XIV H/ V61

Kai Ambos

Estudios de Derecho Penal Internacional

Universidad Católica Andrés Bello

K5015.4
A52 Ambos, Kai.
Estudios de derecho penal internacional / Kai Ambos. – Caracas : Universidad Católica Andrés Bello

576 p. ; 22 cm.
ISBN: 980-244-379-4
Incluye referencias bibliográficas.

1. DERECCHO PENAL - UNIFICACIÓN INTERNACIONAL. 2. DELITOS INTERNACIONALES. 3. PROCEDIMIENTO PENAL (DERECHO INTERNACIONAL) I. Título.

Kai Ambos
Estudios de Derecho Penal Internacional

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020)
Apartado 20.332

Diseño y producción: Publicaciones UCAB
Diagramación: Dominga E .Rada Moscoso
Correción de pruebas: María Bolinches y David Lodovic
Diseño de portada: Dominga E. Rada Moscoso
Impresión: Editorial Texto C.A.

© Universidad Católica Andrés Bello
Primera edición, 2004
ISBN: 980-244-379-4
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: Lf45920043401543

2005/2171
Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

ÍNDICE

* Presentación. Juan Luis Modollel 5
* Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional 7
* "Elementos del crimen", así como reglas del procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional 57
* Sobre los fines de la Pena al nivel nacional y supranacional 73
* Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 99
* Responsabilidad Penal individual en el Derecho Penal Supranacional 131
* Sobre el efecto eximente del "actuar bajo órdenes" desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional 171
* La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional 193
* Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (*core crimes*) en el Derecho Penal Internacional 271
* ¿Es el procedimiento Penal Internacional "adversal", "inquisitivo"o mixto? 357
* Anexos 407
  Elementos de los Crímenes 409
  Reglas de Procedimiento y prueba 449
  Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 521

PRESENTACIÓN

Constituye para mí un gran honor presentar al público venezolano la siguiente obra sobre Derecho Penal Internacional del conocido profesor alemán Kai Ambos. De cierta manera Venezuela estaba en deuda con el profesor Ambos, ya que éste ha publicado libros sobre varios temas, en gran parte de Latinoamérica, siendo Venezuela uno de los pocos países donde aún no había visto la luz un libro suyo. Pues bien, publica la Universidad Católica Andrés Bello esta importante obra que recopila artículos sobre diferentes tópicos del Derecho Penal Internacional. En este trabajo del profesor Ambos se aprecia la tendencia a ahondar en la dogmática sustantiva y procesal del Derecho Penal Internacional, cuestión que se observa claramente en su trabajo de habilitación para catedrático en Alemania[1], el cual está siendo traducido al castellano.

En Venezuela el Derecho Penal Internacional constituye un tema de moda. Así, un grupo de abogados ha intentado acciones judiciales en contra de altos funcionarios del Estado ante tribunales extranjeros y organismos internacionales esgrimiendo el principio de justicia universal y el Estatuto de Roma. Igualmente, los distintos trabajos adelantados para la reforma del Código penal vigente tienen como uno de sus objetivos incluir en el Derecho interno venezolano los diversos delitos contemplados en dicho Estatuto, tratando así de corregir el grave déficit de punibilidad de crímenes internacionales existente en nuestro país[2]. Sin embargo, se nota muchas veces, en las discusiones públicas, que sobre la materia existe en Venezuela una falta de claridad sobre principios propios del Derecho Penal Internacional, tanto a nivel procesal como sustantivo, al punto de

---

1 Ambos, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätzeeiner Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002.

2 Sobre dicho déficit de punibilidad, *vid.* Modolell González, Juan Luis: "Informe Venezuela", en Ambos-Malarino (editores): *Persecusión penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo. 2003, págs. 535 y ss.

que se cree, por ejemplo, que cualquier delito grave cometido en un país por funcionarios del Estado puede ser objeto de conocimiento por parte de la Corte Penal Internacional, o que algunos delitos comunes graves que afectan a un amplio sector de la población (vgr., los delitos contra la salud pública) constituyen en sí mismos crímenes de lesa humanidad. Con toda seguridad la presente obra del profesor Ambos servirá para aumentar el rigor científico de la discusión venezolana.

Conozco a Kai Ambos desde mi primera visita al Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, en el año 1996, tiempo en el cual el profesor Ambos se desempeñaba en dicha institución como referente para Latinoamérica, y he colaborado con él durante los últimos años en los trabajos de seguimiento de la implementación del Estatuto de Roma en determinados países latinoamericanos. Durante todo este tiempo he sido testigo directo del amplio conocimiento, que sobre la realidad de nuestro continente, posee el profesor Ambos, como puede apreciarse en sus variados artículos y obras vinculados a la misma. Siguiendo esta línea, la obra que presento constituye un paso más para consolidar las ya muy estrechas relaciones del hoy catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Göttingen con nuestra región, además de ayudarnos a nosotros, los venezolanos, a comprender un poco más el Derecho Penal Internacional.

Freiburg i. Br., 26 de julio de 2004

Juan Luis Modolell González
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal y
Derecho Penal Económico en las Universidades Católica Andrés Bello
y Central de Venezuela.

Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional Un análisis del Estatuto de Roma *

De Kai Ambos **

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (*Rome Statute*[1]), aprobado en Roma en la noche del 17 de julio de 1998, consta de un armónico Preámbulo[2] y trece Partes (*Parts*) que comprenden en total 128 artículos:

---

* Traducido por Miguel Ángel Iglesias Río, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España); y por Lucía Martínez Garay, becaria de Investigación del Departamento de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Revisión por Oscar Julián Guerrero (Colombia), becario de la Sociedad Max Planck, y el autor. El título original es "*Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts*". (Los traductores han optado por emplear el término "Corte" por ser el de la traducción oficial en el texto auténtico de la versión al castellano, aunque en el ámbito español suele utilizarse el término "Tribunal").

** Dr. jur. (Universidad de Munich). Referente científico, encargado de las secciones de Derecho penal internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Brisgovia (Alemania). El autor fue miembro de la Delegación alemana en Roma; este artículo refleja solamente su opinión personal. Asistente científico de la Universidad de Freiborg. Catedrático interino de las Universidades de Freiburg y de Göttingen.

1 *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Conf 183/9 (http:/www.un.org/icc) (Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional) (en todos los idiomas de las Naciones Unidas).

2 Por citar sólo el primer párrafo: "*Conscientes* de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento "(subrayado en el original).

- Parte I: Del Establecimiento de la Corte (*Establisment of the Court*, arts. 1-4).
- Parte II: De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable (*Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law*, arts. 5-21).
- Parte III: De los Principios Generales del Derecho Penal (*General Principles of Criminal Law*, arts. 22-33).
- Parte IV: De la Composición y Administración de la Corte (*Composition and Administration of the Court*, arts. 34-52).
- Parte V: De la Investigación y el Enjuiciamiento (*Investigation and Prosecution*, arts. 53-61).
- Parte VI: Del Juicio (*The Trial*, arts. 62-76).
- Parte VII: De las Penas (*Penalties*, arts. 77-80).
- Parte VIII: De la Apelación y la Revisión (*Appeal and Revision*, arts. 81-85).
- Parte IX: De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial (*International Cooperation and Judicial Assistance*, arts. 86-102).
- Parte X: De la ejecución de la Pena (*Enforcement*, arts. 103-111).
- Parte XI: De la Asamblea de Estados Partes (*Assembly of States Parts*, art. 112).
- Parte XII: De la Financiación (*Financing*, arts. 11-118).
- Parte XIII: Cláusulas Finales (*Final Clauses*, arts. 119-128).

La estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos, sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, que estaba marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso. Pese a que se trató, no podía llegarse a soluciones dogmáticamente maduras y jurídicamente libres de contradicción; tan sólo se llegó a refundir los diferentes intereses político-criminales de las Delegaciones de los Estados en una forma aceptable para todos. La arriesgada empresa entre una persecución penal eficiente y una consideración adecuada a los intereses de la soberanía estatal se evidencia precisamente en las partes del Estatuto especialmente significativas desde la perspectiva política, en particular en las disposiciones sobre la competencia judicial (*jurisdiction*), sobre los delitos y sobre la cooperación con la Corte. Por otro

lado, también es evidente que las peculiaridades del objeto de las negociaciones –el dominio jurídico-material y procesal del injusto de Derecho Penal Internacional– hacen necesario soluciones que superen los simples conocimientos de Derecho comparado[3].

A continuación presentaremos una visión de conjunto del Estatuto, pues reservaremos un análisis dogmático más profundo para posteriores contribuciones. Hemos renunciado conscientemente a amplias referencias[4]. Una exposición del Estatuto orientada de acuerdo con criterios lógico-objetivos puede asemejarse poco más o menos a como sigue:

- Organización y financiación de la Corte y cláusulas finales (arts. 1-4, 34-52, 112-128).
- Requisitos de Competencia y Admisibilidad (arts. 11-19).
- Fundamentos jurídico-penales: principios generales (arts. 20-23) y crímenes (arts. 5-10).
- Fundamentos jurídicos del proceso penal: investigación (arts. 81-85), juicio (arts. 62-76) y recursos (arts. 81-85).
- Cooperación Internacional y Asistencia Judicial (arts. 86-102).
- Penas (arts. 77-79) y ejecución de la pena.

---

3 De modo análogo, en conexión con las causas materiales de exclusión de la pena en el Derecho penal internacional, recientemente: *Nill-Theobald* "Defences", bei Kriegsverbrechen etc., 1998, p. 9.

4 De un modo general baste aquí sólo con indicar las publicaciones más recientes: *Sadat Wexler* (Editor), Observations on the consolidated ICC Text before the final Session of the Preparatory Committee, Toulouse (Nouvelles Etudes Pénales 13 bis) 1998; el mismo (Editor), Model Draft Statute for the ICC based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference etc., Toulouse (Nouvelle Etudes Pénales 13 ter) 1998; Bassiouni (Editor), ICC Compilation of UN-Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference, Rom 1998; *Lattanzi* (Editor), The ICC. Comments on the Draft Statute, Neapel 1998; Human Rights Watch, Justice in the Balance. Recommendations for an Independent and Effective ICC, New York 1998; ELSA, Handbook on the Draft Statute for the ICC, Rom, 2ª edic. 1998; *Zimmermann*, ZaöRV 1998, 47 ss. Para el Estatuto de Roma, cfr. el próximo fascículo especial del European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (Eur. J. Crim Cr. L.Cr.J.), vol. 6 (1998) nº4, así como Kinkel, NJW 1998, 2650; *Caflisch*, NZZ 8./9.8.1998.

I. Organización y financiación de la Corte y de las cláusulas finales[5]

1. Cuestiones de organización (arts. 1-4, 34-52)

Ya en la primera semana de la Conferencia de Roma pudo ser determinada La Haya como sede de la Corte Penal Internacional (C.P.I.) (art.3). La Corte es establecida como institución permanente con personalidad jurídica internacional (art. 1,4). Su relación con la ONU se regula a través de un acuerdo especial entre ésta y la Asamblea de los Estados Partes (aprobado en el mismo Estatuto, (art.2).

La Corte se compone de cuatro órganos (art. 34 ss.):

- La Presidencia (presidency).
- Las Secciones judiciales: Sección de Apelación, de Primera Instancia y Cuestiones Preliminares (appeals, trial y pre-trial division).
- La Fiscalía (office of the prosecutor).
- La Secretaría (registry).

En total deberán ser elegidos dieciocho Magistrados de carrera para nueve años, en votación secreta por la Asamblea de los Estados Partes sobre la base de dos listas de candidatos. No es posible una reelección.

De una lista A deben ser elegidos en primer lugar nueve Magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito jurídico-penal, y de una lista B cinco Magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito del Derecho internacional. Los candidatos pueden ser propuestos por cada Estado Parte y deberán poseer, al menos, la nacionalidad de un Estado Parte, con lo cual no es posible elegir dos Magistrados de la misma nacionalidad. Deberá asegurarse la representatividad de las regiones y de los sistemas jurídicos más importantes, así como la representación equilibrada de Magistrados mujeres y hombres; así mismo, deberán ser nombrados Magistrados con conocimientos especiales, por ejemplo vilencia contra mujeres y niños.

5 Cfr. con detalle *Jarrasch*, Eur. J. Cr. Cr. J., supra nota 4.

En la primera votación no deben ser elegidos todos los Magistrados en el mismo acto para nueve años, sino un tercio para tres años, un segundo para seis y sólo el último tercio para nueve años. El primer grupo puede ser reelegido después (arts. 35, 36).

La Sala de Apelaciones debe componerse del Presidente y cuatro Magistrados; la Sala de Primera Instancia de no menos de seis Magistrados, y la Sala de Cuestiones Preliminares, en todo caso, de no menos de seis Magistrados. Las Salas de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares deben integrarse en su mayoría por Magistrados con experiencia jurídico-penal (art. 39). La independencia de los Magistrados deberá ser especialmente garantizada a través de la dedicación exclusiva en la C.P.I. (art. 40). La falta de imparcialidad puede conducir a mociones de recusación que deberán ser dirimidas por los Magistrados por mayoría absoluta (art. 41).

La Fiscalía es un órgano independiente de la Corte. El Fiscal General (*The Prosecutor*) dirige y actúa con total autonomía, y es auxiliado además por uno o varios fiscales adjuntos (*Deputy Prosecutors*). El Fiscal y sus fiscales adjuntos son elegidos por mayoría absoluta de la Asamblea de los Estados Partes por un periodo de nueve años y no son reelegibles. El Fiscal General puede nombrar con independencia a su personal; debe nombrar asesores jurídicos especialistas en determinados temas, como, por ejemplo, violencia sexual contra niños (arts. 42, 44).

La Secretaría es competente para la administración y prestación de servicios de la Corte. El Secretario de carrera será elegido por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido una sola vez. También él puede elegir con independencia a sus colaboradores (arts. 43 y 44).

Una separación del cargo de un Magistrado, del Fiscal, de su Adjunto, del Secretario o de su Adjunto es aplicable por faltas graves o cuando la persona afectada no está en disposición de cumplir las funciones establecidas en el Estatuto. La decisión concierne a la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (en caso de un Magistrado) o por mayoría absoluta (en los demás casos) (art. 46). Los grupos de personas mencionadas gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los Jefes

de misiones diplomáticas, aún después de la conclusión de los años de servicio, por las declaraciones manifestadas en el marco del desempeño de sus funciones oficiales (art. 48).

Los idiomas de trabajo de la Corte son el inglés y el francés; los idiomas oficiales serán el árabe, el chino, el ruso y el español (por tanto, todos los idiomas ONU). Sin embargo, sólo deberán ser traducidas en todos estos idiomas las decisiones de capital significación (art. 50).

La C.P.I. –al igual que los Tribunales *ad-hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda– mantendrá como fundamento jurídico adicional las Reglas de Procedimiento y Prueba (*rules of procedure and evidence*)[6]. Pero éstas no serán promulgadas por los propios Magistrados, sino que deberán ser desarrolladas por una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*), que se convocará a finales de 1998 o a principios de 1999[7] y aprobadas o, en su caso, modificadas por la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (art. 51).

Estas reglas pueden ser modificadas a propuesta de un Estado Parte, de la mayoría absoluta de Magistrados o del Fiscal General por mayoría de dos tercios (art. 51). La diferencia esencial con relación a los Tribunales *ad-hoc* radica no sólo en que el Estatuto de Roma regula el procedimiento con más detalle que los Estatutos *ad-hoc,* sino también en que únicamente los Estados Partes pueden promulgar las reglas procesales, pero no los Magistrados (como ocurre en los Tribunales *ad-hoc*). Estos pueden promulgar disposiciones (*regulations*) que afecten exclusivamente al modo de funcionamiento de la C.P.I. (art. 52).

La Asamblea de los Estados Partes (*Assembly of States Parties*, art. 112) se compone de los Estados Partes y únicamente de los Estados observadores que hayan firmado el Estatuto o el Acta Final (*Final Act*). Cada Estado tiene un voto. Un Estado que durante dos años esté en mora en el pago y no pueda invocar causas de fuerza mayor pierde su derecho

6 Para las Reglas del Tribunal de Yugoslavia, cfr. Ambos NJW 1998, 1444.

7 *Resolution on the Establishment of the Preparatory Commission for the International Criminal Court* (A/CONF. 183/C.1/L.76/Add.14, p. 9).

de voto. La Asamblea debe reunirse, ordinariamente, cada año y también, excepcionalmente, por motivos especiales. Las decisiones deben adoptarse, en principio, por consenso[8].

2. Financiación y cláusulas finales (arts. 113-128)

La Corte se financia de las cuotas de los Estados Partes y de la ONU (especialmente en los procesos que lleguen a la Corte en base a una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), así como de contribuciones adicionales voluntarias de Gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras instituciones (arts. 115 ss.)

Las controversias relativas a sus funciones judiciales deben ser dirimidas por la propia C.P.I. Las controversias entre dos o más Estados Partes sobre la interpretación o aplicación del Estatuto que no puedan ser resueltas mediante negociaciones en la Asamblea de los Estados Partes deberán ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia (art. 119).

No podrán admitirse reservas al Estatuto (art. 120). Las enmiendas de naturaleza material serán factibles siete años después de la entrada en vigor del Estatuto (art. 121). Deberán ser sometidas a trámite de admisión, en primer lugar, a través de la Asamblea de Estados Partes por mayoría simple. Después, la enmienda propiamente dicha deberá ser admitida por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes o por una Conferencia convocada al efecto (*Review Conference*)[9].

Una enmienda entrará en vigor después de la ratificación o adhesión de siete octavos de los Estados Partes. En el caso de que un Estado Parte no acepte la enmienda podrá denunciar el Convenio. Una regulación especial rige para los crímenes del art. 5 (para ello, infra III.2): las enmiendas entrarán en vigor, pues, sólo para aquellos Estados Partes

8 Si esto no fuera posible, en caso de decisiones sobre cuestiones de fondo (*matters of substance*) es necesaria mayoría de dos tercios -con presencia de la mayoría absoluta de los Estados Partes- y, en caso de decisiones sobre procedimiento (*matters of procedure*), una mayoría simple.

9 Ésta debe ser convocada por el Secretario General de la ONU -quasi de oficio- siete años después de la entrada en vigor del Estatuto. Deberá ocuparse especialmente de los crímenes del art. 5 (art. 123).

que las hayan aceptado un año después del depósito de su instrumento de ratificación o aceptación (art. 121).

Las enmiendas de naturaleza institucional, por ejemplo las que afectan a la organización y composición de la Corte, podrán ser propuestas en cualquier momento y aceptadas por una mayoría de dos tercios de Estados Partes. Entrarán en vigor seis meses después de su aprobación por la Asamblea de los Estados Partes o por una posible Conferencia (*Review*) (art. 122).

El Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión (art. 126). Con relación a los Estados que ratifiquen el Estatuto después de su entrada en vigor, entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito de sus correspondientes instrumentos (art. 126). No exonerará en absoluto al Estado una renuncia de carácter general del Estatuto; en particular, permanecerá intacto su deber de cooperación en relación con los procedimientos penales ya iniciados (art. 127).

II. Requisitos de competencia y de admisibilidad[10]

1. Requisitos de competencia (arts. 11-16)

Con respecto a la –sumamente controvertida– competencia formal (*jurisdiction*) de la Corte estaban enfrentadas dos posiciones extremas.

Los Estados partidarios de la Corte, en concreto también Alemania, en base a principios jurídicos universales defendían la opinión de que –en primer lugar– un Estado que pase a ser parte con la adhesión al Convenio deberá someterse a la jurisdicción automáticamente (*automatic jurisdiction*) y, en segundo lugar, la Corte debería poseer competencia universal.

Por el contrario, los Estados escépticos a la Corte, en particular los Estados Unidos, defendían la opinión de que debería distinguirse entre

10 Cfr., con detalle *Bergsmo*, Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J., supra nota 4; *Kaul*, ibídem (para la competencia).

los delitos de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra. Ciertamente, en caso de genocidio podría ser aceptada la jurisdicción automática, pero con relación al segundo nivel, necesitaría, sin embargo, de determinados puntos de contacto para fundamentar la competencia. Según la denominada Propuesta de Corea deberá ser competente la Corte cuando el Estado del lugar del hecho, del autor, de la víctima o de la custodia es Estado Parte o haya aceptado (*ad hoc*) la competencia en un asunto concreto. Con relación a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad se defendió, sin embargo, una opinión considerablemente más restrictiva: ya con relación al primer nivel de competencia debería existir un mecanismo *opt-in*, de modo que un Estado Parte debería someterse a la jurisdicción a través de una declaración expresa. Como punto de partida ha sido aceptado –con relación al segundo nivel– en el caso más extremo, únicamente el Estado del autor[11].

En la discusión de estas propuestas en el Pleno de la Comisión de la Conferencia, se rechazó una distinción entre genocidio y los otros crímenes, por confusa y arbitraria. Además, una clara mayoría de Estados se pronunció –con respecto al primer nivel– en favor de una *automatic jurisdiction*, mientras que en atención a los puntos de contacto –con respecto al segundo nivel– se favoreció la Propuesta de Corea (como compromiso más próximo a la propuesta alemana de una jurisdicción universal)[12]. La solución presentada y finalmente también aceptada el último día de la Conferencia prevee ahora un modelo de competencia de tres niveles (art. 12):

- En el primer nivel, un Estado que pasa a ser parte acepta automáticamente la jurisdicción (art. 12, párr.1); en caso de crímenes

11 Cfr., para estas propuestas, sobre todo el art. 7,7 bis y 7 ter de los dos últimos Proyectos del Despacho de la Conferencia de 6-7-1998 (A/Conf. 183/C.1/L.53) y de 10-7-1998 (A/Conf. 183/C.1/L. 59). Cfr. también *Zimmermann*, ZaöRV, 1998, 84 ss.; así como Kaul, Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J., supra nota 4.

12 Según información del Diario de la Conferencia Monitor, n 2, de 10-7-1998 el 79% de los Estados estaban a favor de la Propuesta de Corea.

de guerra, un Estado Parte podrá, no obstante, emitir una declaración de que, durante un periodo de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, no acepta la competencia de la Corte (denominada *opt-out*[13]). Tal declaración puede ser retirada en cualquier momento (art. 124)[14].

- En el segundo nivel se reconocen como alternativas los puntos de contacto del Estado del lugar del hecho (Estado territorial) o del autor. Se otorga competencia, pues, cuando el Estado del lugar del hecho o de la acción es Estado Parte –con lo que no es preciso entonces ninguna declaración especial de consentimiento– o acepta la competencia en un caso concreto (art. 12, párr. 2).
- En un tercer nivel, un Estado que no es Estado Parte, pero que es el Estado del lugar del hecho o del autor, puede aceptar la competencia *ad hoc* en un caso concreto (art. 12, párr. 3).

Estos requisitos de competencia se aplican, sin embargo, sólo en aquellas situaciones en las que un caso es remitido por un Estado Parte a la Corte, o el Fiscal investiga de *motu propio* (art. 13, párr. (a) y (c)). En caso de una remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU con arreglo al Capítulo VII de la Carta ONU, la competencia de la Corte se otorga sin más (art. 13 párr. (b)). Además, el artículo 11 dispone que la competencia de la Corte se extiende sólo a los delitos que hayan sido cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto para los Estados Partes o para un determinado Estado (*jurisdiction ratione temporis*).

Como ya se ha indicado, un procedimiento ante la Corte puede ser iniciado por el Consejo de Seguridad ONU, por un Estado Parte o por investigaciones autónomas del Fiscal (art. 13, denominado *trigger mechanismus*).

13 Este precepto fue decisivo para la adhesión al Estatuto por parte de Francia. En oposición a ello con el opt-in, en principio, se parte de un no sometimiento a la jurisdicción y de que el Estado deba manifestar expresamente su sometimiento.

14 El precepto, en especial, el plazo de siete años, deberá ser revisado en la citada Review.

El Consejo de Seguridad, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir a la Corte las situaciones que caen en la categoría de amenazas contra la paz, en relación con las cuales se hayan cometido delitos en el sentido del Estatuto (art. 13 (b)). Dado que esta competencia resulta directamente de la Carta ONU, no rigen –prescindiendo de la complementariedad (art. 17, para ello infra)– ulteriores requisitos de competencia o de admisibilidad. Del Capítulo VII resulta también la autorización del Consejo de Seguridad de solicitar a la Corte que no inicie un procedimiento de investigación o de suspenderlo por un periodo de hasta doce meses (aunque prorrogable) (art. 16). Esta posibilidad presenta una importante restricción a la independencia de la Corte, pero podría ser mitigada un poco en sus repercusiones prácticas, puesto que necesita de un acuerdo del Consejo de Seguridad tomado por mayoría –con unanimidad de los miembros permanentes– (art. 27 III, Carta ONU).

Un Estado Parte puede solicitar, en todo momento, al Fiscal que investigue una determinada situación. A la solicitud deberán adjuntarse pruebas suficientes (art. 13 (a), en relación con el art. 14). Rigen los requisitos generales de competencia y de admisibilidad (arts. 11, 12, 17 y 19).

El Fiscal podrá recabar diligencias informativas de la Administración en base a informaciones de cualquier fuente fiable, también de otras organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales (art. 13 (c), en relación con el art. 15). Si es de la opinión de que existe fundamento razonable (*reasonable basis*) para abrir una investigación, ha de solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares (*pre-trial chamber*) una autorización para la prosecución del procedimiento. En tal caso, las víctimas del hecho podrán presentar también sus observaciones. Sólo si la Sala de Cuestiones Preliminares considera que hay fundamento suficiente, el Fiscal podrá comenzar con las verdaderas investigaciones. Esta decisión judicial no afecta a las posteriores decisiones sobre la admisibilidad y competencia. Si, según la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares, faltara un fundamento suficiente, el Fiscal únicamente podrá presentar una nueva solicitud en base a pruebas o hechos nuevos.

Si el Fiscal constata antes ya de la remisión a la Sala de Cuestiones Preliminares que las informaciones no son suficientes, deberá informar a las partes interesadas. Esto tampoco excluye ulteriores investigaciones en base a nuevos hechos o pruebas. Con esta propuesta (argentino-alemana) se ha impuesto la posición de los Estados partidarios a la Corte en favor de un Fiscal independiente actuando de oficio. De este modo, se podría impedir un control político del Fiscal, tal como fue más o menos deseado por los Estados Unidos. No obstante, queda por determinar desde la perspectiva de Derecho comparado que, así, el Fiscal estará sometido de entrada a un control muy anticipado, más anticipado a lo que es usual en el Derecho procesal nacional[15].

2. Requisitos de admisibilidad (arts. 17-19)

El artículo 17 define el principio central, comprendido ya en el Preámbulo y en el artículo 1, de complementariedad: la Corte sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, no estará permitido un procedimiento ante la C.P.I. cuando esté tramitándose un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente grave como para justificar una intervención de la Corte.

Resulta problemático cuando se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz. Debe admitirse una falta de voluntad de persecución penal cuando un determinado Estado incoa un procedimiento sólo aparente para sustraer a la persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente o imparcial. La jurisdicción nacional será incapaz para la persecución penal cuando, en base a su colapso total o esencial, no

15 Normalmente el control de la actividad de la Fiscalía -prescindiendo de las medidas coercitivas- se efectúa no antes del fin de las investigaciones, por ejemplo, a través de la *chambre d'accusation* francesa, el *Grand Jury* norteamericano o en el *Zwischenverfahren* alemán, (cfr. *Ambos*, The Review (International Commission of Jurists), Nr. 58/59 (1997), 45 ss (50 ss), con ulteriores referencias).

consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así la diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad-hoc:* mientras que éstos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, aquélla puede llegar a intervenir sólo complementariamente respecto a la jurisdicción nacional. Esto debía desvirtuar incluso las consideraciones de los Estados con especial conciencia de soberanía, pues finalmente depende de ellos –concretamente: de la eficiente persecución penal de sus tribunales nacionales– el hecho de si la Corte puede intervenir en un caso que le concierne.

La complementariedad se sitúa en el punto central tanto del artículo 18, que afecta a los dictámenes prejudiciales de admisibilidad (*preliminary rulings regarding admissibility*), como del artículo 19, que regula las impugnaciones de competencia y admisibilidad (*challengesto the jurisdiction or the admissibility*). El artículo 19 abarca también las cuestiones de admisibilidad reguladas en el artículo 18, por lo que los Estados proclives a la Corte siempre consideraron supérfluo el artículo 18. El doble examen de admisibilidad ahora existente en los artículos 18 y 19 entraña el peligro de una dilación o incluso de un bloqueo del procedimiento en un momento procesal muy anticipado. Frente a este peligro reacciona contra un precepto de preclusión adoptado a instancias de los Estados partidarios de la Corte (art. 18, párr. 7). De acuerdo con ello, podrá practicarse una nueva impugnación de la admisibilidad del mismo Estado en el marco del artículo 19 sólo en base a hechos adicionales significativos o a un cambio esencial de las circunstancias. Aunque la palabra clave "sólo" no está contenida en este precepto, sin embargo debe ser incluida en su espíritu para que pueda cumplir así su fin: evitar una dilación procesal. En las negociaciones, esta restricción explícita fue postulada también por los Estados proclives de la Corte –como signo de su predisposición a transigir–, pero rechazada, sin embargo, por los Estados Unidos. El empeño por restringir todo lo posible las oportunidades de impugnación procesal en el procedimiento preliminar se muestra también en el artículo 19, párrafo 4, según el cual la admisibilidad puede ser impugnada una sola vez por una persona o por un Estado.

Conforme al procedimiento del artículo 18, el Fiscal –en el caso de una remisión de un Estado (artículo 13 (a), en relación con el artículo 14) o de investigaciones de oficio (artículo13 (c), en relación con el 15)– deberá informar (confidencial o restringidamente), en primer lugar, a todos los Estados contratantes y, normalmente, a los Estados competentes. En ese caso, el Estado afectado podrá hacer investigaciones en el plazo de un mes y solicitar del Fiscal la remisión del caso a su competencia aun cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no hubiera autorizado tales investigaciones. Una remisión al ámbito de competencia estatal podrá ser revisada después de seis meses o, en todo caso, también después por el Fiscal de la C.P.I., cuando las circunstancias indiquen que el Estado no tiene intención o no está en disposición de llevar a cabo el proceso. El Fiscal podrá, incluso, solicitar Estado que le informe de la marcha de las investigaciones. En caso de que esté pendiente el conflicto de competencia ante la Sala de Cuestiones Preliminares o ante la Sala de Apelaciones en procesos de revisión, el Fiscal podrá requerir a la Sala de Cuestiones Preliminares el secreto de las medidas de investigación más importantes para el aseguramiento de la prueba cuando exista una única posibilidad de sustentar las pruebas o grave riesgo de perderlas.

En el marco del artículo 19, la Corte ha de examinar de oficio su competencia y admisibilidad. Junto a ello, el procesado, una persona buscada con orden de detención o un Estado (que es competente o cuya conformidad *ad hoc* es necesaria) están autorizados para hacer valer las impugnaciones de competencia y admisibilidad. Tal impugnación deberá ser presentada, en principio, antes de la iniciación del juicio. Antes de la ratificación de los cargos inculpatorios es competente para ello la Sala de Cuestiones Preliminares; después de la ratificación, la Sala de Primera Instancia. La instancia de los recursos será en ambos casos la Sala de Apelaciones. El Fiscal al llevar un conflicto ante los Tribunales podrá –igual que en el artículo18– solicitar a la Corte la autorización de adoptar las medidas de investigación necesarias para el aseguramiento de la prueba. El procedimiento de impugnación no afecta

a la eficacia de las medidas de investigación de la Fiscalía ni a las órdenes judiciales tomadas antes de la impugnación. Si la Corte declara inadmisible un asunto conforme al artículo 17 (complementariedad), el Fiscal podrá solicitar una revisión ante la existencia de nuevos hechos. Con la remisión de un proceso a un determinado Estado, el Fiscal –igual que en el artículo 18– podrá exigir estar al corriente con regularidad sobre la marcha del proceso; en caso contrario, ha de informar por su parte al Estado interesado sobre la situación del mismo.

III. Fundamentos jurídico-penales[16]: principios generales y tipos de delitos

1. Principios generales (arts. 20-33)

La expresión principios generales (*general principles*) en la Parte Tercera del Estatuto induce a error, pues esta Parte no sólo contiene principios generales en sentido propio (para ello, (a), sino también reglas de imputación, es decir, disposiciones para la responsabilidad jurídico penal personal (b) y causas de exclusión de la pena (c). Además, determinadas disposiciones sobre las que no podía alcanzarse acuerdo alguno –debido, a fin de cuentas, a la gran premura de tiempo durante la Conferencia– han sido suprimidas (por ejemplo, un precepto para la acción y para la omisión)[17].

A) Principios generales en sentido propio (arts. 20-24)

A ellos pertenecen no sólo el principio *nullum crimen* y *nulla poena* (arts. 22-24), sino también las disposiciones del *non bis in idem* (art. 20) y del Derecho aplicable (art. 21).

---

16 Cfr. con detalle Ambos, 9 Criminal Law Forum (1998); Sunga, Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J., supra 4 (para los tipos de delitos).

17 Cfr. art. 28 *Draft Statute for the International Criminal Court*, ONU-Doc. A/Conf. 183/2/Add. 1, 14-4-1998, (en: *Bassiouni*, Compilation, supra nota 4, art. 7-128). Cfr. también *Schabas*, Eur. J. Crim Cr. L. Cr. J., supra nota 4.

El artículo 21 prevé una jerarquía del Derecho aplicable: en primer lugar deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito (aún por definir) (art. 9, para ello infra) y las reglas de procedimiento. En segundo lugar, rigen los tratados aplicables y los principios y normas de Derecho Internacional. Si de estas fuentes del Derecho no se desprendiese una solución, podrá recurrirse a los principios generales del Derecho Nacional si son compatibles con el Estatuto y el Derecho Internacional. La Corte podrá también apoyarse expresamente en decisiones anteriores. La aplicación del Derecho no deberá ser determinada por criterios nacionales, racistas, políticos o de otra índole no objetiva.

Un procesado puede invocar el principio ne bis in idem cuando haya sido ya condenado o absuelto, o también cuando un procedimiento está pendiente ante otro Tribunal. Pero en estos casos rige la restricción derivada del principio de complementariedad de que este procedimiento no puede ser un procedimiento aparente para la protección del sospechoso o de modo no independiente o parcial (art. 20).

El principio *nullum crimen* se regula expresamente en cada una de sus cuatro acuñaciones (arts. 22-24): una persona sólo puede ser castigada por hechos que sean punibles en el momento del hecho según el Estatuto (*lex scripta*), que hubieran sido cometidos después de su entrada en vigor (*lex praevia*)[18], que estén formulados en forma suficientemente precisa (*lex certa*) y que no hayan sido ampliados mediante analogía (*lex stricta*). En caso de duda deberá optarse siempre por la interpretación más favorable para el inculpado. En caso de modificaciones del Derecho antes de que se dicte sentencia debe aplicarse la ley más beneficiosa para el acusado.

El artículo 23 establece finalmente el principio *nulla poena* para impedir que se recurra a penas no fijadas en el Estatuto (para las penas, VI.1).

18 En este contexto ha de remitirse al ya mencionado artículo 11, según el cual la Corte es competente sólo para crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.

B) Responsabilidad penal individual (arts. 25, 28, 30)[19]

La C.P.I. tiene jurisdicción sobre personas naturales. Se reconoce el principio de responsabilidad penal individual (art. 25, párr. 1, 2).

La responsabilidad penal de personas jurídicas fue finalmente rechazada –a pesar de la limitación a los órganos de dirección de empresas privadas[20]– por las razones siguientes: su reconocimiento se hubiera apartado de la responsabilidad individual del autor así como hubiera puesto, y en consecuencia exigido demasiado, a la Corte frente a problemas de prueba insalvables; por lo demás, la responsabilidad de las personas jurídicas ni está universalmente reconocida ni existen reglas de imputación consensuadas[21].

Como formas de autoría son reconocidas la autoría individual, la coautoría (*jointly with another*) y la autoría mediata (*through another person*); no obstante, en los dos últimos supuestos, la punibilidad de cualquier otro implicado carecerá de importancia (art. 25, párr. 3 (a)). Como *formas de participación* están previstas el ordenar, proponer o inducir a otro a un hecho consumado o intentado y el auxilio a un hecho consumado e intentado con el propósito de facilitar su comisión (*for the purpose of facilitating the commission*) (art. 25, párr. 3 (b), (c)). Más adelante se somete a pena cualquier otra contribución al hecho para la comisión o tentativa de comisión de un delito por un grupo de personas que actúa en base a una finalidad común (art. 25, párr. 3 (d)).

Tal contribución al hecho deberá ser realizada intencionalmente y con el objetivo de facilitar la actividad criminal o el fin criminal del grupo o con conocimiento de la intención criminal del grupo. Este precepto es una propuesta de compromiso relativa a un Convenio sobre

19 Cfr. para ello, desde la perspectiva jurisprudencial: *Ambos*, Individual Criminal Responsability in International Criminal Law, en: MacDonald/Swaak-Goldmann (editores), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law - The experience of International and National Courts, próximamente, (1998).

20 Cfr. la última propuesta de compromiso de Francia: ONU-Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5 (3-7-1998).

21 Cfr. recientemente Eser/Huber/Cornils (Editores), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, etc., 1998.

Terrorismo[22] reciente–mente aprobado, en conflicto con el originario precepto de *conspiracy*[23] no susceptible de consenso. Por eso, el conflicto de la tutela del Derecho penal en torno a la aún lícita fase de preparación en caso de crímenes internacionales se resuelve en favor de un principio restrictivo que permite como límite mínimo de punibilidad la participación en la tentativa. Aunque esto es merecedor de aplauso, ahora se cuestiona, sin embargo, si cualquier otra contribución al hecho para delitos en grupo podrá ser delimitada en este sentido de la simple complicidad en el sentido del artículo 25, párrafo 3 (c).

Con relación al genocidio se adoptó el tenor literal de la Convención correspondiente (art. III (c)[24] y se sometió a pena la inducción directa y pública a la comisión del hecho (art. 25, párr. 3 (e)). También a este precepto precedieron largas discusiones en las que al final se impusieron quienes querían conceder una posición privilegiada a la participación en el genocidio.

Finalmente, se somete también a pena la tentativa (art. 25, párr. 3 (f), a cuyo efecto se asemeja a una definición a modo casi de tratado doctrinal en cuanto al inicio de la tentativa (*taking action that commences its execution by means of a substantial step*) y se reconoce el desistimiento como causa de exención de la pena (con el abandono definitivo y voluntario del propósito criminal del hecho).

En relación con los superiores militares y civiles, el artículo 28 intenta codificar las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la *command responsability*. El precepto distingue, en dos párrafos, entre jefes militares o personas que actúan de facto como jefes militares y otros (normalmente

22 Cfr. art. 2-3(c) de la *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, aprobado en New York el 9-1-1998, en: International Legal Materials 1998, 249.

23 Art. 23-7(e), especialmente (ii) Draft Statute, supra nota 17.

24 BGBl. 1954,II, 730. Cfr. para ello, *Lemkin*, American Journal of International Law (AJIL) 1947, 14 ss; *Kunz*, AJIL 1949, 738 ss, 742 ss; *Jescheck*, ZStW 1954, 193 ss, 203 ss, con ulteriores referencias; cfr. también *Ambos*, NStZ 1998, 138 ss, con ulteriores referencias.

civiles) superiores. Supera así la actual dogmática de la *command responsability*[25].

Al comandante militar (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que hayan sido cometidos como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando o sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometen tales delitos y ha omitido emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes. Con ello, de un lado, se intenta incluir no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de hecho de grupos militares, especialmente, de paramilitares. De otro, se introduce, en sentido subjetivo, una medida de imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer (*should have known*) de los crímenes de los subordinados redunda en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de cualesquiera otros superiores (civiles) se diferencia de esto en una doble perspectiva. Desde el plano subjetivo se exige una especie de imprudencia consciente en el sentido del criterio tradicional *wilfuly blind* [26], por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva se destaca (una vez más) expresamente, como una de las condiciones de punibilidad acumulativamente necesarias, que las actividades criminales de los subordinados caigan en el ámbito de control y de responsabilidad efectiva del superior.

El artículo 30 establece las condiciones subjetivas del tipo. Los crímenes establecidos en el Estatuto deben ser cometidos con intención (*intent*) y conocimiento (*knowledge*). Según ello, para la determinación de la intención

25 En efecto, el Tribunal de Yugoslavia ha ampliado ya esta dogmática en las Decisiones - Regla 61 sobre los comandantes de facto, cfr., por ejemplo, ICTY- Trial Chamber I, Prosecutor v. Radovan Karadzic/Ratko Mladic. Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Cases Nos. IT-95-5-R- 61/IT-95-18-R 61, 11-7-1996, para.42, 65-85; ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Dragan Nikolic a/k/a "Jenki". Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Case N. IT-94-2-R 61, 20-10-1995.

