-95-16-A, para. 442.

<sup>20</sup> ICTY, *Kvocka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 18, para. 701.

<sup>21</sup> ICTY, the Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber II, *Judgment*, March 27, 2013, Case No.: IT-08-91-T, Vol. 2, para. 892.

<sup>22</sup> ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 512.

Nevertheless, it can also be noted that in some cases before the ICTY (in particular, in the Blaskic<sup>23</sup> and Brdjanin<sup>24</sup> cases), the suffering and trauma of the victims have been considered as aggravating factors rather than circumstances determining the gravity of the crime. Moreover, in other cases, such as the Dragan Nikolic,<sup>25</sup> Blaskic,<sup>26</sup> Bralo<sup>27</sup> and Blagojevic & Jokic<sup>28</sup> cases, the number of victims has also been considered as an aggravating factor.

### 2.2.3. The jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda, the Special Court for Sierra Leone and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Article 23(2) of the ICTR Statute and Rule 101 of the RPE establish a system of determination of sentences similar to that provided for the ICTY. Nevertheless, unlike ICTY jurisprudence, ICTR jurisprudence has not been consistent in treating the nature and extent of the victimization as a relevant factor in the determination of sentences. In some cases, such as the Bagosora *et al.*<sup>29</sup> and Bizimungu *et al.*<sup>30</sup> cases, the nature and extent of the victimization are considered as part of the gravity of the crimes, whereas in other cases, such as in the Kambanda<sup>31</sup> and Gatete<sup>32</sup> cases, they are treated as aggravating factors.<sup>33</sup>

The Special Court for Sierra Leone considers victimization (and in particular the number of victims, the harm caused to the victim's physical, emotional and psychological health and the repercussions caused to the victim's relatives

23 ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, para. 787.

24 ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T, para. 1105.

25 ICTY, the Prosecutor v. Dragan Nikolic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, December 18, 2003, Case No.: IT-94-2-S, para. 213.

26 ICTY, *Blaskic Trial Judgment*, *supra* n. 23, p. 784.

27 ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Bralo, Trial Chamber III, *Sentencing Judgment*, December 7, 2005, Case No.: IT-95-17, para. 30.

28 ICTY, the Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Drajan Jokic, Trial Chamber I, *Judgment*, January 15, 2005, Case No.: IT-02-60-T, para. 841.

29 ICTR, the Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, December 18, 2008, Case No.: ICTR-98-41-T, para. 2266.

30 ICTR, the Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka & Prosper Mugiraneza, Trial Chamber II, *Judgment and Sentence*, September 30, 2011, Case No.: ICTR-99-50-T, para. 1991.

31 ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, September 4, 1998, Case No.: ICTR 97-23-S, para. 42.

32 ICTR, the Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete, Trial Chamber III, *Judgment and Sentence*, March 31, 2011, Case No.: ICTR-2000-61-T, para. 678.

33 In both cases, ICTR Trial Chambers I and III, despite addressing the nature and extent of victimization as part of the analysis of the gravity of the crimes condemned, end up treating them as an aggravating factor.

and society) as a relevant factor in the determination of sentences<sup>34</sup> In the Taylor case, SCSL Trial Chamber II takes into consideration, for the purpose of determining the sentence, the suffering caused to the victims by (i) the large number of lost lives; (ii) the brutality with which the crimes were committed; (iii) the substantial change in the lives of the survivors who cannot return to a productive life; (iv) the stigma attached to the raped girls; and (v) the rejection of the recruited children by their own families and communities.<sup>35</sup>The Chamber also recognizes that the crimes for which Charles Taylor was convicted are most serious for targeting vulnerable groups such as girls and women, the elderly and child soldiers.<sup>36</sup>

Finally, the jurisprudence of the ECCC also considers that the nature and extent of the victimization constitute a relevant factor in the determination of sentences, insofar as they are part of the analysis of the gravity of the crimes attributed to the convicted person. This is reflected in the trial judgments in the Chea and Samphan cases (002/01<sup>37</sup> and 002/02).<sup>38</sup> Nevertheless, the number of victims has sometimes been treated by the ECCC as an aggravating factor, as shown by the judgment of the Appeals Chamber in the Duch case (001), which confirms the analysis made by the Trial Chamber.<sup>39</sup>

### 2.3. Whether the acts of violence that constitute the contextual elements of crimes against humanity are a relevant factor in the determination of sentences by the International Criminal Court

To analyze the jurisprudence of international and hybrid criminal tribunals on the question addressed in this section, it is necessary to distinguish between two types of CAH cases. On the one hand, there are those cases related to political and military leaders, who are specifically charged with all acts of violence that

34 SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, para. 20; SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), Trial Chamber, *Sentencing Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL 04-16-T, para. 19.

35 SCSL, *Taylor Sentencing Judgment*, *supra* n. 34, para. 70.

36 *Ibid.*, para. 74-75.

37 ECCC, the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, *Judgment*, August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 1075.

38 ECCC, the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, *Judgment*, November 16, 2018, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 4362.

39 ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, February 3, 2012, Case No.: 001/18-07-2007-ECCC/SC, para. 361.

are part of the systematic or widespread attack against the civilian population (core contextual element of the CAH).

On the other hand, we find a second type of cases, normally directed against direct perpetrators or middle commanders, in which the crimes attributed comprise only a small component of the crimes that constitute the systematic or widespread attack against the civilian population. These types of cases, in contrast to the first, discern between crimes specifically attributed to the convicted person and other acts of violence that are only part of the contextual elements of CAH. Therefore, it is in the second type of cases that the question under analysis in the present section can be studied.

ICC jurisprudence has not addressed, so far, the question raised here. In the sentencing decisions in the Bemba and Katanga cases (which are, so far, the only ICC sentencing decisions dealing with CAH) is not possible to differentiate for the purpose of the determination of sentences between: (i) the crimes specifically attributed to the convicted person; and (ii) those acts of violence that have been proven beyond reasonable doubt for the sole purpose of establishing the contextual elements of CAH.

In relation to international and hybrid criminal tribunals, the ICTR has focused primarily on the crime of genocide. As a result, those ICTR cases that also address CAH do not do so extensively. For this reason, it does not seem that ICTR jurisprudence is the most appropriate to analyze the question under study.

The SCSL has dealt only with cases relating to the first type of CAH cases previously mentioned, as shown by the cases against the former President of Liberia (Charles Taylor) and the most senior living leaders of the three main armed groups involved in the armed conflict in Sierra Leone (the Revolutionary United Front (RUF), the Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) and the Civil Defense Forces (CDF).

Likewise, the two cases completed so far by the ECCC also belong to the first model. In the 001 case, Duch was charged as a responsible superior with all crimes committed in the S-21 detention center because he was its director at the relevant time.<sup>40</sup> The same occurred in case 002 against the Nuon Chea (former Head of State of the Republic of Kampuchea)<sup>41</sup> and Khieu Samphan (former President of the State Council of the Republic of Kampuchea),<sup>42</sup> because all acts of violence that were part of the contextual elements of the CAH were also charged as specific crimes.

40 ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Trial Chamber, *Judgment*, July 26, 2010, Case No.: 001/18-07-2007/ECCC/TC, para. 549.

41 ECCC, *Chea & Samphan Judgment*, *supra* n. 37, para. 941.

42 *Ibid.*, para. 1052.

Consequently, in light of the above, the most suitable cases to analyze the question under study in this section, insofar as they correspond to the second type of cases mentioned above, belong to the ICTY. Among them, the most noteworthy cases are the Kunarac *et al.*,<sup>43</sup> Kvočka *et al.*,<sup>44</sup> Momir Nikolic<sup>45</sup> and Obrenovic<sup>46</sup> cases.

In the Kunarac *et al.* case, the Prosecution sought that certain acts of violence, which were part of the same course of conduct or common plan but not specifically indicted against the convicted person, be taken into consideration by ICTY Trial Chamber II in determining the sentence. Nevertheless, the Chamber rejected the Prosecutor's request, as only the acts of violence which have been proven and attributed beyond a reasonable doubt to the convicted person (as well as those directly related to them), may be considered as aggravating factors for the imposition of the sentence.<sup>47</sup>

Likewise, in the Kvočka *et al.* case, the Prosecution requested ICTY Trial Chamber I to take as a factor in assessing the gravity of the crimes for the purpose of determining the sentence, that they had been committed as part of a broader policy of general and systematic prosecution.<sup>48</sup> Although the repetitive and continuous nature of the crimes was critical in establishing the existence of CAH, the Chamber rejected the Prosecution's request. The reasons given by the Chamber in reaching its conclusion were as follows: (i) only the conduct attributed to the convicted person beyond a reasonable ground can be considered when determining the sentence; (ii) conduct not attributed to the convicted person cannot be considered as a circumstance that increase the gravity of the crimes or as an aggravating factor, despite having been proven beyond a reasonable doubt when establishing the contextual elements of CAH.<sup>49</sup>

Finally, in the Momir Nikolic and Obrenovic cases, ICTY Trial Chamber I also followed the same argumentative line. In both cases, which discuss the events that occurred during the Srebrenica massacre (Bosnia and Herzegovina), the Office of the Prosecutor requested the Chamber to consider as a relevant factor for the determination of the sentence the acts of violence related to the general context in which the massacre took place, including the events that

---

43 ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, *Judgment*, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.

44 ICTY, *Kvočka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 18.

45 ICTY, the Prosecutor v. Momir Nikolic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 2, 2003, Case No.: IT-02-60/1-S.

46 ICTY, the Prosecutor v. Dragan Obrenovic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 10, 2003, Case No.: IT-02-60/2-S.

47 ICTY, *Kunarac et al. Trial Judgment*, *supra* n. 43, para. 850.

48 ICTY, *Kvočka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 18, para. 696.

49 *Ibid.*, para. 705.

occurred before the commission of the massacre in July 1995. Nevertheless, the Chamber ruled out this possibility in both cases.

In the *Nikolic* case, ICTY Trial Chamber I affirmed that such facts could only be considered in order to provide a general background to the history of the attack on Srebrenica prior to 1995.<sup>50</sup> Subsequently, in the *Obrenovic* case, the Chamber was even more explicit when it emphasized that it would only consider those crimes directly attributed to the convicted person to assess the gravity of the crime for the purpose of determining the sentence. Consequently, according to the Chamber, in the face of acts of violence that are part of the general context of the attack, it would be necessary to conduct another trial to establish beyond a reasonable doubt who is criminally responsible for them.<sup>51</sup>

## 2.4. Whether the special gravity of some international crimes is a relevant factor in the determination of sentences by the International Criminal Court

Finally, regarding the question as to whether the special gravity of some international crimes is a relevant factor in the determination of sentences, only ICTR jurisprudence affirms that genocide is more serious than crimes against humanity and war crimes.<sup>52</sup> This differentiation between categories of international crimes is exclusive to the ICTR. Neither ICC jurisprudence nor ICTY jurisprudence make such a claim.

Moreover, the ICC, the ICTY and the ICTR have emphasized that the qualitative and quantitative dimensions of the victimization are relevant factors in the determination of sentences. Nevertheless, they do not agree on whether such circumstances should be considered for the purpose of assessing the gravity of the crimes or as an aggravating factor.

Therefore, the analysis carried out in this last section is limited as to whether the type of legally protected interest, which has been harmed by the crimes attributed to the convicted person, is a relevant factor in the determination of sentences under the jurisprudence of ICC, the ICTY and the ICTR.

<sup>50</sup> ICTY, *Nikolic Sentencing Judgment*, *supra* n. 45, para. 106.

<sup>51</sup> ICTY, *Obrenovic Sentencing Judgment*, *supra* n. 46, paras. 78, 152.

<sup>52</sup> ICTR, the Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Trial Chamber II, *Trial Judgment*, November 1, 2010, Case No.: ICTR-2002-78-T, para. 674; ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Trial Chamber III, *Judgment*, December 2, 2008, Case No.: ICTR-01-72-T, para. 448; ICTR, the Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, Trial Chamber III, *Judgment*, June 17, 2004, Case No.: ICTR-2001-64-T, para. 345; ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence*, *supra* n. 31, para. 42.

### 2.4.1. The jurisprudence of the International Criminal Court

ICC jurisprudence stresses the importance of the type of legally protected interest harmed by the crimes attributed to the convicted person in the determination of the sentence. In the Katanga case, ICC Trial Chamber II states that crimes for which a conviction has been entered are not equivalent in terms of gravity, because crimes against persons are more serious than crimes against objects.<sup>53</sup>

Likewise, in the Al Mahdi case, ICC Trial Chamber VIII emphasizes the difference between the gravity of crimes committed against persons and objects. For ICC Trial Chamber VIII, a crime committed against a person is always more serious than a crime committed against an object.<sup>54</sup> Moreover, for the Chamber, the seriousness of the crimes committed against objects is also influenced by the cultural and psychological impact that the destruction of the affected property has on the population.<sup>55</sup> Consequently, crimes committed against the following objects are particularly serious: (i) objects that are destined for religious activities; (ii) objects that have a strong cultural importance for the population; and (iii) objects whose destruction generate a significant psychological damage in the population.

In the Bemba case, ICC Trial Chamber III underscores the greater seriousness of the crimes that threaten the lives of the members of some especially vulnerable groups, such as women and children. For the Chamber, these crimes deserve a more severe sentence.<sup>56</sup> Likewise, the Chamber considers that the war crime of looting is more serious when it is aimed at goods necessary for the survival of the victims, or when it generates a particularly damaging impact on the population.<sup>57</sup>

Finally, in the Lubanga case, ICC Trial Chamber I looks into the implications for the gravity of the crimes of the commission of criminal conduct against children under the age of fifteen. For the Chamber, this is a special protection group, which is particularly vulnerable to the physical and psychological consequences generated by the crimes attributed to the convicted person.<sup>58</sup>

---

53 ICC, *Katanga Sentencing Decision*, *supra* n. 3, paras. 47 et seq.

54 ICC, *Al Mahdi Judgment and Sentence*, *supra* n. 4, para. 77.

55 *Ibid.*, para. 79.

56 ICC, *Bemba Sentencing Decision*, *supra* n. 5, para. 29.

57 *Ibid.*, paras. 49-51.

58 ICC, *Lubanga Sentencing Decision*, *supra* n. 2, para. 37.

## 2.4.2. The jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

ICTY jurisprudence distinguishes between crimes committed against: (i) persons and objects; (ii) groups of persons with different circumstances; and (iii) objects with different connotations.

In relation to the first distinction, the ICTY Appeals Chamber states in the *Delalic et al.*<sup>59</sup> and *Furundzija* cases<sup>60</sup> that it is more serious to fail to prevent or sanction murder and torture, than to fail to prevent or sanction crimes committed against property, such as pillage.

Regarding crimes committed against persons, ICTY jurisprudence considers that the sentence should be increased due to the particular vulnerability of certain groups of victims. For instance, in the *Kunarac* case, ICTY Trial Chamber II emphasizes that the fact that, when the crimes were committed, some of the victims were between 15 and 19 years old, should be considered as an aggravating factor.<sup>61</sup>

Finally, concerning crimes against objects, ICTY Trial Chamber II notes in the *Strugar* case that there is a substantial difference between attacking cultural property relevant for the community (such as the old town of Dubrovnik) and attacking civilian property. For the Chamber, attacks upon specially protected property are more serious.<sup>62</sup>

Regarding ICTR jurisprudence, it is noteworthy that it recognizes genocide as the most serious international crime. As a result, according to ICTR jurisprudence, all genocidal acts, including its direct and public incitement, must be sanctioned with the utmost severity.<sup>63</sup>

Nevertheless, ICTR jurisprudence is not consistent in addressing this circumstance as part of the analysis of the gravity of the crimes or as an aggravating factor. In the *Kanyarukiga*<sup>64</sup> and *Bikindi*<sup>65</sup> cases, ICTR Trial Chambers II and III note that genocide is a crime of such gravity that it affects the foundations of society and the conscience of humanity, and therefore its unique seriousness

59 ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A, para. 732.

60 ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 244.

61 ICTY, *Kunarac et al. Trial Judgment*, *supra* n. 43, para. 864.

62 ICTY, the Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Chamber II, *Judgment*, January 31, 2005, Case No.: IT-01-42-T, para. 232.

63 ICTR, *Kanyarukiga Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 674; ICTR, *Bikindi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 448; ICTR, *Gacumbitsi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 345; ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence*, *supra* n. 31, para. 42.

64 ICTR, *Kanyarukiga Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 674.

65 ICTR, *Bikindi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 448.



should be considered when assessing the gravity of the crimes attributed to the convicted person. Nevertheless, in the Kambanda<sup>66</sup> and Gacumbitsi<sup>67</sup> cases, ICTR Trial Chambers I and III state that the particular characteristics of genocide must be considered as an aggravating factor.

Finally, in the Gacumbitsi case, ICTR Trial Chamber III also stresses the special gravity of crimes of a sexual nature, specially rape, which should be considered as an aggravating factor.<sup>68</sup>

## 2.5. Concluding remarks

Considering the above, the following conclusions can be reached. Firstly, the jurisprudence of the international and hybrid criminal tribunals (including the ICC) that has been analysed shows that all of them consider the nature and extent of the victimization (in particular, the damage and suffering caused to victims, the short and long term consequences on their physical and mental health and the number of victims) as a relevant factor in the determination of sentences.

Nevertheless, there are inconsistencies regarding whether the nature and extent of victimization should be addressed for the purposes of assessing the gravity of the crimes attributed to the convicted person, or when analyzing the aggravating factors. While the jurisprudence of the ICC, the SCSL and the ECCC consistently deals with the nature and extent of victimization in the analysis of the gravity of the crimes, the jurisprudence of the ICTY and ICTR shows a greater degree of inconsistency. While the quantitative dimension of victimization (number of victims) is treated as an aggravating factor in a number of ICTY and ICTR cases, its qualitative dimension is usually dealt with as part of the analysis of the gravity of the crimes.

Secondly, the ICTY has been the only international and hybrid criminal tribunal that has, so far, addressed the question of whether the acts of violence that are only proven beyond a reasonable doubt to establish the existence of the contextual elements of CAH are a relevant factor in the determination of sentences. As seen above, the jurisprudence of all ICTY trial chambers provide a negative answer to this question.

Finally, while the jurisprudence of the ICTR considers the crime of genocide as the most serious international crime, the ICC and the ICTY do not consider different levels of gravity for general categories of international crimes falling

---

<sup>66</sup> ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence*, *supra* n. 31, para. 42.

<sup>67</sup> ICTR, *Gacumbitsi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 345.

<sup>68</sup> *Idem*.

within their jurisdiction (genocide, crimes against humanity and war crimes). Nevertheless, the jurisprudence of the ICC and the ICTY considers that the nature of the legally protected interests harmed by the crimes have an impact on the assessment of their gravity, and therefore it should be a relevant factor in the determination of sentences. Thus, for the ICC and the ICTY, crimes committed against people are inherently more serious than those committed against objects. Moreover, crimes committed against specially protected persons (such as women and children) and objects (such as cultural property) are also more serious.

## 2.6. Table of jurisprudence

### Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, February 3, 2012, Case No.: 001/18-07-2007-ECCC/SC.

ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Trial Chamber, *Judgment*, July 26, 2010, Case No.: 001/18-07-2007/ECCC/TC.

ECCC, the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, *Judgment*, August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC.

### International Criminal Court

ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290.

ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.

ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.

ICC, the Prosecutor v. Almah Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15-171.

### International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, September 4, 1998, Case No.: ICTR 97-23-S.

- ICTR, the Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi, Trial Chamber III, *Judgment*, June 17, 2004, Case No.: ICTR-2001-64-T.
- ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Trial Chamber III, *Judgment*, December 2, 2008, Case No.: ICTR-01-72-T.
- ICTR, the Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, December 18, 2008, Case No.: ICTR-98-41-T.
- ICTR, the Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Trial Chamber II, *Trial Judgment*, November 1, 2010, Case No.: ICTR-2002-78-T.
- ICTR, the Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete, Trial Chamber III, *Judgment and Sentence*, March 31, 2011, Case No.: ICTR-2000-61-T.
- ICTR, the Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka & Prosper Mugiraneza, Trial Chamber II, *Judgment and Sentence*, September 30, 2011, Case No.: ICTR-99-50-T.

### **International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**

- ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, *Judgment*, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic & Vladimir Santic, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, October 23, 2001, Case No.: IT-95-16-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Dragoljub Prcać, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Momir Nikolic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 2, 2003, Case No.: IT-02-60/1-S.
- ICTY, the Prosecutor v. Dragan Obrenovic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 10, 2003, Case No.: IT-02-60/2-S.

- ICTY, the Prosecutor v. Dragan Nikolic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, December 18, 2003, Case No.: IT-94-2-S.
- ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Drajan Jokic, Trial Chamber I, *Judgment*, January 15, 2005, Case No.: IT-02-60-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Chamber II, *Judgment*, January 31, 2005, Case No.: IT-01-42-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Bralo, Trial Chamber III, *Sentencing Judgment*, December 7, 2005, Case No.: IT-95-17.
- ICTY, the Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber II, *Judgment*, March 27, 2013, Case No.: IT-08-91-T, Vol. 2.

### Special Court for Sierra Leone

- SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.
- SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), Trial Chamber, *Sentencing Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL 04-16-T.

## 2.7. Doctrine

- D'Ascoli, S. (2011), *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford, Hart Publishing Ltd.

### 3. Reparations to victims in the Bemba Case through the Trust Fund for Victims of the International Criminal Court\*

#### 3.1. Introduction

This work addresses the question as to whether victims participating in the Bemba case may obtain redress through the Trust Fund for Victims of the International Criminal Court in the case of an acquittal. To answer this question, the present work is divided into four main sections: first, the two-fold mandate of the TFV is analysed; second, within the general assistance mandate, the different projects that have been implemented by the TFV since 2008 through its assistance programs are explained; third, the question concerning the possibility of using the assistance mandate of the TFV to adopt this type of project in favour of victims in the Bemba case will be answered; and, finally, the scope and extent of interaction between the legal representatives of the victims and the TFV will be analysed.

#### 3.2. The double mandate of the Trust Fund for Victims

The TFV is an autonomous organ of the ICC, which was created in 2004 by the Assembly of States Parties, in accordance with Article 79 of the ICC Statute. The TFV seeks to benefit victims and their families of crimes that fall within the jurisdiction of the Court. The TFV's activity is framed by a double mandate: first, to comply with the reparation orders of issued by the ICC chambers (including individual and collective reparations); and second, the provision of general assistance to victims of ICC crimes committed in the territory of

---

\* Written by the following members of the 2018 International Law Clinic: Antonio José Giraldo Herrera, Ángela Viviana González Valentín, Clara Esperanza Hernández Cortés, Laura María Restrepo Acevedo, Andrés Sánchez Sarmiento, Laura Stephanie Vargas Montoya and Luisa Fernanda Villarraga Zschommler. The research was conducted in 2018 under the supervision of Prof. Héctor Olasolo.

States under investigation, using contributions made by voluntary donors, in order to achieve their physical and psychological rehabilitation and to provide them with material help.<sup>1</sup>

It is important to emphasize that the TFV is not limited to implementing the decisions issued by the ICC in order to offer reparations to victims because, according to its second mandate of general assistance, the TFV can use its resources to offer such aid to those who are conferred the status of victim following a preliminary examination.

In fact, the second mandate was designed precisely to ensure that those who suffer damage caused by ICC crimes receive some sort of aid, even if the person responsible is not convicted, charged, or even identified. Although the goal of the TFV is to provide aid to the victims and their families, as has been pointed out by Dannenbaum, this assistance is not dependent upon a guilty verdict.<sup>2</sup>

Moreover, the assistance mandate does not have the same scope and extent as the reparation mandate. The essential purpose of the reparation mandate is to provide redress to individuals and legal persons: (i) affected by ICC crimes for which accused persons have been convicted beyond reasonable doubt; and (ii) recognized as victims, pursuant to Rule 85 of the ICC RPE, in subsequent reparation proceedings that are carried out under Article 75 of the ICC Statute and Rules 94 to 99 of the ICC RPE. This means, therefore, that those victims can be individually (and/or collectively) offered reparation because the specific damage caused to them has been considered proven by an ICC judicial decision.

On the other hand, individual reparations cannot be granted through the assistance mandate, because its implementation is only based on TFV's preliminary studies to determine which communities and groups of people can be attributed victim status under rule 85 of the ICC RPE. As a result, individual monetary compensation has no place in the TFV's assistance mandate. Therefore, the TFV can only adopt measures of physical and psychological rehabilitation and material support to those communities or groups of people under its assistance mandate.

---

1 Coalition for the International Criminal Court (n.d.), *Delivering on the promise of a fair, effective and independent Court: Trust Fund for Victims*, available at: <http://iccnow.org/?mod=trustfund> [last visit: November 18, 2019].

2 Dannenbaum, T. (2010), 'The International Criminal Court, article 79, and transitional justice: the case for an independent Trust Fund for Victims', *Wisconsin Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, pp. 234-298, p. 236.

### 3.3. Implementation of assistance programs through the Trust Fund for Victims

Since its creation, the TFV has carried out assistance programs for victims of ICC crimes and their families in different countries that are under investigation by the ICC Office of the Prosecutor. More specifically, these programs have been executed in Uganda and the Democratic Republic of the Congo, and with Ivory Coast anticipated as being a future recipient.<sup>3</sup>

The first assistance program took place in Uganda in 2008, and different projects have been implemented since then across 18 districts in the northern part of the country.<sup>4</sup> In 2017, the first of these projects was completed, which focused specifically on physical and psychological rehabilitation, as well as providing relief and reparation to the victims of the armed conflict.

The TFV has worked jointly with the Ugandan Ministry of Health, local authorities in each of the affected districts, other public entities, private organizations, social leaders and other professionals to provide the necessary services, all with the critical purpose of aiming to remedy the damages related to the conflict.<sup>5</sup>

In terms of physical rehabilitation, the programs have facilitated access to reconstructive surgery (to treat cases of mutilation, sexual assault and severe burns), as well as surgical orthopaedic therapy, prostheses (for amputees), physiotherapy, treatment for sexually transmitted diseases, removal of bullets or other foreign objects from the body,<sup>6</sup> as well as early detection of diseases and general medical attention.<sup>7</sup>

Moreover, resources have been used to hire entities and professionals to provide psychological treatment for victims, suffering mainly from post-traumatic stress and other long-term psychological conditions related to the war.<sup>8</sup> In addition to this, psychological support has been provided to victims of sexual and gender-based violence, since this was one of the main forms

3 ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *Assistance programmes*, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes> [last visit: November 18, 2019].

4 ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Newsletter#3 - May 2017*, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/TFV%20Newsletter%20May%202017%20ENG.pdf> [last visit: November 18, 2019].

5 Centre for Children in Vulnerable Situations (2015), *Trust Fund for Victims launches new assistance projects in Northern Uganda*, July 11, 2015, available at: <http://www.centreforchildren.be/support-centres/trust-fund-for-victims-launches-new-assistance-projects-in-northern-uganda/?lid=355> [last visit: November 18, 2019].

6 *Idem*.

7 See also: ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *supra* n. 3.

8 *Idem*.

of violence perpetrated during the conflict.<sup>9</sup> Not only is individual support provided, but different support groups are made available, which facilitate interaction between victims depending on their specific needs.<sup>10</sup>

In addition to the foregoing, awareness-raising mass media campaigns were launched within affected communities, with the aim of reducing the stigma and discrimination surrounding victims of the conflict (particularly those of a sexual nature).<sup>11</sup>

The second country in which the TFV has intervened is the DRC. Since 2008, its assistance program has been helping victims mostly in the Ituri district and the South Kivu and North Kivu provinces.<sup>12</sup> As with Uganda, the TFV projects in the DRC have focused on addressing the damage caused to the victims, promoting their physical and psychological rehabilitation and material support,<sup>13</sup> paying special attention to victims of sexual crimes, cases of forced recruitment of minors and the treatment of psychological trauma of the relatives of individuals killed during the conflict.<sup>14</sup>

Health services aimed at providing physical rehabilitation have been provided in coordination with the entities specialized in the different needs of the victims.<sup>15</sup> Here, the TFV's function is to refer patients to these entities, which have an agreement with the TFV to carry out such activities. The resources have been used mainly to assist patients who need general and reconstructive surgery, diagnosis and treatment of sexually transmitted diseases, extraction of foreign objects from their bodies, treatment of fistulas, and in general, guaranteed access to basic healthcare (a service that has been difficult to acquire by the affected populations).<sup>16</sup>

Regarding rehabilitation and psychological treatment, as in Uganda, psychological counselling programs have been implemented both individually and through support groups. In addition, various spaces have been set up, offering activities such as music, dance, and theatre, as well as workshops and community awareness programmes to promote reintegration and social acceptance. Finally, different information channels (radio programs and public information sessions) have been used to allow victims to become aware of their rights.<sup>17</sup>

9 Centre for Children in Vulnerable Situations (2015), *supra* n. 5.

10 ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *supra* n. 3.

11 *Idem*.

12 ICC, Trust Fund for Victims (2017), *supra* n. 4.

13 ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *supra* n. 3.

14 McCleary-Sills, J. & Mukasa, S. (2013), *External Evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo*, November, 2013, International Center for Research on Women, available at: <https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/ICRW-TFV-Evaluation-Report.pdf> [last visit: November 18, 2019].

15 *Idem*.

16 ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *supra* n. 3.

17 *Idem*.



In addition, other material support projects for victims were implemented to provide complementary assistance to affected populations in the DRC. Among them, educational subsidies, vocational training, and workshops regarding labour and financial education were provided in order to promote a culture of a more productive work and financial ethic.<sup>18</sup>

By the end of 2017 it was estimated that 400.000 victims had been assisted in Uganda and the DRC combined, so a decision was taken to renew the assistance programs in both countries.<sup>19</sup> Although the number of people affected in the two conflicts exceeds 22 million,<sup>20</sup> it is important to note that the programs aim to expand their implementation and coverage. However, this is a challenge due to the limited nature of financial resources that come from voluntary donors in the international community.

Finally, it is also important to mention that in mid-2017 it was decided to begin an assistance program in Ivory Coast.<sup>21</sup> That same year, a preliminary study was carried out to identify victims and recognize their needs. Following this, the TFV approved an action program to begin in 2018. Nevertheless, to date, this has not been implemented.<sup>22</sup>

### 3.4. Implementation of assistance programs for the victims in the Bemba case through the Trust Fund for Victims

The Bemba case involves a citizen of the DRC, Jean-Pierre Bemba who, at the time that the alleged crimes were committed, was the president of the *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC). This is a political party which he founded. He served as the commander in charge of the group's armed wing, the *Armée de Libération du Congo* (ALC).<sup>23</sup>

On May 24<sup>th</sup>, 2008, ICC Pre-Trial Chamber III issued the arrest warrant for Bemba.<sup>24</sup> On June 15, 2009, ICC Pre-Trial Chamber III considered that

---

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims*, December 4, 2017, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/ASP-16-BDTFV.pdf> [last visit: November 18, 2019].

<sup>20</sup> ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *supra* n. 3.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1343, para. 10.

<sup>24</sup> ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo*, May 24, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1-t-ENG.

Bemba should be prosecuted for his alleged criminal responsibility as a military commander – as stated under Article 28(a) of the ICC Statute – for the war crimes of murder, rape, and pillage, as well as the crimes against humanity of murder and rape. These crimes were committed by MLC/ALC soldiers in the Central African Republic from October 26th, 2002 to March 15th, 2003.<sup>25</sup>

After the charges were confirmed, the trial began on November 22nd, 2010, before ICC Trial Chamber III. During this trial, ICC Trial Chamber III recognized 5,229 victims, which allowed them to participate in the proceedings.<sup>26</sup> On March 21st, 2016, ICC Trial Chamber III found that Bemba, as a military commander, was guilty of the crimes stated above, and one month later he was sentenced to 18 years in prison.<sup>27</sup>

The verdict and the sentence were appealed against, and on June 8th, 2018, the ICC Appeals Chamber found that ICC Trial Chamber III had committed the following errors in its judgment: (i) convicting Bemba for criminal acts that were not among the acts of violence expressly included in the decision of the confirmation of charges issued by ICC Pre-Trial Chamber III; and (ii) conducting an inadequate evaluation of all reasonable and necessary measures taken by Bemba to prevent, suppress, and punish his subordinates who committed the acts of violence charged and proven in the oral proceedings.<sup>28</sup> For these reasons, the ICC Appeals Chamber decided to revoke his conviction and acquitted Bemba of all charges.<sup>29</sup>

After Bemba's acquittal, the question has been raised about how to proceed with the thousands of victims who have participated at trial because, as seen above, there is no room for judicial reparation without a prior conviction.

According to the ICC Office of the Prosecutor and the OPCV, the TFV can and should act upon this situation through its assistance mandate.<sup>30</sup> Although there are some financial limitations, as in the cases of Uganda and the DRC, the TFV can and should use this mandate in the CAR to provide medical and

25 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

26 ICC, Public Information and Communication Section (2019), *Case Information Sheet: the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, available at: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf> [last visit: November 18, 2019].

27 ICC, *Bemba Trial Judgment*, *supra* n. 23.

28 ICC, Press Release (2018), *ICC Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*, June 8, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1390> [last visit: November 20, 2019].

29 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.

30 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Office for Public Counsel for Victims, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings*, June 12, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649.

psychological rehabilitation and material support for victims.<sup>31</sup> This is regardless of whether or not beneficiaries have been recognized as victims in the Bemba case, as long as the TFV recognizes them as victims of ICC crimes committed in the CAR situation.<sup>32</sup>

As studies have repeatedly expressed that the TFV is an autonomous and independent body, the common understanding of traditional reparation processes has shifted by creating the possibility for collective redress of victims in cases without a conviction.<sup>33</sup> In this way, the TFV ensures the implementation of assistance projects to victims of crimes, which do not necessarily result in a criminal charge or a conviction, as in the Bemba case.<sup>34</sup>

The TFV, in June 2018, stated that, apart from the decision taken by the ICC Appeals Chamber to absolve Bemba of the crimes committed in the CAR, the damage suffered by the victims who participated in this case shall be considered and therefore it will proceed to develop projects aimed at assisting and rehabilitating the victims, as far as possible.<sup>35</sup>

### 3.5. The role of the legal representatives of the victims in relation to the Trust Fund for Victims

Finally, it is necessary to determine the role of the legal representatives of the victims in relation to the TFV, so that victims (particularly those involved in the Bemba case) can access the benefits offered by the TFV. In this issue, legal studies emphasize that the TFV should be in contact with the legal representatives and ascertain the victims' needs, in order to determine what should be the appropriate reparation mechanisms for each situation.<sup>36</sup>

This requirement of participation by the legal representatives of the victims is also based upon the ICC notion that the legal representation of the victims is

31 ICC, Office of the Prosecutor (2018), *Statement of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 13, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat> [last visit: November 18, 2019].

32 ICC, *Office for Public Counsel for Victims Joint Submissions*, *supra* n. 30.

33 Dannenbaum, T. (2010), *supra* n. 2, pp. 234 *et seq.*

34 *Idem.*

35 ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, June 13, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR> [last visit: November 18, 2019].

36 de Brouwer, A.M. (2007), 'Reparation to victims of sexual violence: possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and their families', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, pp. 207-227.

understood as a particularly important right of the victims. This has been the case since the negotiations for the creation of the ICC Statute.<sup>37</sup>

Likewise, under the Court's revised strategy in relation to victims enacted in 2012 by the Assembly of States Parties, it was stated that the right to be "repaired" was closely linked to the right to receive legal representation. The legal representation of the victims allows the TFV to know what the general and specific needs of the victims are, which allows it, therefore, to determine what the correct measures to help and rehabilitate them should be. Their participation is not imperative; however, it has a great impact in the implementation of assistance projects.<sup>38</sup>

Specifically, in relation to the Bemba case, the TFV expressly stated that it would communicate with the legal representation of the victims to study the interests and needs of the victims to know how to proceed to assist them.<sup>39</sup>

It should be noted that, following the acquittal of Bemba, and as affirmed by the International Federation of Human Rights, the legal representatives of the victims have the duty to intercede in support of their rights so that they are recognized as victims by the TFV and can be included in the assistance projects that are implemented. Additionally, it is necessary that victims' representatives pressure the TFV to effectively implement said projects, in such a way that the specific damages suffered by the victims can be dealt with.<sup>40</sup>

Lastly, regarding the way in which the legal representatives of the victims can interact with the TFV, and in the absence of a specific regulation in this regard, it is considered that this should be articulated through the presentation of papers with information about the relevant issues to determine which assistance measures should be adopted, with emphasis upon the general facts, the level of damage suffered by the victims, their main needs and the most effective coping mechanisms.

---

37 United Nations, Public Information Department (1998), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: preguntas y respuestas*, October, 1998, available at: <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm> [last visit: November 18, 2019].

38 ICC, Assembly of States Parties (2012), *Court's revised Strategy in relation to Victims*, November 5, 2012, 11<sup>th</sup> session, ICC Doc. No.: ICC-ASP/11/38, available at: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf) [last visit: November 18, 2019].

39 ICC, Trust Fund for Victims (2018), *supra* n. 35.

40 International Federation for Human Rights (2018), *The Bemba Case: heavily criticized, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited*, October 1, 2018, available at: <https://www.fidh.org/en/region/Africa/central-african-republic/the-bemba-case-heavily-criticised-the-icc-must-maintain-victims-legal> [last visit: November 18, 2019].

### 3.6. Conclusion

Considering the above, the following conclusions can be reached:

A. As a result of its dual mandate on reparations, the TFV has a role of assistance to and accompaniment of the victims which does not depend upon the issuance of a conviction by the ICC chambers. The TFV is, therefore, an autonomous and independent entity, which greatly modifies the common way of understanding traditional reparation processes because it opens the possibility for collective redress of the victims for those crimes foreseen in the ICC Statute, notwithstanding that they are not subject to a declaration of responsibility through a conviction. In this way, it warrants the implementation of assistance projects to victims of crimes not charged, or for which the accused are finally acquitted as in the Bemba case, thus attributing to these projects a priority status in the ICC Statute.

B. The assistance mandate of the TFV does not operate by virtue of a judgment convicting the accused person. It is based upon a preliminary study by the TFV itself to determine to which communities and groups of persons upon whom victim status may be conferred according to Rule 85 of the ICC RPE. As a result, individual compensation of a monetary nature has no place in the TFV's assistance mandate. Consequently, the latter can only take the form of measures of physical and psychological rehabilitation and material support to these communities or groups of people.

C. Considering the above, following the acquittal of Bemba, the victims who participated in the trial cannot access individual monetary compensation. However, in carrying out its assistance mandate, the TFV may implement within the CAR an assistance program that includes physical and psychological rehabilitation projects and material support for them. It has the power to decide autonomously if a part of the donations received should be used for these purposes.

D. It is necessary that, in order that suitable assistance projects be adopted, the legal representatives of the victims be consulted so that they shall clearly inform the TFV about the interests of the victims and the most efficient rehabilitation mechanisms for them.