26 Art 28 (20(a): "consciously disregarded information which clearly indicated, that he subordinates were committing or about to commit such crimes". Con ello se piensa en una situación en la que el autor ha omitido conscientemente todas las medidas para llegar al conocimiento de la

se distingue si debe referirse al comportamiento incriminado o a la consecuencia provocada. En el primer caso, la persona en cuestión debe querer el comportamiento (*means to engage in the conduct*). En el último caso, debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según un curso normal de los acontecimientos. De modo análogo, por saber o conocimiento se entenderá la conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá el resultado según un curso normal de los acontecimientos. Por eso, no serán consideradas las formas dolosas más leves de *dolus eventualis* o de *recklessness*[27] sobre las que se asienta el saber y el querer. Esto debe ser aclarado ante todo por el hecho de que no se podrá comprender ambas formas de dolo en un concepto unitario cerrado. Por otra parte, existía sin embargo también la percepción-desconociendo el sentido de una Parte General– de que no se necesita de estas formas de dolo, pues no se hace mención a ellas en los tipos de delitos.

c) Causas de exclusión de la pena (art. 26, 27, 29, 31–33)[28]

Con respecto a ello ha de aludirse a la original solución referida con respecto a la edad de la capacidad de culpabilidad. Dado que no se pudo unificar en una edad –los Estados árabes defendían, por ejemplo, la opinión de que sean imputables a partir de 13 años–, el artículo 26 prescribe sencillamente que la Corte no posee jurisdicción sobre personas que en el momento del hecho eran menores de 18 años. Igual de clara es también la solución con respecto a una posible prescripción: los crímenes que recaen

existencia de las condiciones fácticas de un delito. Se plantea la cuestión de si la imprudencia consciente ha de corresponder al sentido de *recklessness* o al conocimiento positivo en el sentido de *knowledge*. Según el &2.02(7)US-Model Penal Code (MPC, American Law Institute, 1985) existe un conocimiento positivo cuando el acusado mismo es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho y no cree realmente que exista. De la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho se deduce el conocimiento de su existencia.

27 Por "recklessness" se entenderá un grado más elevado de imprudencia, en el sentido de imprudencia consciente (cfr. § 2.02(2)(c) MPC, supra nota 26; *Lafave/Scott*, Criminal Law I (1986), &3.7. (p. 325 ss); *Fletcher*, Criminal Law (1978), &6.5.2, pag. 442 ss. también *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657, 673 ss.

28 Sobre ello, recientemente de forma comprensiva, *Nill-Theobald*, supra nota 3, passim.

en la competencia de la Corte no están sujetos a prescripción (art. 29). Finalmente, se exceptúa también la consideración a la exención o atenuación de la pena de un determinado cargo oficial, especialmente, como Jefe de Estado o de Gobierno, o de las normas de inmunidad o normas de procedimientos especiales (art. 27).

En las restantes disposiciones son reguladas las clásicas causas de justificación y de exculpación, para lo que únicamente se consagran disposiciones específicas al error (art. 32) y al actuar por orden (art. 33). El artículo 31 incluye otras "causas de exclusión de la pena" (*grounds for excluding criminal responsability*), aunque, sin embargo, como ya se deduce de las primeras palabras (*In addition to other grounds...*), no es concluyente. Por lo demás, el artículo 31, párrafo 3 remite a la disposición, sobre el Derecho aplicable (art. 21) de tal modo que se atribuye a la Corte un considerable margen de maniobra para invocar otras defences , en especial, bajo la consideración a principios generales del Derecho.

El artículo 31 excluye, en primer lugar, la responsabilidad jurídico-penal de la persona que padece una enfermedad mental o una deficiencia que anula su capacidad para la comprensión del injusto o para el control de su comportamiento conforme a las exigencias legales (art. 31, párr. 1(a)). La misma consecuencia jurídica rige para la embriaguez cuando no existan las condiciones de una *actio libera in causa* dolosa o imprudente (art. 31, párr. 1(b): "unless the person has become voluntary intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime...).

En el caso de legítima defensa (*self-defence*, art. 31, párr.1(c)) han sido reconocidos como bienes jurídicos defendibles no sólo la integridad física y la vida del agredido o de un tercero, sino también en el caso de crímenes de guerra– la propiedad necesaria esencial para la supervivencia de personas o para la realización de una misión militar. Esta muy detallada y restrictiva formulación deja claro que el reconocimiento de este bien jurídico fue muy discutido; finalmente fue incorporada a instancias especialmente de los Estados Unidos.

La agresión debe presentar un empleo de violencia directa y antijurídica, la acción de defensa debe ser proporcional con relación al grado de peligro. El hecho de que el defensor hubiera participado en una operación militar defensiva, no bastará por sí sólo para apreciarse una causa de legítima defensa.

En contra de la jurisprudencia del Tribunal de Yugoslavia en Erdemovic se reconoce también el estado de necesidad coactivo (*duress* art. 31, párr. 1(d)[29]. De este modo se diferencia entre amenazas por otras personas o en base a cualesquiera otras circunstancias que consisten en una violencia superior. Las condiciones para una exclusión de la pena son en ambos casos iguales: el necesitado debe estar situado ante una amenaza de muerte inminente (situación de estado de necesidad) y actuar necesaria y razonablemente para rechazar la amenaza sin querer causar con ello un daño mayor (acción de estado de necesidad).

En el caso de error se distingue entre un error de hecho (*mistake of fact*) y un error de Derecho (*mistake of law*) (art. 32). En ambos supuestos, la cuestión es si el error hace desaparecer el "elemento subjetivo" (*mental element*), por tanto, el dolo del tipo (*knowledge* e *intent*, según el art. 30). Esto corresponde al principio del *common law* de que un error de hecho es relevante y un error de Derecho es irrelevante, pues con aquél normalmente desaparece el dolo, pero con éste no[30].

Si se examinan las regulaciones del error con ayuda de las categorías alemanas se llega a soluciones convincentes sólo en caso de error de tipo normal (*mistake of fact*, relevante) y con el error de prohibición directo (*mistake of law*, irrelevante): mata un soldado a un civil pero cree que se trataba de un soldado enemigo (*mistake of fact*), le faltará el dolo con respecto al elemento del tipo –civil– del crimen de guerra en cuestión; por tanto, el

29 *ICTY-Appeals Chamber*, Prosecutor v. Drazen Erdemovic', Judgment, Case n. IT-96-22-A, 7-10-1997, paragraph 19 and disposition 4. Cfr. especialmente en contra de la duress la fundamentación de *McDonald/Vohrah*, par. 59 ss. (66 ss., 72, 75, 78, 88). Más convincente en favor de la duress, sin embargo, Cassese, par. 11 ss. (12, 16-7, 21 ss., 41 ss. 49 ss.). Cfr. también *Swaak-Goldmann*, 92 AJIL (1998), 282; *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR, 1998, 161, 167 y ss.

30 Cfr. *Lafave/Scott*, Substantive Criminal Law I, 1986, &5.1. (p.575 ss); *Smith/Hogan*, Criminal Law, 8 ed, 1996, p. 83 ss.; cfr. también *Watzeck*, Rechtfertigung und Entschuldigung, etc., 1997, p. 275 ss.

error de tipo suprime el dolo. Si el soldado hubiera alegado no haber sido consciente de que la muerte de civiles era punible (*mistake of law*) habría intervenido la regla ignorantia *non nocet*, pues este error deja intacto su dolo porque él mató a los civiles consciente y voluntariamente.

Problemático se hace en caso de una valoración jurídica defectuosa que afecta a un principio de permisión: si el autor actúa con la creencia de poder cometer incluso crímenes contra la humanidad para la protección de la propiedad (*mistake of law*, en forma de un error de permisión o bien error de prohibición indirecto), podía faltar el dolo pues él sólo quería realizar un hecho permitido –por el derecho de autodefensa– no uno prohibido. De forma análoga queda el caso cuando un soldado comete un crimen de guerra a causa de una agresión putativa contra su vida (error de tipo de permisión). Aquí, se puede admitir incluso un *mistake of fact*[31].

Con el actuar por orden[32] viene en cuestión una exclusión de la pena cuando el subordinado estaba obligado a la obediencia, no supiera que la orden era ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita (art. 33). Esto es válido en efecto según el artículo 33, párrafo 2 a contrario sólo para crímenes de guerra, pues en caso de comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad se presume la antijuricidad manifiesta de la orden respectiva. Con los crímenes de guerra depende de la ilicitud manifiesta de una orden, pues el subordinado normalmente tendrá que observar un deber de obediencia y afirmará de modo apenas refutable que no ha conocido la ilicitud de la orden. Así, es decisivo quien soporta la carga de la prueba sobre la ilicitud manifiesta de la orden. Puesto que se trata con ello de un hecho fundamentando la culpabilidad, una defensa refutable deberá probarla el Fiscal.

En los (difíciles) debates en torno a este precepto fue ya objeto de controversia si merece un artículo específico o si debía ser integrado en

31 En conjunto corresponde al art. 32 & 2.04 MPC, supra nota 26, así que está justificada la crítica de *Fletcher* (Basic Concepts of Criminal Law, 1998, 148 ss). N.T.: existe una versión al castellano con el título "Conceptos básicos de Derecho penal", prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

32 Para la situación jurídica, recientemente Ambos JR 1998, 221 ss.

el artículo 31 (así, la propuesta de los Estados Unidos). Por encima de ello, existía una discusión importante sobre las consecuencias jurídicas de un actuar por orden: los Estados Unidos defendieron en una sesión informal de los debates la opinión de que un actuar por orden era una *substantive defence* , por tanto, representaba una causa de justificación o de exculpación. Esto se rechazó por el resto de las delegaciones en vista al Derecho de Nüremberg, especialmente el artículo 8 del Estatuto de la Corte Militar Internacional[33], así como la praxis del Tribunal *ad-hoc* para Yugoslavia y Ruanda[34]. Estas delegaciones, entre ellas la alemana, han aprobado atenerse al principio de Nüremberg de que un actuar por orden no representa ninguna causa de exclusión de la pena. El compromiso alcanzado retorna al Derecho de Nüremberg en cuanto que no se excluye para todos los casos una exención de la pena. Pero siempre viene en expresión una solución de reglaexcepción, de tal manera que el actuar por orden, en principio, no debe implicar una causa de exclusión de la pena.

2. Tipos de crímenes (arts. 5-10)

Los tipos de crímenes están definidos en los artículos 5-8. Estos preceptos no deben de ningún modo limitar o prejuzgar el Derecho Internacional existente (art. 10).

En base a la petición de los Estados escépticos a la Corte, especialmente los Estados Unidos, fue incorporado además el artículo 9, según el cual deben ser definidos por la Asamblea de los Estados Contratantes otros elementos del delito (*elements of crime*) para los crímenes establecidos en los artículos 6-8. Desde el momento en que estos Estados pretendían hacer depender la entrada en vigor del Estatuto de la definición de los elementos, se retrasaría más la puesta en marcha de la Corte. Esto podía ser impedido, sin embargo, por los Estados

33 UNTS 82, 280; versión alemana en: *Hankel/Stuby*, (editores) Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen, 1995, p. 156 ss.

34 Cfr. art. 7-4 del Estatuto del Tribunal de Yugoslavia (Resolution 827/1993, ONU-Doc. S/RES/827, en: HRLJ 1993, 221 ss; ZaöRV 1994, 434 ss.) y el equivalente art. 6-4 del Estatuto del Tribunal de Ruanda (Res 955/1994, ONU-Doc. S/RES/955).

partidarios de la Corte, puesto que el artículo 9 fue reducido a una exigencia relativamente facultativa de sustentar la C.P.I. en la interpretación y aplicación de los artículos 6-8 a través de los elementos. Esto posee sentido en la práctica sólo con respecto a la agresión aún no definida.

El crimen de agresión ha sido incorporado en el Estatuto a reserva de una posterior definición (art. 5, párr. 1(d)).

La definición de genocidio corresponde al artículo II de su homóloga Convención de 1948 (art. 5, párr. 1(a) y (6)[35]. La participación en él ha sido incluida, como ya hemos dado cuenta, en el artículo 25, párrafo 3 (e).

Por crímenes contra la humanidad se entienden hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor debe tener conocimiento del ataque (art. 5, párr. 1(b), 7). Este elemento subjetivo supera las actuales exigencias del Derecho Internacional[36], pues se desprende ya del artículo 30, válido como regla general para todos los tipos (en cuanto estos no determinen otra cosa), que en sentido subjetivo se exigen el saber y la intención. Con relación a las particulares formas de crimen que son definidas con detalle en el artículo 7, párrafo 2, llama especialmente la atención la deportación o traslado forzoso de la población[37], hechos de violencia sexual (por ejemplo, embarazo y esterilización forzados), la desaparición de personas, así como el *apartheid*. Junto a ellos, son incorporados también hechos que son indiscutibles desde el punto de vista de la costumbre del Derecho Internacional[38]. La enumeración no es concluyente, pues también son incluidos "otros actos inhumanos de carácter similar" (art. 7, párr. 1-k).

Con relación a los crímenes de guerra el Estatuto introduce un umbral de aplicación desconocido hasta ahora en el derecho de La Haya y Ginebra,

35 Cfr. ya supra, nota 24.

36 El art. 18 del ILC *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Manking* (Report of the ILC on the work of its 48th session, 1996, ONU-Doc, A/51/10) no contiene esta exigencia sino la de una participación estatal de otros colectivos.

37 Debido a este tipo, Israel votó en contra del Estatuto (cfr. UN-Press Release, L/Rom/22, (http://www.un.org/icc).

38 Cfr. por ejemplo, *Zimmermann*, ZaöRV, 1998, 63, declara la duda (fundada) con relación a la desaparición.

en cuanto que son incluidos en particular (*in particular*) aquellos crímenes que han sido perpetrados como parte de un plan a, de una política o de una comisión masiva (art. 5, párr. 1(c), 8, párr. 1). Con ello siempre podía impedirse una restricción concluyente a través de las palabras clave sólo (*only*).

Por lo demás, el precepto distingue entre los crímenes cometidos durante un conflicto internacional (infracciones graves) de los Convenios de Ginebra (art. 8, párr. 2(c)), así como cualesquiera otras violaciones graves de las leyes y usos de guerra (art. 8, párr. 2 (b)) y aquellos delitos que son cometidos durante un conflicto dentro de un país (art. 3, común a los Convenios de Ginebra art. 8, párr. 2 (c), así como violaciones graves de leyes y usos de guerra que encuentran aplicación en un conflicto armado interno, art. 8, párr. 2(e). La protección relativamente detallada vinculada a ello está limitada en efecto por el hecho de que, en relación al artículo 8, párrafo 2 (e) –excediendo la limitación del artículo 1, párrafo 2 del Segundo Protocolo Adicional (PA II)– se determina expresamente que este precepto encuentra aplicación sólo en conflictos armados entre tropas gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (art. 8, párr. 2 (f)). Así, son excluidos los conflictos armados que van más allá de las alteraciones del orden público y disturbios en el sentido del Segundo Protocolo Adicional, pero que aún no alcanzan el umbral de un conflicto armado en el sentido del artículo 8, párrafo 2 (f). De aquí se desprenderán problemas de interpretación y de delimitación. Finalmente, el artículo 8, párrafo 3 encarga al Gobierno la facultad de restablecer la ley y el orden con todos los medios legítimos o de defender la unidad e integridad territorial del Estado. Una propuesta menos amplia había descansado sobre un expediente compatible con el Derecho Internacional y, en cuanto tal, había tratado de evitar una contradicción valorativa directa con las reglas de refuerzo penal en las letras (c) y (e) del conflicto interestatal.

Junto a los crímenes mencionados, la C.P.I. es además competente para determinados delitos contra la Administración de justicia. Así se puede distinguir entre delitos (art. 70) y simples faltas (art. 71).

Como delitos se contemplan, por ejemplo, el falso testimonio, la proposición de pruebas falsas o falsificadas, la influencia ilegítima de un testigo o de un funcionario judicial, así como actos de corrupción. En estos casos la Corte puede imponer una pena de hasta 5 años o una pena de multa. A los Estados Contratantes se les impone la obligación de ampliar sus leyes penales nacionales a los delitos incluidos en este precepto contra la Administración de Justicia. Esto debe posibilitar a la Corte encomendar a un Estado Contratante la persecución de estos hechos. En el caso de una falta ante la Corte, por ejemplo, la perturbación continuada del procedimiento, la Corte puede imponer sanciones administrativas, por ejemplo, el alejamiento temporal o permanente de la Sala de la Corte o una pena de multa.

IV. Fundamentos jurídicos del proceso penal[39]: Investigación, juicio y recursos

1. Investigación (arts. 53-61)

A) Iniciación

El Fiscal examina –tras la presentación de un asunto a través del Consejo de Seguridad de N.U., un Estado parte o *ex oficio*[40]– si existe un fundamento razonable (*reasonable basis*) para la iniciación de una investigación (art. 53). Para ello debe tener en cuenta si las informaciones de que dispone son suficientes para suponer que se ha cometido un delito y si el proceso podría contravenir el principio de complementariedad (art. 17) o los intereses de la justicia (*interests of justice*).

Mediante este criterio deben evitarse procesos político-criminalmente contraproducentes. Una inadmisión del proceso basada en él, ha de ser confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 53 párr. 3 (b)).

39 *Vid.* más detalladamente *Behrens*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra nota 4.
40 *Vid.* ya supra II. 1 (en especial sobre el control a través de la Sala de Cuestiones Preliminares).

El Fiscal debe informar de su decisión al Consejo de Seguridad de N.U., al Estado interesado y a la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Cuestiones Preliminares puede, a petición del Consejo de Seguridad de N.U., o del Estado interesado, examinar la decisión y pedir al Fiscal una nueva consideración. El Fiscal puede reconsiderar en cualquier momento su decisión sobre la base de nuevos hechos o pruebas.

B) Derechos y deberes de los intervinientes en el proceso, en especial el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares

El Fiscal está obligado en primer lugar a la objetividad y a la búsqueda de la verdad (art. 54 párr. 1). Ha de investigar en especial las circunstancias incriminantes y eximentes, así como tener en cuenta los intereses personales de víctimas y testigos, la naturaleza del crimen y los derechos del inculpado. Debe presentar a la defensa, tan pronto como sea posible, pruebas de descargo o de atenuación de la pena (art. 67 párr. 2).

Por lo que respecta a sus atribuciones, hay que distinguir entre medidas coercitivas sin carácter de intervención, que puede adoptar por sí mismo (art. 54 párr. 3), y aquéllas que revisten carácter de intervención, que debe solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 54 párr. 2 en relación con el art. 57 párr. 3 (d)). En esta medida corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares una importancia decisiva no sólo en cuanto a la decisión sobre el sí de una investigación, sino también en cuanto al cómo ésta se lleva a cabo.

Por sí mismo, el Fiscal puede reunir y examinar pruebas, realizar interrogatorios, solicitar la cooperación de un Estado o de una organización intergubernamental, concertar los correspondientes acuerdos, mantener bajo secreto informaciones confidenciales y adoptar o solicitar las correspondientes medidas de protección y aseguramiento. Por el contrario, el Fiscal sólo puede realizar investigaciones en el territorio de un Estado de acuerdo con las disposiciones sobre cooperación (Parte 9, sobre ello V.) o sobre la base de la correspondiente autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el artículo 57 párrafo 3 (d).

Además la Sala de Cuestiones Preliminares, es decir, por regla general un magistrado[41], es competente en particular para dictar una orden de detención o de comparecencia, ordenar medidas para la protección de testigos y víctimas, para la preservación de pruebas, así como para el decomiso (art. 57, 58). Por último, la Sala de Cuestiones Preliminares es competente también para adoptar especiales disposiciones cuando el Fiscal considera que existe una oportunidad única de proceder a una investigación que no subsistirá en un momento posterior (*unique investigative opportunity*), y solicita las correspodientes medidas para la preservación de pruebas (art. 56). La Sala puede entonces, *inter alia*, disponer la grabación en cinta magnetofónica de la práctica de una prueba, autorizar a un abogado a participar o nombrar a un magistrado para la práctica de una prueba. También puede adoptar estas medidas de preservación de pruebas a iniciativa propia, cuando tras consultar con el Fiscal no considere justificada la inactividad de éste. El Fiscal puede impugnar esta decisión ante la Sala de Apelación. Respecto a la admisibilidad de estas pruebas rigen las reglas del juicio oral (art. 69, sobre ello 2).

La atribución prácticamente más importante de la Sala de Cuestiones Preliminares es el ordenar la detención o comparecencia de un sospechoso (art. 58). Puede dictarse una orden de detención cuando existan motivos razonables para creer que una persona ha cometido un crimen que es competencia de la C.P.I. y la detención parezca necesaria para garantizar su presencia durante el juicio, asegurar el desarrollo sin incidentes de la investigación y del proceso o evitar la comisión (continuada) del crimen en cuestión o de crímenes relacionados con él por la persona de que se trate. Esta última causa de detención se ha fundamentado sobre todo en que la gravedad de los crímenes correspondientes justificaría también una detención provisional preventiva por el peligro de continuación o de repetición. Esta argumentación no tiene en cuenta que el detenido provisionalmente tiene que ser considerado inocente hasta la condena, y que por ello la detención provisional sólamente puede cumplir una función de aseguramiento del proceso.

41 Solamente las decisiones que afectan a la competencia formal y políticamente delicadas han de ser adoptadas por la mayoría de los magistrados (vid. art. 57 párr. 2 (a)).

La orden de detención dictada –a solicitud del Fiscal– ha de identificar suficientemente al sospechoso, describir los supuestos crímenes y contener una descripción detallada de los hechos (art. 58 párr. 3). Puede ser modificada a petición del Fiscal. Se mantendrá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario y constituirá la base para una detención provisional o una detención y entrega según las disposiciones relativas a la cooperación.

Puede dictarse una orden de comparecencia cuando la Sala de Cuestiones Preliminares la considere suficiente para asegurar la presencia del sospechoso en el juicio. Tiene el mismo contenido que la orden de detención y ha de ser notificada personalmente al interesado (art. 58 párr. 7).

Un Estado parte está obligado a ejecutar la orden de detención de la C.P.I. y a tener a la persona en cuestión a disposición de la Corte para la entrega (art. 59). La competencia de las autoridades nacionales se limita a la comprobación de si la orden de detención es aplicable a la persona en cuestión, si ésta fue detenida mediante un procedimiento adecuado y si se respetaron sus derechos. Al Estado de detención no le está permitido, sobre todo, examinar la conformidad (material) a derecho de la orden de detención.

La persona detenida puede solicitar de las autoridades nacionales la libertad provisional hasta la entrega, pero esta solicitud sólo deberá ser atendida si existen circunstancias "urgentes" y "excepcionales" que lo justifiquen, y si el cumplimiento de la obligación de entrega puede ser garantizado mediante las correspondientes medidas de salvaguardia. Por tanto, ha de constar que la persona no utilizará la puesta en libertad para la fuga y se hará con ello imposible la entrega. Por ello, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de ser informada de una solicitud en este sentido, y sus recomendaciones han de ser tenidas en cuenta. Si se accediera a la solicitud, la Sala de Cuestiones Preliminares puede solicitar informes periódicos al Estado de detención.

En cuanto el imputado haya sido entregado al tribunal, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de examinar si fue suficientemente informado de los hechos que se le imputan y de sus derechos (art. 60 párr. 1).

El imputado puede solicitar la libertad provisional hasta el inicio del juicio. Debe accederse a esta solicitud si ya no subsisten los presupuestos de la detención según el artículo 58 párrafo 1 (artí. 60 párr. 2). La Sala de Cuestiones Preliminares ha de revisar periódicamente su decisión sobre la puesta en libertad o la detención, y en particular ha de asegurarse de que el imputado no permanezca detenido durante un período de tiempo excesivo, y en caso de una demora inexcusable del proceso, considerar la posibilidad de la puesta en libertad. Posteriormente puede dictar una (nueva) orden de detención para asegurar la presencia del imputado puesto en libertad (art. 60 párr. 3-5).

Además de ello, el imputado ostenta durante la investigación los derechos ordinarios (art. 55) *(inter alia)*, prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*), libertad respecto de coacción o amenaza y derecho a un intérprete. Además, no podrá ser detenido arbitrariamente, ni privado en forma alguna de su libertad. En el primer interrogatorio el imputado tiene que ser informado de los hechos que se le imputan, de su derecho a guardar silencio y de su derecho a ser asistido por un abogado, en especial, también en el transcurso de los interrogatorios.

c) Confirmación de los cargos (*Confirmation hearing*)

Dentro de un plazo razonable desde la entrega o la comparecencia voluntaria del imputado ante la Corte ha de celebrarse una audiencia para confirmar los cargos (el llamado *confirmation hearing*, art. 61). Con ella finaliza la investigación y debe ser realizada por principio en presencia del imputado, del Fiscal y del defensor.

La presencia del imputado no es necesaria cuando renuncia a ello o haya huído. En estos casos será representado por un defensor cuando ello parezca necesario por razones de justicia. El imputado ha de ser informado dentro un plazo razonable *(within a reasonable time)* antes del *confirmation hearing* de los cargos que se imputan y de las pruebas existentes[42].

42 También ha de ser informado con antelación razonable (*reasonable notice*) de modificaciones –posibles hasta el inicio del confirmation hearing– de los cargos.

El Fiscal ha de probar suficientemente cada cargo, para lo que puede aportar pruebas documentales o un resumen de las pruebas (*summary evidence*) –prescindiendo de llamar directamente a los testigos. El imputado puede impugnar los cargos, impugnar las pruebas y presentar sus propias pruebas. La Sala de Cuestiones Preliminares tiene tres posibilidades de decisión: puede (a) confirmar los cargos y asignar el caso a una Sala de Primera Instancia, (b) no confirmar los cargos por falta de pruebas suficientes o (c) levantar la audiencia y pedir al Fiscal que presente nuevas pruebas o modifique un cargo. En caso de no confirmación de un cargo, el Fiscal puede pedirla en un momento posterior presentando pruebas adicionales.

Tras el *confirmation hearing*, pero antes del inicio del juicio, puede el Fiscal modificar nuevamente los cargos con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. En caso de nuevos cargos o más graves deberá pedir una nueva audiencia. Tras el inicio del juicio, el Fiscal únicamente puede retirar cargos. Órdenes judiciales ya dictadas respecto a cargos no confirmados o que sean retirados dejarán de tener efecto. Tras la confirmación de los cargos la Presidencia determinará una Sala de Primera Instancia competente para el juicio.

2. El juicio (arts. 62-76)

A) Desarrollo y práctica de la prueba

El juicio debe celebrarse en principio en la sede de la Corte (*Den Haag*, art. 3) en presencia del acusado (arts. 62, 63 párr. 1).

Sin embargo, el acusado puede –por un tiempo determinado y de manera excepcional– ser alejado si perturba continuamente el juicio. En este caso puede seguir el proceso desde fuera de la sala, por ejemplo, a través de una pantalla (art. 63 párr. 2).

Una Sala de Primera Instancia (*trial chamber*), determinada por la Presidencia, dirige –bajo la presidencia de un magistrado (art. 64 párr. 8-10)– el juicio; y ha de velar, entre otras cosas, por que éste se sustancie de manera justa y expedita con respeto de los derechos del acusado y de los intereses de víctimas y testigos (art. 64 párr. 1, 2).

Además, la Sala de Primera Instancia ha de determinar el o los idiomas del juicio, ordenar la eventual divulgación de documentos o informaciones, en especial para la preparación de la defensa del acusado, determinar la acumulación o agravación de cargos, preparar la práctica de la prueba mediante la citación de testigos y presentación de documentos, así como velar por la protección del acusado, los testigos y las víctimas.

El juicio será en principio público, pero la publicidad puede quedar excluida (art. 64 párr. 3-7) por razones de protección de víctimas o testigos, o de protección de informaciones confidenciales (sobre esto más detalladamente infra). Se inicia con la lectura de los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia ha de cerciorarse de que el acusado comprende las acusaciones (art. 64 párr. 8). El juicio es dirigido por el magistrado presidente. Éste ha de velar por el orden y la documentación completa de las actuaciones (art. 64 párr. 8-10). El desarrollo sin incidentes del juicio debe verse asegurado también a través de los delitos contra la administración de justicia, ya mencionados (supra III. 2).

Se prevé un procedimiento especial para el caso de que el acusado realice una declaración de culpabilidad (*admission of guilt*) (art. 64 párr. 8 (a) 1. frase en relación con 65).

En estos casos la Sala de Primera Instancia ha de examinar, en primer lugar, si el acusado comprende la naturaleza y consecuencias de su declaración, si ha sido realizada voluntariamente tras consulta suficiente con su defensor y si resulta corroborada por los hechos de la causa. Si se dan estas condiciones la Sala puede condenar al acusado de acuerdo con la confesión. En este caso puede imponer la pena inmediatamente –sin una nueva audiencia sobre la medida de la pena (sobre ello infra) (art. 76 párr. 2 e.c.). Si no se dan las condiciones, ha de continuar el juicio y la causa puede ser remitida a otra Sala. Si la Sala considera que es necesaria una exposición más completa de los hechos puede pedir al Fiscal pruebas adicionales o remitir la causa a otra Sala para su continuación. Acuerdos entre el Fiscal y el defensor referentes a los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena, no son vinculantes para la Corte.

En el marco de la práctica de la prueba (art. 69) cada testigo ha de comprometerse, en primer lugar, a decir verdad en sus declaraciones. En principio el testigo ha de declarar personalmente ante la Corte, pero existen excepciones, en razón sobre todo de la protección a los testigos. En estos casos puede ser admisible también una grabación de vídeo o audio, o la lectura de declaraciones. Las partes pueden presentar pruebas a iniciativa propia o a petición de la Corte. La Corte decide sobre su pertinencia o admisibilidad, para lo que ha de tener especialmente en cuenta el valor probatorio y los posibles efectos que puedan tener para un juicio justo.

Los hechos de dominio público no necesitan ser probados, pero pueden ser incorporados en autos. Pruebas obtenidas con violación de este Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas no serán admisibles cuando ello haga surgir serias dudas sobre su fiabilidad, o su admisión atente contra la integridad del juicio. Esto último debería ser el caso siempre que se produzca una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

De especial relevancia práctica son las reglas sobre la protección de los intereses de seguridad nacional (art. 72) que, como es sabido, han jugado un papel importante en el proceso Blaskic ante el Tribunal para Yugoslavia[43]. La solución adoptada en el Estatuto representa un compromiso entre el interés de la C.P.I. por disponer de todas las pruebas y la necesidad de seguridad de determinados Estados. La disposición es aplicable no sólo cuando se trata de la divulgación de determinados documentos, sino también cuando una persona se niega a proporcionar una información en razón de intereses de seguridad estatales.

Si un Estado tiene conocimiento de la posible divulgación de determinadas informaciones o documentos que afectan a sus intereses

43 *ICTY*-Appeals Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. IT-95-14-AR108bis, 29.10.1997; sobre ello *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR 1998, 169; desde una perspectiva de derecho comparado: *Eser/Ambos*, Eur.J.Crime Cr.LCr.J 1998, 3 ss.

de seguridad nacional, dispone de un derecho de intervención, que desencadena el subsiguiente procedimiento arbitral. En primer lugar se debe intentar resolver el conflicto por medio de la cooperación, a través de la modificación o aclaración de la correspondiente solicitud, la búsqueda de otra fuente de información o la presentación de la información en una forma distinta, más protegida, por ejemplo abreviada o resumida. Si esto no diera resultado el Estado debe notificarlo al Fiscal o a la Corte exponiendo (nuevamente) sus razones. Si la Corte por su parte se mantiene en la necesidad de la prueba para el establecimiento de la culpabilidad o inocencia del acusado, existen dos posibilidades: si se trata de una solicitud según las normas generales de cooperación (sobre ello infra V.) la Corte puede, de momento, llevar a cabo nuevas consultas con el Estado, en su caso secretas. Si considera que el Estado no está cumpliendo con su obligación de cooperación debe remitir el asunto a la Asamblea de los Estados Partes o, en tanto sea competente, al Consejo de Seguridad de N.U. Junto a ello, la Corte es libre de establecer en el juicio presunciones respecto de la existencia o inexistencia de determinados hechos. En todos los demás casos, la Corte puede bien ordenar la divulgación, bien extraer las mencionadas presunciones.

Existe una limitación más en la práctica de la prueba en relación con informaciones o documentos que proceden de terceros –otro Estado parte, una organización intergubernamental o internacional– (*Third party information or documents*, art. 73).

En este caso la Corte ha de intentar, en primer, lugar recabar el consentimiento del Estado o la organización de cuya esfera procede la información (*the originator*). Si no consiente un Estado parte, se aplicará el procedimiento descrito según lo dispuesto en el artículo 72. Si no consiente un Estado no parte, la Corte ha de conformarse con la comunicación de que una obligación de confidencialidad respecto al informador originario existente con anterioridad a la solicitud hace imposible una divulgación de la información.

B) El fallo

El fallo (art. 74) presupone en principio que todos los magistrados estén presentes en cada fase del juicio y durante las deliberaciones. Sin embargo, la Presidencia puede designar magistrados suplentes que pueden sustituir en alguna fase a un magistrado imposibilitado de asistir. Rige el principio de inmediación: la Corte sólo puede fundamentar su fallo en las pruebas presentadas y discutidas ante ella en el juicio. No puede ir más allá de los hechos y circunstancias descritos en los cargos (función de limitación).

Los magistrados adoptarán el fallo en deliberaciones secretas, de ser posible por consenso y sólo en caso necesario por mayoría. El fallo, escrito, debe estar ampliamente fundamentado e incluir en su caso la opinión de la mayoría y de la minoría. El fallo, o en su caso un resumen del mismo, será comunicado oral y públicamente.

Si se dicta un fallo condenatorio, la Corte ha de fijar inmediatamente la pena que proceda (art. 76). Puede celebrarse a iniciativa propia una nueva audiencia para determinar la pena (*Schuldinterlokut*), y tiene que hacerse a solicitud del Fiscal, excepto en el caso de una confesión de culpabilidad (art. 65, *vid. supra*). La pena ha de ser impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

El fallo ha de establecer principios relativos a la posible reparación a las víctimas (art. 75). Sobre esta base puede determinarse también previa solicitud o de oficio– la magnitud de los daños en un caso concreto. En esta medida la Corte puede dictar –tras oír en su caso a los interesados– una orden de reparación contra el condenado, que se hará efectiva según las disposiciones relativas a la cooperación (art. 93 párr. 1, sobre ello V.) y a la ejecución de multas y decomiso (art. 109, sobre ello V.). Por lo demás, la indemnización puede pagarse a través del Fondo Fiduciario de la Corte (art. 79, sobre ello, VI.1.).

C) (Demás) derechos de los intervinientes en el proceso

Los derechos del acusado se corresponden con el *standard* general de los Derechos Humanos (arts. 66 y 67):

- Presunción de inocencia, prueba a cargo del Fiscal, convicción judicial más allá de toda duda razonable para poder condenar (*beyond reasonable doubt*).
- Juicio público y justo.
- Información inmediata y completa sobre los cargos.
- Tiempo suficiente para la preparación de la defensa con un defensor de su confianza.
- Juicio sin dilaciones indebidas.
- En principio, estar presente en el juicio y, en caso necesario, asignación por la Corte de un defensor de oficio.
- Presentación de pruebas, en especial también comparecencia de testigos de descargo e interrogatorio suficiente de los testigos de cargo.
- Divulgación de pruebas de descargo o de atenuación de la pena por parte de la Fiscalía (*vid.* ya supra 1. b).
- Disponer de un intérprete.
- Derecho completo a guardar silencio, que no puede ser utilizado en contra del acusado.
- Prohibición de la inversión de la carga de la prueba.

Según el artículo 68, la Corte ha de adoptar las medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.

Esto es aplicable especialmente en procesos por violencia sexual o por violencia contra niños, en los que, por ejemplo, pueden realizarse las declaraciones a través de medios electrónicos u otros medios especiales. Si se ven afectados los intereses personales de una víctima, su opinión podrá ser presentada en el proceso a través de un representante legal. Cuando pongan en peligro la seguridad de un testigo o de su familia, las pruebas pueden no presentarse o presentarse en otra forma. También un Estado puede solicitar determinadas medidas para la protección de sus funcionarios y para la protección de informaciones confidenciales (sobre ello ya art. 72). En general, rige el principio de que estas medidas no pueden redundar en perjuicio de los derechos del acusado.

D) Recursos (arts. 81-85)

En principio hay que diferenciar entre recursos contra el fallo (art. 81) y contra otras resoluciones procesales (art. 82) de la Sala de Primera Instancia.

El Fiscal o el condenado pueden interponer recurso de apelación contra el fallo como tal por un vicio de procedimiento, error de hecho o error de derecho, así como contra la decisión sobre la medida de la pena por desproporción. Además de ello, el condenado o el Fiscal, en su nombre, pueden interponer apelación contra el fallo como tal cuando hayan resultado perjudicadas la justicia o la regularidad del proceso. Cuando la Corte, al estar conociendo de una apelación contra la decisión sobre la medida de la pena, tenga dudas sobre el fallo como tal, puede invitar al Fiscal y al condenado a ampliar la apelación a éste también. En principio el condenado debe permanecer en prisión durante el proceso de apelación.

En el marco de la apelación contra las demás resoluciones, las partes pueden recurrir resoluciones sobre la competencia, admisibilidad o prisión provisional, o también decisiones sobre la reparación de acuerdo con el artículo 75. Esta apelación sólo tendrá efecto suspensivo si así lo dispone la Sala de Apelaciones.

La Sala de Apelaciones puede modificar la resolución recurrida o decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia (art. 83 párr. 2). En las apelaciones contra la decisión sobre la medida de la pena la Sala de Apelaciones puede modificar la pena (art. 83 párr. 3). La sentencia, que ha de ser adoptada por mayoría, puede dictarse en ausencia de la persona absuelta o condenada.

Puede llevarse a cabo una revisión del proceso (art. 84) a instancia del condenado (o de sus familiares) o del Fiscal cuando se descubran nuevas pruebas, no disponibles anteriormente, que habrían conducido a una resolución distinta; los elementos decisivos de prueba fueran falsos o hubieran sido falsificados, o uno o varios de los magistrados hubieran incurrido en un grave incumplimiento de sus funciones. En caso de que la Sala de Apelaciones considere fundada la solicitud puede convocar de

nuevo a la Sala de Primera Instancia original, constituir una Sala de Primera Instancia nueva o decidir por sí misma sobre la revisión.

De acuerdo con el artículo 85, la víctima de una detención ilegal tiene un derecho efectivo a una indemnización, para lo cual se distingue entre condenados por error y personas detenidas provisionalmente.

En caso de una condena por error y una pena de prisión fundada en ella, el afectado tiene derecho a ser indemnizado, si el fallo no le es imputable. Frente a ello, la posibilidad de indemnización en el caso de la detención provisional es posible sólo de forma excepcional, cuando una persona ha sufrido la prisión provisional a causa de un error judicial grave y manifiesto (*grave and manifest miscarriage of justice*). Mediante esta formulación restrictiva se pretende evitar reclamaciones indemnizatorias en los casos en que el proceso se sobresee por razones fácticas, en especial por sobrecarga del tribunal[44], y no se determina la culpabilidad o inocencia del detenido.

V. Cooperación internacional y asistencia judicial (arts. 86-102)[45]

1. Generalidades

También en este ámbito resultaban inconciliables las posiciones de los Estados escépticos y partidarios de la Corte. Mientras aquéllos partían del derecho interestatal tradicional de extradición y asistencia judicial, éstos abogaban por una nueva forma de cooperación, ya que sólo ella podría estar a la altura de la posición especial de la C.P.I.

Los Estados partes están obligados a cooperar (art. 86). Las correspondientes solicitudes de la Corte serán dirigidas por vía diplomática o a través de Interpol al Estado respectivo (art. 87)[46]. También en el ámbito de

44 *Vid.* recientemente el sobreseimiento de 14 casos por el Tribunal para Yugoslavia *(ICTY-Bulletin* 21, 27.7.1998, 4; FAZ, 11.5.1998, 7).

45 Vid. más detalladamente *Kreb*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra nota 4.

46 Deben estar redactadas en el idioma del Estado requerido o en uno de los idiomas de trabajo de la Corte. El Estado requerido debe tramitarlas de manera confidencial.

la cooperación debe tenerse en cuenta la protección a víctimas y testigos. El derecho procesal interno deberá ser adaptado a las necesidades de la cooperación (art. 88).

En el caso de incumplimiento de una obligación de cooperación, las facultades de la Corte dependen de si se trata de un Estado parte o no. Si un Estado parte incumple su obligación de cooperar, la Corte puede constatarlo y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si el asunto le fue remitido por éste. También los Estados que no sean parte pueden resultar obligados a cooperar sobre la base de acuerdos *ad-hoc;* en caso de incumplimiento la Corte puede dirigirse igualmente –aunque sin una constatación en el sentido mencionado– a la Asamblea de Estados Partes, o en su caso al Consejo de Seguridad. También organizaciones interestatales pueden tomar parte en la cooperación (art. 87).