E. In the absence of a specific regulation in this regard, the way in which legal representatives can interact with the TFV must be articulated through the presentation to the TFV of written submissions containing information on the issues relevant to the TFV for the purpose of determining what assistance projects should be adopted. Particular attention should be paid to the characterization of the facts of victimization, the nature and level of damage suffered by the victims, their main needs and the most effective mechanisms to deal with them.

### 3.7. Table of jurisprudence

#### International Criminal Court

- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo*, May 24, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1-tENG.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1343.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Office for Public Counsel for Victims, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings*, June 12, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649.

### 3.8. Doctrine

- Dannenbaum, T. (2010), 'The International Criminal Court, article 79, and transitional justice: the case for an independent Trust Fund for Victims', *Wisconsin Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, pp. 234-298.
- de Brouwer, A.M. (2007), 'Reparation to victims of sexual violence: possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and their families', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, pp. 207-227.

### 3.9. Resolutions, reports and other documents

- Centre for Children in Vulnerable Situations (2015), *Trust Fund for Victims launches new assistance projects in Northern Uganda*, July 11, 2015, available at: <http://www.centreforchildren.be/support-centres/trust-fund-for-victims-launches-new-assistance-projects-in-northern-uganda/?lid=355> [last visit: November 18, 2019].
- Coalition for the International Criminal Court (n.d.), *Delivering on the promise of a fair, effective and independent Court: Trust Fund for Victims*, available at: <http://iccnow.org/?mod=trustfund> [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Assembly of States Parties (2012), *Court's revised strategy in relation to victims*, November 5, 2012, 11th session, ICC Doc. No.: ICC-ASP/11/38, available at: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf) [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Office of the Prosecutor (2018), *Statement of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 13, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat> [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Press Release (2018), *ICC Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*, June 8, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1390> [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Public Information and Communication Section (2019), *Case information sheet: the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, available at: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf> [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Trust Fund for Victims (n.d.), *Assistance programmes*, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes> [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Newsletter#3 - May 2017*, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/TFV%20Newsletter%20May%202017%20ENG.pdf> [last visit: November 18, 2019].
- ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, June 13, 2018, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR> [last visit: November 18, 2019].

- ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims*, December 4, 2017, available at: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/ASP-16-BDTFV.pdf> [last visit: November 18, 2019].
- International Federation for Human Rights (2018), *The Bemba Case: heavily criticized, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited*, October 1, 2018, available at: <https://www.fidh.org/en/region/Africa/central-african-republic/the-bemba-case-heavily-criticised-the-icc-must-maintain-victims-legal> [last visit: November 18, 2019].
- McCleary-Sills, J. & Mukasa, S. (2013), *External evaluation of the Trust Fund for Victims programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo*, International Center for Research on Women, November, 2013, available at: <https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/ICRW-TFV--Evaluation-Report.pdf> [last visit: November 18, 2019].
- United Nations, Public Information Department (1998), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: preguntas y respuestas*, October, 1998, available at: <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm> [last visit: November 18, 2019].



# **PARTE II**

---

**VERSIÓN EN ESPAÑOL**

## 4. ¿Son la incapacidad mental y la coacción aplicables en el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional?\*

### 4.1. Introducción

Dominic Ongwen nació en 1978 en la ciudad de Coorom (norte de Uganda). El Ejército de Resistencia del Señor (ERS), dirigido por Joseph Kony, lo secuestró a los diez años.<sup>1</sup> Tras su secuestro, fue torturado y obligado a presenciar situaciones de intensa violencia como parte de su entrenamiento por el ERS. Años después, comenzó a ascender en la estructura militar del ERS, y en de 2004 se convirtió en el comandante de la Brigada *Sinia* (un de las cuatro brigadas del ERS).<sup>2</sup>

Debido a su participación en los crímenes cometidos por el ERS durante el conflicto armado contra el gobierno de Uganda, la Fiscalía de la CPI acusó a Ongwen de setenta cargos de crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos entre julio de 2002 y diciembre de 2005, entre los que se incluyen el asesinato, la esclavitud, la tortura, los tratos crueles, los actos inhumanos, los atentados contra la dignidad personal, el pillaje, la destrucción de bienes y la

---

\* Escrito por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional de 2016: Juan David Albarracín Barrera, Lucía Carcano Fernández, Macarena Domínguez Fernández, María Camila Giraldo Lasso, Andrés Esteban Gutiérrez Romero, Laura Mahecha Álvarez, María Paula Martínez Mendieta, Max Sebastián Murillo, Emely Mar Pardo Costa, Daniela Pedraza Moreno y María Paula Tole Ramírez. La investigación fue desarrollada en 2016 bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y Álvaro Pío Jaramillo García.

1 Tanto la Defensa, como la familia de Ongwen, afirman que nació en 1978 y fue secuestrado cuando tenía diez años. Sin embargo, la Fiscalía considera que su nacimiento tuvo lugar en 1975 y que por tanto el secuestro se produjo cuando Ongwen era tres años mayor. A este respecto, la Defensa considera que es, cuando menos hipócrita, que la Fiscalía afirme ahora que Ongwen nació en 1975, cuando después de investigar el caso durante varios años entre 2004 y 2010, y de solicitar a su familia el certificado de nacimiento (que ya no existe), había llegado a la conclusión de que su nacimiento se produjo en 1978. Ver: ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Defense of Dominic Ongwen, *Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing"*, January 18, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-404-Red4.

2 Justice in Conflict (2016), *We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC*, April 19, 2016, disponible en: <https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

persecución.<sup>3</sup> Aunque la Sala de Cuestiones Preliminares II emitió una orden de arresto contra Ongwen en 2005, éste solo fue entregado a la CPI en 2015.<sup>4</sup>

En la audiencia de confirmación de los cargos, la Defensa alegó que, conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI, Ongwen no podía ser considerado como penalmente responsable porque actuó bajo coacción como resultado del ambiente hostil y brutal creado en el ERS por Joseph Kony (el ‘líder supremo y único’ del ERS) y las represalias violentas contra aquellos miembros del ERS que trataban de abandonarlo.<sup>5</sup> Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó esta alegación porque no se cumplía ninguno de los tres elementos de la coacción recogidos en el artículo 31(1)(d) del ECPI: (a) la existencia de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para Ongwen u otra persona; (b) la necesidad y proporcionalidad de su respuesta para evitar la amenaza; y (c) su no intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.<sup>6</sup> En consecuencia, confirmó los cargos contra Ongwen el 23 de marzo de 2016.<sup>7</sup>

A pesar de esta situación, la Defensa ha señalado que pretende alegar la eximente de coacción<sup>8</sup> en el marco del juicio oral iniciado el 6 de diciembre de 2016 ante la Sala de Primera Instancia IX.<sup>9</sup> Así mismo, debido a posibles secuelas mentales de la extrema violencia a la que Ongwen fue sometido por el ERS a una edad muy temprana, la Defensa puede tratar de alegar también la eximente de incapacidad mental, que, según el artículo 31(1)(a) del ECPI, está conformada por los dos elementos siguientes: (i) la existencia de una enfermedad o deficiencia mental; que (ii) prive al acusado, en el momento en que se comete el crimen de la capacidad para (a) apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta; o (b) controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley.

Si la Sala de Primera Instancia IX considera que todos los elementos de la incapacidad mental o la coacción son probados por la Defensa, Ongwen será eximido de responsabilidad penal. Sin embargo, si solo se pueden probar algunos elementos, estos solo podrán ser considerados, conforme a lo dispuesto en la regla 145(2)(a)(i) de las RPP, como circunstancias atenuantes en la determinación de la pena.

3 ICC, Public Information Office (s.f.), *The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/Alleged crimes (non-exhaustive list)*, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

4 ICC, Public Information Office (s.f.), *Case Information Sheet. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Doc. No. ICC-PIDS-CIS-UGA-02-018/20\_Eng*, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

5 ICC, *Ongwen Defense Brief*, *supra* n. 1, paras. 50-57.

6 ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red, paras. 150-159.

7 *Ibid.*, paras. 150-156.

8 *Ibid.*, paras. 157-159.

9 Este es el primer juicio de la CPI contra un miembro del ERS, a pesar de las varias órdenes de arresto emitidas por la CPI contra miembros del ERS desde el inicio de la investigación sobre la situación en Uganda en 2005.

Con base en los anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 del ECPI sobre el derecho aplicable, el presente trabajo aborda en primer lugar los elementos de la incapacidad mental y la coacción conforme a lo dispuesto en el artículo 31(1)(a) y (d) del ECPI, para a continuación analizar si son aplicables en el caso Ongwen.

## 4.2. Los elementos de la incapacidad mental según el artículo 31(1)(a) del ECPI

Según el artículo 31(1)(a) del ECPI, el primer elemento de la incapacidad mental consiste en que el acusado tenga una enfermedad o deficiencia mental en el momento en que el crimen es cometido. De esta manera, la eximente no es aplicable cuando la enfermedad o deficiencia mental surge durante las actuaciones procesales. En este último caso, solo cabría afirmar la existencia de un obstáculo procesal para el desarrollo del juicio oral, siempre y cuando la Defensa pueda demostrar que el acusado no se encuentra mentalmente apto para participar en el mismo.<sup>10</sup>

Como Ambos señala, el artículo 31(1)(a) del ECPI no requiere la existencia de una cierta enfermedad o deficiencia mental que sea médicamente reconocida,<sup>11</sup> sino que, como Werle subraya, lo único que se exige es que la enfermedad o deficiencia mental provoque al acusado un daño mental que tenga un cierto grado de intensidad y duración.<sup>12</sup> Como consecuencia, los trastornos mentales transitorios causados por rabia, celos o dolor no son suficientes.<sup>13</sup> A este respecto, Knoops subraya que los informes periciales médicos no constituyen elementos de prueba determinantes, porque, en última instancia, corresponde a los jueces decidir su valor probatorio en cada caso en concreto.<sup>14</sup>

El segundo elemento de la eximente de incapacidad mental exige que la enfermedad o deficiencia mental prive al acusado de la capacidad para (a) apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta; o (b) controlarla a fin de no transgredir la ley. Eser subraya que el uso de la conjunción ‘o’ en el artículo 31(1)(a) del ECPI significa que solo se requiere que el acusado pierda una de estas dos capacidades,<sup>15</sup>

10 Ambos, K. (2013), *Treatise On International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 314.

11 *Idem*.

12 Werle, G. (2011), *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 267.

13 Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, p. 314.

14 Knoops, G.J.A. (2007), *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 110.

15 Eser, A. (2016), ‘Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility’, Trifflerer, O. & Ambos, K. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, Munich, Beck/Hart, p. 1139.

En relación con el umbral de incapacidad requerido, Ambos considera que la interpretación literal del verbo ‘privar’ (*‘destroy’* en la versión en inglés), requiere una incapacidad absoluta (100%) del acusado. En consecuencia, en su opinión, a no ser que el nivel de afectación de la capacidad del acusado para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta conlleve una pérdida grande y extensa en el uso de la razón, no es posible aplicar la eximente de incapacidad mental. Sin embargo, el propio Ambos reconoce que los médicos expertos en la materia afirman que los desórdenes mentales no eliminan completamente la capacidad de una persona para controlar su conducta, por lo que acepta un cierto grado de flexibilidad en el umbral de esta incapacidad que es necesario sufrir para que sea aplicable la eximente.<sup>16</sup>

A diferencia de Ambos, Eser considera que el verbo ‘privar’ debe interpretarse de manera más flexible, y que el umbral de incapacidad requerido se alcanzaría siempre y cuando el acusado sufra un ‘deterioro sustancial’, aunque no absoluto, de sus capacidades cognitivas o volitivas.<sup>17</sup>

Finalmente, para Kittichaisaree es necesario distinguir entre las dos alternativas que recoge el artículo 31(1)(a) del ECPI. De esta manera, mientras que la eximente de incapacidad mental debería ser aplicada cuando se pueda probar que el acusado es incapaz de apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, no debería suceder lo mismo cuando lo que se pruebe sea la incapacidad del acusado para controlar su conducta, porque esto solo debería dar lugar a la aplicación de una circunstancia atenuante en la determinación de la pena.<sup>18</sup> Esta posición, que según Kittichaisaree ha sido acogida por la jurisprudencia del TPIY en el caso Celebici,<sup>19</sup> sigue la aproximación tradicional de las jurisdicciones de derecho común a la defensa de incapacidad mental.

En este sentido, es importante subrayar que en la mayoría de las jurisdicciones de derecho común, la defensa de incapacidad mental encuentra sus orígenes en la denominada regla *M’Naghten* de 1843, que requiere probar que ‘[e]n el momento de cometer el acto, el acusado se encontraba bajo tal defecto de razón, por enfermedad de la mente, que no conocía la naturaleza y calidad del acto que estaba realizando o, si lo sabía, que no conocía que lo que estaba haciendo era ilícito’.<sup>20</sup> De esta manera, se puede afirmar que la regla *M’Naghten* recoge el primer elemento de la incapacidad mental previsto en el artículo

16 Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, p. 322.

17 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1139.

18 Kittichaisaree, K. (2001), *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.

19 ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Trial Chamber I, *Judgment*, November 16, 1998, Case No.: IT-96-21-T, paras. 1156-1172; ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No. IT-96-21-A, paras. 580-595.

20 Legal Information Institute (s.f.), *Insanity Defense*, Cornell University Law School, disponible en: [https://www.law.cornell.edu/wex/insanity\\_defense](https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense) [última visita: 31 de diciembre de 2016].

31(1)(a) del ECPI y la primera alternativa del segundo elemento. Sin embargo, no incluye los casos de incapacidad del acusado para controlar su conducta.

La regulación de la defensa de incapacidad mental en Inglaterra y Gales sigue lo dispuesto en la regla *M'Naghten*.<sup>21</sup> De la misma manera, la sección 11 del Código Penal de Uganda contiene una definición similar a la adoptada en Inglaterra y Gales.<sup>22</sup> Al aplicarla, la jurisprudencia ugandesa ha subrayado en particular que '[una] persona no es penalmente responsable por un acto u omisión si al momento de realizar el acto u omisión es, debido a alguna enfermedad que le afecte la mente, incapaz de saber que no debe realizar el acto o incurrir en la omisión [...]'.<sup>23</sup> Además, le corresponde a la Defensa probar que en dicho momento el acusado no era incapaz de apreciar las consecuencias de sus actividades.<sup>24</sup>

El limitado alcance de la definición de incapacidad mental en las jurisdicciones de derecho común ha hecho que la doctrina haya propuesto una defensa complementaria conocida como 'impulso irresistible', que, según Winslow, se define de la siguiente manera:

'Una persona puede ser perfectamente competente para establecer una distinción correcta entre el bien y el mal y, sin embargo, actuar bajo una forma de incapacidad mental que indudablemente debería protegerle de la responsabilidad legal o moral. Me refiero a casos de incapacidad mental en los que el paciente se ve impulsado, por un impulso irresistible, a destruir, después de luchar, durante algún tiempo, contra el deseo mórbido, siendo, al mismo tiempo, perfectamente consciente de que se ve impulsado a hacer lo que está mal. tanto a los ojos de Dios como de los hombres'.<sup>25</sup>

A diferencia de la regulación en Inglaterra y Gales y Uganda, la sección 4.01(1) del Código Penal Modelo de los EE.UU. define la incapacidad mental de la siguiente manera: '[u]na persona no es responsable de una conducta delictiva si en el momento en que tiene lugar dicha conducta, carece, como resultado de una enfermedad o defecto mental, de capacidad sustancial para apreciar la criminalidad (ilicitud) de su conducta o para ajustar su conducta a lo dispuesto en la ley'. De esta manera, nos encontramos ante una definición mucho más parecida a la definición de incapacidad mental recogida en el artículo 31(1)(a) del ECPI porque incluye su primer elemento y las dos alternativas de su segundo elemento.

21 Law Commission of England and Wales (2013), *Criminal Liability: Insanity and Automatism. A Discussion Paper*, secciones 1.23 a 1.26, disponible en: [http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/insanity\\_discussion.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/insanity_discussion.pdf) [última visita: 31 de enero de 2016].

22 El Código Penal ugandés (*Penal Code Act*) se encuentra disponible en: <https://ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/120> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

23 High Court of Uganda at Jinja, Uganda v. Mwesigwa, *Judgement*, November 11, 2013, Criminal Session Case No.: 269/2011, [2013] UGHCCRD 70.

24 *Idem*.

25 Keedy, E.R. (1952), 'Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law', *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, No. 7, pp. 956-993, p. 957.

Así mismo, como se indica en las Notas Explicativas al Código Penal Modelo de los EE.UU., la expresión ‘falta de capacidad sustancial’ en la sección 4.01(1) significa: (a) la imposibilidad de que el acusado aprecie la naturaleza criminal de su conducta, ya sea por: (i) el desconocimiento de lo que está haciendo; (ii) un error en las circunstancias materiales; o (iii) la falta de percepción del significado de su conducta; o (b) la falta sustancial de capacidad volitiva del acusado para actuar de conformidad con la ley.<sup>26</sup> En consecuencia, el significado dado a la expresión ‘falta de capacidad sustancial’ en la sección 4.01(1) se corresponde con la interpretación que propone Eser para el segundo elemento de la incapacidad mental en el artículo 31(1)(a) del ECPI.<sup>27</sup>

Además, conforme a la sección §5K2.13 del Manual de Directrices de la Comisión de Determinación de Penas de los EE.UU.,<sup>28</sup> cuando la capacidad mental disminuida no excluye la responsabilidad penal, se debe garantizar una reducción de la pena siempre que el acusado haya sufrido una reducción significativa de su capacidad mental durante la comisión del delito, y que la misma haya contribuido a la materialización del hecho punible.<sup>29</sup>

La definición de la eximente de incapacidad mental en los sistemas nacionales de derecho civil es similar a su definición en la sección 4.01(1) del Código Penal Modelo de los EE.UU. porque se excluye la responsabilidad penal cuando el acusado no tiene la capacidad de apreciar la ilicitud de su conducta o de controlarla para no infringir la ley.<sup>30</sup>

En este sentido, la sección 20 del Código Penal alemán señala que ‘[q]uien al momento de la comisión del delito es incapaz de apreciar la ilicitud del acto o de actuar de acuerdo con tal apreciación debido a un trastorno mental patológico, una alteración profunda de la conciencia, una deficiencia mental o cualquier otra anomalía mental grave se considera que actúa sin culpa’.<sup>31</sup> Así mismo, la sección 21 añade que ‘[s]i la capacidad del infractor para apreciar la ilegalidad del acto o actuar de acuerdo con dicha apreciación se ve sustancialmente disminuida en el momento de la comisión del delito debido a alguna de las razones

26 American Law Institute (1985), *Model Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes*, p. 89, disponible en: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

27 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1139.

28 US Sentencing Commission (2013), *Guidelines Manual Annotated*, p. 463, disponible en: [https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013\\_Guidelines\\_Manual\\_Full.pdf](https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf) [última visita: 31 de diciembre de 2016].

29 *Idem*. En el Manual de Directrices de la Comisión de Determinación de las Penas de EE. UU., la capacidad mental reducida se define como el deterioro de la capacidad para: (1) comprender la ilegalidad de la conducta, entender el delito o ejercer el uso de la razón; o (2) controlar la conducta a pesar de ser consciente de su ilegalidad.

30 Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, p. 318.

31 El Código Penal alemán se encuentra disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0147](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0147) [última visita: 31 de diciembre de 2016].

indicadas en la sección 20, la pena puede ser mitigada de conformidad con la sección 49(1)'. De esta manera, la regulación de la incapacidad mental en las secciones 20 y 21 del Código Penal alemán es coherente con su regulación en el artículo 31(1)(a) del ECPI y la regla 145(2)(a)(i) de las RPP.

Una definición similar de la eximente de incapacidad mental puede encontrarse en el artículo 122(1) del Código Penal francés (1994), que la considera aplicable a '[q]uien, en el momento de la comisión del acto, padece una enfermedad psíquica o neuropsíquica que ha anulado su discernimiento o control de sus actos'.<sup>32</sup> Según esta definición, solo se exige al acusado de responsabilidad penal cuando su trastorno psíquico o neuropsíquico anula su capacidad volitiva o cognitiva en el momento de cometerse el delito. Además, el artículo 122(1) consagra la noción de capacidad mental disminuida (que atenúa la pena) cuando el trastorno psíquico o neuropsíquico solo perturba el discernimiento del acusado o dificulta el control de su conducta.

En consecuencia, con base en lo anterior, y dejando a un lado el distinto tratamiento de la incapacidad volitiva en aquellas jurisdicciones nacionales de derecho común que se rigen por la regla *M'Naghten*, se pueden extraer las siguientes características comunes de la definición de la incapacidad mental a nivel nacional: (i) el trastorno mental que deteriora las capacidades cognitivas o volitivas del acusado debe darse en el momento de la comisión del conducta ilícita (trastornos mentales extemporáneos, que no están relacionados con la conducta ilícita, no permiten la aplicación de la eximente); (ii) la enfermedad o deficiencia mental del acusado debe afectar sustancialmente sus capacidades cognitivas o volitivas; y (iii) la distinción entre incapacidad mental y capacidad mental disminuida depende del grado de deterioro de las capacidades cognitivas o volitivas del acusado. Conforme al artículo 21(1)(c) del ECPI, estas características comunes han de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la definición de incapacidad mental prevista en el artículo 31(1)(a) del ECPI.

### 4.3. Los elementos de la coacción conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI

Conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI, la eximente de coacción requiere que el acusado '[h]ubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves

<sup>32</sup> El Código Penal francés se encuentra disponible en: [https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) [última visita: 31 de diciembre de 2016].



continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: (i) [h]aber sido hecha por otras personas; o (ii) [e]star constituida por otras circunstancias ajenas a su control’.

#### 4.3.1. El primer elemento: la amenaza

El primer elemento de la eximente de coacción prevista en el artículo 31(1)(d) del ECPI requiere los siguientes tres sub-elementos: (i) la existencia de una amenaza para el acusado u otra persona de (ii) muerte inminente o lesiones corporales graves continuadas o inminentes, cuya causa (iii) no se encuentre relacionada con la conducta del acusado (la amenaza ha de venir por tanto de terceras personas o de otras circunstancias que se encuentren más allá del control del acusado).

Según el primer sub-elemento es necesario que en el momento en que el crimen es cometido, exista una amenaza, entendida como una situación objetiva en la que, si se dan ciertas condiciones, se producirá un daño.<sup>33</sup> Por lo tanto, la amenaza tiene que darse objetivamente y no solamente existir en la mente del acusado.<sup>34</sup> Además, no basta con un contexto amenazador, un peligro abstracto o incluso una probabilidad alta de que una situación peligrosa pueda ocurrir (como resultado, por ejemplo, de la omnipresencia de la Gestapo durante el *Tercer Reich*), a menos que haya elementos de prueba concretos sobre la probabilidad de que se pueda materializar el daño con que el acusado u otra persona ha sido amenazado.<sup>35</sup>

Con respecto a las amenazas que se prolongan en el tiempo, la definición de coacción requiere que haya elementos de prueba concretos sobre la posible materialización del daño contra el acusado u otra persona en cualquier momento<sup>36</sup>. En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY ha concluido en el caso *Kvočka et al.* que, incluso si se puede probar que los acusados Kvočka y Prlac fueron conducidos bajo amenaza al campo de detención donde se desempeñaron,

33 Ambos, K. (2005), *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática*, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 478.

34 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1151. Ver también: Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2 Ed., p. 408.

35 Eser, A. (2016), *supra* n. 15, p. 1151; Ambos, K. (2013), *supra* n. 10, pp. 357 *et seq.*; Werle, G. & Jessberger, F. (2014), *Principles of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, marginal 638.

36 Werle, G. & Jessberger, F. (2014), *supra* n. 35, marginal 638.

la ausencia de elementos de prueba relativos a que continuaron trabajando allí bajo amenaza impide que se pueda aplicar la coacción.<sup>37</sup>

Así mismo, a nivel interno, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales que conoció el caso *R v. Hudson and Taylor* (1971), ha afirmado que '[e]s esencial para la defensa de coacción que la amenaza sea efectiva en el momento en que se comete el crimen'.<sup>38</sup> Por lo tanto, si la amenaza pierde su efecto neutralizador, o si la posibilidad de daño futuro es tan remota que hace que sea ineficaz para dominar la voluntad del acusado, no es posible aplicar la defensa de coacción porque el acusado no puede justificar un crimen para garantizar su propia paz mental.<sup>39</sup> Esto sucede cuando el acusado, que inicialmente se une bajo amenaza a una rebelión, permanece en el grupo rebelde una vez que la amenaza inicial ha dejado de ser eficaz y su voluntad ha tenido la oportunidad de reafirmarse.<sup>40</sup>

La jurisprudencia ugandesa ha subrayado también la necesidad de que existan hechos tangibles que muestren que la amenaza coarta la voluntad del acusado de tal manera que le lleva a cometer el crimen.<sup>41</sup> Esta interpretación es coherente con lo dispuesto en el artículo 31(1)(d) del ECPI porque, como hemos visto, la amenaza no solo debe existir en la mente del acusado, sino que ha de tener una existencia objetiva y debe ser eficaz frente al acusado.<sup>42</sup>

37 ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic & Dragoljub Prcac, Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2005, Case No.: IT-98-30/1/A, paras. 221 and 645.

38 Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hudson and Taylor, Criminal Division, *Judgment*, March 17, 1971, Case No.: 3715/A/70 and No. 3721/A/70, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

39 *Idem*. Como el Tribunal de Apelaciones ha señalado, '[s]imilarly a threat of future violence may be so remote as to be insufficient to at the moment when the offence was committed, or the accused may have elected to commit the offence in order to rid himself of a threat hanging over him and not because he was driven to act by immediate and unavoidable pressure. In none of these cases is the defense of duress available because a person cannot justify the commission of a crime merely to secure his own peace of mind'.

40 McCrowther's Case (1746) and Foster's Crown Cases 13: A-G v. Whelan (1934) (I.R.518), cited by Ormerod, D. & Laird, K. (2014), *Smith and Hogan's Text, Cases and Materials on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 11<sup>th</sup> Ed., P. 370.

41 Supreme Court of Uganda at Mengo, Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v. Uganda, *Judgment*, May 18, 2004, Criminal Appeal No.: 44/2001, UGSC 36. Esta decisión interpreta la sección 14 del Código Penal de Uganda, que define la defensa de la coacción (denominada originalmente como *compulsion*) de la siguiente manera: 'Una persona no es penalmente responsable de un delito si es cometido por dos o más delincuentes y si el acto se realiza u omite solo porque durante todo el tiempo en que se realiza u omite, la persona se ve obligada a realizar u omitir el acto mediante amenazas por parte del otro infractor o infractores de matarlo, o ocasionarle daños físicos graves, al instante si se niega; sin embargo, las amenazas de futuras lesiones no eximen de ninguna infracción'.

42 Algunas propuestas presentadas durante el proceso de negociación del ECPI plantearon que se aplicara la exigencia de coacción a toda persona que creyera estar bajo amenaza. Ver: United Nations, General Assembly, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, September 13, 1996, UN Doc. No.: 22A (A/51/22), Vol. II (Compilation of Proposals), p. 101: 'Artículo P. Coacción / Coerción'. 1. Una persona [estará exenta de responsabilidad penal y] no podrá ser castigada si actúa bajo coacción o coerción. 2. Se considerará que una persona actúa bajo coacción o coerción en los casos siguientes: [a] Si [tiene fundamentos para creer que] existe amenaza [inminente] [actual] [o de otra manera inevitable] [ilegítima] de fuerza o uso de fuerza en contra suya o de un tercero; [...].

El segundo sub-elemento recogido en el artículo 31(1)(d) del ECPI se refiere a la inminencia de que el daño amenazado (muerte o lesiones corporales graves) se materialice.<sup>43</sup> En este sentido, el Tribunal Militar norteamericano, establecido conforme a la Ley No. del Consejo de Control Aliado, ha subrayado en el caso del Alto Mando Alemán la estrecha relación entre los conceptos de inminencia e inmediatez, al afirmar que la ejecución de las órdenes de los superiores por miedo a amenazas que no son inmediatas no constituye coacción.<sup>44</sup> Por su parte, el TPIY en el caso Erdemovic ha hecho énfasis en que el término ‘amenaza inminente’ puede significar: (i) una amenaza que, a pesar de que se haya materializado previamente, puede considerarse, de manera global, la causa de los numerosos crímenes cometidos; o (ii) una amenaza que ha de preceder inmediatamente a la comisión de cada hecho punible.<sup>45</sup>

En relación con el tercer sub-elemento, Eser subraya que el artículo 31(1)(d) del ECPI deja claro que la amenaza no puede estar relacionada con la conducta del acusado, y que por tanto solo puede tener dos orígenes: la conducta de terceras personas u otras circunstancias (como fuerzas naturales o amenazas técnicas) que se encuentran más allá del control del acusado.<sup>46</sup>

El ECPI no establece ningún requisito con respecto a la relación que ha de existir entre quien ejerce la coacción y quien la padece.<sup>47</sup> Por lo tanto, la amenaza puede venir de cualquier persona o entidad y no necesariamente de un superior jerárquico. Para Ambos<sup>48</sup> y Bassiouni<sup>49</sup> esta es una cuestión muy importante porque los más altos comandantes no tienen superiores jerárquicos que puedan amenazarlos para hacer que actúen bajo coacción.

43 Ambos, K. (2005), *supra* n. 33, p. 478.

44 US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Wilhelm von Leeb *et al.* (known as ‘German High Command Trial’), *Judgment*, October 27, 1948, Case No. 12.

45 En el caso Erdemovic ante el TPIY, el acusado se declaró culpable de setenta cargos de asesinato cometidos durante la masacre de Srebrenica. En su declaración de culpabilidad, también afirmó que solo cometió tales actos porque de lo contrario lo habrían matado. La Sala de Primera Instancia II lo condenó por crímenes de lesa humanidad y aceptó que actuó bajo coacción. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia II no eximió a Erdemovic de responsabilidad penal, sino que solo consideró la coacción como una circunstancia atenuante. La Sala de Apelaciones confirmó la decisión de la Sala de Primera Instancia II. En su opinión disidente, el juez Cassese (párrafo 16) subrayó que el requisito de la existencia de una amenaza inminente a la vida o la integridad física de acusado es uno de los elementos esenciales de la coacción. Ver: ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, November 19, 1996, Case No.: IT-96-22-T, paras. 89-91; ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Judgment*, October 7, 1997, Case No.: IT-96-22-A; ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, October 7, 1997, Case No. IT-96-22-A, paras. 11-49.

46 Eser, A. (2016), *supra* n. 15.

47 Ambos, K. (2002), ‘Other Grounds of Excluding Criminal Responsibility’, En Cassese A., Gaeta, P. & Jones, R. W. D. (Eds). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1, p. 1038.

48 *Ibid.*, p. 1022.

49 Bassiouni, M.C. (1999), *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2 Ed., p. 491.

Bantekas & Nash,<sup>50</sup> Cryer *et al.*<sup>51</sup> y Kittichaisaree<sup>52</sup> subrayan que es necesario analizar si el acusado ha contribuido a causar la amenaza que sufre,<sup>53</sup> como sucede cuando es objeto de coacción para cometer delitos por los miembros de un grupo delictivo organizado al cual se ha unido de manera voluntaria. En este mismo sentido, el Tribunal Militar norteamericano del caso *Einsatzgruppen* ha señalado que la eximente de coacción no es aplicable cuando el acusado, antes de recibir la orden ilícita que causa la amenaza, conocía que esto podría ser un paso lógico en el desarrollo de un proyecto claramente ilegal al que se unió voluntariamente.<sup>54</sup>

Del mismo modo, a nivel nacional, las jurisdicciones de derecho común rechazan la aplicación de la defensa de coacción en aquellos casos en los que el acusado se une voluntariamente a grupos ilegales o rebeldes. Como se citó en la Cámara de Apelaciones de Inglaterra y Gales en el caso Regina v. Hassan, en el caso R v. Fitzpatrick [1977] se afirmó que ‘si el acusado se expone y se somete voluntariamente a una situación de coacción ilícita, no puede después alegar que dicha coacción le exime de responsabilidad con respecto a los crímenes que comete contra su voluntad o al mantenimiento involuntario de su asociación con quienes le amenazan’.<sup>55</sup>

#### 4.3.2. El segundo elemento: la necesidad y proporcionalidad de la respuesta

Conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI, el segundo elemento de la coacción consiste en el carácter necesario y razonable de la respuesta del acusado ante la amenaza.

Para Eser, el requisito de la necesidad de la respuesta significa que no existen otros medios disponibles para evitar la amenaza que la conducta adoptada por el acusado.<sup>56</sup> Por su parte, Ambos señala que está claro que los medios utilizados deben ser aptos y eficaces para contrarrestar la amenaza y que el daño debe limitarse a lo que es estrictamente necesario para evitarla.<sup>57</sup>

50 Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *International Criminal Law*, Oxford and Portland, Routledge/Hart, pp. 108 -112.

51 Cryer, R. *et al.* (2010), *supra* n. 34, p. 410.

52 Kittichaisaree, K. (2001), *supra* n. 18, p. 263.

53 Bantekas I. & Nash, B. (2009), *supra* n. 50, pp. 108-112.

54 US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Ohlendorf *et al.* (known as the Einsatzgruppen case), *Judgment*, April 8, 1948, Case No. 9, para. 480.

55 R v. Fitzpatrick [1977] fue citado en: Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hasan (Respondent) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly Regina v. Z (2003) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))), Criminal Division, *judgment*, March 17, 2005, Case No.: [2005] UKHL 22, disponible en: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/22.html> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

56 Eser, A. (2016), *supra* n. 15.

57 Ambos, K. (2002), *supra* n. 47, p. 1040.

El Tribunal Militar norteamericano del caso Flick *et al.* ha abordado la cuestión relativa a si el acusado solo hace lo suficiente para evitar a amenaza, o si por el contrario va más allá de lo que es estrictamente requerido a este respecto, lo que constituye un indicio de la voluntariedad de su conducta. En sus conclusiones, el tribunal considera que los acusados incrementaron su producción más allá de lo que era requerido, lo que le lleva a rechazar sus alegaciones de coerción.<sup>58</sup>

En relación con el requisito de razonabilidad de la respuesta del acusado, Cryer *et al.* entienden que la reacción del acusado para evitar la amenaza deber ser necesaria y proporcional, tal y como se exige también para los casos de legítima defensa.<sup>59</sup> Del mismo modo, Bantekas & Nash utilizan el término ‘proporcionalidad’ para referirse al requisito de razonabilidad,<sup>60</sup> el cual es definido por Eser como la aptitud de la conducta del acusado para alcanzar el efecto deseado y su adecuación en el sentido de no ser irrazonablemente desproporcionada.<sup>61</sup> Por su parte, Ambos subraya que, si bien el artículo 31(1) (d) del ECPI no requiere expresamente la proporcionalidad de la respuesta del acusado (lo que sí se hace en relación con la legítima defensa en el artículo 31(1)(c)), la diferencia es meramente terminológica.<sup>62</sup> Como resultado, se puede afirmar que parece haber en la doctrina un entendimiento común del requisito de razonabilidad como proporcionalidad.<sup>63</sup>

El proceso de negociación del ECPI lleva a esta misma conclusión. En este sentido, el coordinador del Comité Preparatorio de la CPI consideró ya en 1996, que una de las principales preocupaciones de los Estados en relación con la definición de la coacción era la necesidad de proporcionalidad entre el daño que se pretende evitar y el daño causado por la conducta del acusado,<sup>64</sup> lo que se refleja también en el informe de 1994 del Relator Especial para el Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.<sup>65</sup>

---

58 US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Flick *et al.*, *Judgment*, December 22, 1947, Case No. 5, paras. 1199-1200. Ver también: Joyce, M. (2015), ‘Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse’, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, pp. 623-642, p. 638.

59 Cryer, R. *et al.* (2010), *supra* n. 34, p. 410.

60 Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *supra* n. 50, pp. 108-112.

61 Eser, A. (2016), *supra* n. 15.

62 Ambos, K. (2005), *supra* n. 33, p. 466.

63 Kittichaisaree, K. (2001), *supra* n. 18, p. 263.

64 United Nations, General Assembly (1996), *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, *supra* n. 42, p. 101.

65 United Nations, International Law Commission, *Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, May 2 – July 22, 1994, UN Doc. No.: A/CN.4/460, p. 31, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/187305?ln=es#record-files-collapse-header> [última visita: 31 de diciembre de 2016]. Según el Relator Especial, en el caso Krupp *et al.*, se hace un énfasis particular en el requisito de la proporcionalidad entre interés o bien jurídico preservado y el sacrificado.

Finalmente, el Tribunal Militar norteamericano del caso *Einsatzgruppen* ha señalado también expresamente que no se puede eximir de responsabilidad al subordinado que en cumplimiento de una orden mata a una persona que sabe que es inocente, porque en caso de desobedecer correría el riesgo de pasar algunos días en prisión.<sup>66</sup> Así mismo, en el caso Krupp *et al.*, el Tribunal Militar norteamericano ha considerado que el daño que el acusado Krupp podía haber sufrido (la pérdida de su empresa) no es suficiente para satisfacer el requisito de proporcionalidad,<sup>67</sup> porque la posibilidad de ser enviado a un campo de concentración era puramente teórica.<sup>68</sup>

### 4.3.3. El tercer elemento: la intención de no causar un daño mayor al que se busca evitar

Según el artículo 31(1)(d) del ECPI, el tercer elemento de la coacción requiere que el acusado que la invoca no haya tenido la intención de causar un daño mayor del que buscaba evitar con su conducta. Ambos<sup>69</sup> y Werle<sup>70</sup> consideran que este requisito subjetiviza la eximente porque, como sucede en las jurisdicciones de derecho común, se hace necesario analizar la intención del acusado en el momento en que se comete el crimen.

La jurisprudencia del TPIY y del TPIR no es útil para interpretar este requisito subjetivo porque la definición de coacción en sus respectivos estatutos no incluye un requisito similar. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de los tribunales militares establecidos mediante la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado.<sup>71</sup> De este modo, todos estos tribunales limitan su análisis a determinar si el acusado tiene realmente una opción moral para actuar de manera distinta

66 US Military Tribunal Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, *supra* n. 54, paras. 477-480.

67 Joyce, M. (2015), *supra* n. 58.

68 De acuerdo con el Tribunal Militar norteamericano del caso Krupp *et al.* (párrafo 1444), '[s]i podemos suponer que como resultado de la oposición a las políticas del Reich, Krupp habría perdido el control de su planta y los funcionarios sus posiciones, es difícil concluir que la regulación del estado de necesidad justificaba una elección favorable a ellos mismos y en contra de las desafortunadas víctimas que no tuvieron ninguna oportunidad de elección en el asunto. El remedio era por tanto desproporcionado con respecto al mal. A este respecto, debe señalarse que existe una autoridad muy respetable para la opinión de que el temor a la pérdida de la propiedad no hace disponible la defensa de la coacción.' Así mismo, en el Juicio IG Farben (párrafo 1178), el Tribunal Militar norteamericano ha comparado la amenaza provocada por el Tercer Reich y las políticas del gobierno alemán con los beneficios que obtuvieron las fábricas del uso del trabajo forzoso, concluyendo que este último no era ni necesario ni proporcional y generó beneficios personales para los acusados. Ver: US Military Tribunal Nuremberg, *United States of America v. Krupp et al.*, *Judgment*, July 31, 1948, Case No. 10.