2. La entrega como forma más importante de cooperación (art. 89-92)

En caso de entrega (art. 89) de una persona, se dirige la solicitud correspondiente al Estado en cuyo territorio se supone que se encuentra. La pena únicamente puede imponerse, en principio, por los hechos consignados en la solicitud de entrega (principio de especialidad)[47], pero los Estados partes pueden renunciar a este requisito a solicitud de la Corte (art. 101)[48]. Los Estados partes han de acceder al tránsito de una persona por su territorio (art. 89 párr. 3).

En caso de solicitudes concurrentes, es decir, de una solicitud de entrega de la C.P.I. y una solicitud de extradición de otro Estado, tiene en principio

47 Ello no excluye una valoración jurídica diferente de los mismos hechos (*vid. Kreb,* Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra nota 4).

48 Si la persona buscada invoca el principio *ne bis in idem,* la entrega sólo podrá ser aplazada si está aún pendiente una decisión de la Corte sobre la admisibilidad (de conformidad con el art. 17 párr. 1 (c) en relación con el 20 párr. 3); en caso contrario ha de cumplirse la solicitud (art. 89 párr. 2).

prioridad la solicitud de entrega de la C.P.I. (art. 90)[49]. Para ello hay que distinguir en cada caso entre que el Estado requerido sea o no parte.

En el caso de que sea un Estado parte, la solicitud de la C.P.I. tendrá prioridad si la C.P.I. ha determinado la admisibilidad (art. 18, 19) teniendo en cuenta las investigaciones del Estado requirente, o la determina tras la notificación del Estado requerido (art. 90 párr. 2 (a) y (b)). Como se desprende del artículo 90 párrafo 3, el Estado requerido sólo puede dar curso a la solicitud de extradición una vez que la C.P.I. haya denegado la admsibilidad.

Si el Estado requirente no es un Estado parte, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la C.P.I. siempre que no esté oblligado respecto al Estado requirente por una norma de derecho internacional y la Corte haya determinado la admisibilidad. Si la deniega, rige como arriba que debe accederse a la solicitud de extradición. Si existe una obligación de derecho internacional del Estado requerido frente al requirente, aquél tendrá que tomar una decisión ponderada de acuerdo con determinados criterios (como interés del Estado requirente en la extradición porque el crimen haya sido cometido en su territorio; posibilidad de una entrega subsiguiente a la Corte por parte del Estado requiente).

Puede presentarse una situación distinta cuando un Estado parte recibe una solicitud de extradición por un crimen distinto al perseguido por la Corte (art. 90 párr. 7). En este caso vale lo dicho arriba: si no existe ninguna obligación de derecho internacional del Estado requerido respecto del requirente, deberá tener prioridad la entrega a la Corte. Si existe una obligación tal de derecho internacional, el Estado requerido deberá realizar una ponderación, en la que habrá de tener en cuenta la naturaleza y gravedad del hecho en cuestión.

Si la Corte resuelve la inadmisibilidad de la causa y tampoco tiene lugar la extradición, el Estado requerido debe ponerlo en conocimiento de la Corte (art. 90 párr. 8).

49 El Estatuto entiende por entrega la entrega de una persona por un Estado a la C.P.I. y por extradición la entrega entre Estados (art. 102). Con ello se tuvo en cuenta entre otras cosas a los Estados (civil law) en que existen prohibiciones constitucionales de extradición de algunos nacionales en el sentido del art. 16 GG. (Las siglas "GG" corresponden a *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,* y se refieren a la Ley Fundamental alemana de 1949, N. del T.)

De acuerdo con el artículo 91, la solicitud por escrito de detención y entrega debe contener, entre otras cosas, información sobre la persona buscada, su posible paradero, una copia de la orden de detención y los documentos y aclaraciones necesarios para el procedimiento de entrega (para lo cual el Estado requerido debe consultar con la Corte). En general, debería preverse un procedimiento menos oneroso que el de extradición (!). En el caso de una persona ya condenada ha de acompañarse una copia de la orden de detención, del fallo, así como informaciones para la identificación de la persona.

En casos de urgencia la C.P.I. puede pedir a un Estado la detención provisional de una persona hasta que se presente la solicitud de entrega (art. 92). Esta solicitud debe contener –junto a los datos personales de la persona– los cargos y los hechos, así como indicaciones sobre una orden de detención o una condena. La detención, sin embargo, sólo puede prolongarse por un cierto plazo –a determinar en las Reglas de Procedimiento y Prueba–. Transcurrido éste, la persona debe ser puesta en libertad, salvo que –sin solicitud de entrega– consienta en la entrega. La puesta en libertad no excluye la posibilidad de una entrega posterior.

3. Otras formas de asistencia (art. 93, 96)

Junto a ello, la Corte puede formular a Estados partes –igualmente por escrito (art. 96)[50]– otras muchas solicitudes de asistencia, en tanto éstas no estén prohibidas por el derecho del Estado requerido (art. 93)[51]. Antes de acogerse a una prohibición así, el Estado requerido debe examinar primero si no puede prestar la asistencia de una manera conforme a la ley, por ejemplo, con sujeción a ciertas condiciones o en un momento posterior. Si una solicitud de asistencia contraviniera un principio fundamental de derecho (*fundamental legal principle of general application*) –no una norma de derecho cualquiera– del Estado requerido, este deberá consultar con la

50 La solicitud debe, *inter alia*, exponer la finalidad y el fundamento jurídico, contener informaciones acerca del paradero y de la identificación de la persona, así como los hechos que la fundamentan (art. 96).

51 *Vid.* art. 93 párr. 1: identificación y determinación del paradero de personas; práctica de pruebas; notificación de documentos judiciales; facilitación de la comparecencia de testigos o peritos; allanamientos y decomisos; medidas de protección de víctimas y testigos; incautación de bienes procedentes de crímenes.

C.P.I. para tratar de resolver la cuestión, es decir, por ejemplo, prestar la asistencia deseada en una forma diferente. Si ello no fuera posible, la Corte debe modificar la solicitud según sea necesario. Por lo demás, un Estado sólamente puede denegar una solicitud de asistencia en atención a sus intereses de seguridad nacional en el sentido del artículo 72.

La Corte debe garantizar la confidencialidad de documentos y determinadas informaciones (art. 93 párr. 8). El Estado requerido puede poner a disposición del Fiscal documentos o informaciones con carácter confidencial, que éste sólo podrá utilizar con el fin de reunir nuevas pruebas. El Estado requerido puede autorizar posteriormente la divulgación de estos medios de prueba (art. 93 párr. 8). El Estado requerido debe consultar con la Corte en relación a los requisitos de su derecho interno. Estos presupuestos rigen también viceversa para las solicitudes de asistencia hechas a la Corte (art. 96 párr. 3, 4).

La Corte puede también, en el marco de estas otras formas de asistencia, solicitar un traslado provisional de una persona, para su identificación o interrogatorio, siempre que la persona, tras ser informada, consienta libremente y el Estado requerido también. Esta persona permanecerá detenida y, tras haberse llevado a cabo las actuaciones previstas, será devuelta a su Estado de origen (art. 93 párr. 7).

En caso de solicitudes de asistencia concurrentes, el Estado requerido debe intentar atender a ambas solicitudes, acaso una después de la otra. Si esto no fuera posible, rigen las reglas sobre solicitudes de entrega concurrentes según el artículo 90. Si se trata de informaciones de terceros Estados o de organizaciones internacionales, la Corte debe dirigirse directamente a ellos (artículo 93 párr. 9).

La Corte puede por su parte prestar asistencia a Estados partes respecto de los crímenes objeto de su competencia, por ejemplo, poniendo a su disposición determinados medios de prueba –con el consentimiento en su caso del Estado afectado y teniendo en cuenta las disposiciones sobre protección de testigos y víctimas– o interrogando a personas que se encuentren detenidas por orden suya (art. 93 párr. 10).

4. Cumplimiento de las solicitudes de asistencia e impedimentos (art. 99, 94 s., 97 s.)

El cumplimiento de todas las solicitudes de asistencia se rige en principio por el derecho procesal penal interno y por la propia solicitud (art. 99).

Las solicitudes sin carácter coercitivo, por ejemplo el interrogatorio de un testigo, pueden –de manera semejante a las medidas coercitivas sin carácter de intervención durante la investigación (art. 54, supra IV.1.)– ser ejecutadas por el Fiscal mismo tras consultar con la parte requerida (en caso necesario también sin la presencia de autoridades nacionales). Esta atribución no está sometida a condición alguna cuando el hecho respectivo fue cometido en el territorio del Estado parte requerido y ha sido afirmada la admisibilidad del proceso de acuerdo con los artículos 18 y 19. En todo caso, la persona interrogada puede alegar la protección de intereses de seguridad nacional en el sentido del artículo 72.

El art. 99 guarda silencio sobre el procedimiento en caso de solicitudes con carácter coercitivo, por ejemplo detenciones o registros domiciliarios. De este silencio ha de deducirse –a contrario de la regulación acabada de describir– que estas solicitudes sólo pueden ser ejecutadas por las autoridades nacionales. Refuerza esta conclusión el hecho de que las atribuciones *on site* del Fiscal (art. 99 párr. 4) fueron una de las disposiciones más discutidas del Estatuto[52].

Cuando una solicitud de asistencia interfiere en una investigación en curso, puede aplazarse su ejecución hasta la finalización de ésta (art. 94). Sin embargo, la C.P.I. puede ordenar en estos casos, a solicitud del Fiscal, medidas para la preservación de pruebas de conformidad con el artículo 93 párrafo 1 (j). También puede aplazarse la ejecución cuando esté pendiente una impugnación de la admisibilidad según los artículos 18 y 19, salvo que la Corte haya autorizado el aseguramiento de pruebas necesarias por parte del Fiscal (art. 95). Cuando un Estado considere problemática la ejecución de una solicitud de asistencia porque no contenga

52 *Vid. Kreb*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra nota 4.

informaciones suficientes, la persona buscada no pueda ser localizada o sea otra persona la que se encuentre detenida en el Estado requerido o el Estado se viera obligado por la ejecución a incumplir una obligación bilateral contractual, debe consultar con la Corte (art. 97).

Otro impedimento a la asistencia se deriva de los derechos de inmunidad de personas de terceros Estados, o de obligaciones contractuales del Estado requerido respecto a terceros Estados (art. 98). En estos casos el Estado requerido –en forma parecida a lo que ocurre con el acceso a pruebas procedentes de terceros Estados (art. 73, supra IV. 2.)– sólo puede cumplir una solicitud de asistencia cuando el tercer Estado renuncie a sus derechos de inmunidad o demás derechos.

Según el artículo 100, los gastos ocasionados por la asistencia se repartirán entre el Estado requerido y la Corte. El Estado requerido corre con los gastos que surjan en relación con la ejecución en su territorio, y la Corte con los gastos adicionales (transporte, seguridad de testigos y peritos, traducción, etc.).

VI. Penas y ejecución de las penas[53]

1. Penas (arts. 77-79)

El Estatuto prevé como penas principales una pena privativa de libertad temporal de hasta 30 años o una pena de cadena perpetua (art. 77). La pena privativa de libertad temporal podrá ser revisada tras haberse cumplido dos tercios de su duración; la cadena perpetua, transcurridos 25 años (art. 110 párr. 3, más detalladamente infra). Con carácter de penas accesorias se prevén una multa y el decomiso.

La determinación de los criterios de medición de la pena se remite en lo principal a las Reglas de Procedimiento y Prueba –a aprobar por la Asamblea de los Estados Partes–. El artículo 78 se refiere únicamente a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del autor, y determina por lo demás el cálculo de la medida de la pena.

53 *Vid.* más detalladamente *Kreb*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra nota 4.

La Corte debe descontar el tiempo de detención previa. En caso de delitos en concurso real ha de imponerse una pena individual para cada uno y después formarse una pena común, que no puede exceder de 30 años (en el caso de la pena privativa de libertad temporal) o de reclusión a perpetuidad. La duración de la cadena perpetua no está determinada, pero cabe deducir a partir de la revisión de la cadena perpetua tras 25 años y de la de la pena privativa de libertad temporal tras el cumplimiento de sus dos tercios, que la duración total (tres tercios) de la pena de cadena perpetua no puede exceder de 37,5 años (3 veces 12,5). Ello representaría también una diferencia suficiente respecto a la duración máxima de la pena privativa de libertad temporal (30 años).

La Corte ha de constituir un fondo fiduciario, que se nutrirá fundamentalmente de multas y decomisos, en favor de las víctimas y sus familiares (art. 79).

El catálogo de penas expuesto no ha satisfecho en particular a aquellos Estados que consideran necesarias penas más duras, en especial la pena de muerte (como Trinidad y Tobago y muchos Estados árabes). Estos Estados querían evitar en todo caso que la renuncia a estas penas más duras tuviera algún tipo de consecuencia jurídica desde la perspectiva de derecho internacional o interna. Por ello dispone el artículo 80 que las penas previstas en el Estatuto no afectarán al derecho interno. Sin embargo, la renuncia a la pena de muerte implica, cuando menos, ciertos reparos desde la perspectiva internacional.

2. Ejecución de la pena (arts. 103-111)

Esta parte ha planteado relativamente pocos problemas y es por ello también fácilmente comprensible. En principio la pena ha de ser ejecutada en un Estado que ha manifestado ante la Corte –bajo ciertas condiciones– estar dispuesto a ello (art. 103). Se elabora, por tanto, como en los tribunales *ad – hoc,* una lista de Estados, aunque el Estado puede denegar la ejecución en el caso concreto por determinadas razones.

Si el Estado de ejecución tiene intención de adoptar determinadas medidas que podrían afectar a la ejecución, ha de informar a la Corte 45 días antes de la

entrada en vigor de esas medidas. En este caso es de aplicación el artículo 104, según el cual el condenado –también a petición propia– puede ser trasladado a otro Estado.

La Corte misma ha de tener en cuenta determinados criterios en la elección del Estado, en especial la distribución equitativa de los condenados, el respeto a estándares de ejecución internacionalmente reconocidos, así como la opinión y nacionalidad del condenado. Si no puede ser designado un Estado de ejecución, la ejecución se llevará a cabo en el Estado anfitrión de la C.P.I. y a cargo de ésta (art. 103 párr. 3, 4).

Las condiciones de la ejecución se rigen por el derecho interno del Estado de ejecución, pero han de corresponderse con los estándares internacionales y serán supervisadas por la Corte (art. 106). El Estado de ejecución no tiene ninguna autoridad sobre la duración de la pena ni sobre eventuales recursos del condenado (art. 105). Ha de velar por que la comunicación entre el condenado y la Corte pueda tener lugar de manera irrestricta y confidencial (art. 106 párr. 3).

La decisión sobre la reducción de una pena privativa de libertad tras dos tercios o 25 años (sobre ello ya supra 1), depende de circunstancias que demuestran un cambio claro y significativo en el comportamiento del condenado, como voluntad de cooperación y facilitación de la ejecución de decisiones judiciales. La duración de la pena ha de ser revisada periódicamente (art. 110).

En caso de evasión el Estado de ejecución puede, tras consultar con la Corte, pedir la entrega del fugado al Estado en el que se encuentre o pedir a la Corte que solicite la entrega (art. 111).

Tras el cumplimiento de la pena el condenado ha de ser trasladado a su Estado de origen (el Estado que está obligado a aceptarlo), salvo que el Estado de ejecución le conceda el derecho a permanecer en él (art. 107, párr. 1 y 2)[54]. Se plantea entonces también la cuestión de cómo hay que proceder cuando se solicita por un tercer Estado la extradición u

54 Este traslado ha de ser financiado, en principio, por uno de los Estados mencionados, sólo subsidiariamente por la Corte (art. 107 párr. 1, 2).

otro tipo de entrega. En principio el condenado –en relación con el principio de especialidad consagrado en el artículo 101– no debe ser objeto de persecución penal o extradición alguna por hechos que haya cometido antes de su traslado y que no estaban comprendidos en la solicitud de entrega (art. 108 párr. 1). El efecto protector de la disposición se extingue si el condenado permanece durante más de 30 días después de haber cumplido la pena en el territorio del Estado de ejecución o si regresa a ese Estado (art. 108 párr. 3). Rige entonces el principio opuesto de que el Estado de ejecución puede extraditar al condenado a un tercer Estado tras el cumplimiento de la pena (art. 107 párr. 3).

Los Estados partes harán efectivas las multas y órdenes de decomiso según su derecho interno y teniendo en cuenta los intereses de los terceros de buena fe (art. 109). Si no puede llevarse a cabo el decomiso, deberá cobrarse, por lo menos, el valor del producto o bienes. Los bienes o el producto de su venta serán transferidos a la Corte.

Conclusión

El Estatuto de Roma constituye una gran obra, aunque mejorable. A pesar de la fuerte presión política se ha conseguido ofrecer un Estatuto jurídicamente coherente y en muchos aspectos convincente, incluso original. Con ello ha dado comienzo –más de 50 años después de Nüremberg– una nueva época del derecho internacional penal. Se ha dado el paso histórico de un sistema jurídico fundamentalmente no escrito a uno codificado y justiciable. Su eficiencia, desde luego, depende ante todo de que se adhiera a él el mayor número posible de Estados. En este sentido muestran precisamente las disposiciones sobre cooperación y asistencia judicial que la Corte Penal Internacional depende de la voluntad de cooperación de los Estados. La Corte *sólo* puede hacer efectivo su derecho con los Estados, no contra ellos[55].

55 *Vid.* últimamente sobre la soberanía estatal como obstáculo principal a la realización penal del derecho internacional humanitario la contribución del magistrado del ICTY Cassese, 9 European Journal of International Law (1998), 2 ss.; *el mismo,* 61 Modern Law Review (1998), 1 ss. (9 s.).

Si el Estatuto no ha de convertirse en un ejemplo más de *lex imperfecta* de derechos humanos, ha de ganarse a largo plazo para la causa de la Corte también a los Estados escépticos, especialmente a EEUU[56]. Pueden participar en el comité de preparación[57] que comenzará sus trabajos a principios de 1999 si firmaron la declaración final de la Conferencia. EEUU lo hizo. Por ello entre otras cosas existe a largo plazo la esperanza fundada de que también EEUU y los demás Estados escépticos se sumen a este nuevo sistema penal universal.

56 120 Estados votaron a favor del Estatuto, 7 en contra y 21 se abstuvieron. Puesto que se trató, como había solicitado EEUU, de una votación anónima (*non recorded vote*), únicamente puede deducirse a partir de actitudes posteriores el sentido del voto de cada Estado. Según eso, puede partirse con seguridad de que junto a EEUU, también China, Israel, Yemen, Qatar, Irak y Libia votaron en contra del Estatuto. Se abstuvieron India, los Estados de la Liga Árabe (entre ellos Sudán, Siria, Irán, Egipto), Trinidad y Tobago (por la no inclusión de los delitos de drogas y de la pena de muerte) y Turquía (Vid. la reproducción de las posiciones de los Estados tras la votación en *UN-Press Release,* supra nota 37).

57 *Vid.* ya supra nota 7.

"Elementos del crimen", así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional *

Por Kai Ambos

En la 5ª Sesión de la Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*-PrepCommis) de la Corte Penal Internacional (CPI) se han aprobado con carácter provisional los "elementos del crimen" y las reglas de procedimiento y prueba (*Rules of Procedure and Evidence*). A continuación se pretende exponer una visión general de estos dos instrumentos auxiliares del Estatuto de Roma, que son los más importantes y que van a ser aprobados definitivamente por la Asamblea de Estados, la cual se reúne por vez primera desde la entrada en vigor del Estatuto (art. 112 Estatuto de Roma).

I. Elementos del crimen

Según el artículo 9[1] los elementos del crimen[2] deben "ayudar" a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6 al 8, esto es, del núcleo de crímenes recogidos en el Estatuto (*core crimes*). Constituyen una fuente jurídica secundaria frente a los crímenes del Estatuto y están

* Traducción de Teresa Manso Porto, colaboradora científica en el Instituto Max Planck, Friburgo de Brisgovia. Revisión del autor.

1 Los artículos sin designación expresa corresponden al Estatuto de Roma.

2 Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Elements of Crimes (PCNICC/2000/INF/3/add.2, 6.7.2000); confr. también <www.un.org.law/1cc>.

sometidos a la interpretación por parte de la Corte[3]. Por último, cumplen una función declarativa y de sistematización. Sistematizan los arts. 6 al 8 en tanto que sus elementos típicos se estructuran en varios párrafos. La introducción general a los elementos prevé la siguiente configuración: en primer lugar, se exponen comportamiento (típico), resultados y circunstancias típicas; a continuación, si es necesario, presupuestos subjetivos especiales de la responsabilidad (*mental element*) y, por último, los llamados elementos o circunstancias contextuales (*contextual circumstances*)[4].

En el caso del artículo 6 (genocidio) se diferencian primero sus alternativas típicas y se desdoblan respectivamente en 4, 5 ó 7 "elementos". Así, por ejemplo, el artículo 6 (a) –*genocide by killing*– contiene los cuatro elementos siguientes:

1. Que el autor dé muerte a una o varias personas.
2. Que esas personas pertenezcan a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción[5].

Los elementos 3 y 4 se encuentran también en las otras alternativas típicas del genocidio, ya que se refieren al requisito general de la intención de destrucción (elemento núm. 3) o al contexto de comisión del comportamiento genocídico, el llamado "elemento contextual" (núm 4).

3 Confr. también Elementos, supra nota 2, Introducción General, pág. 5 (núm. 1). En la doctrina, confr. *Gadirov*, en: Triffterer (ed.), Commentary of the Rome-Statute etc., 1999, art. 9 núm. marg. 30; *Dörmann/Kreß*, HuV 1999, 203; *Lindenmann*, HuV 1999, 213; *von Hebel/Robinson*, en: Lee (ed.), The International Criminal Court, 1999, pág. 87 y s.; *Robinson/von Hebel*, Yearbook of International Humanitarian Law 1999, 206; *Caracciolo*, en: Lattanzi/Schabas (eds.) Essays on the Rome Statute etc., 1999, pág. 226; *Schabas*, Genocide in International Law, 2000, pág. 173.

4 Confr. elemento núm. 4 del art. 6 (a) infra en nota 5; elementos 2 y 3 del art. 7 (1) (a), infra nota 7; elemento 4 del art. 8 (2) (a) (i), infra nota 10.

5 Confr. elementos supra nota 2, pág. 6.

Estos elementos se completan con otros elementos (de validez general) que se contienen en la introducción al art. 6. Así, se definen los conceptos *in the context of* como *initial acts in an emerging pattern* y *manifest* como cualificación objetiva, respectivamente. En relación al elemento contextual, en la introducción aparece la fórmula salomónica de que las exigencias subjetivas, en la medida en que sean necesarias, deberán ser decididas por la CPI en cada caso particular[6]. El trasfondo de esta fórmula se encuentra en una disputa acerca de si dicho elemento contextual es en principio necesario en el genocidio. En opinión de quienes son contrarios a esta postura, tendría que darse en todo caso sólo de manera objetiva.

De manera similar se codifican los elementos de los crímenes de lesa humanidad (art. 7) y los crímenes de guerra (art. 8). Así, por ejemplo, para el *crimen de lesa humanidad* de asesinato (art. 7 (1) (a)) se señalan los siguientes:

1. Que el autor dé muerte a una o varias personas.
2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque introducciónizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo[7].

El elemento 1 se refiere aquí a la alternativa típica específica del asesinato y los elementos 2 y 3 se aplican a todas las alternativas típicas de los crímenes de lesa humanidad. Mientras que los elementos específicos de cada alternativa típica se extraen ya del texto literal del Estatuto de

6 Confr. Elementos, supra nota 2, pág. 6, Introducción, tercer guión: "...el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito *eventual* de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a *esta* circunstancia [el elemento contextual, K.A.] es algo que habrá de decidir la Corte *en cada caso en particular*" (enfasis del autor).

7 Confr. Elementos, supra nota 2, pág. 9, así como págs. 10 y ss. para los elementos de las otras alternativas típicas del art. 7, que se desdoblan en varios elementos cuya cifra oscila entre ocho y cuatro.

Roma y por eso su codificación –dejando a un lado acciones típicas especialmente complicadas como la desaparición forzada de personas (art. 7 (1) (i))– apenas presentó dificultades, los elementos generales fueron, en cambio, muy discutidos. Tal y como se desprende de la introducción al artículo 7, los dos últimos elementos de cada alternativa típica se refieren al contexto de comisión (*context*) del comportamiento típico. Más adelante, se dice:

> Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de *todas* las características del ataque ni de los *detalles precisos* del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento *existe* si el autor tenía la *intención de promover un ataque de esa índole*[8].

Esta fórmula –que no es de fácil comprensión a simple vista– contiene un compromiso que fue objeto de lucha vehemente con respecto a las exigencias subjetivas del crimen de lesa humanidad. Mientras que era indiscutible que este hecho debe ser realizado en un determinado contexto comisivo, es decir, como parte de una agresión extendida o realizada de manera sistemática contra la población civil, era prácticamente imposible llegar a un acuerdo unánime acerca de las exigencias que se debían imponer en cuanto a conocimiento por parte del autor de dicho contexto. Mientras que por un lado el art. 7 (1) presupone conocimiento de la agresión, por otro lado sería demasiado exigir que se espere de un partícipe un conocimiento de los detalles exactos de la política que esté detrás de dichos crímenes. Con ello, una condena se tornaría prácticamente imposible. La fórmula de compromiso citada tiene esto en cuenta en tanto que expresamente prescinde de un conocimiento de todas las características de la agresión o de los detalles

8 Confr. Elementos, supra nota 2, pág. 9, Introducción, Nr. 2 (énfasis del autor).

exactos de una política (en el sentido de una *policy* entendida de un modo amplio) o de un plan. Además, el dolo se puede demostrar por la vía de la prueba indiciaria cuando el autor únicamente quería favorecer una agresión extendida o sistemática.

Otro problema resulta de una contradicción entre los apartados 1 y 2 (a) del artículo 7. Mientras que en el apartado 1 se exige una agresión generalizada o sistemática, el apartado 2 (a) define la agresión como modo de comportamiento que consiste en la comisión repetida de las acciones que se mencionan en el apartado 1 (es decir, "generalizada") y que se realiza bajo encomienda o en apoyo de un Estado o una organización (o sea, "sistemática"). Con ello, la primera formulación de tipo alternativo del apartado 1 se convierte en un requisito de tipo acumulativo y se exige más que en el apartado 1. Bajo el número 3 de la introducción a los elementos del art. 7 se define la agresión contra una población civil como "*course of conduct involving the multiple commission of acts* (...) *pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack*". Con ello, finalmente resulta que se sigue la formulación cumulativa del art. 7 (2) (a), si bien las acciones repetidas no deben constituir una agresión militar y la *policy to commit such attack* implica que el Estado o la organización afectada favorece dicha agresión o alienta a su comisión[9].

Las exigencias subjetivas también constituyen el mayor problema en los crímenes de guerra (art. 8). Pongamos de nuevo atención, por ejemplo, en los elementos del primero de los crímenes de guerra, del *war crime of willful killing* del art. 8 (2) (a) (i):

> 1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
> 2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o varios de los Convenios de Ginebra de 1949.
> 3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

9 Confr. Elementos, supra nota 2, pág. 9, Introducción, Nr. 3: "that the state or organisation actively promote or encourage such an attack against the civilian population".

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado[10].

Los elementos específicos de este crimen se contienen en los núms. 1 al 3, mientras que los números 4 y 5 contienen los elementos generales que se aplican a todas las alternativas típicas de los crímenes de guerra, si bien es obvio que en los casos de crímenes de guerra aplicables a un conflicto armado no internacional del art. 8 (2) (c) y (e) el elemento 4 debe referirse a dicho *conflict not of an international character*. De los dos elementos mencionados en último lugar se deduce que se está ante un crimen de guerra cuando el comportamiento estaba en relación con un conflicto armado internacional o no internacional (núm. 4) y el autor –en el aspecto subjetivo– era consciente de las circunstancias *fácticas* de existencia de dicho conflicto armado. De modo inverso, de esto se deduce que *no* se exige una valoración *jurídica* del conflicto como internacional o no internacional. Esto también se comprueba en la introducción a los elementos del artículo 8[11], pero se establece además que el autor *ni siquiera* tiene que haber sido consciente de los *hechos* que convirtieran a un conflicto en internacional o no internacional. Por otra parte, debe haber sido consciente de las circunstancias *fácticas* del estatus de la víctima como persona protegida (confr. supra elemento 3) y de la *existencia* de un conflicto armado (elemento 5). Aquí se refleja la discusión entre una postura más bien favorable a la persecución y otra que por razón del principio de culpabilidad sostiene la necesidad de mayores exigencias con respecto al dolo, en el sentido de un conocimiento más amplio de los hechos. Sea cual sea la postura que se siga, en cualquier caso no resulta muy

10 Confr. Elementos supra nota 2, pág. 18 y s., así como 19 y ss. con los elementos para los demás crímenes de guerra.

11 Elementos supra nota 2, pág. 18, Introducción, primer guión:"There is *no* requirement for a *legal* evaluation by the perpetrator as to the existence of an armed conflict or ist character as international or non international"; (Énfasis del autor).

convincente establecer una diferencia entre la existencia de un conflicto armado y su clasificación como internacional o no internacional, si el propio artículo 8 mantiene la –hoy ciertamente discutible, pero todavía clásica– diferenciación entre un conflicto internacional y uno no internacional. Si los redactores del Estatuto de Roma, como se exigió especialmente por la parte no gubernamental, hubiesen tenido el valor de prescindir de la diferenciación existente hasta ahora en favor de una categoría unitaria del crimen de conflicto armado, también resultaría más sencilla en el aspecto subjetivo la diferenciación entre conocimiento fáctico y valoración jurídica.

Sea como fuere, la problemática revela la enorme necesidad de claridad en el ámbito de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal internacional. Dicho de manera más sencilla, el autor debe poseer conocimiento de los hechos, pero no conocimiento jurídico. Así, en la introducción general a los elementos del crimen también se establece con respecto al conocimiento de los elementos normativos del tipo (*elements involving value judgement*) que el autor no tiene que realizar un determinado juicio de valor[12]. Por lo demás, es de aplicación[13] la disposición general del artículo 30 –que exige *dolus directus*– y la existencia de dolo puede ser inferida de determinados hechos y circunstancias fácticas[14].

12 Elementos, supra nota 2, pág. 5, Introducción General, Núm. 4: "With respect to a mental elements associated with alements involving value judgement, such as those using the terms, inhuman' or, civilian', it is not necessary that the perpretrator personally completed a particular value judgement, unless otherwise indicated".

13 Confr. más detalladamente sobre esto *Schabas*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 1988, 419 y ss.; *Ambos*, Criminal Law Forum 1999, 20 y ss.

14 Elementos supra nota 2, pág. 5, General Introducción, Núms. 2 y 3. Confr. acerca de la jurisprudencia, en este sentido, *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR 2000, 201 en nota 179 (*Aleksovski*) y 205 en nota 255 (*Kayishema/Ruzindana*).

II. Reglas de procedimiento y prueba

Las reglas de procedimiento y prueba (*Regeln*)[15] deben ser, al igual que los elementos, compatibles con el Estatuto y tienen carácter subsidiario con respecto al mismo (art. 51 (4) (5)). Esto lo confirma también la *explanatory note* introductoria, que establece sobre esto que las reglas no afectan al derecho nacional[16]. Por lo demás, las reglas constituyen una concretización y un desarrollo de las disposiciones sobre competencia, organización judicial y procedimiento contenidos en el Estatuto. El total de 225 reglas se divide en 12 capítulos: disposiciones generales (reglas 1 a 3); composición y administración de la Corte (4 a 43); competencia y admisibilidad (44 a 62); disposiciones relativas a distintas etapas del procedimiento (63 a 103); investigación y enjuiciamiento (104 a 130); procedimiento en el juicio (131 a 144); penas (145 a 148); apelación y revisión (149 a 161); faltas de conducta en la Corte y delitos contra la administración de justicia (162 a 172); indemnización a personas detenidas o condenadas (173 a 175); cooperación internacional y asistencia judicial (176 a 197) y, finalmente, ejecución de la pena (198 a 225). Por motivos de espacio solamente se pueden exponer aquí algunas generalidades y las reglas especialmente importantes.

En general llama la atención que tanto los derechos de la *defensa* (14 (2), 20 y ss., 47 (2), 116) como los de la víctima (16 y ss., 85 y ss.) son aquí objeto de mayor atención que en el Estatuto de Roma. Por otro lado, la "unidad de víctima y testigo" (*Victim and Witnesses Unit*) ocupa un lugar prominente en el ámbito de las reglas sobre organización judicial (cap. 2). En adelante, sólo la regla 7 merece una mención especial, pues se establece que el magistrado único, que cumple en determinados casos las tareas de la Sala de Cuestiones Preliminares, deberá ser nombrado por ésta sobre la base de *objective pre-established criteria*. Esto supone una

15 Report of the Preparatory Commision for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence (PCNICC/2000/INF/3/add.1,12.7.2000); confr. igualmente www.un.org.law/icc.

16 Confr. Rules, supra nota 16, pág. 1.

concretización frente al art. 61 (11), pues según éste la presidencia de la CPI deberá constituir una Sala de Primera Instancia. Por otro lado, esta regla –al igual que el art. 36– deja claro que los Estados parte en lo relativo a la elección de los magistrados tienen interés en criterios que sean objetivos en la medida de lo posible, evitando así cualquier síntoma de politización de la Corte.

En el ámbito de la competencia y admisión (cap. 3) llama la atención en primer lugar una modificación interesante de las reglas 44 y 45 con respecto al artículo 12 (3): mientras que éste prevé el reconocimiento *ad hoc* de la competencia de la Corte Penal Internacional por parte de un Estado en relación a un crimen determinado, las reglas hablan de una "*acceptance of jurisdiction with respect to the crimes* (...) *of relevance to the situation*". Con ello se amplía el punto de referencia de un crimen determinado y una situación criminal –totalmente en el sentido del capítulo 7 del Reglamento de Naciones Unidas. Con ello parece que se pretende evitar que se produzcan investigaciones parciales en perjuicio de un Estado determinado. Efectivamente, si un Estado sólo puede reconocer una "situación", esto significa que todos los crímenes cometidos en el marco de dicha "situación", incluyendo los de sus propios nacionales, pueden ser contenido de un procedimiento penal. Esto, por su parte, le persuadirá de no hacer un uso abusivo del reconocimiento de competencia[17].

Es evidente que quien se esperaba a través de las reglas un esclarecimiento del poco concretizado *principio de complementariedad* se verá decepcionado. La correspondiente regla 51 no concreta los criterios de la voluntad de persecución y de la capacidad de persecución de un Estado concreto. Solamente se refiere a las informaciones que dicho Estado debe presentar ante la Corte para justificar que sus procedimientos penales se ajustan a los estándares internacionales, o bien para confirmar que un caso concreto se investiga judicialmente.

17 Con ello también se toman en cuenta los reparos de EE.UU., que temen, no sólo debido al art. 12, que sus nacionales –independientemente de la ratificación del Estatuto– puedan ser llevados ante la Corte.

Con ello naturalmente no se ha obtenido nada desde el punto de vista material y la significación concreta del principio de complementariedad sigue permaneciendo abierta.

El capítulo 4 contiene disposiciones de derecho de prueba, relativos a la revelación de pruebas por parte del Fiscal y la defensa así como a víctimas y testigos. El principio de libre valoración de la prueba se confirma (63 (2)), si bien se relativiza en caso de delitos contra la libertad sexual a través de determinadas reglas de prueba y prohibiciones de prueba (70, 71). Las impugnaciones con respecto a la relevancia o admisibilidad de pruebas han de ser interpuestas sin demora (64). Los testigos han de poder ser obligados a declarar (65), si bien queda abierto en qué modo. Conforme al art. 69 (2) las declaraciones de testigos también pueden ser tomadas con ayuda de técnicas de audio y vídeo (67). Determinados hechos pueden ser presentados como fuera de controversia por razón de un acuerdo entre el Fiscal y la defensa y estimarse, en consecuencia, como probados por parte de la Sala, sin embargo, ésta puede ser de la opinión de que sea exigible una exposición más amplia de los hechos en interés de la justicia (69). Con ello se confirma la fuerte posición que ocupa el magistrado en el sentido del proceso acusatorio de instrucción (confr. también art. 65 (3)-(5)). Por lo que respecta a la publicidad de los medios de prueba, tanto el Fiscal como la defensa deben garantizarse el acceso a los mismos de manera recíproca (76 y ss.); la obligación de publicidad no afecta en cambio a documentos internos (actas), así como a las informaciones confidenciales del Fiscal, en el sentido del art. 54 (3) (e) (81 y s.). Las disposiciones relativas a víctimas y testigos están sujetas al principio general de que en cada decisión deben ser observadas suficientemente las necesidades de todas las víctimas y testigos (86, detalladamente 87 y ss.).

En el capítulo 5 se tratan en primer lugar regulaciones de carácter formal acerca de la apertura de investigaciones y del papel del Fiscal y de la Sala de Cuestiones Preliminares en este ámbito. Para la reunión de pruebas se prevé la obligación de documentación en la forma de "record" o, en casos especiales, a través de técnicas de audio y video (111 y s.).

En caso de que sean necesarias medidas de instrucción en el territorio de soberanía de un Estado Parte (art. 57 (3) (d)), el Fiscal deberá dirigir una solicitud de cooperación en forma escrita a la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual debe entonces instar al Estado en cuestión a una toma de postura (115). La detención de un sospechoso puede producirse en un Estado Parte o en la sede de la Corte. En el primer caso, según la regla 117 el detenido debe recibir una copia de la orden de detención, designar asesoramiento jurídico y poder recurrir judicialmente ante la Sala de Cuestiones Preliminares. En el otro caso, parece que el detenido puede realizar un requerimiento de *interimrelease* y, por lo demás, la detención debe ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares cada 120 días o bien a instancia del afectado o del Fiscal (118). La libertad condicional puede entrar en consideración bajo ciertos requisitos (119).

El procedimiento relativo a la confirmación de los cargos según el artículo 61 (*confirmation hearing*) se configura más detenidamente en las reglas 121 y ss. La audiencia puede tener lugar en ausencia de la persona afectada (124 y s.). La fase de Cuestiones Preliminares concluye mediante la confirmación de los cargos o el requerimiento judicial de nuevos medios de prueba (art. 61 (7) (c)). En este caso, la Sala puede establecer un plazo (127). Si con posterioridad el Fiscal desea modificar puntos de la acusación ya confirmados, debe solicitarlo por escrito ante la Sala; ésta informa a las posturas y les solicita una toma de postura. Si se trata de puntos de la acusación adicionales o que van más lejos, el procedimiento debe en tal medida repetirse de nuevo (128).

En el juicio (cap. 6) existe la posibilidad de llevar a cabo un proce-dimiento común contra varios acusados o procedimientos separados (136). Tras la *confesión* del acusado de conformidad con el Art. 65 la Sala de Primera Instancia que lleva a cabo el juicio debe pedir alegaciones al Fiscal y a la defensa para decidir si dicha confesión es suficiente o si el procedimiento debe continuar con realización ordinaria de pruebas (art. 65 (4)). La dirección del juicio compete según el art. 64 (8) al magistrado presidente de la Sala de Primera Instancia. Sin embargo, si éste prescinde de ello, el Fiscal y la defensa pueden acordar el transcurso y el modo en que debe

realizarse la toma de pruebas (140 (1)). En cualquier caso, un testigo siempre debe ser oído en primer lugar por la parte que lo ha designado; a continuación, por el Fiscal y la defensa, por la Sala de Primera Instancia y, por último, una vez más por la defensa (140 (2)). También aquí se manifiesta la naturaleza mixta del procedimiento, que fluctúa entre el modelo continental-europeo del procedimiento de instrucción dirigido judicialmente y el modelo angloamericano del proceso acusatorio.

En el fallo la Sala de Primera Instancia ha de hacer referencia especial a cada uno de los puntos de la acusación y a cada acusado (142 (2)). Si conforme al art. 76 (2) y (3) es necesario otro juicio para la determinación de la pena o de la indemnización, el presidente señalará una fecha (143).