69 Ambos, K. (2002), *supra* n. 47, p. 1041.

70 Werle, G. (2011), *supra* n. 12, p. 342.

71 US Military Tribunal Nuremberg, *Einsatzgruppen case*, *supra* n. 54. De acuerdo con este Tribunal, el verdadero test que puede encontrarse de una forma u otra en las distintas jurisdicciones nacionales no es el de la existencia de una orden, sino el de si los subordinados que cometieron los delitos tuvieron realmente una opción moral para actuar de otra manera. Ver también: Joyce, M. (2015), *supra* n. 58, p. 639.

en el momento en que se comete el crimen. En consecuencia, como subraya Joyce, la evaluación de la intención del acusado con respecto al nivel de daño causado es un requisito subjetivo que no ha sido anteriormente requerido para la aplicación del estado de necesidad o la propia coacción.<sup>72</sup>

Este tercer elemento, que puede ser probado a través de los discursos del acusado, los planes en los que se encuentra involucrado y los eventos preparatorios, concurrentes y subsiguientes a la comisión de los crímenes,<sup>73</sup> debe leerse conjuntamente con los otros dos elementos de la coacción previstos en el artículo 31(1)(d) del ECPI. Por ello, un claro indicio de su cumplimiento es el hecho de que el acusado sea capaz de actuar razonablemente a través de una respuesta proporcional a la amenaza, porque esto muestra que ha intentado buscar un equilibrio entre el interés jurídico que ha tratado de proteger y aquel que ha dañado.

#### 4.4. La aplicación de las eximentes de incapacidad mental y coacción en el caso Ongwen

A la luz del análisis desarrollado en las secciones anteriores, se plantea la cuestión sobre si las eximentes de incapacidad mental y coacción pueden ser aplicable en el caso Ongwen. Con respecto a la primera, es necesario antes de nada superar el reduccionismo en que se fundamenta la distinción entre víctimas y victimarios, tan característico del DIP,<sup>74</sup> y que no es aplicable a las complejas situaciones que frecuentemente se producen en las que los victimarios de crímenes internacionales son también víctimas.<sup>75</sup> Así, se puede afirmar que es muy posible que el secuestro, tortura y entrenamiento brutal al que fue sometido Ongwen por el ERS a una edad tan temprana haya tenido un impacto significativo en su desarrollo cognitivo y volitivo.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Joyce, M. (2015), *supra* n. 58, p. 639.

<sup>73</sup> En la decisión relativa a la emisión de la orden de arresto contra Omar Al Bashir (la única decisión sobre genocidio emitida hasta la fecha), la intención genocida del acusado de destruir en todo o en parte a los grupos étnicos Fur, Massalit y Zaghawa fue analizada por la Sala de Cuestiones Preliminares I con base en los planes y discursos de Al Bashir. Ver: ICC, the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, March 4, 2009, ICC Doc. No.: ICC-02/05-01/09-3.

<sup>74</sup> Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*. Field, p 4, disponible en: [http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP\\_FN7\\_Dominic-Ongwen.pdf](http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf) [última visita: 31 de diciembre de 2016].

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 16.

Sin embargo, a falta de informes médicos que puedan ofrecer más información sobre el grado de afectación, esta situación no puede considerarse en sí misma suficiente para probar la incapacidad del acusado para; (i) apreciar la ilicitud o naturaleza de los actos de asesinato, esclavitud, torturas, tratos crueles, actos inhumanos, atentados contra la dignidad personal, pillaje, destrucción de bienes y persecución que se le imputan; o (ii) controlar su conducta para evitar incurrir en este tipo de actos con el fin de no transgredir la ley. Además, no hay ningún síntoma de afectación del aparato psicomotor de Ongwen, puesto que sus capacidades físicas han sido la principal razón que le ha permitido tanto sobrevivir en condiciones muy hostiles desde que era niño, como ascender rápidamente en la estructura jerárquica de la organización militar del ERS.

En consecuencia, como se requiere en el artículo 31(1)(a) del ECPI, correspondería a la Defensa probar mediante informes médicos y otros elementos de prueba que el secuestro, la tortura y el entrenamiento brutal al que Ongwen fue sometido por parte del ERS afectaron sustancialmente sus capacidades cognitivas o volitivas en relación con cada uno de los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares II.<sup>77</sup> Además, según dispone la regla 145 (2)(a)(i) de las RPP, si al menos uno de los dos elementos de la eximente de incapacidad mental no puede ser probado en el grado requerido por el artículo 31(1)(a) del ECPI en relación con alguno de los delitos imputados, cualquier deficiencia cognitiva o volitiva sufrida por Ongwen en el momento en que se cometieron solo podría ser considerada como una circunstancia atenuante a la hora de determinar la pena.

Con respecto a la eximente de coacción, la Defensa afirma que la amenaza que llevó a Ongwen a perpetrar los crímenes: (i) provino del ‘líder supremo y único’ del ERS (Kony);<sup>78</sup> (ii) era probable que se llevara a cabo porque el ERS era un grupo armado ilegal que tenía la capacidad suficiente para lanzar ataques significativos y ejercer una violencia generalizada y sistemática, incluso contra sus propios miembros; y (iii) persistió en el tiempo. Como resultado,

77 ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, para. 19; ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06, para. 34; ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG, para. 34. Ver también: ICTY, the Prosecutor v. Milan Babic, Appeals Chamber, *Judgment on Sentencing Appeal*, July 18, 2005, Case No.: IT-03-72-A, para. 43; ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, *Judgment*, March 22, 2006, Case No.: IT-97-24-A, para. 406.

78 Para la Sala de Cuestiones Preliminares II, [e]l líder indiscutible de la organización era Joseph Kony, de quien emanaban todas las decisiones importantes. Para mantener su control sobre la organización, Joseph Kony también invocó con éxito la posesión de poderes místicos’. Véase: ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6, para. 26.



para la Defensa, aunque Ongwen alcanzó una de las posiciones de mando más altas en el ERS, Kony siempre se mantuvo como el líder supremo del grupo con autoridad sobre el mismo.<sup>79</sup>

Incluso si la Defensa pudiera probar todas estas afirmaciones, aún tendría que probar que: (i) Ongwen no permaneció voluntariamente en el ERS después de cumplir 18 años y se dio cuenta del riesgo que representaba permanecer en el ERS para su vida y su integridad física; (ii) la conducta de Ongwen fue una respuesta a las persistentes amenazas de Kony; (iii) la conducta de Ongwen fue necesaria y razonable (en el sentido de proporcional) para evitar las amenazas de Kony; y (iv) Ongwen no quería causar un daño mayor que el que estaba tratando de evitar.

Hay varias razones por las que es muy poco probable que la Defensa logre probar todos estos elementos. Primero, aunque Ongwen fue reclutado contra su voluntad cuando era un niño en un grupo con un fuerte sentido de jerarquía, ocupó varios puestos de mando (por ejemplo, en 2002 fue el comandante del batallón Oka y en 2003 se convirtió en el segundo al mando de la brigada *Sinia*) antes de convertirse en 2004, debido a su excelente desempeño en las operaciones del ERS,<sup>80</sup> en uno de los máximos comandantes del ERS con la capacidad de dar órdenes a sus subordinados<sup>81</sup> y sugerir operaciones al propio Kony.<sup>82</sup> En consecuencia, no parece que Ongwen permaneciera contra su voluntad en el ERS una vez cumplidos los 18 años, ni que su participación en los crímenes que se le imputan haya sido siempre una respuesta necesaria ante las amenazas de Kony.

Además, según varias víctimas, Ongwen disponía de un alto grado de autonomía para decidir cómo cumplir las órdenes de Kony, por lo que cuando viajaba para ejecutar las operaciones del ERS podría haber huido con facilidad para evitar las amenazas de Kony.<sup>83</sup> Así mismo, si se presta la debida atención a los delitos de esclavitud sexual y saqueo imputados a Ongwen, es evidente que, en caso de haberse producido, el acusado violó a las víctimas y se apropió de sus bienes para obtener un beneficio personal, ya que podría haber evitado

79 Ver, por ejemplo, el presunto asesinato de Vincent Otti (uno de los más altos comandantes del ERS) por orden de Kony, tal y como se detalla en: Diocese of Northern Uganda (2007), *How Vincent Otti was Killed*, December 10, 2007, disponible en: <http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

80 ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6.

81 *Ibid.*, para. 27.

82 Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, '[l]os elementos de prueba demuestran que Dominic Ongwen ideó el plan para atacar Lukodi y solicitó y obtuvo permiso de Joseph Kony para el ataque; esta comunicación de radio en particular fue interceptada el 17 de mayo de 2004'. Ver: ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6, para. 36.

83 Wong, M. (2016), 'Making a Murderer in Uganda', *Foreign Policy*, January 20, 2016, disponible en: [http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp\\_login\\_redirect=0](http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0) [última visita: 31 de diciembre de 2016].

cometer estos delitos sin arriesgar su vida.<sup>84</sup> En consecuencia, ni el requisito de necesidad, ni el de proporcionalidad parecen cumplirse.

Finalmente, al menos en relación con los crímenes en los que obtuvo un beneficio personal, parece improbable que Ongwen no quisiera causar un daño mayor que el que supuestamente estaba tratando de evitar. Solo se podría afirmar lo contrario en caso de que la Defensa pudiera probar que dicho beneficio personal no fue relevante a la hora de decidir cómo ejecutar las operaciones que se cometieron estos delitos, de manera que al planearlas la principal consideración de Ongwen fue como no causar un daño mayor.<sup>85</sup>

En conclusión, y dado el alto mando de Ongwen en el ERS y su autonomía para cumplir las órdenes de Kony, es muy poco probable que no estuviera en condiciones de evitar y/o poner fin a cualquier amenaza a su vida, o a su integridad física, proveniente de cualquier miembro del ERS, incluido Kony. Como mínimo, parece que Ongwen siempre tuvo la oportunidad de dejar el ERS. Así mismo, varios de los crímenes que se le imputan no parecen constituir una respuesta necesaria y proporcional a ninguna amenaza que pudiera haber recibido de Kony. Además, podría haber actuado de una manera mucho menos dañina para las víctimas, especialmente en relación con las víctimas de esclavitud sexual y pillaje. Finalmente, aunque no estamos en condiciones de evaluar la intención de Ongwen, es muy poco probable que la Defensa pueda probar que Ongwen actuó con el fin de no causar un daño mayor al que buscaba evitar.

## 4.5. Índice de jurisprudencia

### Jurisprudencia internacional

#### *Corte Penal Internacional*

ICC, the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, March 4, 2009, ICC Doc. No.: ICC-02/05-01/09-3.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo, el saqueo sistemático cometido en octubre de 2003 por Ongwen y sus subordinados en el campo de desplazados de Paujule.

<sup>85</sup> Por ejemplo, en relación con el ataque a Ludoki realizado el 19 de mayo de 2004, Ongwen solicitó primero la autorización de Kony para lanzarlo, y, una vez obtenida a misma, ordenó el ataque y dio las instrucciones sobre cómo llevarlo a cabo, incluyendo el asesinato indiscriminado de todas las personas que estaban en el campamento. Ver: ICC, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, *supra* n. 6, para. 36.

- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.
- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Defense of Dominic Ongwen, Fourth Public Redacted Version of “Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing, January 18, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-404-Red4.
- ICC, the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, March 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red.
- ICC, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08.

### *Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia*

- ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, November 19, 1996, Case No.: IT-96-22-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Judgment*, October 7, 1997, Case No.: IT-96-22-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, October 7, 1997, Case No. IT-96-22-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Trial Chamber I, *Judgement*, November 16, 1998, Case No.: IT-96-21-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Appeals Chamber, *Judgment*, February 20, 2001, Case No. IT-96-21-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Zoran Zigic & Dragoljub Prcac, Appeals Chamber, *Judgment*, February 28, 2005, Case No.: IT-98-30/1/A.
- ICTY, the Prosecutor v. Milan Babic, Appeals Chamber, *Judgment on Sentencing Appeal*, July 18, 2005, Case No.: IT-03-72-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, *Judgment*, March 22, 2006, Case No.: IT-97-24-A.

## *Tribunales de Nuremberg*

- US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Flick *et al.*, *Judgment*, December 22, 1947, Case No. 5.
- US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Ohlendorf *et al.* (known as the Einsatzgruppen case), *Judgment*, April 8, 1948, Case No. 9.
- US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Krupp *et al.*, *Judgment*, July 31, 1948, Case No. 10.
- US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Wilhelm von Leeb *et al.* (known as ‘German High Command Trial’), *Judgment*, October 27, 1948, Case No. 12.

## **Jurisprudencia nacional**

### *Reino Unido*

- Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hudson and Taylor, Criminal Division, *Judgment*, March 17, 1971, Case No.: 3715/A/70 and No. 3721/A/70, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Court of Appeals of England and Wales, Hasan (Respondent) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly Regina v. Z (2003) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))), Criminal Division, *Judgment*, March 17, 2005, Case No.: [2005] UKHL 22, disponible en: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/22.html> [última visita: 31 de diciembre de 2016].

### *Uganda*

- High Court of Uganda at Jinja, Uganda v. Mwesigwa, *Judgement*, November 11, 2013, Criminal Session Case No.: 269/2011, [2013] UGHCCRD 70.
- Supreme Court of Uganda at Mengo, Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v. Uganda, *Judgment*, May 18, 2004, Criminal Appeal No.: 44/2001, UGSC 36.

## 4.6. Doctrina

- Ambos, K. (2002), 'Other Grounds of Excluding Criminal Responsibility', In Cassese A., Gaeta, P. & Jones, R. W. D. (Eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1.
- Ambos, K. (2005), *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática*, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Ambos, K. (2013), *Treatise On International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Bantekas, I. & Nash, B. (2009), *International Criminal Law*, Oxford and Portland, Routledge/Hart.
- Bassiouni, M.C. (1999), *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2 Ed.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2010), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2 Ed.
- Eser, A. (2016), 'Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility', Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, Munich, Beck/Hart.
- Joyce, M. (2015), 'Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, No. 3, pp. 623-642.
- Keedy, E.R. (1952), 'Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law', *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, No. 7, pp. 956-993.
- Kittichaisaree, K. (2001), *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Knoops, G.J.A. (2007), *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Ormerod, D. & Laird, K. (2014), *Smith and Hogan's Text, Cases and Materials on Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 11<sup>th</sup> Ed.
- Werle, G. (2011), *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Werle, G. & Jessberger, F. (2014), *Principles of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.

## 4.7. Informes, resoluciones y otros documentos

- American Law Institute (1985), *Model Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes*, p. 89, disponible en: <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Código Penal alemán, disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p0147](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0147) [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Código Penal francés, disponible en: [https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Código Penal ugandés, disponible en: <https://ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/120> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Diocese of Northern Uganda (2007), *How Vincent Otti was Killed*, December 10, 2007, disponible en: <http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- ICC, Public Information Office (s.f.), *Case Information Sheet. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Doc. No. ICC-PIDS-CIS-UGA-02-018/20\_Eng*, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- ICC, Public Information Office (s.f.), *The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/ Alleged crimes (non-exhaustive list)*, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Justice and Reconciliation Project (2008), *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, disponible en: [http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP\\_FN7\\_Dominic-Ongwen.pdf](http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf) [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Justice in Conflict (2016), *We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC*, April 19, 2016, disponible en: <https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Law Commission of the England and Wales (2013), *Criminal Liability: Insanity and Automatism. A Discussion Paper*.

- Legal Information Institute (s.f.), *Insanity Defense*, Cornell University Law School, disponible en: [https://www.law.cornell.edu/wex/insanity\\_defense](https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense) [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- United Nations, General Assembly, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, September 13, 1996, UN Doc. No.: 22A (A/51/22), Vol. II (Compilation of Proposals).
- United Nations, International Law Commission, *Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, May 2 – July 22, 1994, UN Doc. No.: A/CN.4/460, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/187305?ln=es#record-files-collapse-header> [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- US Sentencing Commission (2013), *Guidelines Manual Annotated*, disponible en: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013\\_Guidelines\\_Manual\\_Full.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf) [última visita: 31 de diciembre de 2016].
- Wong, M. (2016), ‘Making a Murderer in Uganda’, *Foreign Policy*, January 20, 2016, disponible en: [http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp\\_login\\_redirect=0](http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0) [última visita: 31 de diciembre de 2016].

## 5. ¿Son la naturaleza y extensión de la victimización, los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales factores relevantes en la determinación de las penas por parte de la Corte Penal Internacional?\*

### 5.1. Introducción

El artículo 78 del ECPI y la regla 145 de las RPP recogen los factores que la CPI ha de tener en consideración en la determinación de las penas. Así, conforme al apartado 1 del artículo 78 del ECPI, '[a] imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado'. Además, según sus apartados 2 y 3, al imponer una pena de reclusión, la CPI: (i) abonará el tiempo que haya estado detenido el condenado por orden suya (pudiendo además abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta delictiva); e (ii) impondrá una pena por cada uno de los delitos objeto de la condena y una pena común, que no podrá ser inferior a la más alta de las anteriores, en la que se recoja la duración total de la reclusión (esta última no podrá superar los 30 años a no ser que la extrema gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado justifiquen la imposición de la reclusión perpetua).

---

\* Elaborado por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional del 2018: Antonio José Giraldo Herrera, Ángela Viviana González Valentín, Clara Esperanza Hernández Cortés, Laura María Restrepo Acevedo, Andrés Sánchez Sarmiento, Laura Stephanie Vargas Montoya y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler. La investigación se realizó en el 2018 bajo la supervisión del Profesor Héctor Olasolo.



La regla 145 de las RPP desarrolla lo dispuesto en el artículo 78 del ECPI al señalar en sus párrafos (1)(a) y (1)(b) que, en la determinación de las penas, las cuales deben reflejar en todo caso la culpabilidad del condenado, han de ponderarse todos los factores pertinentes, incluyendo: (i) las ‘circunstancias del crimen’ (lo que podría interpretarse como su gravedad); (ii) las ‘circunstancias del condenado’ (lo que podría entenderse como sus circunstancias personales); y (iii) las circunstancias atenuantes (eximentes incompletas y conducta del condenado después del delito) y agravantes (condenas previas, abuso de poder, abuso del cargo oficial, indefensión de la víctima, multiplicidad de víctimas, crueldad, motivo discriminatorio y otras circunstancias de semejante naturaleza) previstas en los apartados 2(a) y 2(b) de la regla 145. Como algunas de estas últimas circunstancias (por ejemplo, la multiplicidad de víctimas) pueden tenerse también en consideración al analizar la gravedad de la conducta delictiva, se genera una cierta dificultad sobre cómo interpretar la interrelación entre el artículo 78 del ECPI y la regla 145.

Esta dificultad se intensifica al observar que la regla 145(1)(c) de las RPP subraya que, además de los dos factores mencionados en el artículo 78(1) del ECPI (gravedad del crimen y circunstancias personales del condenado), se han de tener en cuenta en la determinación de las penas otros factores (que en principio tampoco se corresponderían con las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en los apartados 2(a) y 2(b)), entre los cuales se mencionan expresamente (i) la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares; (ii) la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para cometer el delito; (iii) el grado de participación del condenado; (iv) el grado de intencionalidad; (v) las circunstancias de modo, tiempo y lugar del crimen; y (vi) la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. Sin embargo, la mayoría de estos factores adicionales tienden a solaparse con con aquellas circunstancias que determinan la gravedad de la gravedad de la conducta delictiva y las circunstancias personales del condenado, generándose de esta manera una notable confusión que la jurisprudencia de la CPI en los casos Lubanga, Katanga, Al Mahdi y Bemba no ha podido resolver hasta el momento.

En este complejo contexto, el presente trabajo se dirige a analizar si los siguientes tres tipos de circunstancias constituyen factores relevantes en la determinación de las penas por la CPI: (i) la naturaleza y extensión de la victimización; (ii) los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad; y (iii) la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales.

## 5.2. ¿Son la naturaleza y extensión de la victimización un factor relevante en la determinación de las penas por la CPI?

Como señala, D'Ascoli la expresión 'victimización' hay que analizarla tanto desde una perspectiva cualitativa (naturaleza del daño, nivel de sufrimiento y consecuencias y traumas físicos y mentales ocasionados a las víctimas), como desde una perspectiva cuantitativa (número de víctimas).<sup>1</sup> En consecuencia, dejando para más adelante el análisis sobre si la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales constituye un factor relevante en la determinación de las penas, analizamos en esta sección el tratamiento que la CPI y otros tribunales penales internacionales e híbridos (el TPIY, el TPIR, el TESL y las SETC) han dado a las circunstancias cualitativas y cuantitativas que integran el concepto de victimización.

### 5.2.1. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La jurisprudencia de la CPI considera en los casos Lubanga,<sup>2</sup> Katanga,<sup>3</sup> Al Mahdi<sup>4</sup> y Bemba<sup>5</sup> la naturaleza y extensión de la victimización como un factor relevante en la determinación de las penas, al ser parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena.

Así, en la decisión de determinación de la pena en el caso Lubanga, la Sala de Primera Instancia I analiza la victimización a partir de la naturaleza del daño y el número de víctimas a las cuales se les ha causado. La Sala afirma que el daño tiene que evaluarse teniendo en cuenta los siguientes elementos: (i) los riesgos que tuvieron que correr los menores de 15 años al ser enlistados voluntariamente, reclutados forzosamente y/o utilizados de manera activa en el desarrollo de las hostilidades por los integrantes de la *Union des Patriotes Congolais* (UPC) y de las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC); (ii) las

- 
- 1 D'Ascoli, S. (2011), *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford, Hart Publishing Ltd., p. 133.
  - 2 ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290, para. 44.
  - 3 ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG, para. 71.
  - 4 ICC, the Prosecutor v. Almah Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15-171, para. 76.
  - 5 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399, para. 15.

secuelas físicas y psicológicas que sufrieron como consecuencia de los hechos victimizantes; y (iii) el número de víctimas menores de quince años afectadas.<sup>6</sup>

Posteriormente, en la decisión de determinación de la pena en el caso Katanga,<sup>7</sup> la Sala de Primera Instancia II analiza la naturaleza y extensión del daño causado a las víctimas, incluyendo las secuelas físicas y psicológicas sufridas, como consecuencia del ataque al municipio de Bogoro (situado en el distrito de Ituri de la RDC) el 24 de febrero de 2003 por las tropas del *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (FNI) y de la *Force de Résistance Patriotique d'Ituri* (FRPI).<sup>8</sup> La Sala tiene en particular consideración el hecho de que las secuelas del ataque a Bogoro se extendieran en el tiempo, toda vez que se presentó un aumento en el índice de pobreza, en el número de huérfanos en la zona y en el número de desplazados.<sup>9</sup> Además, desde una perspectiva cuantitativa, la Sala subraya que el número de víctimas es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de establecer la gravedad de los delitos objeto de la condena.<sup>10</sup>

En el caso Al Mahdi, la Sala de Primera Instancia VIII, al determinar la pena, valora el daño, en cuanto que aspecto central de la gravedad de los delitos objeto de la condena, con base en la pérdida de la herencia cultural y económica causada por la destrucción de lugares sagrados declarados como patrimonio cultural por la UNESCO. Para la Sala, estos lugares no solo cumplían una función religiosa, sino que tenían un valor simbólico y emocional para la población de Timbuktu (Mali) y la sociedad internacional en su conjunto.<sup>11</sup>

Finalmente, en la decisión de determinación de la pena en el caso Bemba, la Sala de Primera Instancia III, aborda, como parte del análisis de la gravedad de los delitos, la extensión del daño y las consecuencias físicas y psicológicas causadas a las víctimas y a sus familiares con ocasión de los hechos victimizantes. En este caso, la victimización es analizada por separado en relación con cada uno de los delitos objeto de la condena: asesinato,<sup>12</sup> violencia sexual<sup>13</sup> y pillaje.<sup>14</sup> Así mismo, al analizar la gravedad de la violencia sexual, la Sala afirma expresamente que el elevado número de víctimas (si bien no se especifica cuántas) ha de ser, necesariamente, tenido en consideración.<sup>15</sup>

6 ICC, *Lubanga Sentencing Decision*, supra n. 2, paras. 39, 40, 41, 49.

7 ICC, *Katanga Sentencing Decision*, supra n. 3, para. 47.

8 *Ibid.*, paras. 56, 57.

9 *Ibid.*, paras. 52, 55, 56, 59.

10 *Ibid.*, paras. 47 et seq.

11 ICC, *Al Mahdi Judgment and Sentence*, supra n. 4, paras. 80, 108.

12 ICC, *Bemba Sentencing Decision*, supra n. 5, paras. 30-32.

13 *Ibid.*, paras. 36, 37.

14 *Ibid.*, paras. 50, 51.

15 *Ibid.*, para. 40.

### 5.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Al igual que el artículo 78(1) del ECPI, el artículo 24(2) del ETPIY establece que, al imponer las penas, el TPIY ha de tener en consideración factores tales como la gravedad de los delitos objeto de la condena y las circunstancias personales del condenado.<sup>16</sup> Además, el apartado 1 de esta disposición añade que el TPIY debe recurrir también a la práctica general de los tribunales nacionales de la ex Yugoslavia en esta materia.

Sobre esta base, la regla 101 de las RPP prevé que, además de los factores referidos en el artículo 24(2) del ETPIY, el TPIY tendrá también en cuenta, al determinar las penas, los siguientes factores: (i) las circunstancias agravantes y atenuantes (incluyendo la cooperación sustancial con la Fiscalía antes y/o después de la condena); (ii) el tiempo pasado en prisión provisional por el condenado mientras fue transferido al TPIY y tuvo lugar el proceso; y (iii) la medida en que el condenado haya cumplido cualquier pena impuesta por un tribunal nacional por los mismos hechos por los que ha sido condenado por el TPIY.<sup>17</sup>

En aplicación de esta normativa, la jurisprudencia del TPIY desarrolla el denominado *litmus test*, el cual analiza la gravedad de los delitos objeto de la condena a través de las circunstancias particulares del caso, el número de víctimas, el sufrimiento causado a las mismas y la forma de participación del condenado.<sup>18</sup>

Así mismo, cabe resaltar que la jurisprudencia del TPIY entiende que la extensión a largo plazo del sufrimiento físico, psicológico y emocional de las víctimas forma parte del concepto de victimización. En este sentido, en los casos Kupreskic *et al.*,<sup>19</sup> Kvocka *et al.*,<sup>20</sup> Stanisic & Zupljanin<sup>21</sup> y Krnojelac<sup>22</sup> se subraya que las consecuencias e impacto de los hechos victimizantes por los que es responsable el condenado, son un factor relevante al momento de establecer la gravedad de los delitos para la determinación de la pena. Con ello, se sigue, en principio, la misma línea jurisprudencial que la CPI.

16 Artículo 24 del ETPIY.

17 *Idem*.

18 ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T, para. 701; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T, para. 852.

19 ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic & Vladimir Santic, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, October 23, 2001, Case No.: IT-95-16-A, para. 442.

20 ICTY, *Kvocka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 18, para. 701.

21 ICTY, the Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber II, *Judgment*, March 27, 2013, Case No.: IT-08-91-T, Vol. 2, para. 892.

22 ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 512.

Sin embargo, se pueden observar también ciertas excepciones. Así, en los casos Blaskic<sup>23</sup> y Brdjanin,<sup>24</sup> el sufrimiento y el trauma causado a las víctimas han sido considerados como circunstancias agravantes, en lugar de circunstancias determinantes de la gravedad de los delitos. Del mismo modo, en los casos Dragan Nikolic,<sup>25</sup> Blaskic,<sup>26</sup> Bralo<sup>27</sup> y Blagojevic & Jokic<sup>28</sup> el número de víctimas también ha sido considerado como una circunstancia agravante.

### 5.2.3. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

El artículo 23(2) del ETPIY y la regla 101 de las RPP establecen un sistema de determinación de las penas similar al previsto para el TPIY. Sin embargo, a diferencia de esta último, la jurisprudencia del TPIR no ha sido coherente a la hora de tratar la naturaleza y extensión de la victimización como un factor relevante en la determinación de las penas. Así, en casos como Bagosora *et al.*<sup>29</sup> y Bizimungu *et al.*,<sup>30</sup> las considera como parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena, mientras que en los casos Kambanda<sup>31</sup> y Gatete<sup>32</sup> las trata más bien como circunstancias agravantes.<sup>33</sup>

La jurisprudencia del TESL considera también la victimización como un factor relevante en la determinación de las penas a partir del número de víctimas, su vulnerabilidad y el grado de sufrimiento e impacto de los delitos

23 ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, para. 787.

24 ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T, para. 1105.

25 ICTY, the Prosecutor v. Dragan Nikolic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, December 18, 2003, Case No.: IT-94-2-S, para. 213.

26 ICTY, *Blaskic Trial Judgment*, *supra* n. 23, p. 784.

27 ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Bralo, Trial Chamber III, *Sentencing Judgment*, December 7, 2005, Case No.: IT-95-17, para. 30.

28 ICTY, the Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Drajan Jokic, Trial Chamber I, *Judgment*, January 15, 2005, Case No.: IT-02-60-T, para. 841.

29 ICTR, the Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, December 18, 2008, Case No.: ICTR-98-41-T, para. 2266.

30 ICTR, the Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka & Prosper Mugiraneza, Trial Chamber II, *Judgment and Sentence*, September 30, 2011, Case No.: ICTR-99-50-T, para. 1991.

31 ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, September 4, 1998, Case No.: ICTR 97-23-S, para. 42.

32 ICTR, the Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete, Trial Chamber III, *Judgment and Sentence*, March 31, 2011, Case No.: ICTR-2000-61-T, para. 678.

33 En ambos casos, las Salas de Primera Instancia I y III, a pesar de abordar la naturaleza y extensión de la victimización dentro del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena, terminan afirmando su consideración como circunstancias agravantes.

en la salud física, emocional y psicológica de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general.<sup>34</sup> En particular, en el caso Taylor, la Sala de Primera Instancia II tiene en cuenta al determinar la pena, como parte del análisis de gravedad de los delitos, el sufrimiento causado a las víctimas por (i) el alto número de muertes; (ii) la brutalidad con la que se cometieron los hechos victimizantes; (iii) el cambio sustancial en la vida de los supervivientes, al no poder volver a desarrollar una vida productiva; (iv) el estigma en las jóvenes violadas; y (v) el rechazo de los niños reclutados por sus propias familias y comunidades.<sup>35</sup> Además, la Sala subraya que los delitos revisten una mayor gravedad por atentar contra grupos vulnerables como niñas y mujeres, adultos mayores y niños soldados.<sup>36</sup>

Finalmente, la jurisprudencia de las SETC considera también que la naturaleza y extensión de la victimización constituyen un factor relevante en la determinación de las penas en cuanto que hacen parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena. Así se refleja en particular en las sentencias de primera instancia en el caso Chea y Samphan (002/01<sup>37</sup> y 002/02).<sup>38</sup> Sin embargo, esto no es óbice para que el número de víctimas sea tratado en ocasiones como una circunstancia agravante, como se observa en la sentencia de apelación en el caso Duch (caso 001), que confirma lo dispuesto a este respecto por la sentencia de primera instancia.<sup>39</sup>

### 5.3. ¿Son los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad un factor relevante en la determinación de las penas?

Con el fin de analizar la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales e híbridos sobre la cuestión objeto de análisis en la presente sección, es necesario distinguir dos tipos de casos relativos a CLH. Por un lado, se encuentran aquellos casos relativos a dirigentes políticos y militares, a quienes

34 SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, para. 20; SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), Trial Chamber, *Sentencing Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL 04-16-T, para. 19.

35 SCSL, *Taylor Sentencing Judgment*, *supra* n. 34, para. 70.

36 *Ibid.*, para 74-75.

37 ECCC, the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, *Judgment*, August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 1075.

38 ECCC, the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, *Judgment*, November 16, 2018, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 4362.

39 ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, February 3, 2012, Case No.: 001/18-07-2007-ECCC/SC, para. 361.

se les imputan específicamente todos los actos de violencia que forman parte del ataque sistemático o generalizado contra la población civil (aspecto central de los elementos contextuales de los CLH).

Por otro lado, encontramos un segundo tipo de casos, normalmente dirigidos contra autores materiales o mandos medios, en los que los actos de violencia imputados son solo una pequeña parte de aquellos que constituyen el ataque sistemático o generalizado contra la población civil. En este segundo tipo de casos, a diferencia del primero, sí es posible distinguir entre los actos de violencia específicamente atribuidos al condenado, y aquellos otros que son solo parte de los elementos contextuales de los CLH. Por lo tanto, es en este segundo tipo de casos donde se puede analizar mejor la cuestión objeto de estudio en la presente sección.

La jurisprudencia de la CPI no ofrece hasta el momento una respuesta precisa a la cuestión planteada. En las decisiones sobre determinación de la pena en los casos Katanga y Bemba (que son los únicos que hasta el momento se refieren a CLH en este tipo de decisiones) no es posible diferenciar el tratamiento a la hora de establecer la pena entre: (i) los actos de violencia específicamente atribuidos a los condenados; y (ii) aquellos otros que han sido probados más allá de toda duda razonable con el exclusivo fin de establecer los elementos contextuales de los CLH.

En relación con los tribunales penales internacionales e híbridos, el TPIR se ha centrado principalmente en el crimen de genocidio, de manera que los casos que abordan también los CLH no lo hacen de una manera tan exhaustiva. Por ello, no parece que su jurisprudencia sea la más apropiada para analizar la cuestión objeto de nuestro estudio.

Por su parte, el TESL ha abordado exclusivamente casos relativos al primer modelo, como los dirigidos contra el ex presidente de Liberia, Charles Taylor, y los dirigentes vivos de mayor rango de los tres grupos armados implicados en el conflicto en Sierra Leona (el *Revolutionary United Front* (RUF), el *Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC) y las *Civil Defense Forces* (CDF)).

Del mismo modo, los dos casos concluidos hasta el momento ante las SETC pertenecen también al primer modelo. Así, en el caso número 001, todos los actos de violencia cometidos en el centro de detención S-21 fueron imputados a Duch,<sup>40</sup> en calidad de superior jerárquico, en cuanto que director del centro. Del mismo, en el caso 002 contra Chea (ex Jefe de Estado de la República de Kampuchea)<sup>41</sup> y Samphan (ex presidente del Consejo de Estado de la República de Kampuchea)<sup>42</sup> también se les imputaron como delitos específicos todos los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los CLH.

40 ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Trial Chamber, *Judgment*, July 26, 2010, Case No.: 001/18-07-2007/ECCC/TC, para. 549.

41 ECCC, *Chea & Samphan Judgment*, *supra* n. 37, para. 941.

42 *Ibid.*, para. 1052.

En consecuencia, a la luz de lo anterior, los casos más idóneos para nuestro estudio, en cuanto que corresponden al segundo tipo de casos arriba mencionados, pertenecen al TPIY. Entre ellos, destacan los casos *Kunarac et al.*,<sup>43</sup> *Kvočka et al.*,<sup>44</sup> *Momir Nikolic*<sup>45</sup> y *Obrenovic*.<sup>46</sup>

Así, en el caso *Kunarac et al.*, la Fiscalía buscó que ciertos actos de violencia no imputados específicamente al condenado, pero que habían sido parte del mismo curso de conducta o plan común, fueran tenidos en consideración por la Sala de Primera Instancia II a la hora de determinar la pena. No obstante, la Sala rechazó la solicitud de la Fiscalía, porque al analizar la petición del ente acusador, expresó que únicamente los hechos de violencia atribuidos al condenado y aquellos directamente relacionados con los mismos – que además hayan sido probados más allá de toda duda razonable –, pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de la pena.<sup>47</sup>

Por su parte, en el caso *Kvočka et al.*, la Fiscalía solicitó a la Sala de Primera Instancia I que tomara en consideración al determinar la pena que los crímenes habían sido cometidos como parte de una política más amplia de persecución general y sistemática.<sup>48</sup> Sin embargo, la Sala rechazó la petición de la Fiscalía porque, si bien aspectos como la naturaleza repetitiva y continua de los crímenes son esenciales a la hora de determinar la existencia de CLH, estos no pueden ser considerados en la determinación de la pena. Las razones dadas por la Sala para llegar a esta conclusión son las siguientes: (i) solo las conductas atribuidas específicamente al condenado pueden ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la pena; y en consecuencia (ii) las conductas no atribuidas al condenado, a pesar de haber sido probadas más allá de toda duda razonable al establecer los elementos contextuales de los CLH, no pueden ser tratadas, ni como circunstancias que incrementan la gravedad de los delitos objeto de la condena, ni como circunstancias agravantes.<sup>49</sup>

Finalmente, en los casos *Nikolic* y *Obrenovic* la Sala de Primera Instancia I ha seguido también esta misma línea argumentativa. En ambos casos, que se refieren a los hechos ocurridos durante la masacre de Srebrenica (Bosnia y Herzegovina), la Fiscalía solicitó que se tuvieran en cuenta para la determinación de las penas aquellos actos de violencia exclusivamente relacionados

43 ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, *Judgment*, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.

44 ICTY, *Kvočka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 18.

45 ICTY, the Prosecutor v. Momir Nikolic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 2, 2003, Case No.: IT-02-60/1-S.

46 ICTY, the Prosecutor v. Dragan Obrenovic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 10, 2003, Case No.: IT-02-60/2-S.

47 ICTY, *Kunarac et al. Trial Judgment*, *supra* n. 43, para. 850.

48 ICTY, *Kvočka et al. Trial Judgment*, *supra* n. 18, para. 696.

49 *Ibid.*, para. 705.



con el contexto general dentro del cual se dio la masacre, incluidos los hechos ocurridos antes de que se produjera la misma en julio de 1995. No obstante, la Sala descartó esta posibilidad.

Así, en el caso de *Nikolic*, la Sala de Primera Instancia I consideró que, si bien dichos hechos pueden ser tenidos en cuenta para hacer una contextualización general del marco histórico dentro del cual se desarrolló el ataque a Srebrenica antes de julio de 1995, la responsabilidad penal del condenado y la correspondiente tasación de la pena únicamente responden a los hechos de violencia que le son atribuibles, es decir, aquellos que se dieron a partir de julio de 1995.<sup>50</sup>

La Sala de Primera Instancia I fue si cabe todavía más clara en el caso *Obrenovic*, al afirmar que únicamente aquellos hechos constitutivos de los delitos específicamente atribuidos al acusado pueden ser considerados al evaluar su gravedad cara a la determinación de la pena. En consecuencia, según la Sala, frente a los actos de violencia que hacen parte del contexto general del ataque, sería necesario adelantar otro proceso penal para determinar las correspondientes responsabilidades penales.<sup>51</sup>

#### 5.4. ¿Es la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales un factor relevante en la determinación de las penas?