Por lo que se refiere a las penas (cap. 7), en primer lugar la regla 145 (1) (a) obliga al Tribunal a regirse por el principio de culpabilidad. Además, la CPI deberá referirse en una valoración conjunta a todos los factores de medición de la pena y tener en cuenta las circunstancias especiales del condenado y del crimen. Además de las causas de graduación de la pena mencionadas en el art. 78 (1), deberán observarse entre otros la medida del daño provocado, el tipo de comportamiento antijurídico, los medios del crimen, el tipo de participación, el grado de dolo, las circunstancias individuales, así como la edad, formación y condiciones de tipo socio-económico del condenado (145 (1) (c)). La regla 145 (2) nombra al respecto de manera ejemplificadora determinadas causas de graduación de la pena, como el esfuerzo de reparación y la cooperación con la Corte, así como causas de agravación, como abuso de cargo público, una forma de comisión especialmente cruel o con cierto móvil de índole discriminatorio, según lo que establece el art. 21 (3). Esta causa de agravación arroja un problema en el sentido de la prohibición de doble valoración, pues en ciertos tipos penales como, por ejemplo, el genocidio o la persecución como crimen de lesa humanidad, estos motivos constituyen ya elementos especiales de la intención.

En el caso de una condena –eventualmete añadida– a la pena de multa según el art. 77 (2) (a) la Corte deberá atender especialmente a si con el crimen iba vinculada una ganancia económica determinada. Por

lo demás, la pena de multa no debe superar el 75 % del valor del patrimonio del condenado. Si se impone una multa, se deberá advertir al condenado de que el impago puede conducir a un aumento de la privación de libertad (146).

En el procedimiento de apelación y revisión (cap. 8) son de aplicación las disposiciones contenidas en los apartados 5 y 6 del Estatuto de Roma, así como en las reglas mencionadas anteriormente (149). La apelación contra una condena o declaración de inocencia, una determina-ción de la medida de la pena o una orden de indemnización debe presentarse dentro del plazo de 30 días (150 (1)). La apelación puede ser retirada en cualquier momento (152).

En cuanto a los delitos contra la administración de justicia y las faltas de conducta (cap. 9) hay que establecer diferencias: en el primer caso, la Corte tiene jurisdicción automática en virtud del art. 70 (1), si bien establece la regla 162 que en el caso oportuno deberá trasladar el procedimiento al Estado Parte que sea competente. Por lo demás, esto es aplicable también a los procedimientos que se siguen en los crímenes ordinarios (163), si bien la prescripción del delito y la prescripción de la pena se producen a los 5 y 10 años, respectivamente (164). Como sanción entra en consideración una multa que no debe superar el 50 % del patrimonio del condenado y –como ultima *ratio*– puede ejecutarse como privación de libertad (166). El principio *ne bis in idem* se recoge expresamente (168). En el caso de una falta de conducta, si se produce una negativa a dar cumplimiento a la orden de la Corte, se puede imponer una multa que puede llegar hasta los 2000 Euros (170,171).

La indemnización de una persona condenada o detenida injustamente (cap. 10) debe solicitarse por escrito en el plazo de 6 meses y será emplazado por una cámara integrada por tres magistrados (173). En la determinación de la cantidad indemnizatoria deberán tenerse en cuenta las consecuencias de la privación injusta de libertad o de la condena para la situación personal del solicitante (175).

Para la cooperación internacional y asistencia judicial (art. 86 y ss., cap. 11) son competentes por parte de la Corte la Secretaría y el Fiscal como

órganos de recepción y transmisión de las solicitudes correspondientes. Si una persona se opone a la entrega con motivo de una lesión del principio *ne bis in idem* (art. 89 (2)) la Corte deberá obtener primeramente todas las informaciones relevantes del Estado requerido (181). Si en el Estado requerido ya se está investigando acerca de la persona afectada, entra en consideración una entrega temporal a la Corte (183). Si el tribunal considera que un procedimiento según el art. 17 (1) (a) –de acuerdo al principio de complementariedad– es inadmisible, entonces la persona afectada debe ser entregada al Estado que ya lleva a cabo investigaciones contra la misma; esto no se aplica cuando el Estado que inicialmente entregó a la persona exige su devolución (185 (2)). Esta última posibilidad resulta problemática, pues el Estado que investiga, el cual ha suscitado la inadmisibilidad del procedimiento ante el tribunal, solamente podría llevar a cabo un juicio en rebeldía contra la persona afectada, lo que a menudo es inadmisible.

De especial trascendencia resulta, por último, la regla 195 dictada en relación al artículo 98 (2). El artículo 98 (2) prohibe a la Corte Penal Internacional llevar a cabo una petición de extradición cuando a través de la misma el Estado destinatario, es decir, el Estado cuyos nacionales han de ser extraditados incurriera en una violación de sus obligaciones de derecho internacional. En este caso, la CPI debe primero recabar del Estado destinatario su conformidad con la extradición. La regla 195 (2) confirma esto en cuanto que hace depender la admisibilidad de tal petición de extradición de la conformidad por parte del Estado destinatario. Una regla propuesta por Estados Unidos preveía más aún que ante la CPI sólo pudiesen realizarse aquellas peticiones de extradición que fueran compatibles con sus obligaciones de derecho internacional. Con ello, Estados Unidos pretendía obligar a la CPI, con vistas a su futuro tratado con la ONU (*Relationship Agreement*), a observar una exigencia allí prevista de conformidad (que, sin duda, Estados Unidos aún tiene que "negociar" en las próximas reuniones de la Comisión Preparatoria). En cambio, el art. 98 (2) y la regla 195 (2) no se refieren en modo alguno a obligaciones de la CPI, sino únicamente de los Estados entre sí, acaso por razón de acuerdos bilaterales, los cuales además deben

haber sido celebrados –en virtud del principio Estoppel[18] de derecho internacional– antes de la promulgación del Estatuto de Roma. En consecuencia, la Comisión Preparatoria ha advertido igualmente que la regla 195 (2) "*should not be interpreted as requiring or in any way calling for the negotiation of a provision in any particular international agreement by the Court* (especialmente el *Relationship Agreement,* K.A.) *or by any other international organization or State*"[19].

La ejecución de las penas impuestas por la CPI (cap. 12) depende de la disposición de los Estados de albergar a los condenados. Así, las reglas 200 y ss. concretan las disposiciones ya contenidas en el Estatuto de Roma acerca de un listado estatal, que vele por un reparto geográfico igualitario de los condenados. En relación a esto, el condenado tiene al menos el derecho a manifestar su opinión ante la Presidencia; sin embargo, no está prevista asistencia jurídica (203). Para la supervisión de la ejecución de acuerdo al artículo 106, la Presidencia puede nombrar a un magistrado o a otro funcionario de la Corte (211 (1)(c)). El enjuiciamiento o sanción por otros delitos en el Estado de ejecución por parte de éste, sólo es posible cuando se autoriza por la CPI (art. 108). El Estado de ejecución ha de informar a la Corte acerca de su intención y especialmente aportar justificación exacta de los hechos y de su calificación jurídica (214). El cumplimiento de una pena privativa de libertad adicional sólo entra en consideración después del cumplimiento íntegro de la pena impuesta por la CPI (215 (2)).

En el marco de las ejecuciones, se regula además la posibilidad de una revisión y reducción de la pena de cárcel según lo dispuesto en el artículo 110. En este supuesto, tres magistrados de la Sala de Apelaciones deberán observar el comportamiento del condenado durante el período de prisión, sus posibilidades de resocialización, los efectos de una liberación prematura sobre la estabilidad social, conductas en beneficio de la víctima, así como las circunstancias personales del condenado

18 Confr. *Verdrodd/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3 Ed., 1984, § 615.

19 PCNICC/2000/WGRPE(9)/RT.3; confr. asímismo el diario alemán FAZ de 3-7-00, 16; SZ de 3-7-00, 8 así como la crítica toma de postura de la ONG-Coalición en la dirección <www.iccnow.org/html/cicc20005a.html>

(223). Cuando el condenado haya cumplido 2/3 de la pena de prisión o bien 25 años, la revisión deberá llevarse a cabo en el marco de una vista oral en presencia de tres magistrados de la Sala de Apelaciones; excepcionalmente, dicha vista oral puede realizarse también con ayuda de una videoconferencia o en el Estado de ejecución a través de un magistrado nombrado por la Sala de Apelaciones (224 (2)). En el caso de que no se produzca una decisión positiva, la pena ha de ser revisada cada tres años (224 (3)).

Sobre los Fines de la Pena al nivel nacional y supranacional

Kai Ambos
con la colaboración de Christian Steiner*

Los fines y la legitimidad de la pena raramente se ven reflejados en el debate sobre el endurecimiento del derecho penal. Dicha situación se repite en torno al debate sobre el sistema de justicia penal internacional emergente, con especial énfasis, en lo que concierne a la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo CPI)[1]. El presente ensayo tiene por objeto llenar o al menos disminuir, en cuanto sea posible, dicho vacío, sobre la base de las doctrinas nacionales acerca de los fines de la pena.

---

* Christian Steiner merece una mención aquí porque el texto alemán se publicó originalmente en una versión más breve, en la que Steiner colaboró (*cfr.* 40 *Juristische Schulung* (*JuS*), 2001, pp. 9-13). La versión original fue ampliada y traducida al inglés por el autor con la ayuda de Guy Cumes, docente de la Universidad de Gales del Sur, Australia. Finalmente, la presente versión fue traducida al castellano por Marta Susana Donís Galindo y revisada por el abogado Alfonso Fco. Palacios Huerta y el autor. Me siento en deuda asimismo con Emily Silverman, una colega investigadora en el Max Planck Instituto para Derecho Penal Internacional y Extranjero, por traducir las notas de pie de página y por sus comentarios críticos. Y, en fin, agradezco a Steffen Wirth, asistente en la investigación en el MPI, por sus comentarios y su apoyo técnico.

1 Véase el Rome Statute of the Corte Penal Internacional (UN-Dok. A/Conf. 183/9; www.un.org/icc), adoptado el 17 de julio de 1998. Véase Zimmermann, 58 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (*ZaöRV*), 1998, pp. 47 y ss.; Ambos, 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*), pp. 3743 y ss.; *ibid.*, 1998, p. 111 y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), 1999, pp. 175 y ss., con referencias adicionales. La versión francesa apareció en la 10 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 739-772; y en castellano, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid), 2ª época, núm. 5, enero de 2000, pp. 127-169.

I. Sobre la Función del Derecho Penal

1. Ámbito Nacional

La cuestión en torno a la función del derecho penal es la cuestión acerca de lo que el legislador puede y debe prohibir a sus súbditos bajo la amenaza de una pena. Pero, ¿conforme a qué criterios debe resolver el legislador este dilema? ¿Qué conductas debe, y le es permitido, prohibir al Estado? ¿Cualquier acto inmoral, indecente o antisocial? El catálogo de patrones de conducta a penalizar por el Estado no es susceptible de ser determinado con facilidad. Este depende del sistema de valores de una sociedad determinada y es por tanto, y hasta cierto punto, relativo[2]. De hecho, los delitos cambian con el transcurso del tiempo, al igual que sus respectivas sanciones. Del mismo modo, delitos diferentes pueden ser al mismo tiempo válidos en lugares distintos. Lo que hoy es punible, mañana puede ser socialmente aceptable en virtud de un cambio en las actitudes sociales de la población. En tal caso, el Estado podría, y de hecho, tendría que abstenerse de castigar[3].

En este sentido, la capacidad de un sistema de derecho penal para liberarse de las exigencias de encarnar un determinado orden moral o religioso es de enorme importancia para la adaptabilidad del mismo[4]. A este respecto, es útil recordar que la separación entre Religión y Estado –existente desde laga data en occidente– aún no lo eximen de la presencia

2 El problema que está aquí en discusión es el de la teoría sustantiva de la delincuencia. Respecto de este punto véase Roxin. *Strafrecht Allgemeiner,* Teil, vol. I, § 2 márgenes núms. 1 y ss. (3ª ed., 1997); Baumann, Weber y Mitsch. *Strafrecht Allgemeiner,* Teil § 3 márgenes núms. 10 y ss. (10a. ed., 1995); Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner,* Teil, 1/1, 2/21 (2ª ed., 1991).

3 *Cfr.* Roxin *supra*, nota 2, § 2, margen núm. 15 menciona, por ejemplo, el exhibicionismo, que continúa siendo un delito punible según el § 183 StGB, Código General Alemán. La homosexualidad y el adulterio podrían mencionarse igualmente aquí. Véase asimismo Gropp, *Strafrecht, Allgemeiner,* Teil, § I C II, márgenes núms. 77 y ss. (2a. ed., 2001).

4 En cuanto al dilema entre el pluralismo de valores en la sociedad y la desmoralización del derecho penal, véase Wolf. *Verhütung oder Vergeltung?-Einführung in die ethischen Straftheorien*, 1992, pp. 28 y ss. Wolf. Introduce cuatro respuestas posibles a la pregunta de qué puede esperar el Estado de la ley criminal, el cual puede hacer valer: 1) la verdadera moralidad, 2) la moralidad positiva, 3) su propia continuación o 4) la moralidad mínima.

de transgresiones morales consideradas por éste, como merecedoras de sanción[5]. En este contexto, ciertamente son menos flexibles aquellos sistemas jurídicos cuyos delitos son religiosamente prescritos, esto es, donde Religión y Derecho se encuentran estrecha-mente asociados entre sí, como todavía sucede, o sucedió, en algunos Estados de tradición "islámica"[6].

Un buen ejemplo acerca de la relatividad del derecho penal lo encontramos en la regulación del consumo de alcohol, el cual se encuentra estrictamente prohibido por el derecho islámico basado en la Shari'a, al menos, según algunos eruditos (aquí, nuevamente, hay espacio para la interpretación)[7]. Así, sí el Estado adoptase la Shari'a como patrón de juricidad, el consumo de alcohol naturalmente tendría que ser penalizado (en tanto que en nuestra cultura se prohíbe el consumo de otras drogas)[8].

Conforme a una concepción moderna del derecho penal, éste se encuentra al servicio de una *finalidad* determinada, esto es, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos

5 Tocante a la República Federal Alemana véase *supra*, nota 3. Desde luego que puede haber opiniones divergentes entre los seguidores de una misma religión, lo cual también se aplica a la justificación del castigo. Sobre la ética cristiana puede consultarse, por ejemplo, la visión general en Honecker. *Grundriß der Sozialethik*, 1995, pp. 596 y ss.

6 Khadduri. *The Islamic Conception of Justice*, 1984, p. 135: "En el Islam la Ley (Shari'a) está íntimamente entrelazada con la religión, y ambas se consideran como la expresión de la voluntad y la justicia de Dios; sin embargo mientras el propósito de la religión es definir y determinar finalidades, entre éstas la justicia, la función de la ley es indicar el sendero (el término *Shari'a* tiene tal significado) gracias al cual se realizan la justicia de Dios y otros fines".

7 La prohibición (al-haram) del consumo de alcohol, que por cierto se aplica a todo tipo de drogas intoxicantes, puede encontrarse en el Corán, Sure al-Maida 5:93, citado según Al-Qaradawi. *Erlaubtes und Verbotenes im Islam*, 1989, p. 67. Al-Qaradawi, *ibid.*, en la p. 73 señala que el castigo en estos casos está previsto por el mismo Corán (es el caso del llamado castigo *hadd*, como algo opuesto al *tazir*, en el caso de delitos que este libro sagrado prohíbe pero para los cuales no prescribe un castigo y, en vez de ello, deja al gobierno la resolución respectiva). Khadduri, *supra*, nota 6, p. 216, sostiene por otra parte que el consumo de alcohol no está prohibido necesariamente por el Corán con la amenaza del castigo, sino que dicho libro recomienda la abstinencia del mismo. Para una perspectiva histórica sobre la Shari'a, véase Hourani. *Die Geschichte der arabischen Völker*, 1997, pp. 154 y ss.

8 Según Khadduris, *supra*, nota 6, pp. 214 y ss. (con referencias adicionales), los estudios legales islámicos egipcios se muestran renuentes a secularizar el código criminal.

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg
Georg-August-Universität Göttingen

que integran una comunidad[9]. Esta representación del derecho penal como "resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos" (*zweckbewusster Rechtsgütershutz*) se remonta a Platón y Séneca y ganó significado en los tiempos modernos gracias a los escritos del penalista alemán Franz von Liszt[10]. Conforme a ella, de las respectivas circunstan-cias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad, tales como la protección de la vida e integridad física, de la libertad de autodeterminación y de la propiedad. Tales condiciones las denominamos bienes o intereses jurídicos *(Rechtsgüter)*[11]. Respecto de ellos, el Estado está autorizado –e incluso obligado– a protegerlos, y sólo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal.

No obstante lo anterior, la utilización del derecho penal para garantizar el orden de la comunidad suele ser –por lo general– innecesaria, puesto que la mayoría de sus integrantes acatan voluntariamente los mandatos del orden jurídico. Sólo en el evento que la "totalidad del sistema de control socia" fracase (familia, comunidad local, escuela, vecindario, asociaciones, etcétera), y otros medios alternativos para resolver conflictos sociales resulten ineficaces, deberá recurrir el Estado al empleo del derecho penal –entendido como *ultima ratio* de los instrumentos de

9 Jescheck y Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner,* Teil, § 1 I 1, 5ª ed., 1996, p. 2; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 10. Esta frase puede ciertamente exigir una validez general incluso si se somete a controversia qué es lo que protegen exactamente las leyes criminales a fin de proteger la cohabitación pacífica de los seres humanos: ¿los valores legales?, ¿los intereses?, etcétera. Para un resumen de esta disputa véase Roxin, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 42 y ss.; Jakobs, *supra*, nota 2, ¼ y ss. se aviene de una forma más fundamental a la función estabilizadora de las normas: "La misión del castigo es la preservación de la norma como modelo de orientación para la relación social" (*id.*, margen núm. 11, traducción del alemán); para él la evitación del daño en búsqueda del bien no es una función de las leyes criminales (*id.*).

10 Séneca, De ira, liber 1, XIX-7; Platón, Nomoi, 934ª (citado por Roxin, *cfr. supra,* nota 2, § 3, margen núm. 11); Von Liszt, 3 *ZStW* (1883), pp. 1 y ss. (33 y ss.) –el denominado Programa Marburgués–. Respecto de este punto, *vid.* Roxin, *id.* márgenes núms. 11 y ss.

11 Roxin, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 381. Acerca del concepto de "valor legal" en las leyes alemanas y su derivación de la Constitución véase Roxin, *supra,* nota 2 § 2, márgenes núms. 2 y ss., especialmente 9 y ss.; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2 § 3, márgenes núms. 10 y ss. Por el contrario Jakobs. "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht", en *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Isensee ed., 1992, p. 38, hace hincapié en la garantía de las normas principales, que son indispensables para la existencia prolongada de una sociedad. Es improbable que este planteamiento sea diferente.

orden– a fin de garantizar la integridad del orden jurídico[12]. En atención a ello, se puede hablar de la subsidiaridad de derecho penal[13].

La experiencia muestra sin embargo, la necesidad del recurso penal: Por un lado, la contemplación pasiva por parte del Estado de un serio quebrantamiento del Derecho, dejando con ello a disposición de los individuos la validez del ordenamiento jurídico, representaría una suerte de renuncia al poder del Estado. Por otra parte, el peligro de hacer justicia por propia mano, a lo cual probablemente se llegaría si el Estado no reaccionase en absoluto frente a los delitos cometidos, sólo puede ser sorteado por medio de un sistema penal público[14].

2. Aspectos Especiales en Derecho Penal Internacional

El Derecho Penal Internacional[15] se distingue del derecho penal nacional no sólo en cuanto a su campo de aplicación (universal), sino también, en cuanto a otra categoría básica, esto es, en su limitación para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los individuos y de la comunidad internacional[16] (protección que incluso justifica, en gran medida, el reconocimiento del deber internacional de castigar)[17]. Si el

12 Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, §1 I 1. pp. 2 y s.; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 11 y 19, Roxin, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 29 y ss.

13 Así, por ejemplo, Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 19; Roxin, *supra*, nota 2, § 2 XI, margen núm. 28, con referencias adicionales. Jakobs, *supra*, notas 2, 1/ 12 y ss. se refiere a "la resolución del conflicto sin castigo".

14 *Vid.* Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 I 2, pp. 64 y ss. Por tal motivo se pronunciarían contra el abolicionismo Merte, Rechtstaatlichkeit und Gnade, columnas 42 y ss. (1978); Roxin. *Strafverfahrensrecht*, 326 (15ª ed., 1979).

15 Por "leyes criminales internacionales" nos referimos a las leyes criminales sustantivas de carácter internacional que prueban directamente, esto es, incluso sin un decreto estatal oficial de transformación (artículo 59 II de la Ley Fundamental Alemana), la propensión criminal de las personas naturales. Véase Ipsen. *Völkerrecht*, § 42, margen núm. 1 (4ª ed., 1999), con referencias adicionales; Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 14 I, pp. 118-119, III, pp. 123-124; véase también Ambos, 76 *Deutsche Richtzeitung*, 1998, pp. 251, 252-253; *id. Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín, 2002, §1.I.

16 Véase también Safferling, 4 *Austrian Review of International & European Law*, 1999, publ. 2000, pp. 126, 149 y ss.

17 *Vid.* Orentlicher, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2537 y ss.; Roht-Arriaza, 78 *California Law Review*, 1990, pp. 449 y ss.; Ambos. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 163 y ss.; *id.* 37 *Archiv des Völkerrechts Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp.

Derecho Penal Internacional pretende ser reconocido como expresión de un sistema de normas universalmente válido, en virtud de la mencionada relatividad del derecho penal nacional, no puede asumir la simple existencia de un determinado consenso valórico, fundado en un círculo cultural específico, y confeccionar con arreglo a este sus delitos. Por esta razón, el Estatuto de Roma solo codificó los llamados *core crimes* (o delitos esenciales) como una especie de estándar mínimo para el Derecho Penal Internacional contemporáneo[18].

II. Poder Punitivo Nacional y Supranacional

1. El Poder Punitivo del Estado nacional

¿De dónde obtiene el Estado la autoridad para hacer de un acto que es considerado dañoso, un delito punible y, en consideración a ello, castigar al malhechor? Frente a esta interrogante, afirmamos que la potestad de castigar (*ius puniendi*) forma parte del poder del Estado;[19] que el Estado tiene la misión fundamental de crear e implementar un orden jurídico destinado a facilitar la coexistencia pacífica de las personas; y que el derecho Penal es una parte de dicho orden jurídico[20].

163 y ss.; *id.* 37 *Archiv des Völkerrechts* (*AVR*), 1999, pp. 318 y ss.; *id. Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1999, pp. 66 y ss.

18 Entre éstos se encuentran comprendidos el crimen de agresión, el genocidio, los crímenes en contra de la humanidad y los crímenes de guerra (véanse los artículos 5 y ss. del Estatuto de Roma, *supra*, nota 1). El último borrador de un código criminal mundial redactado por la Comisión de Leyes Internacionales de las Naciones Unidas aún contenía una cláusula por separado que regulaba los crímenes en contra de las Naciones Unidas y personal asociado (incluida ahora en el artículo 8 (2)(b) (iii) del Estatuto de Roma); véase International Law Commission (ILC), Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, 6.5.-26.7.1996, UN-Dok. A/51/10, pars. 30 y ss. = 18 *Human Rights Law Journal*, 1997, pp. 96 y ss.; tocante a este punto véase Ambos, 7 *European Journal of International Law*, 1996, pp. 519 y ss., con referencias adicionales.

19 Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 2 I 2, p. 11.

20 Maurach y Zipf. *Strafrecht. Allgemeiner*, Teil I, § 6 I A, margen núm. 1 (8ª ed., 1992); véase también Hirsch, en *StGB*. Leipziger Kommentar. Großkommentar, margen núm. 2 vor § 46 (Jänhke, Laufhütte y Odersky, eds., 11ª ed., pp. 1992 y ss., 18° suplemento, 1995).

El que la titularidad y ejercicio de la potestad punitiva correspondiese únicamente al Estado, no se subentiende por si mismo, sin un breve comentario al respecto[21]. Desde tiempos bíblicos, la clase gobernante careció de la autoridad necesaria para establecer y aplicar sanciones penales: el resarcimiento de la ofensa correspondía a la familia o clan agraviado[22]. De hecho, en un principio no hubo límites para quienes imponían estas "reparaciones" (esto es, para quienes tomaban venganza), tanto en relación a los objetos de la sanción (la venganza podía adoptarse no sólo en contra de los transgresores, sino también en contra de sus familias), como en relación a su medida ("Caín debió ser vengado siete veces, pero Lamech 77 veces")[23], todo ello, en ausencia de un examen público acerca de la procedencia y justificación de la pena. Solo con la creciente autoridad de quienes ejercían el liderazgo comunitario fue posible limitar el ejercicio de la auto tutela, sometiéndola por una parte a un examen judicial previo[24], y limitando por otra parte la determinación de la pena a una medida equivalente (el llamado *ius talionis*: "ojo por ojo y diente por diente")[25] para el delincuente específico[26]. Finalmente, la punición misma fue separada del ámbito individual, desarrollándose como una función única del Estado.

21 Sobre el siguiente texto véase Hoffmann. *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, 1992, pp. 8 y ss.; Roxin, *supra*, nota 2, §3 I 1, margen núm. 2. Acerca de la evolución del castigo puede consultarse Makarewicz. *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, 1906, pp. 214 y ss.

22 Esto es evidente en el Antiguo Testamento, así como en las leyes griegas clásicas en los tiempos de Solón (*ca.* 634-560 a. C.); *vid.* Hoffmann, *supra*, notas 21, 12 y 28, con referencias adicionales.

23 Génesis 4, 24.

24 Continuación de la ley draconiana (lo más probable alrededor del 620 a. C.). Véase Hoffmann, *supra*, notas 21, 25, 29 con referencias adicionales.

25 Levítico 24, 20. La costumbre, que hoy nos parece particularmente áspera, representa en su contexto histórico una limitación progresiva sobre la práctica previamente irrestricta de tomar venganza.

26 Deuteronomio, 24, 16: "Los padres no serán muertos por causa de sus hijos, ni los hijos serán muertos por causa de los padres: todo hombre será muerto por motivo de su propio pecado".

2. El Poder Punitivo de la Comunidad Internacional

La comunidad internacional se encuentra en la actualidad, donde el Estado-Nación se encontraba en los albores de su existencia: en la formación y consolidación de un monopolio de la fuerza en el ámbito del derecho penal internacional, sobre cuya base se pueda fundar un *ius puniendi*. La comparación es forzada, en la medida que un monopolio supranacional de la fuerza, al menos a primera vista, parece menos urgente que uno nacional, puesto que los Estados nacionales, en cuanto sujetos de derecho internacional, son llamados a implementar no sólo sus propios requerimientos punitivos, sino también los internacionales. Lo anteriormente expuesto se ve también reflejado en los principales tratados internacionales en materia penal, los cuales usualmente carecen de disposiciones directamente aplicables, sino que más bien exhortan a los Estados Parte a implementar sus preceptos punitivos[27].

Por otro lado, la instauración de tribunales penales internacionales especiales, tales como el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda[28], implica el establecimiento de una primacía jurisdiccional frente a la justicia nacional[29]. La jurisdicción nacional depende con ello, del consentimiento del tribunal internacional competente[30]. Dicha concepción se funda en la creencia de que un

27 Para un ejemplo clásico de la aplicación descentralizada de las obligaciones criminales internacionales a castigar, véanse, por ejemplo, los artículos V y VI de la Convención sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (78 UNTS, 277).

28 Sobre el fundamento legal del Tribunal de Yugoslavia (ICTY) véase, por ejemplo, Hollweg, en 48 *Juristenzeitung* (*JZ*), 1993, pp. 980, 984 y ss.; Ambos, en 51 *NJW*, 1988, p. 1044; *id.* 18 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (*NStZ*), 1998, p. 123. En la *Internet www.un.org/icty y www.ictr.org*.

29 Véase el artículo 9, par. 2 del Estatuto del ICTY: "El Tribunal Internacional tendrá prioridad sobre los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento el Tribunal Internacional puede solicitar que los Tribunales nacionales se remitan al parecer de la jurisdicción del Tribunal Internacional...". Para una perspectiva alemana de los problemas resultantes de esta disposición *cfr.* Griesbaum, 10 *Humanitäres Völkerrecht –Informationsschriften* (*HuV-I*), 1997, pp. 127 y ss. En cuanto al desarrollo de las leyes internacionales sobre los procedimientos criminales véase Safferling. *Towards an International Criminal Procedure*, 2001, *passim*.

30 Éste fue el caso de los juicios por crímenes de guerra en la ex Yugoslavia antes del Oberstes Landgericht bávaro (51 *NJW*, 1998, p. 392; sobre este punto *cfr.* Ambos, 18 *NStZ*, 1998, p. 138) y el *Oberlandesgericht-Düsseldorf* (juicio de 26 de septiembre de 1997, *AZ IV*-26/96; 2 *StE* 8/96); recientemente Ambos y Ruegenberg, 5 *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs Report* (*NStZ-RR*), 2000, pp. 193, 208. Para el caso Djajic véase Safferling, 92 *AJIL*, 1999, p. 528. Respecto de un análisis general de la jurisprudencia alemana véase Ambos y Wirth. "Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000)", en *International and National Prosecution of Crimes under International Law-Current Developments*, p. 769 (Fischer, Kreß y Lüder, eds., 2001).

tribunal internacional establecido exclusivamente en razón de un conflicto específico se encontraría en mejores condiciones de enfrentar los delitos cometidos en dicho conflicto que un tribunal nacional, por cuanto este último –en virtud de una eventual identificación política, cultural o religiosa de sus integrantes– podría estar incluso directamente involucrado en dicho conflicto. Como esta consideración colisiona con el principio de la soberanía estatal, la CPI se rige en la materia por el principio de complementariedad: según el artículo 17 del Estatuto de Roma, la CPI sólo ejerce una jurisdicción subsidiaria, esto es, sólo goza de jurisdicción en aquellos casos donde los procesos penales nacionales no serían posibles o estos serían ineficaces[31].

III. Sobre los Fines de la Pena[32]

La función del derecho penal no siempre ha estado vinculada a un propósito determinado, ni éste fue siempre entendido como un "resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos". El punto de partida de la discusión sobre el fundamento de la pena se identifica más bien con la existencia de dos planteamientos diferentes.

31 *Vid.* Zimmermann, 58 *ZaöRV*, 1998, pp. 97 y ss.; Ambos, 111 *ZStW*, 1999, pp. 182-183. No cabe duda que la relación con formas alternativas de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, como, por ejemplo, en Sudáfrica, sigue siendo problemática (sobre este punto véase *infra* III.5.).

32 El volumen de la literatura sobre este punto es enorme: véase, por ejemplo, Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, §§ 1, 8; Jakobs, *supra*, nota 2, 1ª y 2ª secciones; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3; Roxin, *supra*, nota 2, § 3; Köhler. *Strafrecht. Allgemeiner* Teil, 1997, pp. 38 y ss.; Hirsch, *supra*, nota 20, márgenes núms. 1 y ss., antes § 46; Maurach y Zipf, *supra*, nota 20, §§ 6-7. Sobre la actitud de la teología del idioma alemán tocante al castigo *cfr.* Kreuter. *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, 1997, pp. 93 y ss. Hörmann ofrece una perspectiva moral-teológica en *Lexikon der christlichen Moral*, *www.stjosef.at/morallexikon/strafe.htm*. Para una selección de textos históricamente significativos consúltese: *www.jura.uniosnabrueck.de/prof/shulz/material-seiten/fs-mat-strafzweck.htm*.

1. ¿Retribución o Prevención?

La pena puede ser considerada como la justa equivalencia al mal causado por un delito, en el sentido de una teoría de la retribución: *"punitur, quia peccatum est"*[33]. Desde este punto de vista, la pena carecería de efectos secundarios, y con ello, de una significación u orientación hacia el futuro. En atención a que los defensores de esta concepción estiman que la pena debe ser impuesta únicamente en consideración al delito concreto y en el sólo interés de la justicia, sin atender a ninguna otra finalidad específica, se habla también de teoría absoluta o de teoría de la justicia. Por otra parte, también es posible atribuir a la pena una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro, en el sentido de una teoría de la prevención: *"punitur, ne peccetur"*[34]. Sobre dicha idea yacen las *teorías relativas* o *utilitarias*[35], en cuanto instrumentalizan la pena para fines no relacionados con el delito efectivamente cometido (propósito de protección).

Puesto que ambas propuestas, consideradas por separado, conducen al parecer a resultados insatisfactorios, las interpretaciones conciliatorias exigen la *combinación* o *complementación* mutua de las ideas de retribución y prevención (las así llamadas teorías de la unificación o *unitarias*). Más adelante volveremos sobre ellas.

2. La Relación entre la Idea de la Retribución y la Noción de Justicia

Las teorías absolutas se distanciaron de la noción de pena como venganza en tiempos de la Ilustración, durante el siglo XVIII. La pena debía restaurar la justicia, resarcir la culpa del transgresor y reestablecer el

33 La traducción libre sería la siguiente: "El individuo debe ser castigado porque infringió las leyes". Véase Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 II 1, p. 66.

34 La traducción libre sería así: El individuo debe ser castigado de modo que él y los demás ya no infrinjan las leyes. Sobre este punto véanse las referencias *supra*, n. 10.

35 Conceptos que se analizan en Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

equilibrio roto por la perturbación del orden público[36]. La concepción de que el Estado sería capaz de velar por la justicia en el ámbito terrenal sirvió de base para esta noción de retribución. Es por así decirlo, el marco a través del cual ingresan diferentes representaciones de justicia, cuyas variedades y discrepancias culturales, religiosas e internacionales dificultan significativamente la formación de un consenso acerca de un grado justo de retribución[37].

Un claro ejemplo de este conflicto, es la cuestión relativa a la legitimidad de la pena de muerte[38]. La aceptación de su inclusión en el Estatuto de Roma por parte de aquellos Estados donde ésta ha sido abolida sería tan difícil de lograr como lo sería la aquiescencia para su prohibición a través del derecho internacional por parte de aquellos Estados donde existe una extensa práctica de la misma[39]. Así, se redactó una nota de pie de página al artículo 80 del Estatuto de Roma[40], de conformidad a la cual, el Estatuto no afectaría (contradictorio) la práctica nacional.

Desde tiempos inmemoriales la humanidad ha tratado de encontrar una noción universalmente compartida acerca de lo que es justo o correcto. El modelo occidental representa sólo un segmento de las ideas existentes (el 11 de septiembre lo hizo brutalmente evidente), y si bien podría ser razonablemente aceptado por "humanistas ilustrados" o cristianos, podría

36 Sobre las posibilidades de llegar a semejante equilibrio *cfr.* Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 III 2, pp. 70-71; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 50 y ss.; Maurach y Zipf, *supra*, nota 20, § 6 II C, pp. 72 y ss. Quien quiera abundar sobre la *lex talionis* del Antiguo Testamento y la teoría retributiva de Kant y Hegel, así como sobre los llamados castigos reflexivos de la Edad Media, *vid.* Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 1, márgenes núms. 2 y ss. Más recientemente Walther, 111 *ZStW*, 1999, pp. 123, 136, con referencias adicionales, ha criticado la exigencia de proporcionalidad entre el delito y el castigo como una versión contemporánea del concepto de equilibrio.

37 Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 III, pp. 70-71. Se opone a esto, con seguridad, Köhler, *supra*, notas 32, 43, quien considera que el objetivo de esta propuesta es restituir la relación legal modificada.

38 Para un estudio completo de este asunto véase Schabas. *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2ª ed., 1997).

39 El gobierno de Ruanda criticó el Estatuto del Tribunal de Ruanda por no incluir la pena capital (ver al respecto Akhavan, 90 *American Journal of International Law*, 1996, pp. 501, 507-508.

40 *Cfr. supra*, nota 1.

del mismo modo ser ofensivo o ridículo, por ejemplo, para el sentido budista de justicia[41]. En este sentido, el significado "*correcto*" de justicia, en cuanto producto de un lento proceso sociocultural a cuyo término es posible establecer un orden jurídico equivalente –y al menos, en el caso ideal– respaldado por la mayoría de la población[42], no puede ser impuesto a persona o cultura alguna.

3. Las Diversas Funciones Preventivas de la Pena

El que la función del derecho penal sea vista como una efectiva protección de bienes jurídicos, nada dice acerca de la forma en que este objetivo ha de ser alcanzado[43]. Es comúnmente aceptado entre las teorías utilitarias de la pena, el que ésta simplemente se limite a prevenir la comisión de futuros perjuicios a determinados intereses o bienes jurídicos; mas no así, al resarcimiento de delitos que ya han sido perpetrados. No obstante lo anterior, el referido efecto preventivo puede ser alcanzado de distintas maneras, según las circunstancias individuales de cada caso. Más aún, es menester tener presente, que el efecto preventivo de la pena (o su simple amenaza) exige una evaluación completamente distinta, según la naturaleza de los delitos específicos de que se trate (esto es especialmente importante en cuanto a la perspectiva del derecho penal internacional, véase *infra* 4).

La teoría de la prevención especial aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al

41 Sobre la concepción occidental de la justicia véase, por ejemplo, la visión general de Zippelius. *Rechtsphilosophie*, §§ 11-22 (3ª ed., 1994); sobre el pensamiento islámico puede consultarse a Khadduri, *supra*, nota 6, *passim*. Walther, en 111 *ZStW*, 1999, pp. 111, 123, 136, señala con igual resultado que ello depende de la idea que tenga la humanidad.

42 Respecto a este punto véase Khadduri, *supra*, nota 6, p. 160. Él distingue entre la "justicia legal", que acepta una sociedad como algo que la obliga (esto es, la ley local en vigor), y la justicia filosófica y ética, que aún está en proceso de desarrollo y no ha logrado un consenso.

43 Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I, margen núm. 1; Maurach y Zipf, *supra*, nota 20, § 6 I A, margen núm. 1; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia[44]. Sobre el particular, es pertinente recordar –aunque sea brevemente– tres importantes críticas formuladas a este respecto en el ámbito del derecho penal nacional, las cuales pueden ser relevantes en materia de derecho penal internacional. En primer lugar, se debe mencionar la discrepancia entre la teoría y la práctica de la resocialización. Las expectativas –aun sin confirmación– depositadas en la posibilidad de prevenir la reincidencia del delincuente mediante programas terapéuticos apropiados, en la práctica han obtenido –por el momento– resultados bastante desalentadores[45]. En segundo lugar, un planteamiento orientado exclusivamente en los propósitos de la prevención especial adolece de una limitación inherente a la severidad de la sanción penal. Finalmente, el reparo hegeliano[46] continúa gozando de validez: La educación forzada de un adulto sería contraria a la dignidad humana[47].

La teoría de la prevención general propone un efecto preventivo frente a la comunidad[48]. Por una parte, la amenaza de una pena disuadiría a los potenciales delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general negativa); y por otra, fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, y consecuencialmente con ello, la fe de la misma en el Derecho (prevención general positiva)[49]. Según esta teoría, la conciencia jurídica de la comunidad se concilia con el delincuente por medio de la pena, resolviéndose de esta manera el conflicto existente entre ambos (efecto de pacificación: el componente de la prevención

44 Sobre los tres aspectos de la prevención especial pueden verse las referencias *supra*, nota 10.

45 También la Cámara de Juicio II del ICTY, *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, juicio de 22 de febrero de 2001, IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, par. 844.

46 Hegel. "Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)", en *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, vol. 2, siglos XIX y XX, pp. 58, 65 (Vormbaum, ed., 1993).

47 En vez de a otros véase Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 16 y ss.; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 42 y ss.

48 Sobre la teoría de la prevención general véase Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 3, márgenes núms. 21 y ss., Jakobs, *supra*, nota 2, 1/4-16 y 1/27-34.

49 Jakobs es iluminador en este punto. *Cfr. supra*, nota 2, 1/5.

integradora –*Integrationsprävention*– como parte de la prevención general)[50]. Sin embargo, a fin de que la amenaza que importa la imposición de una pena sea considerada seriamente, en el evento de que esta fracase, esto es, frente a la comisión de un delito, es menester que la imposición y ejecución de la misma se efectúen de manera "pública y explícita"[51]. En este sentido, la pena es considerada como un mal que debe ser aceptado en nombre de la eficiencia. Así las cosas, serán víctimas de delito no sólo quienes han sido directamente afectados por estos, sino que todos quienes integran dicha comunidad, en cuanto confían que ningún delito quedará impune[52]. Con ello, el efecto deseado –y aquí radica la diferencia conceptual con la teoría de la retribución– no depende del sufrimiento personal del delincuente, sino que más bien de una compensación *per se*, esto es, de la producción de una justicia "abstracta": el sufrimiento personal del delincuente es aceptado simplemente en función de esta compensación, pero para la pena fundada en la idea de la prevención general, este no es un fin en sí mismo.

Las debilidades de la teoría de la prevención general son evidentes[53]. Al igual que en el caso de la prevención especial, carece de una pauta que limite la duración de la pena. Del mismo modo, se podrían justificar penas excesivamente rigurosas, en función de sus claros efectos disuasivos. Finalmente, el individuo corre el riesgo de ser utilizado como medio para alcanzar un propósito social colectivo. En estos términos, el delincuente sería degradado a la condición de simple objeto de la prosecución estatal con finalidades preventivas[54].

50 Véase Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 3, margen núm. 27, con referencias adicionales. No debe confundirse con ésta la función constructora de valores –cuyo alcance tiene muy probablemente sólo un grado reducido– de las leyes criminales. Véase, por ejemplo, Gropp, *supra*, nota 3, § 1 C I, margen núm. 75.

51 *Cfr.* Hassemer, 30 *ZRP*, 1997, pp. 316, 318-319.

52 Ídem.

53 Acerca de los juicios críticos sobre este punto véase Roxin, *supra*, nota 2, § 2 I 3, margen núm. 31. Por su parte Jakobs rechaza por completo la prevención general negativa. Véase *supra*, nota 2, 1/28 y ss. ("El resultado... inservible", a.a.O., margen núm. 32). También Hirsch se muestra crítico sobre la similitud estructural entre la retribución y la prevención general en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr Geier der Universität Köln*, 1988, pp. 399, 425, con referencias adicionales.

54 Consúltese Höfling, en *Grundgesetz. Kommentar*, artículo 1, márgenes núms. 13 y ss. (Sachs, ed., 2ª ed., 1999) para la intención protectora del artículo 11 de la Ley Fundamental Alemana.

Las así llamadas teorías de la unificación o combinación[55] intentan evitar las desventajas de las teorías de la prevención especial y de la prevención general mediante un modelo unificado. Los penalistas alemanes Roxin y Jakobs abogan por una teoría "dialéctica"[56] o "complementaria" de unificación[57]. En general, consienten la pena únicamente con fines de prevención, rechazando la idea de la retribución. Por otra parte, estiman necesario limitar la intensidad de la pena sobre la base de la culpabilidad del delincuente, a fin de prevenir la utilización de penas disuasivas excesivamente rigurosas, por eficaces que estas pudiesen ser. De esta manera, le asignan a la noción de equivalencia contenida en las teorías absolutas una función estrictamente reguladora o de limitación de la pena, desponjándola de todo contenido justificatorio.

4. Los Fines de la Pena en el Derecho Penal Internacional

Las diferencias culturales, religiosas o idiosincrásicas existentes en torno a la noción de justicia no deben ser sobreestimadas en el ámbito del derecho penal internacional. En este estadio, nos encontramos más bien en presencia de crímenes graves en contra de bienes jurídicos fundamentales de la humanidad, los cuales difícilmente podrían ser aceptados por cultura alguna[58]. En efecto, el que algunos Estados suelan impedir el castigo de tales crímenes se encuentra más bien vinculado a consideraciones políticas de poderío nacional, que a un rechazo de determinadas concepciones valóricas. A la luz de lo anterior, y a pesar de las continuas e irreconciliables discrepancias existentes entre diferentes

55 Véanse las referencias proporcionadas por Jakobs, *supra*, nota 2 1/n. 70. Köhler, por su parte, se muestra crítico desde una perspectiva metodológica. *Cfr. supra*, notas 32, 44. Sobre la ley anglo-americana véase Primoratz. *Justifying Legal Punishment* (1989).

56 Roxin, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 382-383; *id. supra*, nota 2, §3 I 5 a, márgenes núms. 37 y ss.

57 Jakobs, *supra*, nota 2, 1/48 y ss.

58 En este contexto el examen que se encuentra en Perrys, en 19 *Human Rights Quarterly* (*HRQ*), 1997, pp. 461 y ss., es informativo en cuanto al desafío relativista respecto de un concepto universal de los derechos humanos. Con razón sostiene: "Los seres humanos son todos parecidos en algunos aspectos que permiten hacer generalizaciones tanto de lo que es bueno como de lo que es malo no sólo para algunos seres humanos, sino para todos los seres humanos

culturas, es posible afirmar que la concepción de justicia no representa en si misma, un obstáculo insuperable para la persecución internacional de crímenes graves.

En este ámbito, al igual que a nivel nacional, se debe rechazar la retribución en cuanto fundamento o finalidad de la pena[59]. Buscar la equivalencia al perjuicio sufrido en el caso de crímenes de masas resulta sencillamente impensable[60]. No obstante lo anterior, los precedentes del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* o ICTY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda* o ICTR) le concedieron a la noción de retribución –frente a otros fines de la pena– un rol marcadamente preponderante, en términos tales, que ésta llego a quedar en pie de igualdad frente a la disuasión general, esto es, a la prevención general negativa. Así, en el fallo más reciente de la Cámara de Apelaciones en Celebici se ratificó que los "principales fines para dictar condena... son la disuasión y la retribución"[61].

A este respecto, merecen tener consideración las reflexiones formuladas por Roht-Arriazas[62] en torno al efecto disuasivo de la pena,

(471)". Sobre el relativismo moral en el contexto de los juicios de crímenes de guerra véase el precursor artículo de Birmingham, en 24 *University of Pittsburgh Law Review*, 1962, pp. 132, 139 y ss.

59 Véase Jescheck. *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 191-192 (el juicio como venganza).

60 Véase Jäger, en 76 *Kritische Vierteljahreseschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, pp. 259, 270 (1993), quien señala el polémico juicio crítico sobre los veredictos en contra de los criminales de guerra nazis, que convierten "las matanzas individuales imputables a los acusados en unidades temporales de encarcelamiento [...] que sólo pueden darse en minutos".

61 Cámara de Apelaciones del ICTY, *Prosecutor vs. Delilac et al.*, juicio de 20 de febrero de 2001, IT-96-21-A, pars. 799 y ss. (806), con referencias adicionales; *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 838 y ss., donde se distingue entre el refrenamiento o disuasión general y el especial. Véase también Ambos y Nemitz. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. 2, The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994.1999, pp. 835 y ss. (Klip y Sluiter, eds., 2001). *Cfr.* asimismo Safferling, *supra*, nota 16, en las pp. 135 y ss. (139), quien, siguiendo a Andrew von Hirsch, considera que la finalidad del castigo nacional consiste, *inter alia*, en la expresión de una desaprobación moral (censura) y transfiere esta idea al nivel internacional (pp. 156 y ss.). Por otra parte admite que, por lo menos en el mundo occidental, los sentimientos de venganza prácticamente se han extinguido (pp. 162-163).

62 Roht-Arriaza. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, 1995, p. 14.

en el caso de delincuentes institucionalmente obligados (cumplimiento de un deber): como estos delincuentes son protegidos por su respectiva "fachada organizacional", todo intento de disuasión y resocialización estaría destinado al fracaso. A este respecto, sólo una reforma institucional podría ser de utilidad[63]. Más aún, atendido el carácter excepcional de los delitos y delincuentes internacionales, la disuasión especial tendería a perder significación[64].

A pesar que la jurisprudencia de dichos Tribunales hace referencia a distintas finalidades de la pena, estas desempeñan para ellos un rol ciertamente secundario. Esto quedó de manifiesto en el referido proceso, en lo que a la prevención especial bajo la modalidad de la rehabilitación respecta, cuando la Cámara de Apelación de Celebici rechazó contundentemente la apelación interpuesta por el acusado Mucic: "si bien la rehabilitación... debe ser considerado como un factor relevante, no es de aquellos que deban recibir una consideración desmedida"[65] Esta opinión contrasta radicalmente con el artículo 10 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). A este respecto, no es incorrecto afirmar que las teorías contemporáneas acerca de los fines de la pena no han recibido una ponderación adecuada por parte de los Tribunales *Ad hoc*[66]. Por otra parte, dichos Tribunales parecieran no apreciar el valor de la retribución y de la disuasión como una exigencia de resarcimiento por parte de la comunidad internacional, sino que más

63 Ibid., p. 15: "Con todo, en el caso presente estas actitudes no son ni personales ni aberrantes, sino que más bien se inculcan deliberadamente en un ambiente institucional como parte de una misión más amplia, por ejemplo, la de la seguridad nacional, que incluso puede considerarse válida. En este contexto la rehabilitación significa la reforma institucional". Véase también Malamud-Goti, 12 *HRQ*, 1, 10 (1990). Para un planteamiento parecido puede consultarse también a Limbach, 4 *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ)*, pp. 66, 69 (1993), quien interpreta el concepto "solidaridad y culpabilidad" de la Iglesia protestante alemana (1945) en el sentido de que las personas que fueron culpables de uno u otro modo actuaron a menudo creyendo que obraban de acuerdo con su país y su sociedad.

64 *Cfr. Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 840, 843. Consúltese asimismo Safferling, *supra*, nota 16, p. 137.

65 *Prosecutor vs. Delialic et al.*, *supra*, nota 61, par. 806; así también *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 844, 857.

66 Véase también *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, par. 837: Sea cual fuere el nombre por el que sea conocido.

bien, como expresión de su determinación por evitar la impunidad de estos crímenes[67]. En este sentido, es posible identificar una aproximación más positiva –nuevamente en la reciente decisión Celibici– cuando la imposición de condenas apropiadas, esto es, de condenas que reflejen adecuadamente la totalidad de la conducta criminal y de la culpabilidad individual[68], es considerada como necesaria para la restauración de la confianza pública en la integridad de la administración de justicia penal[69]. Este razonamiento puede ser interpretado como expresión de una cierta proximidad a la teoría de la prevención integradora, desde el momento que, tanto estos crímenes como sus autores específicos, son situados en el contexto más amplio de la lucha internacional contra la impunidad y de la búsqueda de la justicia y la paz para la comunidad mundial considerada como un todo.

La necesidad de sancionar crímenes internacionales fue vinculada tempranamente con distintos aspectos preventivos. Así, durante 1952, Jescheck identificó en los juicios de Nuremberg ideas de prevención general, tanto en un sentido positivo (mantenimiento del respeto al Derecho), como en uno negativo (disuasivo)[70]. Con todo, las consideraciones clásicas de la prevención especial o general, basadas en un orden jurídico nacional, no son susceptibles de ser transferidas fácilmente a la punición de crímenes internacionales[71]. A este respecto,

67 Véase la Cámara de Juicios del ICTY II, *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, juicio de 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, par. 848; asimismo Cámara de Apelaciones del ICTY, *Prosecutor vs. Aleksovski*, juicio de 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, par. 185; fue concurrente *Prosecutor vs. Kunarac et al., supra*, nota 45, par. 841. Para juicios anteriores consúltese Ambos y Ruegenberg, 5 *NStZ-RR*, 2000, pp. 193, 200, 206.

68 *Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, nota 61, pars. 429-30, 755, 769, 771, 847; fue concurrente *Prosecutor vs. Kunarac et al., supra*, nota 45, par. 856.

69 *Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, nota 61, par. 756. Para un efecto preventivo de la jurisprudencia de los tribunales puede consultarse también a Akhavan, 95 AJIL 7, 2001, pp. 9 y ss. y 30.

70 *Cfr.* Jescheck, *supra*, nota 59, pp. 194-195 y 302 y ss. (con notas y referencias de varios juicios). No obstante también indica que el fracaso del castigo a los vencedores obstaculiza el refrenamiento (195) y que aún no se ha desarrollado el conjunto común de valores respecto de lo deseable que pueda ser el castigo de ciertos tipos de conducta.

71 Tocante a este punto véase Ambos, 79 *KritV*, 1996, pp. 355, 365. No está convencido a pesar de todo Jäger, 1 *Kritische Justiz* (*KJ*), pp. 143, 147 (1968/69), quien más adelante se inclina sin embargo hacia el reconocimiento de un efecto preventivo general, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271.

es posible afirmar con cierta certeza, que una teoría internacional sobre los fines de la pena aún se encuentra en vías de desarrollo. No obstante lo anterior, esto no quiere decir que la persecución de crímenes internacionales –tanto a nivel nacional (por parte de terceros Estados), como a nivel internacional– no pueda hallar justificación en su eventual efecto disuasivo (general). El caso Pinochet[72], al menos, pareciera haber puesto fin al deseo de viajar de otros exdictadores latinoamericanos o de otras nacionalidades. En todo caso, y en ausencia de un orden penal internacional en funcionamiento, pareciera ser que el propósito de castigar por medio de tribunales penales internacionales se encuentra más bien identificado con un efecto de prevención general positiva, entendida ésta en el sentido de efectuar una contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes[73]. Este futuro orden penal internacional dificultaría –en el largo plazo– la comisión de crímenes internacionales, por medio de un sistema de ejecución de sanciones penales, que por lo mismo, podría desarrollar efectos (generales) de disuasión. En todo caso, la creciente determinación de la comunidad internacional de combatir crímenes graves contra la humanidad mediante la utilización de medios militares apunta precisamente en esa dirección.

En cuanto a la justificación del castigo de criminales nazis que mientras tanto se habían integrado a la sociedad, es posible afirmar que[74]

72 Véase Ambos, 54 *JZ*, 1999, p. 16; *id.* 54 *JZ*, 1999, p. 564; *id.* 4 *Revista Penal* (España), 3 (1999); International Commission of Jurists, *Crimes against Humanity. Pinochet Faces Justice; Arán* y Garrido (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet* (2000). *Cfr.* también Nicholls, 41 *Virginia Journal of International Law* (*Va. J. Int'l L.*), 2000, p. 140; Byers, 10 *Duke Journal of Comparative and International Law* (*Duke J. Comp. & Int'l L.*), 2000, p. 415; Horowitz, *Fordham International Law Journal* (*Fordham Int'l L.*), 1999, p. 489.

73 *Cfr.* Triffterer. "Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum", en 70 *Geburtstag*, vol. 2, pp. 1477, 1502 (Vogler *et al.*, eds., 1985); Franz, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht* 32 (1996); Hollweg, 48 *JZ*, 1993, p. 980; Werle, 110 *ZStW*, 1997, pp. 808, 822 y ss., quien subraya además el efecto satisfactorio de los juicios criminales internacionales, en los que se reconoce la pasada maldad y se individualiza la culpabilidad. Véase asimismo Ambos, 79 *KritV*, 1999, pp. 355, 366-367.

74 Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 19 y § 3 I 5 b, margen núm. 43; *id.* 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 383. Piensa de manera similar Jäger, 1 *KJ*, pp. 143, 148-149 (1968/69), con una referencia a la credibilidad de la justicia criminal.

la impunidad no sólo ofendería la conciencia jurídica (ficticia) de la población, sino que también conduciría, sobre la base del principio de igualdad de trato, a la impunidad de todos los delincuentes que dejen de presentar un riesgo o peligro reincidencia[75].

5. Opciones alternativas a la Reacción Penal (pura)[76].

No es posible concluir un análisis acabado sobre los fines de la pena en el ámbito del derecho penal internacional sin prestar atención a los importantes esfuerzos, que en materia de resolución alternativa de conflictos han sido llevados a cabo, atendida su capacidad de alcanzar –incluso de mejor manera– los propósitos de la pena perseguidos por la mera reacción penal. En este contexto, la Comisión de Verdad y Reconciliación sudafricana (*Truth and Reconciliation Commission* - TRC) es un ejemplo a seguir[77]: mediante la renuncia a la punición de actuaciones políticamente motivadas (¡!) –condicionada a la confesión pública y detallada de sus autores– se buscó la reconciliación de la sociedad como un todo, no por medio de la persecución penal, sino que primordialmente, por medio del descubrimiento de la verdad, como asimismo, y en el mejor de los casos, mediante el arrepentimiento de los transgresores y el perdón de sus víctimas. Del mismo modo, las audiencias públicas y la

75 De manera similar piensa Limbach, 4 *DtZ*, 1993, pp. 66, 71, respecto del contexto de la injusticia en la RDA. Jakobs, *supra*, nota 11, 42, hace hincapié en la estabilización de la norma cuando sostiene que el castigo de los delincuentes nazis fue necesario a fin de restablecer un sistema estable basado en el imperio de la ley. De aquí se sigue, con seguridad, la renuncia al castigo en un Rechtstaat estable, como en el caso del crimen de Estado en la RDA.

76 Para un análisis legal comparativo del papel de la ley criminal a fin de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, véase Arnold, 6 *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 1998, p. 140; puede consultarse asimismo Eser/Arnold (eds.), *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*. International Colloquium Freiburg, 1999, *passim*, 2000. *Cfr.* también Kreuter, *supra*, nota 32, particularmente sobre las opciones, pp. 110 y ss. Por el contrario Walther, 111 *ZStW*, 1999, pp. 123, 133 y ss., está en favor de la complementación del castigo y de las medidas mediante un tercer tipo de condena, la medida legal criminal, que se ajusta a las compensaciones en el contexto de la ley criminal.

77 *Cfr.* Werle, 29 *Verfassung und Recht in Übersee* (*VRÜ*), 1996, p. 58; Asmal, en *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 465 (Hankel y Stuby, eds., 1995); Makue, en *Straflosigkeit, Gerechtigkeit, Vergebung: Christliche Wege zur Versöhnung*?, p. 35 (Collett *et al.*, eds., 1996). Sobre la compatibilidad de las regulaciones de amnistía y la Constitución sudafricana *cfr.* Venter, 56 *ZaöRV*, 1996, p. 147. Consúltese también *www.truth.org.za* con vínculos con el reciente informe de la Comisión.

compensación de las víctimas o sus deudos, como asimismo, el más acabado esclarecimiento de las faltas del Estado habrían de contribuir decididamente a este propósito.

Desde ese punto de vista, atendidos sus efectos de largo plazo en materia de reconciliación, incluso se podría identificar un efecto disuasivo en el sentido de la prevención integradora (por lo demás, idea que suele ser la principal motivación de las diversas "comisiones de verdad")[78]. Por cierto que tal efecto no agrega nada a la punición en el contexto de la reacción penal pura; pero ofrece frente a ésta, una suerte de "efecto secundario" de tal entidad, que la imposición y ejecución de una pena –al menos en el contexto de ésta lógica– incluso podría llegar a ser superflua. El esclarecimiento y el descubrimiento de la verdad, el establecimiento de hechos históricos (como asimismo, la identificación de los responsables de un régimen inicuo, con el objeto de impedirles la apropiación de posiciones clave después de un cambio de sistema)[79] podrían alcanzarse con independencia de un proceso penal, e incluso, con mayor eficacia que en estos, por ejemplo, mediante el ofrecimiento de incentivos de cooperación a los transgresores (verbigracia. promesas de amnistía). En tales caso, nos adentramos sin embargo en un ámbito donde el estado de derecho y el principio de un juicio justo pueden ser seriamente vulnerados. En este contexto, y sólo a vía de ejemplo, bien podría suscitarse la cuestión de acerca de sí la declaración "voluntaria" del delincuente, hecha con la expectativa de una amnistía, puede ser posteriormente utilizada en un proceso penal, en el caso que ésta sea finalmente denegada[80].

78 Sobre el descubrimiento de la verdad como requisito previo para el perdón y, por tanto, también de la reconciliación, véase Kreuter, *supra*, nota 32, pp. 380-381.

79 *Cfr.* Jäger, 1 *KJ*, 1968/1969, pp. 143, 149. Este problema surge después de cada cambio de sistema y requiere de un equilibrio entre la justicia sustantiva para las víctimas, la marginación exagerada de los delincuentes y las exigencias prácticas de la situación histórica concreta.

80 Son interesantes en este contexto las experiencias de la Comisión de la Verdad Sudafricana (véanse las referencias en la nota 77).

El éxito de estos enfoques alternativos es en verdad difícil de predecir (más aún, cuando la ventura de los mismos se encuentra estrechamente vinculada al prestigio o influencia de quienes integran estas comisiones, como sucede en el caso sudafricano con Nelson Mandela y el obispo *Tutu*); sin embargo, si estos se encuentran fundados en un amplio consenso social y los criminales no reciban una amnistía general –como en parte sucedió en América Latina–[81] no son menos promisorios que los intentos de reconciliación por medio de una "rigurosa" persecución penal. Lo anterior, es especialmente relevante en ausencia de condiciones fácticas o jurídicas para detener y juzgar a los responsables en un proceso justo.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, la renuncia a la persecución penal en el ámbito del derecho penal internacional no sólo reconoce ciertos límites[82], sino que debe ser derechamente rechazada, cuando se trata de una renuncia incondicional decretada por los propios transgresores en beneficio propio. En este contexto, es útil destacar la trascendencia que detenta la reacción penal pura en materia de satisfacción y reparación de las víctimas y de la sociedad, atendida su función de esclarecimiento y descubrimiento de la verdad[83]. Así las cosas, es precisamente en ausencia de ambos remedios, cuando la necesidad de una prosecución penal internacional, sea por medio de la CPI, sea por medio de un enjuiciamiento penal descentralizado a través de terceros Estados (como sucedió en el caso Pinochet), asume un carácter particularmente apremiante.

81 *Vid.* Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, *passim*; Ambos, 29 *VRU*, 1996, p. 465.

82 Véase *supra*, nota 16, con más referencias.

83 En este sentido se manifiesta Jäger, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271-272.

Conclusión

Las funciones y fines del derecho penal nacional no son susceptibles de ser fácilmente transferidas al derecho penal internacional. Sin perjuicio de lo anterior, las similitudes entre ambos planos son inequívocas[84]. Mientras el derecho penal nacional sirve la pacífica convivencia de las personas dentro de un Estado, el derecho penal internacional persigue esta finalidad cruzando las fronteras, y sólo en el evento de graves violaciones a los derechos humanos o grandes amenazas a la paz y seguridad de la humanidad. Por otra parte, mientras el derecho penal nacional pretende generar el mismo efecto, tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto, el derecho penal internacional sirve más bien, atendidas las especiales características de sus delitos y de quienes los ejecutan, al propósito de crear una conciencia jurídica universal; esto en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llama a la reconciliación, con el reconocimiento de que no se renunciará a la esperanza de alcanzar un efecto de prevención general negativo, esto es, a la consecución de una disuasión general íntegra.

84 Safferling contempla un vínculo más próximo entre los niveles nacional e internacional. *Cfr. supra*, nota 16, en particular en la p. 161.

Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional *

Por Kai Ambos **

I. Introducción

Más de cincuenta años después de los juicios de Nuremberg, la Comunidad internacional ha creado un Tribunal Penal Internacional (ICC) permanente. La dramática votación de Roma del día 17 de julio de 1998, que se prolongó hasta altas horas de la noche, aprobó por una abrumadora mayoría el Estatuto para la creación de un ICC por 120 votos a favor y 7 en contra, con 21 abstenciones[1]. Esta votación supuso un gran avance histórico y la conclusión inequívoca de la voluntad de frenar decididamente la impunidad de graves violaciones de Derechos Humanos.

---

* Originalmente publicado en *Criminal Law Forum* 10 (1999), pp. 1-32. Traducción del inglés de Fernando del Cacho (C.E.U. San Pablo), revisión y actualización del autor.

** Este artículo expresa únicamente la opinión personal del autor.

1 Rome Statute of the International Criminal Court, aprobado por the «United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court" de 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998) http://www.un.org/icc. Véase para una visión general *Ambos*, Sobre el fundamento juridico de la Corte penal internacional, Revista de Derecho Penal y Criminologia (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 2nda Epoca. No. 5 (Enero 2000), pp. 127-169. - En este momento (11 de mayo de 2000) 10 Estados han ratificado el Estatuto y 96 lo han firmado <http://www.igc.org/icc/>.

Juristisches Seminar
d. Univers. Göttingen

Sin embargo, un examen más detenido del Estatuto de Roma nos lleva rápidamente de vuelta a complejos tecnicismos legales e insuficiencias, resultado del "espíritu de compromiso" presente en las negociaciones diplomáticas que tuvieron lugar en el edificio FAO de Roma. El Estatuto de Roma no es precisamente un depurado código de Derecho penal y procesal penal desde el punto de vista dogmático, ni podía serlo. Pero es un intento de hacer concurrir los modelos de justicia criminal de más de 150 Estados dentro de un sistema legal más o menos aceptable para la mayoría de las delegaciones presentes en Roma. Esto se puede afirmar de todo el Estatuto, pero en especial de la Parte III, titulada "Principios Generales". Para los penalistas, la Parte General es el centro de reflexiones dogmáticas y el punto de partida de todo modelo de justicia criminal. De momento lo anterior está experimentando una aceptación cada vez mayor en los llamados países del *Common Law* desde que recientes trabajos han tomado más en serio las consideraciones dogmáticas[2].

El presente trabajo tiene un objetivo limitado que consiste en describir y analizar críticamente los principios generales del Estatuto de Roma (artículos 22 a 33). Los antecedentes de estas previsiones legales ya han sido tratados en otro lugar[3]. El análisis puede dividirse en tres partes. Primero es necesario tratar los principios generales en sentido estricto. Complementando los principios de *nullum crimen* y *nulla poena* (artículos 22 a 24) se incluyen algunas previsiones en la Parte II del Estatuto *(Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law):* el principio *ne bis in idem* (artículo 20) y el de ley aplicable (artículo 21). En segundo lugar se encuentran las normas que prevén la responsabilidad penal individual (artículos 25, 28, 30), que se pueden a su vez dividir en elementos

2 Véase en especial George Fletcher, Rethinking Criminal Law (1978); George Fletcher, Basic concepts of Criminal Law (1998); Paul Robinson, Fundamentals of Criminal Law (1988); Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law (1999, 3ª Edición). Para un acercamiento estructural ver: Paul Robinson, Structure and Function in Criminal Law (1997).

3 Véase *William A. Schabas*, General principles of Criminal Law in the ICC Statute, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.) 6 (1998), pp. 400 y sgs.

objetivos (*actus reus*) y elementos subjetivos de responsabilidad criminal (*mens rea*). La tercera categoría incluye argumentos defensivos (*defences*) y en especial fundamentos sustantivos de exclusión de responsabilidad criminal (artículos 26, 27, 29, y 31 a 33).

Ciertamente se podría hablar de una "doble estructura" siguiendo la tradicional distinción delito (*offence*) –causa de exclusión de la responsabilidad (*defence*). En este caso, los principios en sentido estricto serían considerados también como *defences.* Sin embargo, dado que el concepto de *defence* incluye demasiadas doctrinas legales diferentes[4], parece más convincente limitarlo a los defensas procesales y a las causas materiales de exclusión de la responsabilidad criminal. Esta posición esta acorde con la decisión de la Conferencia de Roma de no utilizar el término *defences* y sustituirlo por el de "circunstancias eximentes de responsabilidad penal" *(grounds for excluding criminal responsibility).*

II. Principios generales en sentido estricto

Los principios generales en sentido amplio abarcan todos los principios y reglas comprendidos en la Parte General; es decir, que además de los principios *stricto sensu* también comprenden las reglas específicas de imputación. El Estatuto de Roma no hace esta distinción pero sitúa algunos principios en sentido estricto al comienzo de los principios generales y otros dos en la Segunda Parte. Esta singular disposición surgió durante las deliberaciones del Comité Preparatorio (PrepCom), sin que fuera modificada en Roma[5].

El artículo 21 (ley aplicable) establece una jerarquía para el derecho aplicable: en primer lugar deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito y las normas sobre procedimiento y prueba[6]; en segundo lugar los

4 Véase Paul Robinson (1997), supra nota 2, pp. 11-12.

5 *Draft Statute for the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (1998), art. 18-22.

6 The Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Evidence deben adoptarse más tarde por la Asamblea de Estados Parte, de conformidad con los artículos 9 y 51 respectivamente y con base en las reuniones de la Preparatory Commission que terminará su trabajo a finales de 2000.

Tratados que sean de aplicación y los principios y reglas de Derecho Internacional; si lo anterior no fuera posible, serían de aplicación los principios generales de las leyes nacionales de los Estados con jurisdicción sobre los delitos, siempre y cuando sean compatibles con la ley internacional. Así, el Tribunal puede ir de una fuente a otra hasta que encuentre la ley aplicable. En la práctica tendrá que recurrir con frecuencia a los principios generales de la ley nacional en cuanto que la ley internacional penal no prevé reglas en muchas áreas, en especial en relación con la Parte General.

La defensa puede invocar el principio *ne bis in idem* (artículo 20)[7] ante cualquier Tribunal nacional o ante el ICC cuando haya sentencia condenatoria o absolutoria del ICC por hechos que constituyen delitos comprendidos en la jurisdicción del ICC (artículo 20 (1), (2)), es decir, genocidio, delitos contra la Humanidad, crimenes de guerra y agresión (artículos 5-8). Excepcionalmente sin embargo, una persona puede ser juzgada ante el ICC si un Tribunal nacional no se ha conducido de modo independiente o imparcial (artículo 20.3). Esta excepción se sigue de la regla de complementariedad (artículo 17). Por consiguiente, un juicio ante el ICC sólo es admisible si el Estado en cuestión no quiere o no puede acusar a una determinada persona. El artículo 20.3 contempla esencialmente los principios del artículo 17.2 (a) y (c) que permite al ICC el ejercicio de jurisdicción incluso cuando los tribunales nacionales hayan juzgado o estén juzgando el mismo caso. En consecuencia, lo criticable del artículo 20 (3) se halla en la imprecisión de los criterios utilizados conforme al principio de complementariedad[8].

El principio *nullum crimen* (*sine lege scripta, praevia, certa et stricta)* está explícitamente contemplado en sus cuatro diferentes formas[9] (artículos 22,

7 *Edward Wise*, General Principles of Criminal Law, en: Sadat-Wexler (ed.), Model-Draft-Statute for the ICC based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Toulouse 1998, pp. 61-63.

8 Véase por ejemplo *Andreas Zimmermann*, Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 58 (1998) 47, 97-99.

9 *ClausRoxin*, Strafrecht-Allgemeiner Teil, tomo I, 3era edic. 1997, págs. 97-99.

24): una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión (*lex scripta)*, que fuera cometida tras su entrada en vigor (*lex praevia)*, que estuviera definida con suficiente claridad (*lex certa*) y que no fuera ampliable por analogía (*lex stricta*). Los últimos principios de ley cierta y de prohibición de la analogía tienen por consecuencia que las ambigüedades han de ser resueltas en favor del inculpado. Además, los principios de ley escrita (*statute law*) y de no retroactividad (*lex praevia*)[10] dan al inculpado el derecho de ampararse en la ley en vigor al tiempo de la comisión. En caso de cambio de ley antes de dictar sentencia se ha de aplicar la que sea más favorable al reo.

Esta aparente estricta comprensión del principio *nullum crimen*, en especial del principio de no retroactividad, encuentra un sólido fundamento en Derecho penal comparado[11] y se halla también reconocido en Derecho internacional[12]. Sin embargo, desde Nuremberg el principio ha sido interpretado de forma más liberal[13]. El Tribunal internacional militar rechazó el argumento de la defensa por el que la acusación de los

10 Véase también sobre jurisdicción "ratione temporis", art. 11: "1. 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto".

11 *Roxin*, supra nota 9, en págs. 99 a 101; *Fletcher* (1998), supra nota 2, pág. 207; *Mauro Catenacci*, Nullum crimen sine lege, en: Flavia Lattanzi (ed.), The International Criminal Court, Comments on the Draft Statute, 1998, págs. 159-170.

12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171, en vigor el 23 de marzo de 1976, artículo 15; Convención Europea de Derechos Humanos, 213 U.N.T.S. 221, en vigor el 3 de septiembre de 1953, artículo 7; Convención Americana de Derechos Humanos, 1144 U.N.T.S. 123, en vigor el 18 de julio de 1978, artículo 9; Universal Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), artículo 11 (2); Carta Africana de Derechos Humanos y de Pueblos, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, en vigor el 21 de octubre de 1986, artículo 7 (2); Convención de Ginebra de 12 de agosto, 1949 relativa al tratamiento de prisioneros de guerra, 75 U.N.T.S. 135, en vigor el 21 de octubre de 1950, artículo 99; Convención de Ginebra de 12 de agosto, 1949 en relación a la protección de civiles, 75 U.N.T.S. 135, en vigor el 21 de octubre de 1950, artículos 64, 67; Protocol Aditional I to the 1949 Convención de Ginebra relativa a la Protección de Víctimas de Conflictos Internacionales Armados, 1125 U.N.T.S 3, en vigor el 7 de diciembre de 1978, artículo 74 (4) (c); Protocol Aditional II 1949 Convención de Ginebra relativa a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados.

13 *Kai Ambos*, Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, Das Völkerstrafrecht und das Ruckwirkungsverbot, Strafverteidiger 1997, 39-43.

principales crímenes de guerra era una acusación *ex post facto*, vulnerando por tanto el principio *nullum poena sine lege praevia (y scripta)* en cuanto que la agresión no era delito en el momento de su comisión por los nazis. El Tribunal de Nuremberg no siguió esta interpretación positivista del principio y se inclinó por un "principio de justicia":

> Afirmar que es injusto castigar a aquellos que desafiando Tratados y garantías han atacado Estados vecinos sin advertencia alguna es obviamente falso, pues en tales circunstancias el agresor debe saber que está haciéndolo mal, y no sólo no sería injusto castigarle, sino que se haría injusticia permitiendo su equivocación con la impunidad[14].

Esta idea presidió los esfuerzos codificadores de Naciones Unidas que siguieron a Nuremberg. Mientras Nuremberg[15] y el Código de 1954[16] no se pronunciaron sobre tan delicado extremo, los Códigos de 1991 y 1996 sin embargo siguieron básicamente el planteamiento del Tribunal internacional militar de 1946. De hecho, el enviado especial de la Comisión Internacional de Derecho (*International Law Commission*-ILC), Doudou Thiam, dejó buena constancia en su cuarto informe de que "la palabra "ley" (en el principio *nullum crimen sine lege)* debe ser entendida en su más amplio sentido, incluyendo no sólo la ley, sino también la costumbre y los principios generales del Derecho"[17]. En consecuencia, la codificación de la ILC del principio de no retroactividad mantiene e incluso hace hincapié en la posibilidad de una acusación "en base a diferentes criterios legales"; por ejemplo, una acusación no sólo basada en el Código penal

14 *France et al. v. Göring et al.*, Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal tomo 23 (1946), p. 444.

15 "Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal", Yearbook ILC 1950, tomo II, págs. 374-378.

16 Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Manking, Yearbook ILC 1954, tomo II, págs. 151-152 (también Yearbook ILC 1983, tomo I, pág. 4; Yearbook ILC 1953, tomo II, pág. 11; Yearbook ILC 1984, tomo I, págs. 4-5; Yearbook ILC 1984, tomo II, págs. 2, 8).

17 *Doudou Thiam*, Fourth Report on the Draft Code Offences against the Peace and Security of Mankind, Yearbook ILC 1986, tomo II, para. 163.

sino también en acuerdos y costumbres de Derecho internacional[18]. Por tanto, el artículo 10 (2) del Proyecto de Código de 1991[19] y el artículo 13 (2) asimismo del Proyecto de 1996[20] adoptan esencialmente la famosa cláusula de Nuremberg que se encuentra en el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás acuerdos de Derechos Humanos[21]. La única diferencia sustancial radica en que la mayoría de la ILC rechazó la referencia a "los principios generales de la ley" como demasiado imprecisos, prefiriéndose la ley nacional o internacional para fundamentar la acusación[22]. La ley de Roma confirma la histórica discusión sobre el alcance y límites del principio *nullum crimen* afirmando que el reconocimiento del principio "no afectará la caracterización de ninguna conducta como delictiva bajo la ley internacional *independientemente de este Estatuto*" (artículo 22 (3), enfatizado).

Finalmente el artículo 23 prevé un limitado principio *nulla poena* (*sine lege scripta, praevia, certa y stricta)*, al declarar que el condenado sólo lo puede ser apenas establecidas en el Estatuto. Sin embargo, dada la naturaleza general de las penas previstas en el Estatuto –prisión superior a treinta años o cadena perpetua por un lado, y multa y confiscación por otro (artículos 77-80)– el principio *nulla poena* sólo se cumple parcialmente. Se puede afirmar que el artículo 77 y siguientes si bien cumplen con las exigencias de ley escrita y con el principio de irretroactividad, no ,sin embargo, con los criterios de *lex certa* y *lex stricta*

18 Véase para el Draft Code de 1991: Yearbook ILC 1988, tomo II, pág. 70; para el Draft Code de 1996: "Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, Jun. 5-Aug. 26, 1996, "GAOR. 51th Session, Supp. No. 10 (A/51/10), en 72, para. 1, 73, para. 5.

19 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Yearbook ILC 1991, tomo II, págs. 94-97 = "Draft Code 1991".

20 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, U.N. Doc. A/51/332, Report ILC (1996), supra nota 18; también 18 Hum. Rts L. J. 96 (1997) = "Draft Code 1996".

21 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, supra nota 12, artículo 15 (2): "Este artículo no supondrá prejuzgamiento alguno del juicio ni castigo por hechos u omisiones que al tiempo de su comisión fueran legalmente acordes con los principios generales de la ley reconocidos por la Comunidad de Naciones". Véase también: Declaración Universal de Derechos Humanos, supra nota 12, artículo 7 (2). Obsérvese sin embargo que el principio no se encuentra en las previsiones del nullum crimen de la Convención Americana de Derechos Humanos, supra nota 12, artículo 9, y el Carta Africana de Derechos Humanos y de Pueblos, supra nota 12, artículo 8 (2).

22 Supra nota 18.

de las penas comunes a la ley penal nacional por cuanto no especifican las distintas sanciones correspondientes a los delitos comprendidos en la jurisdicción del Tribunal (artículos 5-8). El Estatuto de Roma va más allá todavía que todos los anteriores documentos de Derecho penal internacional al especificar penas para todo supuesto cumpliendo por tanto las exigencias del principio *nulla poena* tal y como es entendido en la ley penal internacional[23].

III. Responsabilidad penal individual (Artículos 25, 28, 30)

1. Elementos objetivos de la responsabilidad penal individual (*actus reus*)

Los conceptos básicos sobre responsabilidad penal individual se encuentran en el artículo 25 (3) (a), (b) y (c)[24]. El resto de la previsión reafirma lo obvio: reconociendo la responsabilidad penal individual (parágrafos 1, 2) y la consiguiente validez de las reglas de la responsabilidad estatal (parágrafo 4)[25]; o bien establece determinadas formas de participación o/y extensión de la imputación: contribuir a la comisión o intento de comisión de un delito por un grupo, incitación al genocidio, tentativa (artículo 25 (3) (d), (e) y (f)). Así, un individuo es responsable por un delito comprendido en el Estatuto (artículos 5-8) si realiza, toma parte o intenta un delito de conformidad con los subparágrafos (a) a (f). Este amplio margen de responsabilidad se complementa con una

23 Véase *Otto Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, pág. 139 (demostrando que una norma general sobre penas es suficiente).

24 Sobre el art. 25 ver también el analísis de este autor, en: Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute, Baden-Baden 1999.

25 Estas declaraciones son tan antiguas como la historia de la codificación: véase el Proyecto de Código de 1954, supra nota 16, artículo 1; Proyecto de Código de 1991, supra nota 19, artículos 3(1), Proyecto de Código de 1996, supra nota 20, artículos 2 (1), 4. Véase también Thomas Weigend, artículo 3: Proyecto de Código 1991 113 (M.C. Bassiouni, ed. 1993).

regla específica sobre el mando y responsabilidad del superior (artículo 28). Considerándolos conjuntamente, los artículos 25 (3) y 28 contienen un complejo conjunto de reglas objetivas de autoría que pueden dividirse en reglas básicas de responsabilidad penal individual y en reglas de extensión de la imputación (que pueden o no ser caracterizadas como formas específicas de participación).

La responsabilidad penal de las *personas jurídicas* fue planteada por Francia[26]. La propuesta final presentada por el grupo de trabajo[27] se limitó a las sociedades privadas, excluyendo Estados y otras organizaciones públicas y no lucrativas. Pero además, se relacionó con la responsabilidad penal individual de quienes siendo los principales miembros de una sociedad mercantil ocupan una posición de control y cometen el delito actuando en nombre y con el explícito consenso de la misma y en el decurso de sus actividades. A pesar de tan limitada responsabilidad, la propuesta fue rechazada básicamente por diversas y convincentes razones. La inclusión de responsabilidad colectiva no es compatible con la jurisdicción del Tribunal, que se centra en los individuos. Aún más, el Tribunal se enfrentaría con graves y a la larga insuperables problemas de prueba. En resumen puede afirmarse que no hay todavía un reconocimiento universal de criterios comunes sobre responsabilidad de las personas jurídicas y de hecho no siempre se reconocen en la mayoría de los modelos penales[28]. En consecuencia, tal ausencia de

26 U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/L.3 (1998), artículo 23(5), (6). Véase también *Wise*, supra nota 7, en 42; *Andrea Sereni*, Individual criminal responsibility, en: Flavia Lattanzi (ed.), supra nota 11, págs. 145-6.

27 U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGGP/L.5 (1998).

28 Cf. Recientemente: *A. Eser, B. Huber, K. Cornils* (eds.), Einzelveranwortung und Mitveranwortung im Strafrecht. European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsability in Criminal Law, Freiburg i.Br. 1998.

responsabilidad penal en la mayoría de los Estados hace inaplicable este concepto complementario.