Finalmente, con respecto a la cuestión relativa a si la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales es un factor relevante en la determinación de las penas, es necesario precisar que solo la jurisprudencia del TPIR afirma, en relación con el delito de genocidio, que ciertas categorías de crímenes internacionales consideradas en abstracto (es decir, sin tener en cuenta las condiciones específicas en que se producen los actos de violencia atribuidos al condenado) pueden tener una mayor gravedad.<sup>52</sup> Sin embargo, ni la jurisprudencia de la CPI, ni la jurisprudencia del TPIY han realizado este tipo de afirmaciones.

<sup>50</sup> ICTY, *Nikolic Sentencing Judgment*, *supra* n. 45, para. 106.

<sup>51</sup> ICTY, *Obrenovic Sentencing Judgment*, *supra* n. 46, paras. 78, 152.

<sup>52</sup> ICTR, the Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Trial Chamber II, *Trial Judgment*, November 1, 2010, Case No.: ICTR-2002-78-T, para. 674; ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Trial Chamber III, *Judgment*, December 2, 2008, Case No.: ICTR-01-72-T, para. 448; ICTR, the Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, Trial Chamber III, *Judgment*, June 17, 2004, Case No.: ICTR-2001-64-T, para. 345; ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence*, *supra* n. 31, para. 42.

Además, como ya hemos visto, tanto la CPI, como el TPIY y el TPIR, han subrayado que los elementos cualitativos y cuantitativos de la victimización constituyen un factor relevante en la determinación de las penas, si bien no se ponen de acuerdo respecto a si deben ser considerados a la hora de establecer la gravedad de los delitos objeto de la condena o como una circunstancia agravante.

En consecuencia, el análisis desarrollado en esta sección se limita a establecer si el tipo de bien jurídico protegido por los delitos objeto de la condena constituye un factor relevante en la determinación de las penas según la jurisprudencia de la CPI, del TPIY y del TPIR.

#### 5.4.1. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La jurisprudencia de la CPI subraya la importancia de la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la determinación de las penas. Así, la Sala de Primera Instancia II en el caso Katanga señala que los distintos delitos objeto de la condena no tienen la misma gravedad porque aquellos cometidos contra las personas son más graves que los que afectan a los bienes materiales.<sup>53</sup>

Esta distinción en cuanto al nivel de gravedad entre delitos cometidos contra personas y contra objetos es abordada también por la Sala de Primera Instancia VIII en el caso Al Mahdi, que afirma la mayor gravedad de los primeros frente a los segundos.<sup>54</sup> Además, para la Sala, la gravedad de los delitos objeto de la condena se ve también influenciada por el impacto cultural y psicológico que tenga la destrucción de los bienes afectados en la población.<sup>55</sup> En consecuencia, son más graves los delitos cometidos contra aquellos objetos que: (i) están destinados a actividades religiosas, (ii) tienen una notable importancia cultural para la población; o (iii) generan en la misma una afectación psicológica significativa.

Por su parte, en el caso Bemba, la Sala de Primera Instancia III subraya la mayor gravedad de los delitos que atentan contra la vida de algunos grupos poblacionales particularmente vulnerables, como las mujeres y los niños, los cuales, desde su perspectiva, son merecedores de una pena más severa.<sup>56</sup> Así mismo, la Sala entiende que el crimen de guerra de saqueo tiene una mayor gravedad cuando tiene por objeto bienes necesarios para la supervivencia de las víctimas, o cuando genera un impacto particularmente dañino en la población.<sup>57</sup>

53 ICC, *Katanga Sentencing Decision*, *supra* n. 3, paras. 47 et seq.

54 ICC, *Al Mahdi Judgment and Sentence*, *supra* n. 4, para. 77.

55 *Ibid.*, para. 79.

56 ICC, *Bemba Sentencing Decision*, *supra* n. 5, para. 29.

57 *Ibid.*, paras. 49-51.

Finalmente, en el caso Lubanga se analizan las implicaciones que para la gravedad de los delitos objeto de la condena tiene el hecho de que las conductas se hayan cometido directamente contra niños menores de quince años, siendo este un grupo de especial protección con particular vulnerabilidad ante las consecuencias físicas y psicológicas generadas por los actos de violencia a los que fueron sometidos.<sup>58</sup>

#### 5.4.2. La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

La jurisprudencia del TPIY distingue entre: (i) delitos cometidos contra personas y bienes; (ii) delitos cometidos contra diversas categorías de personas con distintas circunstancias; y (iii) delitos cometidos contra diversas categorías de bienes.

Con respecto a la primera distinción, la Sala de Apelaciones en los casos *Delalic et al.*<sup>59</sup> y *Furundzija*<sup>60</sup> afirma que existe una diferencia en el nivel de gravedad entre la no prevención y/o posterior castigo del asesinato o la tortura, en comparación con la no prevención y/o castigo de ciertos crímenes cometidos contra bienes materiales, como el saqueo.

Respecto a los delitos cometidos contra las personas, la jurisprudencia del TPIY agrava la pena en virtud de la particular vulnerabilidad de ciertos grupos de víctimas. Así, por ejemplo, en el caso *Kunarac*, la Sala de Primera Instancia II subraya que el hecho de que, al cometerse los crímenes, algunas de las víctimas fueran muy jóvenes (entre 15 y 19 años), debe ser considerado como una circunstancia agravante.<sup>61</sup>

Finalmente, en relación con los delitos cometidos contra diferentes categorías de bienes, la Sala de Primera Instancia II en el caso *Strugar* afirma que existe una diferencia sustancial entre atacar bienes culturales protegidos (como el casco antiguo de Dubrovnik) y atacar bienes civiles que no ostentan esta característica especial, siendo más graves los ataques dirigidos contra los primeros.<sup>62</sup>

58 ICC, *Lubanga Sentencing Decision*, *supra* n. 2, para. 37.

59 ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A, para. 732.

60 ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 244.

61 ICTY, *Kunarac et al. Trial Judgment*, *supra* n. 43, para. 864.

62 ICTY, the Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Chamber II, *Judgment*, January 31, 2005, Case No.: IT-01-42-T, para. 232.

En lo que se refiere a la jurisprudencia del TPIR, destaca el hecho de que la misma subraya la mayor gravedad inherente al delito de genocidio, ya se trate de su modalidad consumada o del acto preparatorio de incitación pública y directa. En consecuencia, al considerarse al genocidio como la categoría de crímenes internacionales más grave, todo acto genocida debe ser condenado con la mayor severidad.<sup>63</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia del TPIR no es coherente a la hora de abordar esta circunstancia en el análisis de gravedad de los delitos imputados al condenado o como circunstancia agravante. Así, mientras las Salas de Primera Instancia II y III afirman en los casos *Kanyarukiga*<sup>64</sup> y *Bikindi*<sup>65</sup> que el genocidio es un crimen de tal gravedad que afecta a los cimientos de la sociedad y a la consciencia de la humanidad (y por tanto su especial naturaleza debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la gravedad del delito), la Sala de Primera Instancia I y la propia Sala de Primera Instancia III entienden en los casos *Kambanda*<sup>66</sup> y *Gacumbitsi*<sup>67</sup> que las particulares características del genocidio han de tenerse en cuenta como circunstancia agravante.

Finalmente, en el caso *Gacumbitsi*,<sup>68</sup> la Sala de Primera Instancia III subraya también la especial gravedad de los delitos de naturaleza sexual, y en particular la violación, lo que, para la Sala, amerita su consideración como una circunstancia agravante.

## 5.5. Consideraciones finales

Con base en los anterior se pueden alcanzar las siguientes conclusiones. En primer lugar, la jurisprudencia de la CPI y de los tribunales penales internacionales e híbridos analizados muestra como todos ellos consideran la naturaleza y extensión de la victimización (en particular, los daños y sufrimientos causados a la víctima, las consecuencias sobre su salud física y mental a corto y largo plazo y el número de víctimas) como un factor relevante en la determinación de las penas.

63 ICTR, *Kanyarukiga Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 674; ICTR, *Bikindi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 448; ICTR, *Gacumbitsi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 345; ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence*, *supra* n. 31, para. 42.

64 ICTR, *Kanyarukiga Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 674.

65 ICTR, *Bikindi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 448.

66 ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence*, *supra* n. 31, para. 42.

67 ICTR, *Gacumbitsi Trial Judgment*, *supra* n. 52, para. 345.

68 *Idem*.

Sin embargo, no es coherente su tratamiento como parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena o como una circunstancia agravante. Así mientras la jurisprudencia del CPI, del TESL y de las SETC los incluye de manera constante en su análisis de gravedad de los delitos, la jurisprudencia del TIPY y del TPIR muestra un mayor grado de incoherencia, observándose una cierta tendencia a tratar su dimensión cuantitativa (número de víctimas) como una circunstancia agravante y su dimensión cualitativa como parte del análisis de gravedad de los delitos.

En segundo lugar, el TPIY ha sido el único tribunal penal internacional que ha abordado hasta el momento la cuestión relativa a si los actos de violencia que solamente son probados más allá de toda duda razonable para establecer la existencia de los elementos contextuales de los CLH son un factor relevante en la determinación de la pena. Como hemos visto, la jurisprudencia de sus distintas salas de primera instancia muestra un rechazo constante a esta consideración.

Finalmente, mientras que la jurisprudencia del TPIR considera al delito de genocidio como la categoría de crimen internacional más grave, no se encuentra hasta el momento una afirmación de esta naturaleza en la jurisprudencia de la CPI y del TPIY. No obstante, para la jurisprudencia de estos dos últimos tribunales, la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos que se ven afectados por los delitos objeto de la condena constituye un factor relevante en la determinación de las penas. De esta manera, los delitos cometidos contra personas son inherentemente más graves que aquellos cometidos contra bienes. Además, presentan también una mayor gravedad los delitos cometidos contra ciertas categorías de personas (como mujeres y niños) y bienes (como aquellos que forman parte del patrimonio cultural) que disfrutan de una especial protección.

## Índice de jurisprudencia

### Corte Penal Internacional

- ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290.
- ICC, the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.

ICC, the Prosecutor v. Almah Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber, *Judgment and Sentence*, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15-171.

### **Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya**

ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Supreme Court Chamber, *Appeal Judgment*, February 3, 2012, Case No.: 001/18-07-2007-ECCC/SC.

ECCC, the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Trial Chamber, *Judgment*, July 26, 2010, Case No.: 001/18-07-2007/ECCC/TC.

ECCC, the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, *Judgment*, August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC.

### **Tribunal Especial para Sierra Leona**

SCSL, the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.

SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), Trial Chamber, *Sentencing Judgment*, June 20, 2007, Case No.: SCSL 04-16-T.

### **Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

ICTR, the Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, September 4, 1998, Case No.: ICTR 97-23-S.

ICTR, the Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi, Trial Chamber III, *Judgment*, June 17, 2004, Case No.: ICTR-2001-64-T.

ICTR, the Prosecutor v. Simon Bikindi, Trial Chamber III, *Judgment*, December 2, 2008, Case No.: ICTR-01-72-T.

ICTR, the Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Trial Chamber I, *Judgment and Sentence*, December 18, 2008, Case No.: ICTR-98-41-T.

ICTR, the Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Trial Chamber II, *Trial Judgment*, November 1, 2010, Case No.: ICTR-2002-78-T.

ICTR, the Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete, Trial Chamber III, *Judgment and Sentence*, March 31, 2011, Case No.: ICTR-2000-61-T.

ICTR, the Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka & Prosper Mugiraneza, Trial Chamber II, *Judgment and Sentence*, September 30, 2011, Case No.: ICTR-99-50-T.

## Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, *Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, *Judgment*, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, *Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, *Appeals Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, *Judgment*, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic & Vladimir Santic, Appeals Chamber, *Appeal Judgment*, October 23, 2001, Case No.: IT-95-16-A.
- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, *Judgment*, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, *Judgment*, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Momir Nikolic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 2, 2003, Case No.: IT-02-60/1-S.
- ICTY, the Prosecutor v. Dragan Obrenovic, Trial Chamber I, *Sentencing Judgment*, December 10, 2003, Case No.: IT-02-60/2-S.
- ICTY, the Prosecutor v. Dragan Nikolic, Trial Chamber II, *Sentencing Judgment*, December 18, 2003, Case No.: IT-94-2-S.
- ICTY, the Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Trial Chamber II, *Judgment*, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Drajan Jokic, Trial Chamber I, *Judgment*, January 15, 2005, Case No.: IT-02-60-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Chamber II, *Judgment*, January 31, 2005, Case No.: IT-01-42-T.
- ICTY, the Prosecutor v. Miroslav Bralo, Trial Chamber III, *Sentencing Judgment*, December 7, 2005, Case No.: IT-95-17.
- ICTY, the Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber II, *Judgment*, March 27, 2013, Case No.: IT-08-91-T, Vol. 2.

## 5.7. Doctrina

D'Ascoli, S. (2011), *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford, Hart Publishing Ltd.



## 6. Las reparaciones a las víctimas en el Caso Bemba a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional\*

### 6.1. Introducción

El presente trabajo analiza la cuestión relativa a si las víctimas que participan en el caso Bemba pueden ser reparadas a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional. Para responder a esta cuestión, el trabajo se estructura en cuatro secciones principales: en primer lugar, se desarrolla el doble mandato en materia de reparación del TFV; en segundo lugar, dentro del mandato de asistencia general, se explican los tipos de proyectos que desde 2008 ha implementado el TFV en sus programas de asistencia; en tercer lugar, se desarrollará la cuestión relativa a la posibilidad de utilizar el mandato asistencial del TFV para adoptar este tipo de proyectos en favor de las víctimas en el caso Bemba; y, finalmente, se analizará el alcance y la forma de interacción entre los representantes legales de las víctimas y el TFV.

### 6.2. El doble mandato del Fondo Fiduciario para las Víctimas

El TFV es un órgano de la CPI con autonomía propia. Se creó en el año 2004 por la Asamblea de Estados Parte, desarrollando lo dispuesto en el artículo 79 del ECPI. El TFV busca beneficiar a las víctimas y a sus familias de los crímenes que se encuentran dentro de la jurisdicción de la CPI. La actividad del TFV se enmarca en un doble mandato: (i) la ejecución de las órdenes de reparación emitidas por las salas de la CPI en los fallos condenatorios que

---

\* Elaborado por los siguientes miembros de la Clínica Jurídica Internacional del 2018: Antonio José Giraldo Herrera, Ángela Viviana González Valentín, Clara Esperanza Hernández Cortés, Laura María Restrepo Acevedo, Andrés Sánchez Sarmiento, Laura Stephanie Vargas Montoya y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler. La investigación se realizó en el 2018 bajo la supervisión del Profesor Héctor Olasolo.

ponen fin a los casos desarrollados ante las mismas; y (ii) la provisión de asistencia general a las víctimas de crímenes de la jurisdicción de la CPI que se hayan cometido en el territorio de situaciones bajo investigación, con base en los aportes realizados por donantes voluntarios para así lograr su rehabilitación física y psicológica y proveerles ayuda material.<sup>1</sup>

Es importante resaltar que el TFV no depende de las decisiones condenatorias de la CPI para poder actuar porque, conforme a su segundo mandato de asistencia general, el TFV puede desplegar sus recursos y actividades para reparar a quienes, tras un examen preliminar, considere víctimas de crímenes de la competencia de la CPI. Lo anterior, en virtud de que el segundo mandato del TFV ha sido diseñado para que quienes sufrieron un daño causado por la comisión de crímenes previstos en el ECPI reciban algún tipo de asistencia, aunque el responsable no haya sido finalmente condenado, imputado o incluso identificado. Esto es así porque, como ha señalado Dannenbaum,<sup>2</sup> el fin último del TFV es brindar asistencia a las víctimas y sus familias, sin que un fallo condenatorio sea, por lo tanto, imperativo para realizar dicho fin.

La función de asistencia y acompañamiento a las víctimas del TFV no tiene el mismo alcance que su mandato de reparación. El mandato de reparación se da en virtud de un fallo condenatorio que establece la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable por determinados hechos que han sido considerados como constitutivos de crímenes previstos en el ECPI. Tiene como fin reparar a aquellas personas naturales y jurídicas que se han visto afectadas por dichos hechos, y que, a la luz de la regla 85 de las RPP, han sido reconocidas como víctimas en las posteriores actuaciones de reparación previstas en el artículo 76 del ECPI y en las reglas 94 a 99 de las RPP. A estas víctimas se les puede ofrecer una reparación individual (y/o colectiva) porque el daño específico que se les ha causado ha sido declarado probado por una decisión judicial de la CPI.

Por el contrario, debido a que su mandato asistencial no opera en virtud de decisiones judiciales, sino con base en estudios preliminares del propio TFV para determinar a qué comunidades y grupos de personas se les puede atribuir la condición de víctima conforme a la regla 85 de las RPP, las reparaciones individuales de carácter monetario no tienen cabida en el mandato asistencial del TFV. En consecuencia, este último solo puede tomar la forma de medidas de rehabilitación física y psicológica y apoyo material a dichas comunidades o grupos de personas.

---

1 Coalition for the International Criminal Court (s.f.), *Delivering on the promise of a fair, effective and independent Court: Trust Fund for Victims*, disponible en: <http://iccnw.org/?mod=trustfund> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

2 Dannenbaum, T. (2010), 'The International Criminal Court, article 79, and transitional justice: the case for an independent Trust Fund for Victims', *Wisconsin Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, pp. 234-298, p. 236.

### 6.3. La ejecución de programas de asistencia a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas

Desde su constitución material, el TFV ha iniciado programas de asistencia a víctimas de crímenes previstos en el ECPI y a sus familias en diferentes territorios de las situaciones bajo investigación por la Fiscalía de la CPI. Más específicamente, se han llevado a cabo estos programas en Uganda y República Democrática del Congo, y se planea iniciar otro en Costa de Marfil.<sup>3</sup>

Uganda fue el primer Estado en el que intervino el TFV. En 2008, comenzó el primer programa de asistencia en dicho país, y desde entonces se han implementado diferentes proyectos en alrededor de 18 distritos del norte de país.<sup>4</sup> Para 2017, se completó el primer ciclo de proyectos de asistencia, enfocados precisamente en la rehabilitación física y psicológica para brindar socorro y reparación a las víctimas del conflicto armado.

El TFV ha trabajado conjunta y coordinadamente con el Ministerio de Salud de Uganda, autoridades locales de cada uno de los distritos en los que se ha intervenido, entidades públicas, organizaciones privadas, líderes sociales y otros profesionales para prestar determinados servicios, cuyo propósito fundamental es tratar de enmendar los daños que causó el conflicto.<sup>5</sup>

En materia de rehabilitación física, los proyectos de asistencia han permitido que la población afectada haya podido tener acceso a cirugías reconstructivas para tratar casos de mutilación, agresión sexual y quemaduras graves, terapias de ortopedia quirúrgica, prótesis de miembros amputados, fisioterapia, tratamiento por contagio de enfermedades de transmisión sexual, extracción de balas y otros objetos extraños del cuerpo y detección temprana de enfermedades.<sup>6</sup> Además, ha podido recibir las indicaciones necesarias para el tratamiento postoperatorio y el seguimiento médico general.<sup>7</sup>

Frente al tratamiento psicológico, se han utilizado recursos para contratar entidades y personas especializadas en brindar tratamientos psicológicos, principalmente frente a casos de estrés postraumático y secuelas psicológicas

3 ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *Assistance programmes*, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

4 ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Newsletter#3 - May 2017*, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/TFV%20Newsletter%20May%202017%20ENG.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

5 Centre for Children in Vulnerable Situations (2015), *Trust Fund for Victims launches new assistance projects in Northern Uganda*, 11 de julio de 2015, disponible en: <http://www.centreforchildren.be/support-centres/trust-fund-for-victims-launches-new-assistance-projects-in-northern-uganda/?lid=355> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

6 *Idem*.