A) Reglas básicas de la responsabilidad penal individual

En contraposición con los proyectos, el artículo 25 (3) (a), (b) y (c) parece distinguir entre la autoría del delito (subparágrafo a) y otras formas de participación (subparágrafos b y c).

a.1) Formas de autoría

El subparágrafo (a) distingue claramente entre tres formas de autoría: directa o inmediata ("por sí solo"), co-autoría ("con otro") y autoría mediata ("por conducta de otro"). De este modo la co-autoría no se comprende en el concepto de complicidad (*complicity*) sino que se reconoce como una forma autónoma de autoría. La redacción original (inglés) del proyecto del subparágrafo (a) (*commits ... as an individual*), sin embargo, no es muy afortunada. En primer lugar, de esta manera la autoría directa se refiere a la comisión individual de un delito, lo cual es confuso porque parece repetir únicamente el principio de responsabilidad individual y no muestra suficientemente la importancia de la propia conducta individual actuando por uno mismo o utilizando otra persona[29]. La versión francesa anterior (*a titre individuel*) y la versión española son más claras en este sentido.

En segundo lugar, el subparágrafo (a) tipifica la comisión "con otro" o "por conducta de otro" (*jointly with another or through another person*) "sin consideración a si esa otra persona es criminalmente responsable", lo que no tiene sentido en cualquier caso. La autoría mediata presupone que la persona que comete el delito puede ser utilizada como un

29 Véase *Model Penal Code* (American Law Institute, 1985, hereinafter MPC), sec. 2.06 (1): *"commited by his own conduct"*; *Código penal español* (Ley Orgánica 10/1995, de 23.11.1995, hereinafter CPesp), artículo 28: por sí solos; CP alemán (Strafgesetzbuch-StGB) § 25 (1): *"selbst... begeht"*. En la ley penal *francesa* el *"auteur mediat"* no está codificado, pero sí se reconoce excepcionalmente que el autor directo sea utilizado como un simple instrumento (cf. *Anna Katherina Czepluch*, Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht, 1994, págs. 30-33).

instrumento o herramienta (*Werkzeug*) por el autor mediato que actúa como cerebro o "hombre detrás" (*Hintermann*). Normalmente se trata de un agente inocente, no responsable del acto delictivo. La *Common Law* considera al autor mediato como "principal"[30]. Un ejemplo típico es el del agente individual que actúa erróneamente o que no es culpable por ser menor de edad o padecer una deficiencia mental. Así, como la autoría mediata implica que la persona utilizada ("el instrumento") no es penalmente responsable, el reconocimiento expreso en el Estatuto de este hecho deviene superfluo.

Por otro lado, la co-autoría se caracteriza por una división funcional de las acciones delictivas entre los diferentes coautores, que están normalmente interrelacionados por un plan común o acuerdo. Todo coautor realiza cierta tarea que contribuye a la comisión del delito y sin la cual la comisión no sería posible. El plan común o acuerdo constituye la base de una recíproca o mutua comunidad de esfuerzos que hace a todo coautor responsable del delito en su integridad. Es casi impensable que uno de los coautores no sea criminalmente responsable. La referencia del Estatuto a "aquella otra persona" muestra una laguna en la comprensión del concepto de coautoría. En suma, esta referencia sitúa a la misma altura conceptos que son estructuralmente muy diferentes y que por tanto deberían ser tratados en diferentes parágrafos o secciones[31].

b.2) Otras formas de participación

Los subparágrafos (b) y (c) se refieren a otras formas de participación que en sí mismas sin embargo, suponen diferentes grados de responsabilidad. El subparágrafo (b) se refiere a una persona que ordena, solicita o induce a la comisión o tentativa de delito. El subparágrafo (c) preceptúa cualquier otra forma de auxilio ("ayuda", encubrimiento o cualquier otra forma de asistencia ... incluyendo la provisión de medios)

30 Véase comentarios al MPC, supra nota 28, pág. 2.06.
31 Ibíd.; también CPesp., artículo 28; StGB, § 25 (1) y (2).

en la comisión o tentativa de delito "por el propósito de facilitarlo". Generalizando, la participación en el caso del subparágrafo (b) supone un grado mayor de responsabilidad que en el caso del subparágrafo (c).

De hecho las formas de participación previstas en el subparágrafo (b) son muy diferentes. Quien ordena un delito no es un mero cómplice sino realmente un autor mediato que se sirve de un subordinado para cometer el delito. En realidad, el mismo artículo 2 (1) (b) en el Proyecto de Código de 1996 intentó prever la responsabilidad criminal de oficiales que ordenaron a sus subordinados cometer crímenes[32]. En este sentido la primera alternativa del subparágrafo (b) ("ordenar") complementa la responsabilidad contemplada en el artículo 28: en el último caso el superior es responsable por omisión; en el supuesto de ordenarlo, lo será por comisión. Así, la primera alternativa del subpa-rágrafo (b) pertenece a las formas de autoría previstas en el subparágrafo (a), tratándose de una forma de comisión "a través de otra persona".

Instigar a la comisión de un delito significa, entre otras cosas, ordenar, alentar, rogar o incitar a otra persona a realizar determinada conducta tipificada penalmente[33]. Inducir significa básicamente influir en otra persona para que cometa un delito[34]. Inducir es una especie de "paraguas" terminológico que comprendería la instigación que a su vez tiene un significado más preciso que la inducción. La inducción es suficientemente amplia para comprender cualquier conducta que conduzca a otra persona a cometer un delito, incluyendo la instigación. De hecho, la versión francesa del Estatuto habla de *sollicite ou encourage* utilizando por tanto una forma de instigación que expresa el término inglés *induce*.

El subparágrafo (c), como forma más débil de complicidad, comprende cualquier acto que contribuye a la comisión o a la tentativa de delito[35]. La

32 "Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, Jun. 5-Aug. 26, 1996", supra nota 18, en 25 (para. 14).
33 Black's Law Dictionary, 6th ed. 1990, pág. 1392; MPC, supra nota 28, s. 5.02 (1).
34 Black's Law Dictionary, 6th ed. 1990, pág. 774.
35 Art. 25 (3) (c): "Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión".

única limitación es de índole subjetiva en cuanto que el cómplice debe ayudar o facilitar de alguna forma la comisión del delito. Esta expresión se tomó del Código Modelo Americano (*Model Penal Code*). Aun cuando la necesidad de que concurra esta exigencia fue discutida en el *American Law Institute*, está claro que generalmente implica un requisito específico subjetivo más estricto que el mero conocimiento[36]. De otro lado, el subparágrafo (c) comprende toda forma de complicidad que no se encuentra contemplada por el subparágrafo (b). A primera vista surgen dos cuestiones. En primer lugar, debe ser suficiente y más razonable limitar la regla de complicidad a la inducción, al auxilio, y al encubrimiento. Estas formas de complicidad comprenden toda conducta que implica responsabilidad penal. En segundo lugar, y más importante, tiene que cuestionarse en qué consisten los requisitos mínimos de complicidad. El artículo 2 (3) (d) del ILC Proyecto de Código de 1996 exige que tanto el auxilio como el encubrimiento sea "directo y substancial"; es decir, la contribución facilitaría la comisión de un delito de "forma significativa"[37]. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*-ICTY) se refirió a estos criterios en el caso Tadic y sostuvo que el hecho en cuestión debía constituir una contribución directa y substancial para la comisión del delito[38]. "Substancial" significa que la contribución tiene su efecto en la comisión, o en otras palabras, que debe tener –de un modo u otro– una relación causal con el resultado[39]. Sin embargo, no exige necesariamente la presencia física en el lugar de los hechos. En Tadic, la Sala II (Trial Chamber II) siguió un amplio concepto de complicidad basado en la teoría inglesa de la *concerned in the killing*[40]. De hecho, la Cámara no tomó el criterio "directo y substancial" muy en serio

36 MPC, supra nota 28, sec. 2.06.
37 Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, Jun. 5-Aug. 26, 1996, supra nota 18, en 24 (para. 10).
38 *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-T), mayo 7, 1997, paras. 674, 688-692 <www.un.org/icty>.
39 Ibíd., para. 688.
40 Ibíd., para. 687: "no sólo que no se tiene que estar presente sino que la conexión entre el hecho que contribuye a la comisión y el hecho de comisión por sí mismo pueden ser distantes en tiempo y en el espacio. Para la *concerned in the killing doctrine*", véase: *United Nations War*

en tanto incluyó en el concepto de ayuda y encubrimiento "todo acto de asistencia por medio de palabras o gestos que sirvan para alentar o apoyar"[41]. Así, tras el silencio del Estatuto de Roma sigue la jurisprudencia internacional dejando abierta la cuestión. Queda por tanto (¡todavía!) para la futura jurisprudencia o para la doctrina la tarea de desarrollar directrices más concretas que permitan construir los requisitos mínimos de complicidad. Hay que decir con todo que en este momento no hay límites al concepto de responsabilidad del cómplice en el campo de los delitos internacionales.

El Estatuto de Roma no ofrece una solución para actos de complicidad posteriores a la comisión del delito. El ILC sólo incluye tales hechos en el concepto de complicidad si se basan en un plan de común acuerdo; de otra manera, la persona sería responsable por un delito distinto ("por favorecer el delito")[42]. El ICTY sin embargo, extiende la responsabilidad penal también a estos hechos, y siempre a "todos los que naturalmente resulten de la comisión del hecho en cuestión"[43].

Por supuesto, nadie puede ser único responsable por su contribución al delito sin tener en cuenta la responsabilidad de otros participantes. Aunque esto no se encuentre expresamente en el Estatuto, se puede inferir del principio de culpabilidad y del principio de responsabilidad penal individual. Esto implica que la responsabilidad de cada participante tiene que determinarse individualmente sobre la base de su contribución de hecho al delito en cuestión. Esto también excluye una forma de responsabilidad para actos de una tercera persona (*vicarious responsibility*). Por el contrario, el cómplice es responsable por su contribución al delito. Esta contribución determina el alcance de la imputación y de la culpa[44].

Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Volumes I-XV, London 1947-1949, aqui tomo XV, pág. 49-51; también: Prosecutor v. Tadic, supra nota 37, para. 691.

41 Prosecutor v. Tadic, supra nota 37, para 689.

42 Yearbook... 1991, tomo II, p. 98; Yearbook... 1991, tomo I, p. 188, para.21 (Mr, Pawlak, chairman of the Drafting Committee). Véase también: Yearbook... 1990, tomo I, pp. 17, 23, 28, 48; Yearbook... 1990, tomo II, pp. 28 y siguientes. (paras. 28 y siguientes). Cf. También: MPC, supra nota 28, sec. 2.06; *Christine Van den Wyngaert*, The Structure of the Draft Code and the General Part, in Commentaries on the ILC's 1991 Draft Code 55-56 (M.C. Bassiouni, ed., 1993); *Weigend*, supra nota 24, en 116-7.

43 Prosecutor v. Tadic, supra nota 37, para 692 (enfatizado).

44 Cf. *Wise*, supra nota 7, en 42.3; *Sereni*, supra nota 25, 139-146. Véase también: *Draft Statute for the International Criminal Court*, supra nota 5, artículo 23 (3): "La responsabilidad penal es individual y no puede ir más allá de la persona y bienes".

2. Extensiones de la imputación

A) Contribución al delito colectivo o su tentativa

El subparágrafo (d) del artículo 25 (3)[45] significa la más limitada expansion del concepto de autoría, criminalizando "cualquier otra forma" que contribuya a la comisión o tentativa de delito por un grupo de personas actuando con un mismo fin. Exceptuando los requisitos generales subjetivos –a tratar después– tal contribución tiene que ser hecha "con el objetivo de alentar la actividad delictiva o el propósito criminal del grupo", suponiendo que tal actividad o propósito comprende la comisión de un delito. Esta formulación está basada en una Convención antiterrorista recientemente adoptada[46] y representa un compromiso con las anteriores previsiones acerca de la "conspiración"[47], que desde Nuremberg ha sido objeto de controversia[48]. El ILC-Proyecto de Código de 1991 entiende que debe castigarse al individuo que "conspira para" la comisión de un delito, de donde convierte la

45 "(d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen".

46 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, U.N. Doc. A /RES/52/164 (1998), annex, art. 2 (3)(c).

47 Por ejemplo: Draft Statute for the International Criminal Court, supra nota 5, artículo 23 (7) (e) (ii).

48 Véase por ejemplo, *Vespasian Pella*, Memorandum, Yearbook ILC 1950, tomo II, pp. 278-362, 357; *Jean Graven*, Les Crimes contre l'Humanit, Recueil des cours de l'Academie de Droit International 433-605, 502-503 (1950); *Hans-Heinrich Jescheck*, Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht, 66 ZStW 193-217, 213 (1954); recientemente: *Rosemary Rayfuse*, The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating Disonders at the International Law Commission, 8 Crim. L.F. 52 (1997). - Véase también el comunicado del delegado alemán *Katholnigg* en la Conferencia Diplomática para la Adopción del Acuerdo sobre drogas de 1998 (United Nations Conference for the Adoption of a Convention against illicit Trafffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Suctances, Vienna, 1988, Official Records, tomo II, para. 52: "concepto desconocido en los modelos legales civiles". Sin embargo, se reconoció en un principio por el ILC Special Rapporteur Doudou Thiam (Yearbook ILC 1990, tomo II, p. 16, para. 66).

conspiración en una forma de "participación en un plan común para la comisión de un delito contra la paz y la seguridad de la Humanidad"[49]. El Proyecto de Código de 1996 se extiende a una persona que "directamente participa en planear o conspirar para cometer tal delito que de hecho tiene lugar"[50]. De este modo se limita la responsabilidad si se compara con las tradicionales previsiones sobre la conspiración por las que se exige una participación directa –ya referida anteriormente– y una efectiva comisión del delito. El Estatuto de Roma toma esta limitación más allá eliminando totalmente el término conspiración y exigiendo al menos una contribución al intento colectivo de cometer un delito. Esto, de hecho, suprime el concepto de conspiración en favor de otra amplia forma de complicidad similar al auxilio y encubrimiento con el significado del subparágrafo (c)[51]. La única diferencia entre los subparágrafos (c) y (d) –a nivel objetivo– consiste en el objeto de la contribución: se trata en ambos casos de un delito (o de su tentativa), si bien en el caso del subparágrafo (c) no necesita planearse y realizarse por un grupo. Sin embargo, es difícil imaginar situaciones en las que las conductas punibles de conformidad con el subparágrafo (d) no estén ya contempladas por el subparágrafo (c). En otras palabras, el subparágrafo (d) resulta –a la luz de la amplia responsabilidad establecida en el subparágrafo (c)– sencillamente superfluo.

B) La incitación al genocidio

El Subparágrafo (e) del artículo 25 (3) tipifica penalmente la incitación directa y pública pero sólo en relación con el genocidio. Su paralelismo con el artículo III (c) de la Convención sobre el Genocidio de 1948[52]

49 Yearbook ILC 1991, tomo II, pág. 99 (comentario al artículo 3).

50 Supra nota 20, artículo 2 (3) (e).

51 De modo semejante, MPC, supra nota 28, § 2.06. que no tiene a la "conspiracy" como base de la responsabilidad si bien cuestiona el comportamiento del acusado como constitutivo de complicidad.

52 *Rafael Lemkin*, Genocide as a Crime under International Law, 41 Am. J. Int. L. 145 (1947); *Josef L. Kunz*, The United Nations Convention on Genocide. 43 Am. J. Int. L. 732, 738 (1949); *Hans-Heinrich Jescheck*, supra nota 47, en 203 y siguientes. Recientemente salió el analísis profundo de *Alicia Gil Gil*, Derecho Penal Internacional, Madrid 1999. Ver también la

provoca la misma crítica. Algunas delegaciones argumentaron que la incitación como especial forma de complicidad en el delito de genocidio no debería incluirse en la Parte General del Estatuto sino en la previsión específica del delito de genocidio (artículo 6) para dejar claro así que la misma no se reconoce para otros delitos. Este argumento es cuestionable, sin embargo, en cuanto que la incitación está contemplada bajo otras formas de complicidad, y en especial, en el caso del Estatuto de Roma, bajo la inducción como ha sido tratado más arriba. Normalmente la diferencia entre una forma ordinaria de complicidad –por ejemplo la instigación– y la incitación, se halla en el hecho de que la primera se encuentra dirigida especialmente a cierta persona o grupo de personas en particular mientras que la última se dirige al público en general. El ILC hace –con razón– referencia al uso de los medios de comunicación para promover la comisión del genocidio en Ruanda en orden a justificar la inclusión de la incitación directa y pública como subparágrafo (f) del artículo 2 (3) del Proyecto de Código de 1996[53]. "Directo" en este contexto significa que una persona es especialmente acuciada a llevar a cabo de modo inmediato la acción criminal de modo que no es suficiente una vaga sugestión[54]. Así, la calificación de "directo" supone un concepto de incitación más estrecho que las formas normales de complicidad, como la instigación o la inducción. El concepto pierde su original sentido, que no es otro que la prevención de un incontrolable e irreversible peligro de comisión de ciertos delitos masa. Si un individuo insta a otro conocido suyo a llevar a cabo una acción criminal, tiene el mismo control sobre el actual autor que un instigador o cualquier otro cómplice. Aún más, el

sentencia historica de la Bundesgerichtshof, en: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, 396 ff. con comentario de *Ambos*; ver también el comentario de *Gil Gil*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 2nda epoca, no. 4 (1999).

53 "Informe del ILC en su 40 sesión. Jun. 5-Aug. 26, 1996, supra nota 18, en 26-7 (para.16). Véase también sobre la importancia de la incitación en relación al genocidio en Ruanda: ICTR-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. Case No. ICTR 96-4-T. Judgement. 2 September 1998, par. 672-5; *Prosecutor v. Jean Kambanda*. Case No. ICTR 97-223-S. Judgement and Sentence. 4 September 1998, par. 40 (count 3). Ambas decisiones disponibles en <www.ictr.org>.

54 Informe ILC 1996, supra nota 18, en 26.

subparágrafo (e) contiene una diferencia mayor si se compara con las formas de complicidad de los subparágrafos (b), (c) y (d): la incitación en relación con el genocidio no exige la comisión o intento de comisión del delito, en este caso del genocidio. Así, el subparágrafo (e) rompe con la dependencia del acto de complicidad abandonando el principio de accesoriedad (*Akzessorietätsgrundsatz*) que preside los parágrafos (b) a (d). Es punible el hecho de que alguien incite directa y públicamente a la comisión del genocidio aun cuando dicho delito no se cometa de hecho[55].

c) Tentativa y desistimiento

La tentativa se contempla en el parágrafo (f) del artículo 25 (3)[56]. El concepto no se restringe a determinados delitos (como se propuso en la ILC[57]) pero generalmente se define como el "inicio de ejecución" de cierto delito por medio de una "acción sustancial". Esta definición es una combinación de derecho norteamericano y francés[58], y se utilizó ya en el Proyecto de Código de 1991 (artículo 3 (3)) y en el Proyecto de Código de 1996 (artículo 2 (3) (g)). La cuestión consistió y todavía consiste en saber, de acuerdo con esta definición, cuándo comienza de hecho la tentativa. Está claro que los actos preparatorios no se incluyen en cuanto que no representan un "comienzo de ejecución". De hecho éste fue el único tema no controvertido en el ILC al discutir la tentativa[59].

55 Cf. *Weigend*, supra nota 24, en 115-116 (regarding the 1991 Draft Code, supra nota 19, artículo 2 (3) distinguiendo entre "soliciting" y "aiding" por un lado, e incitación y conspiración por otro).

56 "(f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo".

57 El ILC no pudo alcanzar el consenso para aprobar una lista de delitos que pudieran ser intentados en cuanto que muchos miembros y gobiernos consideraron que el intento sólo era posible en el caso de crímenes de guerra o de crímenes contra la Humanidad (Yearbook ILC 1986, tomo II part 2), p. 49, para. 128; Yearbook ILC 1990, tomo I, pp. 6, 21, 70; Yearbook ILC 1990, tomo I, p. 188; Yearbook ILDC 1991, tomo II (Part. 2), p. 99; Yearbook ILC 1994, tomo II (Part 2), pp. 77, 85 (para. 196); Yearbook ILC 1994, tomo I, pp. 110, 121, 145 (para. 10).

58 Código penal francés, artículo 121-5: "commencement d'execution"; MPC, supra nota 28, o 5.01 (1) (c): "substantial step". Cf. *Wise*, supra nota 7, en 44.

59 Yearbook ILC 1986, tomo II, p. 49 (para. 129).

No está claro, sin embargo, si el concepto alemán de inicio de tentativa por "dar principio directamente a la realización del tipo" (*unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung*) se encuentra en el ámbito del artículo 25 (3) (f). A primera vista el concepto alemán parece diferir del *commencement of execution* en cuanto que para el primero el autor sólo debe estar muy próximo a la ejecución del delito pero no tiene que haberlo ejecutado en parte. Sin embargo según el ILC ese *commencement of execution* indica que el individuo ha desarrollado un acto que constituye un paso decisivo para la consecución del delito[60]. En consecuencia no se exige que el delito en cuestión sea ejecutado en parte, y así la persona en cuestión no necesita haber realizado uno o más elementos del delito. La versión francesa del Estatuto también se refiere a "un comienzo de ejecución" empleando la terminología del artículo 121-5 del Código Penal. En Francia el concepto siempre se ha entendido en un amplio sentido, comprendiendo "todo acto que tiende directamente al delito"[61]. Esto se corresponde con la definición de la ILC y significa que, siendo prácticos, no hay diferencia entre "comienzo de ejecución" y , "dar principio directamente a la realización del tipo". Aún más, la última definición supone una exigencia de responsabilidad por el intento de comisión delictiva por cuanto –al menos teóricamente– resulta claramente diferenciado de los delitos consumados.

La posibilidad del desistimiento no se previó para el proyecto de Código penal de la ILC[62], pero se tuvo en cuenta en el PrepCom[63]. Se incluyó en el Estatuto de Roma en el último minuto tras la propuesta japonesa. La formulación está basada en la Parte General del actualizado proyecto de Siracusa[64] y recompensa a la persona que –en términos objetivos–

60 Informe del ILC en su 40 sesión, Jun. 5-Aug. 26, 1996, "supra nota 18, p. 27 (para. 17).

61 Cf. *Herv Pelletier/Jean Perfetti*, Code Penal 1997-1998, 10th ed. 1997, pág. 20.

62 De modo similar los comentadores franceses consideran el desistimiento como parte de la definición de intento (cf. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit penal general, 16th ed. 1997, pág. 203).

63 Decisiones del Comité Preparatorio en sus sesiones de 11 a 21 de Febrero de 1997, U.N. Doc. A/AC. 249/1997/L.9/Rev.1, pág. 22, nota de pié de pág. 12.

64 Association Internationale de Droit Penal (AIDP)/Max Planck Institute for for Foreign and International Criminal Law (MPI) et al., 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with proposed modifications (updated Siracusa Draft), 1996, artículo 33-8.

desiste de cometer el delito o de cualquier otro modo impide su comisión y –en términos subjetivos– abandona completa y voluntariamente el propósito de delinquir. El requisito esencial de exención en caso de desistimiento es que el autor abandone voluntariamente la ejecución o impida la consumación del hecho. Esto implica que ha de abandonarse de un modo u otro el propósito de delinquir. Resulta superfluo hacer mención más específica sobre esta materia.

D) Responsabilidad del superior

El tantas veces reconocido principio de responsabilidad de mando se encuentra previsto en el artículo 28[65]. Esta previsión legal distingue entre la responsabilidad de militares (parágrafo 1) y de superiores civiles (parágrafo 2)[66]. Las codificaciones previas –o proyectos– a las Convenciones de

65 Véase la decisión de la Supreme Court de los Estados Unidos en *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 13-14 (1945): "... ignorando ilegalmente en contra de su deber como comandante el control de las actuaciones de sus subordinados, permitiéndoles cometer brutales atrocidades..." (traduc. del inglés). Para más referencias véase *Ambos*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law, en: G.K McDonald/O. Swaak Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law The Hague (Kluwer) 1999. Recientemente, *Ann Marie Provost* que muestra que el precedente Yamashita estuvo fuertemente influenciado por motivos raciales de U.S. contra los japoneses (Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General tomoyuki Yamashita, 14 Human Rights Quarterly 1992, 303).

66 Resulta conveniente reproducir el texto del artículo 28:
Responsabilidad de los jefes y otros superiores
Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:
1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

Ginebra[67], en especial el artículo 86 (2) del Protocolo Adicional I, no hacen esta distinción si bien tratan más equitativamente a los militares y a los superiores civiles[68]. La distinción hecha en el Estatuto de Roma vuelve a la propuesta de los Estados Unidos cuyo fundamental objetivo fue introducir distintos límites subjetivos de responsabilidad civil y militar[69]. De acuerdo con ello, el comandante militar sería tenido por responsable –conforme al estándar reconocido por conocimiento ("o porque deba saber") o negligencia, si bien el superior civil sólo por conocimiento. Esto último no fue aceptado por muchas delegaciones que tomaron parte en las discusiones de carácter informal. Una propuesta no oficial de Argentina, Canadá y Alemania apuntó en favor de utilizar un criterio de negligencia en ambos casos[70]. Las posturas contrarias concluyeron finalmente a modo de discusión informal presidida por Canadá con el compromiso de reemplazar el criterio de negligencia del superior civil por el texto "ignorando conscientemente la información que debería (claramente) permitirle concluir en las circunstancias del tiempo en que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer el delito". La palabra "claramente" fue incluida más tarde en el texto oficial[71]. Por ello, en una versión posterior el texto fue simplificado por "ignorando conscientemente la información que claramente indicaba que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tales delitos"[72].

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

67 Véase supra nota 12. Comp. generalmente A.P.V. Rogers, Law on the Battlefield, 1996, págs. 138-142.

68 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), Annex, artículo 7 (3): "El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron".

69 U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/L.2 (1998).

70 Propuesta de Argentina, Canadá y Alemania, Jun. 17, 1998 (archivo del autor).

71 UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.7 (1998).

72 UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.7/Rev. 1 (1998).

Dado lo anterior resulta claro que el artículo 28 establece distintos criterios subjetivos para militares y para civiles. Sigue en pie la cuestión de cómo extender el tradicional criterio de "debería saber" (*should have known*) que difiere del nuevo criterio para los superiores civiles del artículo 28 (2) (a). En respuesta, resulta que este nuevo criterio repite el conocido criterio del Common Law y de los juicios sobre crímenes de guerra consistente en "meter la cabeza debajo del ala" (*wilful blindness*)[73]. El criterio de "ciego voluntario" tiene su excepción en el requisito del conocimiento positivo al considerarse que concurre este último –en relación con un hecho particular– "cuando una persona es consciente de la alta probabilidad de su existencia a menos que crea que no existe"[74]. El conocimiento no se presume aunque implique el resultado de la conducta defensiva[75]. El ciego voluntario y por tanto el nuevo criterio del artículo 28 (2) (a) se encuentra entre el conocimiento y la imprudencia. En otras palabras, se está ante una exigencia mayor que la negligencia[76]. De este modo, el Estatuto de Roma cambia la ley de responsabilidad del mando en relación con los superiores civiles y hace más difícil la acusación por no ejercer adecuadamente el control. Además, se está ignorando la reciente aplicación de la tradicional doctrina de la responsabilidad del mando a los superiores civiles[77].

Por un lado, la restricción del Estatuto de Roma a la responsabilidad del mando, al menos en el caso de los civiles, es el resultado de ciertas contradicciones dogmáticas de esta doctrina. En primer lugar se duda de si la negligencia –todavía suficiente para los mandos militares (de

73 Véase por ejemplo, *R. v. Finta* (1990), 92 D.L.R. (4th) 1, 1 O.r. (e ed) 183, 98 I.L.R. 520 (Ontario C.A.), en 595 (I.L.R.).
74 Véase MPC, supra nota 28, o 2.02 (7). Véase también *Wayne R. LaFave/Austin W. Scott*, Criminal Law I 307-8 (1986).
75 Comentario a MPC, supra nota 28, 0 2.02.
76 Véase también *Schabas*, supra note 3, pág. 419 que considera el nuevo criterio como una exigencia de pleno conocimiento.
77 Véanse las decisiones del ICTY bajo la regla 61, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc, IT/32: *Prosecutor v. Nikolic* (Case No. IT-94-2-R 61), Oct. 20, 1995, para. 24; *Prosecutor v. Karadzic and Mladic* (Cases Nos. IT-95-5-R 61/IT-95-18-R 61), Jul. 11, 1996, paras. 42. 65-85. Véase también las últimas decisiones del ICTR: *Prosecutor v. Kambanda*, supra nota 52, par. 40; *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 52, par. 487-91, donde, sin embargo, se afirma que la responsabilidad de mando de los civiles queda en discusión (par. 491).

facto)– puede relacionarse lógicamente con el intento de cometer un delito. ¿Cómo, por ejemplo, puede un mando militar cometer por negligencia un delito contra la Humanidad que exige aparte de la *mens rea* general (véase infra artículo 30), un específico conocimiento para la comisión "como parte de un ataque extenso o sistemático" (artículo 7)? ¿Cómo puede haber intención de destruir (artículo 6) si no se sabe que los subordinados están cometiendo el delito? El profesor William A. Schabas ha afirmado correctamente que "lógicamente es imposible cometer un delito de intención por negligencia"[78]. El nuevo criterio para los superiores civiles parece mostrar un camino fuera de la lógica.

En segundo lugar, debe hacerse hincapié en que la responsabilidad del mando comprende también la responsabilidad por omisión[79]. El superior puede ser castigado por su falta de control sobre los subordinados y por no impedir o reprimir la comisión de atrocidades. Ciertamente el superior sólo es responsable en caso de ostentar una efectiva autoridad y control (lo cual ocurre especialmente en el caso del superior civil) artículo 28 (2) (b)[80] –y sólo si no adopta todas las medidas necesarias y razonables; el superior es por tanto conceptualmente responsable por omisión, por no impedir las atrocidades cometidas por sus tropas, y fundamentalmente por perder el control sobre las mismas en el supuesto de ser posible conservar tal control. Esta responsabilidad por omisión es única en Derecho penal internacional. El Estatuto de Roma confirma esta regla al eliminar[81] la disposición general sobre hechos y/u omisiones[82] en base al argumento de que sólo el artículo 28 contempla la responsabilidad por omisión[83]. Sin embargo, esta responsabilidad por no actuar se contrapone, desde un punto de vista objetivo, a la efectiva autoridad y control del superior; la posibilidad de control constituye la

78 *Schabas*, supra note 3, pág. 417. También crítico: *Wise*, supra nota 7, en 46.
79 Véase la discusión crítica de *Fletcher* (1998), supra nota 2, en 45-50.
80 Artículo 28 (2) (b) es innecesario en cuanto que sólo repite la exigencia de efectivo control ya mencionada en la primera frase del subparágrafo 2.
81 U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.4/Add.1 (1998).
82 Draft Statute for the International Criminal Court, supra nota 5, artículo 28.
83 *Wise*, supra nota 7, en 48-50, afirma la regla general por omisión.

base legal y legítima sobre la que descansa la responsabilidad del superior, lo que justifica su deber de intervención (*Garantenpflicht*) y, finalmente, implica la equivalencia moral entre la falta de evitación del daño y la causación activa del mismo.

No obstante ello, en los casos en que la legitimidad de la responsabilidad del mando se cuestiona considerablemente (en el caso de conocimiento positivo del superior), la delimitación entre la responsabilidad por omisión (*command responsibility*) y la actuación como cómplice (*complicity*) es vaga. Al margen de las similitudes existentes entre estas dos formas de responsabilidad derivada[84], la prueba en los juicios sobre crímenes de guerra permite normalmente concluir en ambas direcciones. Un superior que tenga conocimiento de las atrocidades cometidas por sus tropas puede ser tenido por responsable como cómplice (ayudando y encubriendo) por, al menos psicológicamente, alentar y animar a las tropas; el superior también puede ser responsable mediato del mando por no impedir las atrocidades. De hecho, el ICTY en sus resoluciones de Regla 61[85] ha utilizado ambas formas de respon-sabilidad. Por ejemplo, Karadzic y Mladic fueron juzgados responsables como comandantes[86] de planear el genocidio y de no impedirlo, así como por otros delitos. Esta responsabilidad paralela puede inducir a confusión[87] pero es una consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad de mando. La aparente contradicción puede reconciliarse arguyendo una prevalencia de la responsabilidad por hechos sobre la responsabilidad por omisión (principio de subsidiariedad) si las diferentes formas de conducta en cuestión se encuentran temporal y subjetivamente interrelacionadas[88].

84 Comp. *Fletcher* (1978), supra nota 2, en 582-583.
85 Rules of Procedure and Evidence, supra nota 2, en 582-583.
86 *Prosecutor v. Karadzic and Mladic*, supra nota 76, paras. 84, 94.
87 *Schabas*, supra note 3, pág. 416 nota de pié de pág. 133.
88 Tal prevalencia se encuentra en *Prosecutor v. Karadzic and Mladic*, supra nota 76, para. 83: "Las pruebas y testimonios coinciden en demostrar que Radovan Karadzic y Radko Mladic no sólo estaban informados de los crímenes supuestamente cometidos bajo su autoridad, sino también y, en especial, que ejercían su poder para planear, instigar, ordenar y de cualquier otro modo ayudar y alentar la preparación, planeamiento o ejecución de los mencionados delitos". (traduc. del inglés).

3. Elementos subjetivos de la responsabilidad penal individual (*mens rea*)

Además de los especiales requisitos subjetivos ya mencionados, el artículo 30 exige que los elementos materiales de un delito perteneciente a la jurisdicción del Tribunal se realicen con intención y conocimiento[89]. La fórmula "a menos que se prevea otra cosa" reconoce excepciones, en especial las menores exigencias del artículo 28 ("*command responsibility*"). El Proyecto de Código de 1996 no prevé tal excepción y establece sin embargo exigencias menores de carácter subjetivo para algunos delitos[90]. *Allain* y *Jones* han puntualizado que el requisito de la "intencionalidad" utilizado en muchos textos de las Convenciones de Ginebra[91] (artículo 8 (2) (a) (iv) del Estatuto de Roma) corresponde más a *recklessly* que a *intentionally* y por tanto supone una exigencia menor[92]. Así, la fórmula "a no ser que se prevea otra cosa" es un *caveat* necesario.

La cuestión consiste entonces en determinar si el artículo 30 excluye por definición un más bajo nivel de exigencia que la tentativa y el conocimiento. De acuerdo con el parágrafo 2, tentativa significa que una persona realiza cierta conducta o desea producir ciertas consecuencias o es consciente de que la misma tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos. ¿Excluye esta definición alguna

89 "Artículo 30. *Elemento de intencionalidad (mens rea)*.
1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por 'conocimiento' se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras 'a sabiendas' y 'con conocimiento' se entenderán en el mismo sentido".
90 Supra nota 20, artículo 2 (3) (a).
91 Por ejemplo, la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativa a la protección de civiles, supra nota 12, artículo 147.
92 *Allain/Jones*, A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 8 European Journal of International Law (EJIL) 1997, 100, 106.

exigencia de menos importancia? Ciertamente, la "falta de diligencia" no puede ser la base de la responsabilidad una vez suprimida la correspondiente previsión[93]. Lo mismo es de aplicación para el dolo eventual: este es un tipo de "intención condicional" que engloba un amplio conjunto de actitudes positivas dirigidas a la producción de un resultado y por ello supone una exigencia mayor que la "falta de diligencia"[94]. El autor puede ser indiferente al resultado o no dar importancia al daño producido en el bien jurídico (*sich mit der Rechtsgutsverletzung abfinden*)[95]. Sin embargo, el autor no es consciente, como exige el artículo 30 (2) (b), del resultado o consecuencia que tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos. Él o ella sólo piensa que el resultado es posible. Así, el texto del artículo 30 apenas deja espacio para una interpretación que incluya el dolo eventual en el concepto de tentativa como una especie de "dolo indirecto"[96]. Finalmente existe una cuestión terminológica. Ser consciente significa que el autor sabe que el resultado dañoso tendrá lugar. De hecho, el artículo 30 (3) define conocimiento como "consciencia de que una circunstancia existe o una consecuencia tendrá lugar en el curso normal de los acontecimientos". Esto muestra que el artículo 30 ignora la diferencia entre "tentativa" y "conocimiento", mezclando dos diferentes categorías de conducta caracterizadas en la doctrina alemana como conocer y querer (*Wissen und Wollen*)[97]. También en la moderna Common Law se distingue entre "propósito", "conocimiento", "falta de diligencia" y "negligencia"[98].

93 Véase Draft Statute for the International Criminal Court, supra nota 5, artículo 29 (4). No se ha alcanzado el consenso sobre una definición común.

94 La *recklessness* se encuentra entre el dolo eventual y la negligencia consciente (bewusste Fahrlässigkeit). Véase *Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, 93 ZStW 657, 673 y sig. (1981).

95 Comp. *Fletcher* (1978), supra nota 2, en 446, y *Fletcher* (1998), supra nota 2, en 123. Para las diversas teorías en Alemania véase *Roxin*, supra nota 9, en 372-400.

96 Pero compárese *Wise*, supra nota 7, en 52-4, que da una definición que incluye el dolo eventual pero excluye el *recklessness*.

97 De modo similar *Wise*, supra nota 7, en 51.

98 Comp. MPC, supra nota 28, o 2.02.

IV. Defensas y causas especiales de exclusión de Responsabilidad Penal (arts. 26, 27, 29, 31-33)

Para lograr los objetivos de nuestro análisis nos ha parecido bien hacer una distinción entre las defensas de índole procesal (artículos 26, 27, 29), las causas generales de exclusión de responsabilidad (parágrafos (a) y (b) del artículo 31 (1)) y las causas de justificación y exoneración (artículos 31 (1) (c) y (d), 32 y 33).

1. Defensas procesales

El artículo 26 prevé una solución jurisdiccional en relación con la edad de responsabilidad penal debido a la imposibilidad de llegar a un consenso en este punto. Las propuestas rondaron desde los 13 hasta los 21 años. Ahora el Tribunal carece de jurisdicción sobre personas que estén por debajo de los 18 años al tiempo de comisión de los hechos. Así, se ha omitido definir de manera general la edad de responsabilidad.

La capacidad oficial, invocada por un Jefe de Estado o persona que ocupe otra posición pública, se excluye como defensa o como un motivo de reducción de la pena por el artículo 27[99]. La inmunidad u otras reglas procesales tampoco pueden considerarse obstáculos procesales. Esta es una de las pocas previsiones que ha sobrevivido desde Nuremberg sin haber sido modificada ni rechazada[100]. Uno de los pocos trabajos en

99 "Artículo 27 Improcedencia del cargo oficial
1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

100 Véase: Agreement for the Procecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the *Charter of the International Military Tribunal* (I.M.T), aprobado el 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 279, artículo 7; *Control Concil Law No. 10*, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, Official Gazette Control Council for Germany, art. II(4)(a); *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, supra nota 15, Principle III; *Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, adopted Dec. 9,

discusión durante los esfuerzos de codificación tras la Segunda Guerra Mundial ha tratado de si la regla se extiende a todos los oficiales públicos, desde el primero en graduación hasta el último. La Convención del Genocidio de 1948 limitó la regla a "todos los legisladores constitucionalmente responsables" considerando las reglas de inmunidad nacional[101]; por otro lado, resultó controvertido si entre los "oficiales públicos" también debía incluirse a los miembros electos del Parlamento[102]. El Proyecto de Código de la ILC de 1991 (artículo 13) y de 1996 (artículo 7) extiende la previsión a Jefes de Estado, Ministros y oficiales públicos, aunque el Proyecto de 1954 (artículo 3) no incluyó de forma clara a los ministros[103]. Por otro lado, inicialmente el ILC no quiso excluir la posibilidad de mitigación del castigo explícitamente: se rechazó una propuesta[104] durante las deliberaciones del Proyecto de Código de 1954[105]. La decisión tuvo que dejarse en manos del Tribunal. Esta posición fue mantenida en el Proyecto de 1991, si bien el de 1996 (artículo 7) excluyó cualquier reducción del castigo. La Comisión de Derecho Internacional, sin embargo, no consideró necesario excluir la inmunidad procesal explícitamente. Su exclusión fue considerada un lógico corolario a la falta de inmunidad sustantiva[106]. Todos estos puntos fueron incluidos en el artículo 27 del Estatuto de Roma, y resueltos en favor de una acusación sin límites contra aquéllos que actúen amparándose en su oficialidad[107].

1948, 78 U.N.T.S. 277 (entered into force Jan. 12, 1951), art. IV; *ICTY-Statute*, supra nota 67, art. 7(2); *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR), U.N. Doc. S/RES/955 (1944), Annex, art. 6(2).

101 Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ibid., artículo IV. Crit. *Graven*, supra nota 47, en 508 y sig.; *Planzer*, Le crime du genocide 136-137 (1956).

102 Véase *Peter N. Drost*, The Crime of State, tomo 2, Genocide 8, 94 (1959) (proponiendo el término "agente del Estado"); véase también *N. Robinson*, The Genocide Convention 70-71 (1960).

103 *D.H.N. Johnson*, The Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, 4 International & Comparative Law Quarterly 1955, 462-463 (462-3).

104 *Jean Spiropoulus*, Report, in Yearbook ILC 1950, tomo II, págs. 253-278, 273.

105 Yearbook ILC 1954, tomo I, p.138; Yearbook ILC 1951, tomo II, págs 51-52.

106 "Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 5 de junio-26 de agosto, 1996, supra nota 18, en 41 (para. 6).

107 Sobre el caso Pinochet al respecto ver *Ambos*, El caso Pinochet y el Derecho aplicable, Revista Penal (España) 1999, no. 1, pág. 3 sgs. (11 sgs.).

Cualquier plazo de prescripción para los delitos comprendidos en la jurisdicción del Tribunal está excluido en el artículo 29. Tal regla es posible a causa de que la jurisdicción del Tribunal está limitada a los delitos definidos en los artículos 5 a 9, es decir, crímenes de extrema gravedad. En anteriores instrumentos o proyectos, o bien no se excluía la prescripción o bien quedaba la duda acerca de los delitos a incluir en el instrumento[108]. Schabas puntualizó acertadamente que podía surgir un problema de complementariedad cuando la acusación de un delito fuera obstaculizada por plazos de prescripción contemplados en el derecho nacional pero su persecución fuera posible por el ICC[109]. En tales casos, la regla de complementariedad (artículo 17), si el ICC asumiría la jurisdicción, sería eludida. Puede afirmarse sin embargo, que hoy en día con la posición predominante del Derecho Internacional no se admiten plazos de prescripción para tales delitos, por lo cual se debe corregir la legislación nacional en estos casos. Si un Estado no lo admitiera, demostraría su desinterés en la persecución de tales delitos, no pudiéndose invocar el principio de complementariedad.

2. Las causas generales de exclusión de responsabilidad

Los subparágrafos (a) y (b) del artículo 31 (1) prevén la exclusión de responsabilidad en base a la capacidad de controlar y determinar su propia conducta[110]. Hay sin embargo una diferencia fundamental entre las dos previsiones que apunta al grado de imputabilidad del autor: en caso de padecer una dolencia o incapacidad mental (subparágrafo (a)), el

108 El Proyecto de Código de 1991, supra nota 19, artículo 7, excluyó un plazo de prescripción pero la previsión fue suprimida durante las discusiones sobre el Proyecto de Código de 1996 (supra nota 20), porque se consideró que tal regla no se aplicaría a todo delito previsto en el Código (Véase Yearbook ILC 1994, tomo II, págs. 80-81, paras. 147 y sigs.; Yearbook ILC 1994, tomo I, pág. 146, para 16).

109 Ver *Schabas*, supra note 3, pág. 419.

110 "Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud

autor no puede ser culpado por su conducta ilegal ya que normalmente no se ha causado dicha dolencia o incapacidad, o al menos no en orden a cometer un delito sin culpabilidad. El autor no puede "apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta" (artículo 31 (1) (a)), o bien carece de capacidad para controlarla dentro del margen que permite la ley a causa de una dolencia o enfermedad. El autor no sabe lo que está haciendo y por tanto no actúa culpablemente[111]. En caso de intoxicación (artículo 31 (1) (b)) la situación es sustancialmente diferente, porque quien toma de forma libre y autónoma la decisión de beber alcohol sabe normalmente que afectará a su capacidad de control y apreciación. Partiendo de esta premisa, es comprensible la controversia suscitada en relación con las consecuencias legales de un estado de intoxicación. La mayoría de los países árabes, regidos por la ley islámica, consideran el (excesivo) consumo de alcohol como un factor agravante, mientras los países occidentales, como consecuencia de la legalización del consumo de alcohol, en principio lo consideran como un factor de reducción o incluso de exclusión del castigo. Así, el consenso en la Conferencia de Roma sólo fue posible incluyendo una nota a pie por la que "la intoxicación voluntaria como causa de exoneración de responsabilidad criminal no se aplicaría generalmente en casos de genocidio o crímenes contra la humanidad, pero podría aplicarse a casos aislados que supusieran asimismo crímenes de guerra"[112]. El campo de aplicación del subparágrafo (b) está limitado por la adopción del principio de la *actio libera in causa* ("a no ser que la persona se haya intoxicado voluntariamente..."). La idea fundamental de este principio consiste en prevenir la intoxicación de mala fe; por ejemplo, la intoxicación con el objetivo de cometer un delito en un estado de no

o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere".

111 Véase también la parecida previsión de MPC, supra nota 28, o 4.01.

112 U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L. 4/Add. 1/Rev. 1 (1998), pág. 4, fn. 8.

responsabilidad y después invocar este estado como causa de exclusión de responsabilidad. Este principio está generalmente reconocido tanto en el Derecho continental como en el del Common Law[113] y codificado en muchos códigos nacionales[114]. Sin embargo es bastante difícil probar que alguien ha bebido voluntariamente para cometer un delito. Por esta razón y a causa de que la conducta humana se encuentra bajo los efectos del alcohol, el Common Law no reconoce en principio la intoxicación como defensa[115] al menos cuando uno mismo se coloca en dicha situación, mientras el modelo continental prevé un delito específico en caso de crímenes cometidos en estado de intoxicación[116]. Este delito está basado en la negligencia (como riesgo de cometer un delito en estado de intoxicación) y esta en conflicto con el elemento subjetivo de los delitos comprendidos en la jurisdicción.

113 Comp. *Fletcher* (1978), supra nota 2, en 846-7. Véase también MPC, supra nota 28, o 2.08 (2) y comentarios en 357.

114 Véase por ejemplo el CP alemán, § 12, el CP italiano, artículo 92 –más recientemente– el CPesp, artículo 20, núm. 1 (2): "El trastorno mental transitorio no exime de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o hubiera podido prever su comisión".

115 Véase MPC, supra nota 28, 2.08, y comentario en 350 y sigs. por un lado, y 4.01 por otro. Véase también *Fletcher* (1978), supra nota 2, en 847-52.

116 Véase por ejemplo el CP alemán, § 323 a: "Quien intencional o negligentemente llegue a un estado de intoxicación (...) será castigado (...) si mientras se encuentra en dicho estado comete un hecho antijurídico y no puede ser castigado" (traduc. del alemán).

Responsabilidad Penal individual en el Derecho Penal Supranacional Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya *

Kai Ambos **

I. Introducción

En el juicio contra los mayores criminales de guerra, el Tribunal Militar Internacional (*International Military Tribunal* , IMT), en forma bastante clara, estableció que la responsabilidad penal individual había sido "hacía tiempo reconocida", y más aún que

> Suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al Derecho Internacional. Crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer[1].

---

* Versión original ("Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis - From Nuremberg to The Hague") publicada en: Gabrielle Kirk McDonald/ Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts. Volume I. Commentary. The Hague et al. 2000, pág. 1-31. Esta versión ha sido revisada y actualizada.

** Este artículo es parte de una investigación más amplia acerca de una "Parte General" del Derecho penal supranacional dentro del marco de un escrito de Habilitation en la Universidad de München. Estoy agradecido a Emily Silverman, J.D. (Berkeley), LL.M. (Freiburg) por mejorar la versión inglesa que sirvió de base a esta traducción llevada a cabo por Mónica Karayan (Argentina); revisión por el autor.

1 The Trial of the Major War Criminals. Proceedings of the International Militar Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, vol. 22, pág. 447 (London, HMSO 1950) ("El Juicio").

A pesar de que esta opinión no fue justificada en detalle –el IMT simplemente hizo referencia a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Ex Parte Quirin*[2] y así infirió, podría argumentarse, una "analogía doméstica"[3]–, ha sido históricamente confirmada en los diversos juicios por crímenes de guerra desde la Segunda Guerra Mundial[4], el reciente establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente (*International Criminal Court,* ICC)[5] y, en particular, la creciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia,* ICTY) y del de Rwanda (*International Crimina Tribunal for Rwanda,* ICTR)[6]. De allí que no sea una novedad que esta afirmación clásica del IMT fuera citada en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del ICTY en el caso

2 Ex Parte Quirin, U.S. 317 (1942) 1-48. La Corte Suprema reseñó varios ejemplos históricos y sostuvo en las págs. 27 s.: "Desde el mismo inicio de su historia esta Corte ha reconocido y aplicado las leyes de la guerra como inclusivas de aquella parte de la ley de las naciones que prescribe, para la conducción de la guerra, el status, los derechos y los deberes de las naciones enemigas al igual que de los individuos enemigos" (énfasis del autor).

3 Conf. Appeals Chamber (App.Ch.), *Prosecutor v. Blaškic,* Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29.10.1997 (IT-95-14-AR 108bis), pár. 40.

4 Ver el excelente trabajo histórico de *Timothy L.H. McCormack,* From Sun Tzu to the Sixth Comittee: The Evolution of an International Criminal Law Regime, en:b McCormack/Simpson (eds.), The law of war crimes: national and international approaches, The Hague et al. 1997, pág. 31-63; *Marschik,* en ibid., pág. 65-101 (informes sobre Europa); *Wenig,* en ibid., pág. 103/22 (sobre Israel); *Triggs,* en ibid., pág. 123-49 (sobre Australia) y *Williams,* en ibid., pág. 151-70 (sobre Canadá).

5 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/Conf. 183/9 ("Estatuto de Roma", <www.un.org/law/icc>); publicado en International Legal Materials (ILM) 37 (1998), 999; en castellano en: *Ambos/Guerrero* (eds.), El Estatuto de Roma. Análisis por expertos internacionales. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1999, pág. 429 s s. - Ver *Ambos,* Zur Rechtsgrundlage des neuen Internationalen Strafgerichtshofs, 111 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 111 (1999), pág. 175 ss. = Revista de Derecho Procesal (España) No. 3 (1999), 553 ss y Revista de Derecho Penal y Criminologia (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2nda Epoca, No. 5 (enero 2000), 127 ss; *Cassese,* The Statute of the ICC etc., Eur. Journal of International Law 10 (1999), 144 ss; *Ambos/Guerrero* (eds.), op. cit.; *Triffterer* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the ICC, Baden-Baden 1999; *Lattanzi/Schabas* (eds.), Essays on the Rome Statute of the ICC, vol. I, Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999; Sadat-Wexler, A first look at the 1998 Rome Statute etc., en: Bassiouni (ed.), International Criminal Law, vol III, 2nda ed. 1999, pág. 655 ss. Sobre la implementación del Estatuto ver *Kreß/Lattanzi* (eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, vol. I, Baden-Baden/Ripa Fagnano Alto (Italia) 2000.

6 Ver los resumenes de *Ambos/Ruegenberg,* Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report (NStZ-RR), 1998, pág. 167 ss.; 1999, 200 ss.; 2000, 198 ss.

Tadic, de modo tal de fijar los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y otras reglas consuetudinarias, pese a la existencia de un conflicto internacional o interno, con la Sala de Apelaciones, concluyendo que

> Todos estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3° común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de víctimas de conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil[7].

Frente a estos desarrollos, es justo concluir que el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente reconocido. Sin embargo, otra cuestión que debe ser abordada aquí es la de determinar cuáles son los elementos constitutivos de semejante responsabilidad. En lo que respecta a la doctrina reciente, sólo Bassiouni ha tratado el tema de un modo más o menos completo, aunque no conclusivo[8]. Casi toda la doctrina restante se concentra en el desarrollo histórico y en cuestiones de organización y procedimiento relativos a una corte penal internacional o a los crímenes específicos, pero soslaya el desarrollo y el análisis de los elementos de la responsabilidad penal individual. El enfoque más promisorio para semejante tarea es el de retrotraerse a las fuentes primarias del Derecho penal supranacional, es decir, la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra desde Nuremberg, por un lado, y las convenciones de Derecho penal supranacional y otras fuentes escritas, por el otro. Por razones de extensión sólo las primeras pueden ser tratadas aquí.

7 Ver App. Ch., *Prosecutor v. Tadic,* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995 (IT-94-1-AR72), pág. 128-37, 134.

8 Conf. *Bassiouni,* Crimes against humanity in international criminal law, Dordrecht 1992, pág. 339 ss., 2nda ed. 1999, pág. 369 ss. Ver también *Tornaritis,* The Individual as a Subject of International Law and International Criminal Responsibility, en Bassiouni (ed.), A treatise on international criminal law: crimes and punishment, 1973, pág. 103 ss. Una selección más bien mixta de materiales es presentada en *Paust et. al.,* International criminal law: cases and materials 21-72 (1996).

El análisis de la jurisprudencia abarcará, en primer lugar, los juicios de Nuremberg y de Tokio, y los juicios documentados por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (*United Nations War Crimes Commission*, UNWCC). En segundo lugar, son examinadas ciertas decisiones de tribunales nacionales sobre crímenes cometidos durante el nazismo (*Eichmann*, *Barbie*, *Touvier* y *Finta*)[9] y otras criminalidades toleradas o auspiciadas por el estado *My Lai* (USA); *Comandantes* (Argentina); *Letelier/Moffitt* (Chile); muertes en la frontera (GDR). Finalmente, será analizada la jurisprudencia del ICTY, que está fuertemente fundada en los precedentes antes mencionados.

En las tres partes de este comentario, serán examinados los elementos objetivos de responsabilidad individual seguidos de los elementos subjetivos, partiendo de la premisa de que se debe distinguir entre imputación objetiva y subjetiva, es decir, imputación de una lesión o de un acto determinado desde un criterio objetivo (*actus reus*) y desde un criterio subjetivo (*mens rea*)[10].

II. Los juicios de Nuremberg, Tokio y UNWCC

Mientras que los juicios ante el IMT y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este (*International Military Tribunal for the Far East*, IMTFE)[11] eran verdaderamente internacionales, los 12 juicios subsiguientes de Nuremberg[12] y la gran mayoría de los documentados

9 Los casos *Menten* (International Law Reports [ILR] tomo 75, pág. 331 ss. [Países Bajos]), *Polyukhovich* (ILR 91, 1 ss. [Australia]), *Kappler* y *Priebke* (Trib. Militare di Roma, Sentenza del 1 agosto 1996 y del 22 de julio 1997; Corte Militare app., sentenza del 7 marzo 1998; Corte Suprema di Cass., sentencia del 16 noviembre 1998 [Italia]) no contienen consideraciones sustanciales sobre la responsabilidad individual.

10 Sobre imputación objetiva y subjetiva ver *Roxin*; Strafrecht Allgemeiner Teil, tomo I, 3era ed. 1997, § 10 nota marginal ("nm") 55, § 11 nm 39 ss., § 12 nm 140 ss; ver también *Fletcher*, Rethinking criminal law, Boston 1978, § 6.7 p. 492.

11 *Röling/Rüter* (eds.), The Tokyo judgment: the international military tribunal for the Far East (IMTFE), Amsterdam 1977, tres tomos ("The Tokyo judgment"); el tomo I contiene la opinion de la mayoría; el tomo II las opiniones en disidencia. Ver también *Pritchard/Zaide* (eds.), The Tokyo war crimes trial, 22 tomos, New York/London 1981.

12 Trials of War Criminals (TWC) before de Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10, vols. I-XV (US-GPO, Washington D.C. 1950-1953) ("TWC").

por la UNWCC[13] tuvieron lugar ante tribunales nacionales o ante aquellos de las fuerzas ocupantes. Pese a la diferencia organizativa[14] la ley aplicable fue, *a grosso modo*, la misma, es decir, los Estatutos de Nuremberg y de Tokio y el Acta n° 10 del Consejo de Control (*Control Council Law* N° 10-CCL 10). Aun cuando se trataron casos que involucraban crímenes cometidos en distintas culturas legales (hablando en líneas generales sistemas del common law y continentales o "civiles"), los juicios, tal como documentados por la UNWCC, no se apartaron, salvo algunas diferencias de detalle, de las bases comunes de la legislación de Nuremberg y de Tokio. Esto justifica y facilita un análisis en común de esta jurisprudencia, aunque ciertamente tiene que reconocerse que tanto las decisiones del IMT como las del IMTFE son las fuentes históricas de mayor autoridad de derecho penal supranacional.

En general, los Tribunales han reconocido que el principio de culpabilidad (individual) exige el conocimiento por parte del acusado de las circunstancias del delito. El IMT se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones Nazis, consagrando que "uno de los más importantes [principios legles] (...) es que la culpabilidad penal es personal, y que los castigos en masa deben ser evitados" y que "el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad [de un grupo u organización] en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas"[15].

En los juicios subsiguientes frecuentemente se repitió que la responsabilidad individual presupone culpabilidad individual[16]; sin embargo, el principio de culpabilidad ha estado sujeto a algunas limitaciones considerables, como se demostrará en el análisis que sigue.

13 UNWCC, Law Reports of Trials of War Criminals, vols. I-XV (London 1947-1949) ("UNWCC Law Reports").

14 La doctrina alemana de postguerra, sin embargo, no consideró la naturaleza legal de los tribunales como una mera cuestión formal; *ver* el trabajo fundamental de *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952, pág. 283-94.

15 El Juicio, supra nota 1, en pág. 469.

16 *U.S. v. Krauch et al.* (caso 6), TWC VIII, supra nota 12, pág. 1081-210, 1155-56, 1157, 1158-59, 1160; *U.S. v. Krupp et al.* (caso 10), TWC IX, pág. 1327-484, 1331, 1448; *U.S. v. von Leeb et al.* (caso 12), TWC XI, pág. 462-697, 484. Ver también *U.S. v. Flick et al.* (caso 5), TWC VI, pág. 1187-223, 1208 ("standards racionales y prácticos" para la determinación de culpabilidad).

1. Elementos objetivos de responsabilidad individual (*actus reus*)

A) ¿Conexión causal?

En cuanto a la imputación de resultados (más o menos ciertos) de una conducta, la jurisprudencia de Nuremberg ha seguido una línea bastante directa de causa-efecto (en el sentido de la teoría de la equivalencia o de la fórmula *conditio sine qua non*). No se han desarrollado limitaciones a este concepto ilimitado de imputación, por ejemplo en el sentido de teorías normativas de imputación (objetiva)[17]. De allí que no sea sorprendente que la jurisprudencia no ofrezca un fundamento teórico; todo lo que se puede encontrar es una referencia lacónica del Juez Powers a una "conexión causal"[18]. En suma, el enfoque de Nuremberg puede ser llamado pragmático más que dogmático, y orientado a la evidencia más que a una cuestión de principios.

Los juicios del IMTFE y de la UNWCC no dijeron mucho más acerca de esta cuestión. Sólo refirieron al criterio de causalidad en el contexto de la participación[19].

B) Participación/Complicidad

La jurisprudencia de Nuremberg no distinguió entre autor principal y accesorio[20], sino que, más bien, consideró cualquier forma de participación actual en el crimen como suficiente para considerar al partícipe responsable. Así, cualquier cooperación en los planes de guerra de Hitler y cualquier conocimiento de estos planes dio origen a la participación criminal en el crimen contra la paz:

17 Estas teorías tratan de limitar la imputación mediante criterios normativos (cf. *Roxin*, supra nota 10, § 11 nm 39-136; ver también *Fletcher*, supra nota 10, § 6.7.2., pág. 495 s.).
18 *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, TWC XIV, supra nota 12, pág. 308-942, 888 (opinión disidente).
19 Ver infra sección II.1.b).
20 Ver para una correcta distinción, desde un punto de vista de derecho comparado: *Fletcher*, supra nota 10, § 8.5., pág. 637. Ver también Model Penal Code, § 2.06, pág. 299 (American Law Institute 1985) distinguiendo "diferentes modos de complicidad para un crimen".

> Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la *co-operación* de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocio. Cuando ellos, con *conocimiento* de sus propósitos, le dieron su *co-operación*, se hicieron *parte* del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos *sabían* lo que estaban haciendo[21].

Estos requerimientos, en alguna medida específicos, concernientes al crimen contra la paz, sino luego desarrollados en los juicios subsiguientes y extendidos a otros crímenes incluidos en el Estatuto del IMT. Posiblemente la afirmación más concreta pueda encontrarse en *U.S. v. von Leeb et al.*, donde se sostuvo que "para ser considerado penalmente responsable, debe haber alguna violación a alguna obligación moral consagrada por el derecho internacional, un hecho personal voluntario llevado a cabo con conocimiento de su íntrinseca criminalidad según el derecho internacional"[22].

En suma, cualquier forma de participación, desde el mero consentimiento a la conducta activa, fue considerado suficiente no sólo para el crimen contra la paz, sino también en lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. En el juicio de los Juristas (*Justice Trial*) estos criterios fueron aplicados de modo tal que los acusados, que no habían cometido directamente crímenes, fueron considerados responsables como cómplices por estar, burocrática o funcionalmente, involucrados en crímenes del sistema Nazi. Por primera vez, se desarrolló un tipo de responsabilidad basada en ciertas funciones organizativas dentro de un aparato burocrático:

> La imputación (...) es la de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia organizado por el gobierno a nivel nacional [sic], en violación a las leyes de la guerra y de la humanidad, perpetrado en nombre de la ley por la autoridad del Ministro de Justicia, y a través de la instrumentalidad de las cortes. La daga del asesino fue concebida bajo el ropaje del juez[23].

21 El Juicio, supra nota 1, aquí pág. 448 (énfasis del autor).
22 *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 16, pág. 510.
23 *U.S. v. Altstötter et al.*, supra nota 22, pág. 1063 (énfasis del autor).

Confirmando la línea adoptada por el IMT, autoría (directa) y complicidad (indirecta) fueron tratados de igual forma, de modo tal que "la persona que persuade a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos *principales* o *accesorios* al delito"[24].

En forma similar, en *U.S. v. Pohl et al.*, la responsabilidad en la participación se basó en la división de funciones para la realización de distintas tareas que, tomadas en conjunto, facilitan o promueven la comisión de un delito:

> Una operación elaborada y compleja, tal como la deportación y exterminación de los judíos y el apoderamiento de todas sus propiedades, es obviamente una tarea para más de un hombre. Como puede esperarse, encontramos a los distintos participantes en el programa pasándose uno al otro la pelota (*tossing the shuttlecock*). El que lo originó dice: "Es cierto que pensé en el programa, pero no lo llevé a cabo". El que le sigue en la línea dice: "Yo diseñé el plan por escrito y designé el *modus operandi* pero no fue mi plan y yo de hecho no lo llevé a cabo". El tercero en la línea dice: "Es cierto que disparé contra personas, pero yo estaba simplemente ejecutando órdenes superiores". El que le sigue en línea dice: "Es cierto que yo recibí el botín de este programa y que lo inventarié y dispuse de él, pero no lo robé ni maté a sus propietarios. Yo sólo estaba ejecutando órdenes de un nivel superior". Para invocar un paralelismo, asumamos que cuatro personas son acusadas de robar un banco (...) [Los] actos de cualquiera de los cuatro, dentro del marco del plan general, se convierten en los actos de todos los demás[25].

El argumento de los Tribunales de Nuremberg, en lo que respecta a la imputación recíproca, es reminiscencia de la doctrina inglesa del "designio común" (*common design*), habitualmente conocido como "emprendimiento conjunto" (*joint enterprise*)[26]. En efecto, esta doctrina fue aplicada en los juicios británicos de crímenes de guerra, como

24 *U.S. v. Altstötter et al.* (Justice Trial) (caso 3), TWC III, supra nota 12, pág. 954-1201, 985. Ver también UNWCC Law Reports XV, supra nota 13, pág. 53 ss.
25 *U.S. v. Pohl et al.* (caso 4), TWC V, supra nota 12, pág. 958-1163, 1173, sentencia suplementaria (énfasis del autor).
26 Cf. *Smith & Hogan*, Criminal law, 9th ed. 1999, pág. 141 ss.

documenta la UNWCC. Mientras que como regla general se consideró suficiente que el acusado estuviera involucrado en la comisión (*concerned in the committing*) del crimen, en el caso de varios partícipes el fundamento para una imputación recíproca de contribuciones individuales al delito (principal) se basó en que los partícipes habían tenido un propósito y un plan común dentro del significado de la doctrina del designio común. Una imputación recíproca fue también reconocida en casos en que existió una división funcional de las tareas entre los cómplices. Esto implica responsabilidad por actos preparatorios que dan inicio a la comisión al igual que por actos postriores a la consumación del delito. En el juicio de *Karl Adam Golkel et al.*, por ejemplo, el Auditor de Guerra argumentó la responsabilidad por actos preparatorios:

> [Un] hombre estará involucrado en los fusilamientos si estando a 50 millas los ha *ordenado* y ha tomado los *pasos ejecutivos* para poner los fusilamientos en movimiento. Se deben considerar no sólo actos físicos llevados a cabo en la escena de los fusilamientos, sino también si un acusado en particular (...) *tuvo cualquier intervención* en su organización[27].

Sin embargo, la participación debe tener un efecto real en la comisión, tal como que: "la persona en cuestión debe haber sido *parte de la maquinaria* haciendo algún deber, llevando a cabo alguna actuación que se dirigió directamente a lograr la muerte (...) tuvo real relevancia en la muerte"[28].

A diferencia de la jurisprudencia anglo-americana, la jurisprudencia francesa distinguió entre la autoría directa y la participación (indirecta) ya que la legislación francesa consagra esta distinción[29]. Sin embargo, en otros países todas las formas de participación fueron tratadas de igual forma. Por último, incluso actos más bien distantes del resultado final

27 UNWCC Law Reports V, supra nota 13, pág. 53 (énfasis del autor). Ver también UNWCC Law Reports V, Trial of Werner Rohde & Eight Others (caso 31), pág. 54-59, 56.
28 UNWCC Law Reports XI, supra nota 13, Trial of Max Wielen et al. (caso 62), pág. 31-52, aquí 46 (énfasis del autor).
29 El art. 4° de la Ordenanza dice: "Cuando un subordinado es perseguido como el autor actual de un crimen de guerra, y sus superiores no pueden ser acusados de ser igualmente responsables, deben ser considerados como *cómplices* en la medida en que han organizado o tolerado los actos criminales de sus subordinados" (citado en UNWCC Law Reports III, supra nota 13, en 94; énfasis del autor).

(tales como la denuncia que conducía a la muerte en un campo de concentración) fueron atribuidos a sus "autores primarios", es decir, a las personas cuya conducta fue la causa original de los ulteriores resultados criminales[30]. El resto de la jurisprudencia continental más bien siguió el concepto anglo-americano tratando por igual a autores y cómplices, en el nivel de imputación de responsabilidad criminal.

c) Expansión de la imputación

c.1) Responsabilidad por mando

En los juicios contra miembros directivos de la *Wehrmacht* y de la SS, los Tribunales Militares norteamericanos consagraron la doctrina de responsabilidad por mando según se desarrolló en el caso *Yamashita*[31]. En *U.S. v. Pohl et al.* el Tribunal se refirió explícitamente a *Yamashita* y afirmó:

> Las leyes de la guerra imponen a un oficial militar, en una posición de mando, un deber *positivo* de adoptar aquellas medidas que están dentro de sus potestades y apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos *bajo su mando* para prevenir actos que sean violaciones de las leyes de la guerra[32].

De este modo, se reafirmó la responsabilidad por *omisión* en el caso de acusados con cierto estatus militar o civil[33]. Se argumentó que la posición de mando implica ciertos deberes de control y de supervisión en lo concerniente a la respectiva esfera de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta esfera de competencia, el oficial responsable debe intervenir. Si fracasa en hacerlo, a pesar de su "conocimiento actual" acerca de estos delitos (que puede ser inferido de la posición del

30 Ver, por ejemplo, UNWCC Law Reports VII, supra nota 13, Trial de Gustav Becker, *Wilhelm Weber & 18 Others* (caso 40), pág 67-73, aquí 70.

31 Ver el caso Yamashita, 327 U.S. 1-81, 13-14 (1945), en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos discutió que el acusado hubiera "*ilegalmente* dejado de lado y *fracasado* de desvincularse de su deber como Comandante *para controlar* las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades" (énfasis del autor); crit. *Bassiouni*, supra nota 8 (1999), pág. 427 ss.; ver también UNWCC Law Reports IV, supra nota 13, pág. 1, 35.

32 *U.S. v. Pohl et al.*, supra nota 24, pág. 1011 (énfasis del autor).

33 Ver *U.S. v. Brandt et al.* (the Medical caso) (caso 1), TWC II, supra nota 12, pág. 171-300, 212, 213.

acusado)[34], es responsable por omisión criminal. Sin embargo, el deber de control o supervisión disminuye con un decreciente poder de mando. De este modo, estas reglas se aplican a un comandante general y aun a un oficial de mando; no se aplican, sin embargo, cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido[35]. Ni tampoco se aplican a los oficiales superiores (*staff officers*) ya que tales oficiales normalmente no tienen poder de mando. Pero los oficiales superiores también pueden incurrir en responsabilidad penal, de modo que

> [s]i la idea básica es criminal según el derecho internacional, el oficial superior que puso esa idea bajo la forma de una orden militar (...) o actúa en forma personal para ver que sea adecuadamente distribuida (...) comete un acto criminal según el derecho internacional[36].

En general, el IMT y los Tribunales Militares exigieron, en lo que concierne a la guerra de agresión, que el acusado fuera un "jefe" o "planificador" (IMT) o que perteneciera al "nivel político".

El IMTFE confirmó y extendió esta jurisprudencia al personal civil[37]. Primero, impuso deberes de supervisión y de control sobre el personal de mando civil y militar en lo que respecta al trato apropiado de prisioneros de guerra. Consecuentemente, los abusos a los prisioneros fueron atribuidos a los acusados si fracasaban en su prevención. La responsabilidad por mando fue ulteriormente extendida al gobierno (civil), argumentando un tipo de responsabilidad colectiva:

> Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del mal trato a prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro mal trato, pero si elije permanecer en el gabinete y así continuar partipando de su *responsabilidad colectiva* (...) voluntariamente asume responsabilidad por cualquier mal trato en el futuro[38].

34 Ver, por ejemplo, *U.S. v. von List et al.* (Hostages trial) (caso 7), TWC XI, supra nota 12, en 1230-319, 1281 ("obligado a conocer"). Sin embargo, semejante presunción de conocimiento puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

35 *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 15, 510 ("por la transmisión de cualquier modo de cualquier orden criminal"). Ver también *U.S. v. von List et al.*, supra nota 33, en 1281 y ss., 1286.

36 *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 15, en 513.

37 The Tokyo Judgement, supra nota 11, en 29-30.

38 The Tokyo Judgement, supra nota 11, en 30 (énfasis agregado).

La pertenencia al gabinete fue considerada para justificar la conexión causal, al menos en el caso de ignorancia voluntaria o negligente[39], entre la omisión de actuar y los abusos cometidos. También los deberes de supervisión e investigación fueron aumentados.

Esta jurisprudencia fue confirmada por los juicios de crímenes de guerra británicos, canadienses, australianos y chinos, documentados por la UNWCC[40]. En concreto, los Tribunales competentes, *a grosso modo*, consideraron crucial la posición o el estatus del acusado al momento de determinar la responsabilidad penal basada en la responsabilidad por mando.

c.2) Conspiración

En lo que respecta a la conspiración, el IMT interpretó el artículo 6 de su Estatuto (última oración) en sentido restrictivo[41]; esto generó una feroz crítica por parte de los abogados de la defensa alemana[42]. Así, una conspiración para involucrarse en una guerra de agresión es sólo punible si está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto actual y esté motivado por intención criminal. El artículo II (1)(a) del Acta n° 10 del Consejo de Control y el IMTFE[43] confirmaron que la conspiración es punible sólo en el caso de crímenes contra la paz, no en el caso de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El IMTFE luego exigió la posibilidad real de participar en la planificación, también en un estadio ulterior; esta posibilidad puede ser presumida si el acusado pertenece al nivel político. Sin embargo, semejante presunción contra el acusado puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

39 Ver *infra* 2.

40 Ver, por ejemplo, la referencia explícita al caso Yamashita en UNWCC Law Reports XV, supra nota 13, pág. 66.

41 El Juicio, supra nota 1, pág. 447-49. La última oración del art. 6° del Estatuto del IMT reza: "Líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspiren para cometer cualquier de los crímenes siguientes son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualesquieras personas que ejecuten semejante plan".

42 Ver por la crítica continental contra la conspiración: *Jescheck*, supra nota 14, pág. 272-76, 409 s.

43 The Tokyo Judgement, supra nota 11, pág. 31 s.

La jurisprudencia británica, documentada por la UNWCC, intentó distinguir entre conspiración, designio común y pertenencia a una organización criminal. Concordantemente, la diferencia entre un cargo de conspiración y uno de designio común es que el primero requiere la celebración de un acuerdo para cometer delitos mientras que el último exige no sólo el acuerdo pero también la comisión de actos conforme a él. La pertenencia a una organización criminal está más cercanamente relacionada a la doctrina del designio común, ya que la pertenencia sola no es punible; en cambio, se requiere el conocimiento de y una pertenencia voluntaria con participación activa en actos criminales de la organización[44].

c.3) Pertenencia a una organización criminal

La pertenecia a una organización criminal (art. 9° del Estatuto del IMT) puede conllevar responsabilidad sólo si el acusado intervino activamente en los actos de organización y sabía de su carácter criminal. Así, la mera pertenencia no es suficiente:

> Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. Tiene que haber un grupo unido y organizado para un propósito común (...) Toda vez que la declaración acerca de la voluntad de las organizaciones y de los grupos, como ya se destacó, fija la criminalidad de sus miembros, esa definición debería excluir a las personas que no tenían *conocimiento* de los propósitos criminales o actos de la organización y aquellos que fueron proyectados por el Estado para asociarse, salvo que estuvieran *personalmente implicados* en la comisión de actos declarados criminales por el artículo 6° del Estatuto como miembros de la organización. La *mera* pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por el marco de estas declaraciones[45].

Los juicios subsiguientes adoptaron la posición del IMT. En *U.S. v. Ohlendorf et al.* se consagró que:

> Para evitar la repetición innecesaria de sentencias individuales, el Tribunal declara aquí que cuando encuentre a un acusado culpable del cargo tres

44 UNWCC Law Reports XV, supra nota 13, pág. 97-99.

45 El Juicio, supra nota 1, pág. 469 (énfasis agregado). Así, en el caso de la *Gestapo*, la declaración de criminalidad no incluyó "personas empleadas (...) para trabajos puramente clericales, estenográficos, de mantenimieto o similares trabajos de rutina no oficiales" (ibid., pág. 477).

[pertenencia a organizaciones criminales] será porque ha encontrado en los registros más allá de una duda razonable que devino o se mantuvo como miembro de la organización criminal involucrada a partir del 1° de septiembre de 1939 en las condiciones declaradas criminales en la sentencia del Tribunal Militar Internacional[46].

2. Elementos subjetivos de responsabilidad individual (*mens rea*)

En general, se exigió conocimiento de los crímenes o de los planes criminales[47]. Sin embargo, en el caso de los Juristas un tipo de imprudencia o ignorancia reprochable fue considerada suficiente[48]. En el supuesto de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, el conocimiento fue, en alguna medida, presumido por la evidente criminalidad de los actos:

Mientras que sostenemos que el conocimiento de que las guerras de Hitler (...) eran agresivas es un elemento esencial de la culpabilidad (...) una situación muy distinta surge con respecto a (...) crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Quien a sabiendas se unió o implementó, ayudó o instigó (...) no puede decir que no sabía que los actos en cuestión eran delictuales. Medidas que resultan en la muerte, el maltrato, la esclavización (...) son actos que violentan (*shock*) la consciencia de cualquier hombre decente. Son delictuales *per se*[49].

En forma similar, la decisión en *IG Farben* se refirió a la habilidad personal y la posición de los acusados:

46 *U.S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, supra nota 12, pág. 411-589, pág. 496. Ver también *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, supra nota 18, pág. 855 ("la mera pertenencia no constituye prueba de culpabilidad").

47 *U.S. v. Brandt et al.*, supra nota 33, pág. 194, 201, 209, 222; *U.S. v. Milch* (caso 2), TWC II, supra nota 12, pág. 773-878, 814; *U.S: v. Altstötter et al.*, supra nota 23, pág. 1093; *U.S. v. Pohl et al.*, supra nota 25, pág. 984, 994, 998, también opinión disidente pág. 1159; *U.S. v. Krauch et al.*, supra nota 16, pág. 1102 (referencias al IMT), pág. 1108; *U.S. v. List et al.*, supra nota 34, pág. 1286; *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 16, pág. 545.

48 *U.S. v. Altstötter et al.*, supra nota 23, pág. 977 ("debería haber sabido").

49 *U.S. v. von Weizsäcker et al.*, supra nota 18, pág. 339 (énfasis en el original). En forma similar, *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 15, pág. 617.

Es discutible si el hecho de que los *acusados debían haber conocido* (...) Conocido en retrospectiva (...) la producción de armamentos puede considerarse *imputarle conocimiento* (...) Si estuviéramos juzgando a expertos militares (...) semejante conclusión podría estar justificada. Ninguno de los acusados, sin embargo, era experto militar. No eran siquiera hombres de la milicia. El campo de su vida laboral ha sido íntegramente dentro de la industria (...) La *evidencia* no demuestra que alguno de ellos supiera el alcance con el cual el rearmamento general había sido planeado[50].

Un empleo así de generoso de las presunciones en el plano subjetivo no sólo afecta el principio de culpabilidad, como lo hace cualquier presunción en contra del acusado, sino que también implica limitaciones sustanciales en lo que respecta a la posibilidad de un error de derecho o de prohibición (*mistake of law*) como una defensa válida. Si los acusados tienen que saber lo permitido y lo prohibido, tienen que reconocer la antijuridicidad de sus actos y no pueden tener una clara conciencia. Si a pesar de ello erraron sobre la antijuridicidad de sus actos, este error tiene que ser considerado evitable y, por ende, irrelevante. Por estas razones, el punto de vista correcto es de rechazar todas las presunciones de conocimiento como el ICTY lo ha hecho recientemente[51].

Finalmente, una distinción entre dolo común y dolo específico, basado en el derecho penal norteamericano, fue desarrollado en el caso *Krupp*, sin claramente delimitarse entre sí estas formas de *mens rea*[52].

El IMTFE, como ya se mencionó, diluyó el elemento subjetivo. Concordantemente, los acusados que desplegaron una ignorancia negligente actuaron con *mens rea* porque "[el]los están en falta por haber fallado en la adquisición de ese conocimiento"[53].

La jurisprudencia británica, canadiense, australiana y china documentada por la UNWCC, confirmó el estándar estricto del IMTFE, requiriendo sólo un conocimiento posible de los delitos punibles, sancionando también así la ignorancia negligente.

50 *U.S. v. Krauch et al.* (IG Farben), supra nota 16, pág. 1113 (énfasis del autor).

51 Ver sección IV.2. infra.

52 Sólo se especificó que "un dolo penal general es suficiente en todos los casos en los cuales un dolo o un elemento mental específico o de algún otro modo particular no es requerido por la ley que define el crimen" (cf. *U.S. v. Krupp et al.*, supra nota 15, pág. 1378, con referencia a *Miller*, Handbook on Criminal Law, St. Pauls 1934, 57 s.).

53 The Tokyo Judgement, supra nota 11, pág. 30.

III. Decisiones de crímenes nazis y otras actividades criminales auspiciadas por el Estado

Las distintas decisiones sobre crímenes Nazis aquí examinadas[54] se trataron principalmente con el delito de crímenes contra la humanidad según el artículo 6° del Estatuto del IMT. Por ende, el análisis de la imputación en esta parte del comentario se concentrará en este crimen. Concordantemente, los elementos constitutivos de este crimen serán considerados en primer lugar. Luego, los demás elementos (objetivos y subjetivos) de responsabilidad individual serán analizados, teniendo en cuenta algunas decisiones sobre otras actividades criminales auspiciadas por el Estado[55].

54 *Oberster Gerichtshof für die Britische Zone*, Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Strafsachen (OGHSt), tomos 1-3, Berlin/Hamburg 1948-1950. - *Eichmann* (Israel), Jerusalem District Court, 12.12.1961, ILR 36, pág. 5-14, 18-276; Supreme Court, 29.5.1962, ILR 36, 14-17, 277-344. - *Barbie* (Francia), Cour d'assises du département du Rhône, 4.7.1987, en: Le Monde, 5/6.7.1987, pág. 1; Cass.crim, 3.6.1988, Juris-Classeur Périodique/La Semaine Juridique ("J.C.P.") 1988 II n° 21149, ILR 100, 330-37; ver también Cass.Crim., 6.10.1983, Gazette du Palais 1983, 710 = ILR 78, 126, 128-31; Cass. Crim. 26.1.1984, J.C.P. 1984 II n° 20.197, ILR 78, 126 s., 132-36; Cass. Crim. 20.12.1985, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle ("Bull. Crim"), 1985, 1038-55 = J.C.P. 1986 II n° 20655 = ILR 78, 127 s., 136-47. - *Touvier* (Francia), Cour d'assises de Yvelines, 20.3.1994, en: Bédarida (ed.), Touvier. Le dossier de l'accusation, Paris 1996, pág. 353 s. ("Bédarida"); Cass. Crim. 1.6.1995, Bull. Crim. 1995, 547-58; ver también Cour d'Appel de Paris, 13.3.1992, extractos en: ILR 100, 339 s., 341-58, también en Bédarida, op. cit., pág. 314-21; Cass.crim. 27.11.1992, Bull. Crim. 1992, 1082-1116, ILR 100, 341, 358-64; Cour d'appel de Versailles, 2.6.1993, en: Bédarida, op. cit., pág. 322-50; Cass. Crim., 21.10.1993, Bull. Crim. 1993, 770-74. - *Finta* (Canadá), Ontario Court of Appeal, 29.4.1992, ILR 98, 520-663; Supreme Court of Canada, 24.3.1994, Canadian Criminal Cases (3d) 88 (1994), pág. 417-544 = Supreme Court Review 1994, 701-877 = ILR 104, 284-404.