7 Ver también: ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *supra* n. 3.

a largo plazo tras la guerra.<sup>8</sup> Se le ha dado relevancia, además, al apoyo psicológico para las víctimas de violencia sexual y de género, ya que esta fue una de las principales formas de violencia durante el conflicto.<sup>9</sup> Así mismo, no solo se ha brindado apoyo individual, sino que se han puesto en marcha diferentes grupos de apoyo, que facilitan la interacción entre víctimas según sus propias necesidades.<sup>10</sup>

Además de todo lo anterior, se han iniciado campañas de sensibilización a la comunidad a través de diferentes medios de comunicación y otros canales de información, con el fin de acabar con el estigma que existe alrededor de las víctimas del conflicto (especialmente aquellas que sufrieron violencia sexual) y para combatir la discriminación que, en muchas ocasiones, persigue a los sectores más afectados y vulnerables.<sup>11</sup>

La segunda situación en la que ha intervenido el TFV es de la República Democrática del Congo. Su Programa de Asistencia se ha dirigido a brindar, desde 2008, asistencia a víctimas, principalmente en el distrito de Ituri y en las provincias de Kivu del Sur y Kivu del Norte.<sup>12</sup> Al igual que en el caso de Uganda, los proyectos desarrollados por el TFV en RDC como parte de su programa asistencial se han basado en resarcir el daño generado a las víctimas, promoviendo su rehabilitación física y psicológica y su apoyo material,<sup>13</sup> con particular atención a las víctimas de violencia sexual, reclutamiento forzoso de menores y familiares de personas asesinadas con secuelas psicológicas importantes.<sup>14</sup>

Los servicios de salud encaminados a brindar rehabilitación física se han prestado en coordinación con entidades especializadas en las diferentes necesidades de las víctimas. El trabajo del TFV consiste en remitir a los pacientes a dichas entidades, las cuales tienen un convenio con el TFV para llevar a cabo estas actividades.<sup>15</sup> Los recursos han sido principalmente empleados en atender pacientes que necesitan cirugías generales y reconstructivas, diagnóstico y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, extracción de objetos extraños del cuerpo, tratamiento de fístulas y en general, garantizar el acceso a servicios médicos básicos, lo cual, en las poblaciones afectadas, ha sido y sigue siendo difícil.<sup>16</sup>

8 *Idem.*

9 Centre for Children in Vulnerable Situations (2015), *supra* n. 5

10 ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *supra* n. 3.

11 *Idem.*

12 ICC, Trust Fund for Victims (2017), *supra* n. 4.

13 ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *supra* n. 3.

14 McCleary-Sills, J. & Mukasa, S. (2013), *External Evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo*, noviembre de 2013, International Center for Research on Women, disponible en: <https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/ICRW-TFV-Evaluation-Report.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

15 *Idem.*

16 ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *supra* n. 3.

En cuanto a los servicios de rehabilitación y tratamiento psicológico, al igual que en Uganda, se han implementado programas de asesoramiento psicológico tanto individual como grupal (grupos de apoyo). Además de esto, se han dispuesto diferentes espacios de cohesión que tratan temas de integración tales como la música, el baile y el teatro, con el fin de promover la unión y la aceptación social, así como talleres y diálogos comunitarios de sensibilización. Por último, se han utilizado diferentes canales de información (programas de radio y sesiones informativas) para que las víctimas conozcan sus derechos.<sup>17</sup>

En la RDC, adicionalmente, se implementaron otros proyectos de apoyo material a las víctimas para brindar una asistencia complementaria a las poblaciones afectadas. Entre ellos, se entregaron subsidios educativos, capacitaciones vocacionales y talleres de educación laboral y financiera, para promover una cultura de trabajo y ahorro.<sup>18</sup>

Hasta finales de 2017, cuando se decidió renovar los programas de asistencia en Uganda y en la RDC, se calculó que se había logrado asistir a 400.000 víctimas en ambas situaciones.<sup>19</sup> A pesar de que las personas afectadas por ambos conflictos superan los 22 millones de personas,<sup>20</sup> por lo que tal cifra parece a primera vista poco significativa, debe tenerse en cuenta que se pretende seguir ejecutando los programas para aumentar su cobertura actual. Sin embargo, no es menos cierto, que esto constituye un auténtico desafío debido a los limitados recursos financieros provenientes de donantes en la comunidad internacional.

Finalmente, es importante mencionar que a mediados de 2017 se decidió iniciar un programa de asistencia en Costa de Marfil.<sup>21</sup> Ese mismo año se realizó el estudio preliminar de identificación de víctimas y reconocimiento de necesidades en dicho Estado. De esta manera, se esperaba que, una vez que el TFV aprobó en 2018 su programa de acción, éste se empezase a ejecutar a partir de 2019 (de hecho, en un primer momento, el TFV había previsto comenzar en 2018). Sin embargo, hasta el momento no se ha podido iniciar su ejecución.<sup>22</sup>

---

17 *Idem.*

18 *Idem.*

19 ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims*, 4 de diciembre de 2017 disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/ASP-16-BDTFV.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

20 ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *supra* n. 3.

21 *Idem.*

22 *Idem.*

## 6.4. La ejecución de programas de asistencia para las víctimas en el caso Bemba a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas

El caso Bemba se refiere a un ciudadano de la RDC, que en el momento en que se cometieron los crímenes imputados era el presidente del *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC) - partido político fundado por él mismo – y el comandante en jefe de su brazo armado, la *Armée de Libération du Congo* (ALC).<sup>23</sup>

El 24 de mayo de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares III profirió la orden de arresto en contra Bemba.<sup>24</sup> El 15 de junio de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares III consideró que Bemba debía ser enjuiciado por su presunta responsabilidad penal como comandante militar, conforme al artículo 28 (a) del ECPI, en la comisión de los crímenes de guerra de asesinato, violación sexual y pillaje, y de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación sexual. Estos crímenes fueron cometidos por las tropas del MLC/ALC en la República Centroafricana entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003.<sup>25</sup>

Tras la confirmación de cargos, el juicio contra el acusado se inició el 22 de noviembre de 2010, ante la Sala de Primera Instancia III. Durante el juicio, la Sala reconoció a 5.229 personas el estatuto procesal de víctima, lo que les permitió participar en las actuaciones.<sup>26</sup> El 21 de marzo de 2016, la Sala declaró que Bemba, como comandante militar, era culpable de la comisión de los crímenes de guerra de asesinato y violación sexual y de los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación sexual y pillaje. El 21 de junio de 2016 la Sala de Primera Instancia III condenó a Bemba a 18 años de prisión.<sup>27</sup>

Frente al veredicto y la sentencia se presentaron los recursos de apelación correspondientes. El 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones determinó que la Sala de Primera Instancia III había cometido los siguientes errores en su sentencia: (i) condenar a Bemba por actos delictivos que no se encontraban entre los hechos de violencia expresamente recogidos en la decisión de confirmación de

23 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1343, para. 10.

24 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo*, May 24, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1-ENG.

25 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

26 ICC, Public Information and Communication Section (2019), *Case Information Sheet: the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

27 ICC, *Bemba Trial Judgment*, *supra* n. 23.

cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares III; y (ii) realizar una evaluación inadecuada de todas las medidas razonables y necesarias, tomadas por Bemba, para prevenir, reprimir y castigar la comisión por sus subordinados de los hechos de violencia imputados y probados en el juicio oral.<sup>28</sup> Por tales razones, la Sala de Apelaciones decidió revocar la condena en primera instancia y absolvió a Jean Pierre Bemba de todos los cargos.<sup>29</sup>

Tras la absolución de Bemba, se ha planteado la cuestión sobre cómo proceder con los miles de víctimas que han participado en el juicio oral, porque, como hemos visto, no cabe la concesión de reparaciones judiciales sin que haya una sentencia condenatoria previa.

Según la Fiscalía de la CPI y la OPCV, esta situación de incertidumbre podría y debería ser abordada por el TFV a través de su mandato asistencial, que le permite, dentro de las limitaciones financieras con las que opera el TFV, implementar en RCA programas de rehabilitación física y psicológica y de apoyo material a, entre otras, las víctimas que participaron en el juicio oral en el caso Bemba. Para la Fiscalía y la OPCV,<sup>30</sup> el TFV tiene la facultad de decidir de manera autónoma que una parte de las donaciones recibidas sean utilizadas para poner en marcha en la situación en la RCA un programa de asistencia que cuente con proyectos de estas características.<sup>31</sup> Esto, con independencia de que los beneficiarios hayan sido reconocidos como víctimas en el caso Bemba, siempre y cuando el TFV los reconozca como víctimas de crímenes previstos en el ECPI cometidos en la situación en la RCA.<sup>32</sup>

En el mismo sentido, la doctrina ha expresado reiteradamente que el TFV es un órgano autónomo e independiente, lo que modifica en buena medida la forma común de entender los procesos tradicionales de reparación porque abre la posibilidad para que haya una reparación colectiva de las víctimas de aquellos crímenes previstos en el ECPI que no son objeto de una declaración de responsabilidad en una sentencia condenatoria.<sup>33</sup> De esta manera, se asegura la implementación de proyectos de asistencia a las víctimas de crímenes

28 ICC, Press Release (2018), *ICC Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*, 8 de junio de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1390> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

29 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.

30 ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Office for Public Counsel for Victims, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings*, June 12, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649.

31 ICC, Office of the Prosecutor (2018), *Statement of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 13 de junio de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

32 ICC, *Office for Public Counsel for Victims Joint Submissions*, *supra* n. 30.

33 Dannenbaum, T. (2010), *supra* n. 2, pp. 234 *et seq.*

no imputados, o por los que los acusados resultan finalmente absueltos como en el caso Bemba, atribuyendo así a estos proyectos un carácter prioritario en el ECPI.<sup>34</sup>

En línea con lo anterior, el propio TFV expidió un comunicado en junio de 2018, aseverando que más allá de la decisión tomada por la Sala de Apelaciones absolviendo a Bemba de los crímenes cometidos en la RCA, el daño sufrido por las víctimas que participaron en este caso será tenido en cuenta y se procederá a desarrollar proyectos encaminados a asistir y rehabilitar a las víctimas, en la medida de lo posible.<sup>35</sup>

## 6.5. La función de los representantes legales de las víctimas frente al Fondo Fiduciario para las Víctimas

Una vez afirmada la posibilidad de que se el TFV utilice su mandato asistencial en favor de las víctimas que participaron en el juicio oral en el caso Bemba, surge a cuestión sobre la función de los representantes legales de las víctimas ante el TFV, con el fin de que las víctimas (en particular, las víctimas que han participado en las actuaciones del caso Bemba) puedan acceder a los beneficios que les pueda ofrecer el TFV.

Sobre esta cuestión, la doctrina subraya que, con el fin de establecer mecanismos de reparación idóneos para las necesidades de las víctimas en cada situación, es necesario que sus representantes legales sean consultados por el TFV.<sup>36</sup>

Esta necesidad de participación de los representantes legales de las víctimas ante el TFV encuentra también su fundamento en el hecho de que la institución de la representación legal de las víctimas ha sido entendida desde las negociaciones del ECPI como un derecho particularmente importante de las víctimas.<sup>37</sup>

---

34 *Idem.*

35 ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, 133 de junio, 2018, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/en/news> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

36 de Brouwer, A.M. (2007), 'Reparation to victims of sexual violence: possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and their families', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, pp. 207-227.

37 Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública (1998), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: preguntas y respuestas*, octubre de 1998, disponible en: <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm> [última visita: 18 de noviembre de 2019].



Así mismo, en la revisión llevada a cabo en el 2012 por los Estados parte sobre las estrategias de la CPI en relación con las víctimas, se afirmó que el ejercicio del derecho a la reparación está íntimamente ligado con el derecho a la representación legal. Es decir, si bien al momento de ejecutar un proyecto adelantado por el TFV en ejercicio de su mandato asistencial no es imperativa la intermediación de los representantes legales de las víctimas, la participación de estos últimos sí resulta sumamente importante para que, a la hora de elegir qué proyectos se llevarán a cabo, el TFV conozca con claridad los intereses de las víctimas y los mecanismos más eficientes de rehabilitación para la comunidad de que se trate.<sup>38</sup>

En línea con lo anterior, el TFV afirmó expresamente en su comunicado de junio de 2018 que procedería a consultar a los representantes legales de las víctimas sobre sus intereses y necesidades con el fin de conocer cómo proceder para asistirlos.<sup>39</sup>

Así mismo, cabe resaltar que, tras la absolución de Bemba, como bien lo afirma Federación Internacional de Derechos Humanos, los representantes legales de las víctimas tienen el deber de interceder a favor de los derechos de sus representados para que sean reconocidos como víctimas por el TFV y puedan ser incluidos en los proyectos de asistencia que se implementen. Adicionalmente, es preciso que los representantes de víctimas ejerzan cierto tipo de presión al TFV para que se ejecuten efectivamente dichos proyectos, de manera que los daños sufridos por las víctimas sean adecuadamente abordados.<sup>40</sup>

Finalmente, en cuanto a la forma en que los representantes legales de las víctimas pueden interactuar con el TFV, y ante la ausencia de una regulación específica a este respecto, se considera que esta ha de articularse mediante la presentación al mismo de escritos con información sobre las cuestiones relevantes para determinar qué proyectos de reparación asistencial deberían ser adoptados, con particular atención a la caracterización de los hechos victimizantes, el nivel de daño sufrido por sus representados, sus principales necesidades y los mecanismos más efectivos para hacer frente a las mismas.

---

38 ICC, Assembly of States Parties (2012), *Court's revised Strategy in relation to Victims*, November 5, 2012, 11<sup>th</sup> session, ICC Doc. No.: ICC-ASP/11/38, disponible en: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf) [última visita: 18 de noviembre de 2019].

39 ICC, Trust Fund for Victims (2018), *supra* n. 35.

40 International Federation for Human Rights (2018), *The Bemba Case: heavily criticized, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited*, 1 de octubre de 2018, disponible en: <https://www.fidh.org/en/region/Africa/central-african-republic/the-bemba-case-heavily-criticised-the-icc-must-maintain-victims-legal> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

## 6.6. Conclusión

De lo anterior se deducen las siguientes conclusiones:

A. Como consecuencia de su doble mandato en materia de reparaciones, el TFV tiene una función de asistencia y acompañamiento a las víctimas que no depende de la emisión por las salas de la CPI de una sentencia condenatoria. El TFV es, por tanto, un órgano autónomo e independiente, lo que modifica en buena medida la forma común de entender los procesos tradicionales de reparación porque abre la posibilidad para que se pueda asistir colectivamente a las víctimas de aquellos crímenes previstos en el ECPI que no son objeto de una declaración de responsabilidad en una sentencia condenatoria. De esta manera, se asegura la ejecución de proyectos de asistencia a las víctimas de crímenes no imputados, o por los que los acusados resultan finalmente absueltos como en el caso Bemba, atribuyendo así a estos proyectos un carácter prioritario en el ECPI.

B. Debido a que el mandato asistencial del TFV no opera en virtud de una sentencia judicial condenatoria, sino en base a un estudio preliminar del propio TFV para determinar a qué comunidades y grupos de personas se les puede atribuir la condición de víctima conforme a la regla 85 de las RPP, las reparaciones individuales de carácter monetario no tienen cabida en el mandato asistencial del TFV. En consecuencia, este último solo puede tomar la forma de medidas de rehabilitación física y psicológica y apoyo material a dichas comunidades o grupos de personas.

C. A la luz de lo anterior, tras la absolución de Bemba, las víctimas que participaron en el juicio oral no pueden acceder a una reparación individual de carácter monetario. Sin embargo, en ejecución de su mandato asistencial, el TFV puede implementar en la RCA un programa de asistencia que incluya proyectos de rehabilitación física y psicológica y apoyo material para las mismas, al tener la facultad de decidir de manera autónoma que una parte de las donaciones recibidas sean utilizadas con estos fines.

D. Es necesario que, con el fin de que se adopten proyectos idóneos de asistencia, los representantes legales de las víctimas sean consultados para que informen con claridad al TFV sobre los intereses de las víctimas y los mecanismos más eficientes para su rehabilitación.

E. Ante la ausencia de una regulación específica a este respecto, la forma en que los representantes legales pueden interactuar con el TFV ha de articularse mediante la presentación al mismo de escritos con información sobre las cuestiones relevantes para determinar qué proyectos de reparación asistencial deberían ser adoptados, con particular atención a la caracterización de los hechos victimizantes, el nivel de daño sufrido por sus representados, sus principales necesidades y los mecanismos más efectivos para hacer frente a las mismas.

## 6.7. Índice de jurisprudencia

### Corte Penal Internacional

- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo*, May 24, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1-tENG.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1343.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.
- ICC, the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Office for Public Counsel for Victims, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings*, June 12, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649.

## 6.8. Doctrina

- de Brouwer, A.M. (2007), 'Reparation to victims of sexual violence: possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and their families', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, pp. 207-227.
- Dannenbaum, T. (2010), 'The International Criminal Court, article 79, and transitional justice: the case for an independent Trust Fund for Victims', *Wisconsin Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, pp. 234-298.

## 6.9. Resoluciones, informes y otros documentos

- Centre for Children in Vulnerable Situations (2015), *Trust Fund for Victims launches new assistance projects in Northern Uganda*, 11 de julio de 2015, disponible en: <http://www.centreforchildren.be/support-centres/trust-fund-for-victims-launches-new-assistance-projects-in-northern-uganda/?lid=355> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- Coalition for the International Criminal Court (s.f.), *Delivering on the promise of a fair, effective and independent Court: Trust Fund for Victims*, disponible en: <http://iccnow.org/?mod=trustfund> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Assembly of States Parties (2012), *Court's revised strategy in relation to victims*, November 5, 2012, 11th session, ICC Doc. No.: ICC-ASP/11/38, disponible en: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf) [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Office of the Prosecutor (2018), *Statement of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 13 de junio de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Press Release (2018), *ICC Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*, 8 de junio de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1390> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Public Information and Communication Section (2019), *Case information sheet: the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Trust Fund for Victims (s.f.), *Assistance programmes*, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/assistance-programmes> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Newsletter#3 - May 2017*, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/TFV%20Newsletter%20May%202017%20ENG.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- ICC, Trust Fund for Victims (2018), *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, junio 13 de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR> [última visita: 18 de noviembre de 2019].

- ICC, Trust Fund for Victims (2017), *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims*, 4 de diciembre de 2017, disponible en: <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/ASP-16-BDTFV.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- International Federation for Human Rights (2018), *The Bemba Case: heavily criticized, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited*, 1 de octubre de 2018, disponible en: <https://www.fidh.org/en/region/Africa/central-african-republic/the-bemba-case-heavily-criticised-the-icc-must-maintain-victims-legal> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- McCleary-Sills, J. & Mukasa, S. (2013), *External evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo*, International Center for Research on Women, noviembre de 2013, disponible en: <https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/ICRW-TFV--Evaluation-Report.pdf> [última visita: 18 de noviembre de 2019].
- Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública (1998), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: preguntas y respuestas*, octubre de 1998, disponible en: <https://www.un.org/spanish/law/cpi.htm> [última visita: 18 de noviembre de 2019].