55 *My Lai* (Calley): Court Martial, 31.3.1971; Convening Authority, 20.8.1971; *ver* por ambos: *Hammer*, The Court-Martial of LT. Calley, New York 1971; U.S. v. Calley, Court of Military Review, 16.2.1973, Court Martial Reports (CMR) 46 (1972/3), 1131-200, 1163 ss.; Appellee v. Calley, Apellant, Court of Military Appeals, 21.12.1973, CMR 48 (1973/74), 19-33; Calley v. Gallaway, US District Court, M.D. Georgia, Columbus Division, 25.9.1974, F. Supp. 382 (1974), 650-713; US Court of Appeals for Fifth Circuit, 10 Sept. 1975, en *Goldstein et al.*, The My Lai massacre and ist cover-up, beyond the reach of law?, New York 1976, pág. 556-73. - *Commandantes* (Argentina): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9.12.1985, 309-I/II Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Fallos") 33-1657 ss.; CSJN, 30.12.1986, Fallos 309-II, pág. 1689-923. - *Letelier/Mofitt* (Chile) ("el juicio chileno"): Juez de Instrucción Bañados, 12.11.1993, Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria; CSJ, 30.5. y 6.6.1995 (archivo del autor). - *GDR* (National Defence Council, "Generals") ("los juicios alemanes"): BGHSt 40, 218; BGH NJW 1994, 2703; LG Berlin, 10 Sept. 1996, AZ (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95); BGH, 30 Apr. 1997, 5 StR 42/97; ver también *Arnold*, Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung, en: Eser/Huber (eds.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 5/1, Freiburg i. Br. 1997, pág. 157-256 (172-205).

1. Elementos objetivos y subjetivos del crimen contra la humanidad

El Tribunal Supremo para la Zona Británica (*Oberste Gerichtshof für die Britische Zone*, OGHBrZ), establecido por la fuerza de ocupación británica en 1948 como sucesor del Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) y predecesor del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*[56]), desarrolló una jurisprudencia rica en los elementos constitutivos de crímenes contra la humanidad[57]. Ella permite algunas conclusiones generales en lo que respecta a la responsabilidad individual.

Según esta jurisprudencia, un crimen contra la humanidad requiere un acto que esté dirigido contra la humanidad y la condición humana como tal y relacionada con el sistema de terror y violencia Nazi. Incluso actos aislados contra individuos pueden ajustarse a este criterio si son cometidos dentro del contexto de un estado de terror y persecución. Un nexo causal o una conexión entre un acto determinado y un resultado existe si un acusado toma parte en el acto de persecución que en sí mismo es parte de una persecución a gran escala.

En *Barbie* y *Touvier*, la Corte de Casación (*Cour de Cassation*) aplicó el artículo 6 (b) y (c) del Estatuto del IMT y lo interpretó extensivamente. Crímenes contra la humanidad son considerados como delitos cometidos en nombre de una política oficial de hegemonía ideológica (*hégémonie idéologique*) y dirigida no sólo contra la raza y la religión, sino también contra opiniones políticas opuestas:

> *qu'il y ait crime contre l'humanité, que les actes énumérés à l'article 6 c du Statut du Tribunal militaire international aient été comis 'de façon* systématique, *'au nom d'un État pratiquant une politique* d'hégémonie idéologique *(...) En demandant si l'accusé a, en commettant son crime 'pris part à l'exécution d'un plan concerté (...)', les questions critiquées caractérisent cet* élément constitutif *du crime contre l'humanité*[58].

56 Para más detalles ver *Storz*, Die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen 2 y ss. (Tübingen 1969); mas reciente *Rüping*, Das ‚kleine Reichsgericht'. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2000, pág. 355-359.

57 Ver, por ejemplo, OGHSt I, supra nota 54, 1, 3; 11, 12 s.; 122, 123; 152, 156 s.; 238, 241.

58 Barbie (France), Cass. Crim 3.6.1988, supra nota 54, pár. 39 (énfasis del autor). Ver también Touvier (France), Cass. Crim. 27.11.1992, supra nota 54, pág. 1116.

La participación en tales persecuciones colectivas no es un delito separado, pero es en sí un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad.

En *Finta* los tribunales canadienses sostuvieron que el crimen contra la humanidad persigue la discriminación o la persecución de un grupo definido de personas.

Estas consideraciones demuestran que el crimen contra la humanidad sobrepasa el injusto penal de los delitos nacionales comparables desde que representa un ataque contra la humanidad como tal y es utilizado para obtener un propósto político-ideológico específico. Tales actos tienen lugar en el contexto de un sistema dictatorial de violencia y terror (OGHBrZ), en el nombre de una política de hegemonía ideológica (*Barbie*, *Touvier*) o están dirigidos hacia la persecución política de ciertos grupos religiosos, raciales o culturales (*Finta*). Así, estos actos, clasificados como crímenes contra la humanidad, representan la continuación por medios criminales de una política estatal dictatorial y terrorista. Sin embargo, es importante reconocer que según el derecho internacional vigente no es necesario que la política sea la de un Estado, porque una organización o un grupo pueden ser suficientes; adicionalmente, la política no necesita ser de "hegemonía ideológica"[59].

En el plano subjetivo, un *dolus* ordinario es suficiente (OGHBrZ) si el autor voluntariamente promueve los objetivos descritos y somete a su víctima a violencia arbitraria. El dolo específico consiste en el hecho de que el autor no sólo quiere violar los intereses legales clásicos sino que también persigue intencionalmente el objetivo criminal del Estado, organización o grupo (*Barbie*, *Touvier*). Se discute si acaso es o no necesario que el autor también tenga una intención discriminatoria[60].

59 Para una mayor discusión, ver *Swaak-Goldman*, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), supra nota *, pág. 141 y ss.; ver también *van Schaack*, The definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence, Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999), 787-850; *McAuliffe de Guzman*, The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity, Human Rights Quarterly 22 (2000), 335-403.

60 Ver ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic*, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), pár. 281 ss. (283, 287, 292). En contra la inclusión de este requisito también *Swaak-Goldman*, supra nota 55.

2. Otros elementos objetivos de responsabilidad (*actus reus*)

A) Participación/Complicidad

La clara referencia del CCL 10 para un concepto uniforme de autoría *(Einheitstätermodell)* que no distingue entre autoría y complicidad dejó a los Tribunales continentales con poco espacio para aplicar esa distinción. Consecuentemente, el OGHBrZ tuvo que reconocer que el CCL 10 le asigna igual valor a cada contribución para un acto criminal y que esas contribuciones son castigadas independientemente una de la otra. Diferencias en el peso cualitativo y cuantitativo de semejenate contribución son consideradas sólo al nivel de la determinación de la pena.

En forma similar, en el caso *Eichmann*, cualquier forma de participación en la "solución final" fue considerada suficiente para justificar la responsabilidad penal. Eichmann fue condenado como "autor principal" sobre la base de varios actos de apoyo o cooperación. Curiosamente, las cortes israelíes no discreparon con la doctrina clásica de la participación, pero sostuvieron que los macrocrímenes en cuestión tenían que ser tratados en forma distinta. Así, argumentaron por un tipo de responsabilidad organizativa o dominio del hecho por el hombre del escritorio, un desarrollo ulterior del concepto utilizado en el juicio de los Juristas:

> Pero más importante, con un crimen tan vasto y complicado como el que estamos ahora considerando [la solución final], en el cual muchas personas participaron, en diferentes niveles de control y por distintos modos de actividad –los planificadores, los organizadores y los ejecutantes, de acuerdo a su rango– tiene poco sentido utilizar los conceptos ordinarios de aconsejar (*counselling*) y procurar la comisión de un delito. Ya que estos crímenes fueron crímenes en masa, no sólo en lo que respecta a la cantidad de víctimas sino también en lo que respecta a la cantidad de aquéllos que participaron... y la medida en que cualquiera de los muchos criminales estaba cerca de o remotamente de la persona que de hecho mató a las víctimas nada dice acerca de la medida de su responsabilidad. Por el contrario, el grado de *responsabilidad* generalmente *aumenta* a medida que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumentos fatal con sus propias manos y alcanza los *niveles*

de comando más altos, los consejeros (*counsellors*), en el lenguaje de nuestra ley. En lo que respecta a las víctimas que no murieron pero fueron sometidas a condiciones de vida calculadas para acarrear su muerte, es específicamente difícil definir en términos técnicos *quién instigó a quien*: aquél que capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o aquel que las hizo trabajar allí[61].

En el juicio *argentino* contra los ex-Comandantes de la junta militar, por primera vez un Tribunal (nacional) tuvo que tratar con la responsabilidad del liderazgo político de un país por crímenes cometidos contra la oposición política sobre la base de un plan nacional de destrucción[62]. La Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema desarrollaron una forma de autoría mediata[63] sobre la base de la teoría de *Roxin* de autoría mediata a través del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*)[64]. Así, la estructura organizativa de un aparato militar puede conferir sobre sus líderes o Comandantes el poder de dominar los actos de sus subordinados quienes, como autores directos, llevan a cabo los crímenes concebidos y ordenados por los Comandantes. A pesar de que los subordinados son criminalmente responsables, los Comandantes están

61 *Eichmann* (Israel), District Court, 12.12.1961, supra nota 54, pág. 236-37, pár. 197 (énfasis del autor).

62 En lo que respecta a este plan, ver *Ambos*, De la estructura 'jurídica' de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal: un comentario desde el punto de vista jurídico, Jueces para la Democracia: Información y Debate (España) 30 (Nov. 1997), pág. 90.

63 De acuerdo con este concepto, llamado en alemán "mittelbare Täterschaft" (CP Alemán, § 25 (1) altern. 2), el autor mediato ("el hombre de atrás") utiliza al autor directo (el autor material, el ejecutor) como un instrumento para cometer el crimen, generalmente porque este último tiene un defecto (ya sea mental o cualquier otro legal) (ver *Fletcher*, supra nota 10, § 8.5.1., pág. 639; *Fletcher*, Basic concepts of criminal law, Oxford 1998, pág. 197-200). El concepto es también reconocido en el common law, ver Model Penal Code, § 2.06 (2) (a) (American Law Institute 1985).

64 *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7a ed. 2000, pág. 242-52, 677 ss. Ver también *Ambos*, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, Goltdammer's Archiv für Strafrecht ("GA"), 1998, pág. 226-45 = Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Epoca, nº 3 (enero de 1999), 133-165; versión mas larga publicada por Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos No. 20, Bogotá 1998.

en control total ya que aquéllos son fácilmente reemplazables: son mediadores fungibles del acto (*fungible Tatmittler*). El dominio del sistema implica el dominio de cada individuo que forma parte del sistema. La Cámara de Apelaciones sostuvo:

> Los procesados *tuvieron el dominio* de los hechos porque *controlaban la organización* que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar.
>
> (...)
>
> En este contexto, el ejecutor concreto de los *hechos pierde relevancia*. El dominio de quienes controlan el *sistema* sobre la consumación de los hechos que han ordenado es *total*, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería *automáticamente reemplazado* por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, que sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.
>
> No se trata aquí del tradiconal dominio de la voluntad de la autoría mediata El *instrumento* de que se vale el hombre de atrás es el *sistema mismo* que maneja discrecionalmente, sistema que está integrdo por *hombres fungibles* en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera se al ejecutor, el hecho igual se producirá.
>
> El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un *papel secundario* en la producción del hecho. *Quién domina el sistema* domina la anónima voluntad de *todos los hombres* que lo integran[65].

En el juicio *chileno* por los homicidios del Ministro de Relaciones Exteriores del ex-presidente Allende, Orlando Letelier, y su compañero Moffit, los acusados (el ex-director del servicio secreto militar, Contreras, y el oficial Espinoza) fueron también condenados como autores. Sin

65 Cámara 9.12.1985, supra nota 55, pág. 1601 s. (énfasis del autor).

embargo, esta decisión no se apoyó en la doctrina del dominio de la organización, sino más bien en el concepto más tradicional de dominio del hecho sobre los autores directos por coacción *(Nötigungsherrschaft)*[66].

En los juicios *alemanes* contra líderes civiles y militares del ex-GDR (en particular miembros del Consejo de Defensa Nacional y del Comité Central del Partido Socialista), la Corte Suprema se refirió a "las bases legales sustantivas de la sentencia del IMT" y las utilizó para declarar nula la legislación correspondiente que legitimaba los disparos en la frontera este de Alemania[67]. La doctrina de *Roxin*, por otra parte, fue utilizada para fundar una autoría mediata para las muertes en la frontera interna de Alemania por los miembros del Consejo de Defensa Nacional ("CDN") y los generales del Ejército Nacional del Pueblo. En el primer caso se sostuvo:

> Como miembros del CDN los acusados pertenecían a un cuerpo, cuyas decisiones constituían los recaudos obligatorios para las órdenes básicas, sobre las cuales el régimen de fronteras (...) estaba basado. Ellos *conocían* que las órdenes eran llevadas a cabo basadas en las decisiones del CDN. Habían sido notificados de las victimas de las minas de fronteras y de la orden de disparar (*Schießbefehl*). Los ejecutores de los actos que directamente condujeron a las muertes actuaron como parte de una *jerarquía militar* en la cual sus rol fue *específicamente* establecido. Tampoco los acusados tuvieron un rol completamente subordinado a Honecker[68].

Autoría mediata del funcionario responsable del partido fue también admitida en casos de fraude electoral[69]. Finalmente, un comandante de una patrulla de frontera, es decir, un miembro del nivel de comando medio, fue

66 Ver el juicio chileno, supra nota 55.

67 BGHSt 41, 101, 109.

68 GDR (National Defence Council, "Generals"), supra nota 55, BGHSt 40, 218, 237-38. El original dice:
"Die Angeklagten waren als Mitglieder des NVR Angehörige eines Gremiums, dessen Entscheidungen zwingende Voraussetzungen für die grundlegenden Befehle waren, auf denen das Grenzregime ... beruhte. Sie wußten, daß die auf den Beschlüssen des NVR beruhende Befehle ausgeführt wurden. Die Meldungen über die Opfer der Grenzverminung und des Schießbefehls lagen ihnen vor. Die Ausführenden der Handlungen, die unmittelbar zur Tötung führten, haben als Untergebene in einer militärischen Hierarchie gehandelt, in der ihre Rolle festgelegt war."
Die Angeklagten hatten auch nicht eine gegenüber Honecker ganz untergeordnete Rolle."

69 Ibíd., pág. 307, 316 s.

condenado como un autor mediato –por su dominio por comando *(Befehlsherrschaft)*– por darle la orden a un subordinado de matar a un refugiado[70].

En suma, el concepto de dominio o control en virtud de una organización ha ganado más y más importancia. Dada su fundamentación convincente acerca de la responsabilidad penal de líderes dentro de estructuras estrictamente jerárquicas, no puede seguir ignorándose por la jurisprudencia internacional. A diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios. Su mensaje esencial puede ser sintetizado del siguiente modo: el dominio del sistema implica el dominio de los individuos que son una parte integral del sistema.

b) Otros

Otras formas de responsabilidad objetiva no fueron relevantes. Sólo en el caso *Eichmann*, la conspiración interpretada tan restrictivamente como para requerir actos concretos que fueran más allá del mero acuerdo para cometer un delito.

3. Elementos subjetivos de responsabilidad (*mens rea*)

Según el OGHBrZ el crimen contra la humanidad requiere en el plano subjetivo sólo un *dolus eventualis (bedingter Vorsatz)*, es decir, un requisito subjetivo desconocido para el *common law* que puede ser ubicado algo así como entre el propósito-conocimiento y negligencia consciente *(recklessness)*-imprudencia[71]. A pesar del uso práctico de este concepto en

70 BGH NJW 1996, pág. 2042, 2043. Ver los mas recientes estudios de *Marxen/Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz. Berlin et al., 1999 asi como *Eser/Arnold (eds.)*, Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, tomo 2, Deutschland (H. Kreicker/M. Ludwig/K. Rossig/A. Rost/S. Zimmermann), Freiburg im Br. 2000.

71 *Cf. Fletcher*, supra nota 10, § 6.5.2.; *La Fave/Scott*, Criminal Law I, St. Pauls 1986, § 3.7. Sobre el concepto anglosajón de la recklessness ver también *Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981), 657-700 (693); *Perron*, Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, en: Eser (ed.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Band 5, Baden-Baden 1998, pág. 145-156 (151 s.).

Derecho penal supranacional, es de una enorme importancia práctica que el OGHBrZ no exigiera que el acusado tuviera una intención específica de cometer el crimen contra la humanidad, sino sólo un *dolus* ordinario, en otras palabras, el conocimiento general de que la víctima de su acto puede ser expuesta al sistema arbitrario e injusto del nazismo. En términos de la consciencia del injusto *(Unrechtsbewußtsein)*, el OGHBrZ se apoyó en un estándar objetivo: debió haber sido posible para una persona razonable reconocer el injusto y, sobre esa base, comportarse de un modo ajustado a la norma. La capacidad subjetiva del acusado no fue considerada.

En *Eichmann* también sólo se exigió un *dolus* ordinario. Eichmann sabía de la solución final; entonces, la destrucción biológica de los judíos integró su dolo.

En *Barbie* y *Touvier* los tribunales franceses exigieron conocimiento de los planes criminales y una intención específica. Así, en *Touvier* el tribunal dudó que el acusado hubiera actuado con el *mens rea* necesario ya que no era ni un agente del estado Nazi, ni tuvo la intención específica de implementar una política de hegemonía ideológica. El tribunal finalmente presumió el intento específico de Touvier, en forma no muy convincente, al sostener que fue instigado por un oficial de la Gestapo.

En *Finta* los tribunales canadienses sostuvieron que el acusado debió haber sabido o haber sido voluntariamente ciego *(wilfully blin)* a las circunstancias o hechos que hicieron de su acto un crimen contra la humanidad[72]. Es suficiente si el acusado, desde el punto de vista de un observador común, es consciente de la cualidad fáctica de sus actos como crímenes contra la humanidad. Debe inferir de esta cualidad fáctica el reproche específico de su comportamiento.

En el juicio *My Lai* la deliberación se centró en el criterio subjetivo para distinguir homicidio de asesinato en lo que respecta al Teniente Calley. Mientras que su superior, el Capitán Medina, fue absuelto por

72 *Finta* (Canada), Court of Appeal, 29.4.1992, supra nota 54, pág. 595:"[K]nowledge of the circumstances or facts which bring an act within the definition of a war crime or crime against humanity constitutes the mental component which must coexist with the prohibited acts to establish culpability for those acts".

falta de conocimiento, Calley fue finalmente condenado por asesinato porque ejecutó a civiles vietnamitas de acuerdo a su "malicia preconcebida", voluntaria y absolutamente consciente de sus actos:

> [El] apelante sabía que estaba armado y qué es lo que su arma haría. Tenía el mismo conocimiento acerca de sus subordinados y de sus armas. Conocía que si uno apuntaba su arma a un campesino y disparaba, el campesio moriría. Conociendo esto, ordenó a sus subordinados a arrojar a los pobladores en el camino y desecharlos en la zanja, para emplear su propia terminología; y él mismo disparó sobre los pobladores. Estos simples hechos evidencian intención de matar, conscientemente formada y llevada a cabo[73].

IV. La jurisprudencia del ICTY

Fue primero en el caso *Tadic*[74] que el ICTY prestó atención sustancial a la cuestión de la responsabilidad individual. *A grosso modo*, esta decisión fue confirmada por la decisión más sofisticada de *Furundzija*[75]. En *Celebici*[76], el ICTY se centró en la doctrina de la responsabilidad por mando. Esta decisión fue seguida y confirmada por las sentencias en *Aleksovski*[77] *y Blaškic*[78] que no necesitan ser analizadas aquí en detalle.

73 *My Lai* (Calley), Court of Military Review, 16.2.1973, supra nota 55, pág. 1178. El original dice: "[T]he Appelant knew he was armed and what his weapon would do. He had the same knowledge about his subordinates and their arms. He knew that if one aimed his weapon at a villager and fired, the villager would die. Knowing this, he ordered his subordinates *to 'waste' the villagers at the trail and ditch*, to use his own terminology; and fired upon the villagers himself. These bare facts evidence intent to kill, consciously formed and carried out." (énfasis del autor).

74 Trial Chamber (T.Ch.) II, *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgment, 7.5.1997 (IT-94-I-T). Ver también T.Ch. II, *Prosecutor v. Tadic*, Sentencing Judgment, 14.7.1997 (IT-94-I-T); App. Ch., Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), supra nota 60; T.Ch. II, Sentencing Judgement 11.11.1999 (IT-94-1); App. Ch., Judgement in Sentencing Appeals 26.1.2000 (IT-94-1) - La decisión Erdemovic trató principalmente con la defensa de obediencia debida y coacción. Ver App.Ch, *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgment, 7.10.1997 (IT-96-22-A).

75 T.Ch.II, *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), pár. 190 y ss.; confirmado por App. Ch., Judgement 21.7.2000 (IT-95-17/1-A).

76 T.Ch. II, *Prosecutor v. Delalic et al.* ("Celebici"), Judgment, 16.11.1998 (IT-96-21-T), pár. 330 y ss.

77 T.Ch., *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgment, 25.6.1999 (IT-95-14/1) (original en francés), pár. 69 y ss.; confirmado por App.Ch., Judgement 24.3.2000 (IT-95-14/1-A).

78 T. Ch. I, *Prosecutor v. Blaškic*, Judgment 3.3.2000 (IT-95-14-T).

1. Responsabilidad individual propia (art. 7(1) del Estatuto del ICTY)

En *Tadic*, al interpretar el artículo 7° del Estatuto del ICTY[79] y al referirse a la jurisprudencia desde Nuremberg, la Sala de Primera Instancia II correctamente sostuvo que tanto la responsabilidad penal individual como la autoría en el sentido del artículo 7° del Estatuto tienen una base en el derecho internacional consuetudinario[80]. En lo que respecta a la responsabilidad de Tadic, la Sala distinguió entre los delitos que él cometió directamente y aquellos que no cometió directamente pero en cuya comisión estuvo presente o de algún modo involucrado. Mientras que la responsabilidad por el primer supuesto está claramente consagrada en el artículo 7°, en lo que respecta al último la Sala de Primera Instancia tuvo que determinar si el acusado estaba suficientemente conectado a los crímenes como para poder ser considerado responsable penalmente. En este sentido, la jurisprudencia de Nuremberg demuestra que debe probarse, en un plano objetivo, que "hubo participación en el sentido de que la conducta del acusado

79 Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, Doc. ONU S/25704, Anexo (1993) ("Estatuto del ICTY"), publicado en ILM 32 (1993), pág. 1159; en castellano en: en *Ambos/Guerrero*, supra nota 5, pág. 383 ss. El art. 7° dice:
"Responsabilidad penal individual
1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los art.s 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.
2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.
3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.
4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no lo eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad".

80 *Prosecutor v. Tadic* , Judgment 7.5.1997, supra nota 74, pár. 663-69.

contribuyó a la comisión del acto ilegal" y, en un plano subjetivo, que el acusado actuó intencional y conscientemente[81].

A) Plano objetivo: criterio para la participación criminal, en particular complicidad y coautoría

Basandose en particular en la jurisprudencia de Nuremberg y de la UNWCC y en el comentario del artículo 2 (3) (a) y (d) del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1996 (Proyecto de Código 1996) de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)[82], la Sala de Primera Instancia sostuvo que la complicidad requiere una contribución directa y sustancial a la comisión del crimen. "Sustancialmente" significa que la contribución tenga un efecto en la comisión; en otras palabras, debe ser, de un modo u otro, causal del resultado[83]. Esto no necesariamente requiere presencia física en la escena del crimen. Antes bien, la Sala de Primera Instancia adelantó un concepto amplio de autoría en la línea de la teoría inglesa "involucrado en la muerte[84], de modo tal que sostuvo que "no sólo uno no tiene que estar presente sino que la conexión entre el acto que contribuye a la comisión y el acto de comisión en sí pueden estar geográfica y temporalmente distantes"[85]. Más aún, la complicidad incluye todos los actos de asistencia por medio de palabras o actos que brinden apoyo.

Este concepto verdaderamente amplio de la complicidad fue confirmado en la decisión *Celebici*[86]. Sin embargo, en el pronunciamiento más reciente de *Furundzija*, el ICTY tomó una postura más sofisticada[87]. La Sala de Primera Instancia distinguió entre la naturaleza de la asistencia y su

81 Ibid., pár. 674.
82 Proyecto de Código de Crimenes de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en *Ambos/Guerrero*, supra nota 5, pág. 371 ss.
83 Ibid., pár. 674, 678-92.
84 Cf. UNWCC Law Reports XV, supra nota 13, pág. 49-51. Ver también *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgment, supra nota 74, pár. 691.
85 *Prosecutor v. Tadic*, Judgment 7.5.1997, supra nota 74, pár. 687.
86 *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, supra nota 76, pár. 325-29.
87 *Prosecutor v. Furundija*, Judgment, supra nota 75, pár. 190-249.

efecto en el acto del principal (autor principal). En cuanto al primero, sostuvo que la asistencia no debía ser "tangible", pero que "apoyo moral e incitación" eran suficientes. La mera presencia en la escena del crimen basta si tuvo "un efecto de legitimación o incitación suficiente en los principales". El término "directo", utilizado por la CID al calificar la proximidad de la asistencia, se presta a confusión, porque implica que la asistencia necesita ser "tangible"[88]. En lo que respecta al efecto de la asistencia, la Sala de Primera Instancia no consideró necesaria una relación causal en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non*, sino que sostuvo que los actos de asistencia deben "hacer una diferencia significativa a la comisión del acto criminal por el principal". Así, no sería suficiente para el cómplice haber tenido sólo "un rol –sin influencia– en un sistema"[89]. En suma, el tipo objetivo de la complicidad requiere "asistencia práctica, incitación, o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen"[90].

En *Tadic*, la Sala de Apelaciones ha reconocido la figura de la coautoría como otra forma más de participación de carácter autónomo – junto a la autoría inmediata individual y la complicidad– y, con ello, ha confirmado el artículo 25, párrafo 3 (a) del Estatuto de Roma[91]. En opinión de la Sala de Apelaciones, esta forma de participación adquiere una significación especial precisamente dentro de los delitos colectivos, habituales en el Derecho internacional, en su delimitación con la complicidad como figura menos grave[92]. Además, en razón del *case law* existente, habría que distinguir tres grupos de casos, a los que les es característico el que siempre existe un plan común, que constituye el fundamento de imputación de la actuación de los partícipes.

88 Ibíd., pár. 199, 232.
89 Ibíd., pár. 217, 233 s.
90 Ibíd., pár. 235, 249. Ver también el fallo del Tribunal Penal Internacional para Rwanda ("ICTR"), *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment (ICTR-96-4-T), 2.9.1998, pár. 484: "Ayudar significa asistencia (...) a Incitar (...) a involucraría facilitar la comisión de un acto demostrando simpatía hacia el mismo". Confirmado por varios fallos posteriores, ver *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR 2000, pág. 202 ss. y el más reciente fallo en *Prosecutor v. Musema*, Judgement and Sentence 27.1.2000 (ICTR-96-13-T), pár. 118 ss.
91 *Prosecutor v. Tadic*, Judgment 15.7.1999, supra nota 74, pár. 178 ss., 192.
92 Ibíd., pár. 191.

- En el primer grupo[93] se trata de casos en los que todos los procesados actuaron sobre la base de un plan común (*common design o common enterprise*) y de un dolo común (*intention*)[94], pudiéndose dar el caso de que cada coautor individual haya desempeñado un rol distinto.
- En el segundo grupo[95], que constituye una variante del primero, se incluyen los llamados casos de campos de concentración. Se trata de supuestos de comisión de delitos por parte de miembros de una unidad militar o administrativa. También aquí los autores actúan sobre la base de un plan común (*common purpose*), que constituye el fundamento de imputación.
- El tercer grupo[96] recoge los supuestos en los que un coautor comete un hecho que va más allá del plan común, pero que igualmente constituye una consecuencia natural y previsible (*natural and foreseable consequence*) de la realización del plan.

El tercer grupo muestra, por lo tanto, que incluso una variación con respecto al plan original por parte de uno de los partícipes no excluye la imputación de su comportamiento en perjuicio del resto de los partícipes, cuando el exceso constituye una "consecuencia natural y previsible" de la realización del plan con la que todos los partícipes se conforman, en el sentido de un dolo eventual. En este punto, la Sala se remite también al artículo 25, párrafo 3 (d) del Estatuto de Roma. En definitiva, se adhiere a la conocida dogmática continental europea en materia de coautoría, al emplear como criterios para la participación en coautoría la participación de varios, el plan –aunque sea informal y se haya acordado durante la ejecución– y el aporte de cada uno de los partícipes en favor del hecho[97]. Mientras que en la coautoría independiente cualquier aporte al hecho es suficiente, en la complicidad tiene éste que incidir de manera directa en el hecho principal. La coautoría se considera, pues, accesoria[98].

93 Ibíd., pár. 196 al 201.
94 Los términos *intention* e *intent* se emplean aquí en sentido equivalente, por lo que se parte de su significado como "dolo".
95 *Prosecutor v. Tadic*, Judgment 15.7.1999, supra nota 74, pár. 202 s.
96 Ibíd., pár. 204 al 219.
97 Ibíd., pár. 227.
98 Ibíd., pár. 229.

B) Plano subjetivo: intención

El criterio de intención complementa y restringe el criterio objetivo amplio. El acusado tiene que estar consciente del acto de participación y consciente de que esa participación tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del crimen. La intención está fundada en el conocimiento. Así, por ejemplo, sólo la presencia en la escena del crimen no es suficiente si es una presencia ignorada o involuntaria; debe al menos demostrarse que el acusado sabía que su presencia tenía un efecto directo y sustancial en su comisión. Además, la complicidad requiere que el acusado tenga la intención de contribuir a la comisión del delito[99].

Sin embargo, el recaudo subjetivo es en sí mismo considerablemente debilitado de dos formas. Primero, conocimiento e intención pueden también inferirse de circunstancias; en otras palabras, no necesitan ser probados directamente. Segundo, la intención fundada en ese conocimiento inherente es suficiente. La Sala de Primera Instancia no necesitó sostener que había un plan preestablecido en el cual el acusado se comprometió a una conducta específica; su conexión con un esquema o sistema criminal es suficiente.

En suma, la Sala de Primera Instancia sostuvo en *Tadic* que:

> El acusado será considerado penalmente responsable por cualquier conducta en la que se determine que participó *con conocimiento* en la comisión de un delito que viola el derecho internacional humanitario y su participación *directa y sustancialmente* afectó la comisión del delito al apoyar la actual comisión *antes, durante y luego* del incidente. También será responsable por *todo* lo que *naturalmente resulta* de la comisión del acto en cuestión[100].

Esta posición fue confirmada en *Celebici*[101] y, más explícitamente, en *Furundzija*. En esta última decisión se sostuvo que "no [es] necesario para el cómplice compartir el *mens rea* del autor, en el sentido de intención positiva de cometer el crimen", ni siquiera es necesario "conocer el crimen

99 *Prosecutor v. Furundija*, Judgment, supra nota 75, pár. 674-77, 689, 692.
100 Ibíd., pár. 692 (énfasis del autor).
101 *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, supra nota 76, pár. 326, 328.

preciso que se intentaba y (...) cometió"; antes bien es suficiente que el colaborador o instigador "sea consciente que uno de un número de crímenes probablemente se cometerá"[102].

La Sala de Apelaciones en *Tadic* distinguió distintos tipos de participación en coautoría[103]. En general, se exige dolo en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo. Por el contrario, un querer en el sentido del dolo directo no es necesario.

2. Expansión de la responsabilidad: responsabilidad por mando (artículo 7 (3) del Estatuto del ICTY)

En *Celebici*, confirmado por *Blaškic*[104], el ICTY caracterizó los requisitos de la responsabilidad superior o por mando como sigue[105]:

- Existencia de una relación superior-subordinada.
- El conocimiento del superior o el superior con razones para conocer que el acto estaba por ser o se había cometido.
- El fracaso del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor por ello.

En lo que respecta al primer requisito, el ICTY sostuvo que "individuos en posiciones de autoridad (...) pueden incurrir en responsabilidad penal (...) sobre la base de su posición *de facto* al igual que *de jure* como superiores"[106]. De modo similar, una posición de mando no puede ser determinada "sólo por referencia a un estatus formal", sino por "la posesión actual, o no-posesión, de poderes de control sobre las acciones de subordinados"[107]. Sin embargo, la responsabilidad es excluida si tal control estuvo "ausente o muy remoto" y si el superior careció de "habilidad material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos"[108].

102 *Prosecutor v. Furundija*, Judgment, supra nota 75, pár. 190-249.
103 Ibíd., pár. 228.
104 *Prosecutor v. Blaškic*, supra nota 78, pár. 289 y ss.
105 *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, supra nota 76, pár. 346.
106 Ibíd., pár. 354 (énfasis en el original).
107 Ibíd., pár. 370; ver también pár. 377.
108 Ibíd., pár. 377 s.

Más aún, la responsabilidad por mando se extiende también a civiles, superiores no militares, pero "sólo al punto que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los comandantes militares"[109]. Esta posición confirma el artículo 28 del Estatuto de Roma[110] y es de particular significancia si se lo confronta con el trasfondo del pronunciamiento en *Akayesu* dictado por el ICTR en donde la cuestión fue caracterizada como "controvertida"[111].

En el plano subjetivo (*mens rea*), el superior debe:

- Tener conocimiento actual de que sus subordinados estaban cometiendo o estaban por cometer crímenes.
- Poseer información de tal naturaleza que lo ponga en noticia del riesgo de tales delitos al indicar la necesidad de investigación adicional con el fin de afirmar si fueron cometidos o estaban por ser cometidos[112].

Mientras que estos requisitos no fueron discutidos en sus fundamentos, sí fue, por un lado, calurosamente debatido de qué modo podía ser probado el conocimiento actual. El ICTY rechazó la presunción de conocimiento, pero permitió que ese conocimiento pudiera ser establecido por evidencia circunstancial teniendo en cuenta ciertos indicios[113]. Por otro lado, los contenidos específicos del recaudo de "tuvo razones para conocer" (*had reason to know*) no están exentos de dudas. Mientras que es claro que un superior no debe permanecer voluntariamente ciego a los actos de sus subordinados, es menos claro cuan lejos llega su deber de conocer y cuan específica la información en su poder debe ser de modo tal de obligarlo a investigar más allá. Así, el ICTY fue cuidadoso en su formulación de un estandar abstracto y no efectuó ninguna afirmación en cuanto al contenido actual del derecho consuetudinario sobre el punto[114].

109 Ibíd., pár. 355 ss., 363, 378.

110 Ver Estatuto de Roma, supra nota 5, art. 28. Para un analisis mas detallado ver *Ambos*, Superior responsibility (article 28), in: Cassese (ed.), International Criminal Law for the ICC, Oxford 2001; en castellano ver *Ambos*, Responsabilidad del superior, Bogotá (Universidad Externado de Colombia).

111 *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment, supra nota 90, pár. 491. Sin embargo, el ICTR no rechazó la posibilidad pero sostuvo que "es apropiado determinar caso por caso el poder de la autoridad efectivamente atribuido al acusado". De manera similar *Prosecutor v. Musema*, supra nota 90, pár. 132 ss.

112 *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, supra nota 76, pár. 379 ss. , 383, 393.

113 Ibíd., pár. 386; ver ya supra b), despues de nota 99.

114 Ibíd., pár. 393. Ver también *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment, supra nota 90, pár. 488-89.

Aparte de *Delalic et al.*, el ICTY confirmó la responsabilidad individual de los líderes civiles y comandantes militares ya incluida en las cinco decisiones acerca de la Regla 61, dictadas previo a publicarse este trabajo, como responsabilidad directa en el sentido del artículo 7(1) del Estatuto del ICTY o como responsabilidad por mando en el sentido del artículo 7(3). En los procedimientos de la Regla 61 no hay determinación de culpabilidad, de allí que no son idénticos a los juicios *in absentia*. La Sala de Primera Instancia sólo determina si hay fundamentos razonables para creer que el acusado cometió los crímenes incluidos en la acusación.

En el caso *Nikolic*[115] la acusación fue confirmada sosteniendo que el acusado, como comandante responsable de un campo de detención, no sólo directamente participó en los crímenes cometidos contra los detenidos del campo (art. 7(1) del Estatuto del ICTY), sino que también incurrió en responsabilidad en el sentido del artículo 7(3) del Estatuto del ICTY por haber fracasado en evitar los crímenes a pesar de que le fue posible hacerlo. La Sala de Primera Instancia trató de distinguir el parágrafo 3° del 1° del artículo 7° sosteniendo que "la posición de autoridad de Nikolic (...) lo hace responsable no a través de sus subordinados sino por sus propios actos en cuanto se refiere al encarcelamiento, apropiación, deportación, persecución y actos inhumanos relacionados con las precisas condiciones de detención".

En *Prosecutor u. Martic*[116] se confirmó que el acusado, ex-presidente de la autodeclarada República Serbia Krajina, había ordenado con conocimiento y voluntad el bombardeo de Zagreb el 2 y 3 de mayo de 1995, causando de ese modo la muerte de civiles. Como la muerte de civiles constituye un crimen de guerra según el artículo 3° del Estatuto del ICTY, el acusado es individualmente responsable de acuerdo al artículo 7(1) y (3) del Estatuto del ICTY.

115 T.Ch. I, *Prosecutor v. Nikolic*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 20.10.1995 (IT-95-2-R61), pár. 24.

116 T.Ch. I, *Prosecutor v. Martic*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Order 8.3.1996 (IT-95-11-R61), pár.20 s.

En *Prosecutor v. Mskšic, Radic & Šljivancanin*[117] se estableció que los acusados participaron en posiciones de mando en muertes y castigos en el hospital Vukovar en agosto de 1991 por el Ejército del Pueblo Yugoslavo (EPY). El acusado, Mskšic, fue el comandante de la brigada de guardia cuya jurisdicción territorial cubría toda la zona de Vukovar. Radic fue el jefe de una unidad de infantería especial de esta Brigada. Šljivancanin, quien actuó bajo la autoridad de Mskšic, estuvo a cargo de un comando operacional de las fuerzas del EPY. Dada la distribución funcional de tareas entre los tres puede convincentemente argumentarse, aún cuando esto no fue explícitamente sostenido por la Sala de Primera Instancia, que Šljivancanin es punible de acuerdo al artículo 7(1) del Estatuto del ICTY y que los otros dos acusados de acuerdo al artículo 7(3).

En *Prosecutor v. Karadzic & Mladic*[118] la Sala de Primera Instancia I tuvo fundamentos razonables para creer que Radovan Karazic, como presidente del Partido Democrático Serbio de Bosnia y Herzegovina (PDS) y luego de la llamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, poseía "poderes institucionales amplios que lo convertían en la cabeza de una organización política y de las fuerzas armadas"[119]. Ejerció control efectivo sobre el citado territorio y sabía que los delitos fueron cometidos dentro de ese territorio, pero no hizo nada para evitarlos pese a sus obligaciones legales en ese sentido según el derecho internacional. En forma similar, Ratko Mladic, como Comandante General en Jefe del "Ejército de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina", actuó como el paralelo militar de Karadzic, y también sabía de los delitos pero no los evitó. Por ende, ambos acusados incurrieron en responsabilidad de mando (gubernamental y/o militar) en el sentido del artículo 7(3) del Estatuto del ICTY. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia incluso consideró, extendiéndose más allá de la acusación, que ambos acusados no sólo eran penalmente responsables por omisión y negligencia penal, sino también por comisión directa en el sentido del artículo 7(1) del Estatuto del ICTY:

117 T.Ch. I, *Prosecutor v. Mskšic, Radic & Šljivancanin*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidente, Decision 3.4.1996 (IT-95-13-R61), pár. 15-17.
118 T.Ch. I, *Prosecutor v. Karadic & Mladic*, Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 11.7.1996 (IT-95-5-R61/IT-95-18-R61), pár. 42, 65-85.
119 Ibíd., pár. 70.

> Toda la evidencia y el testimonio brindado concurre en demostrar que Radovan Karadzic y Ratko Mladic no sólo habrían sido informados de los crímenes alegados cometidos bajo su autoridad, sino que también y, en particular, que ejercieron su poder para planear, instigar, ordenar o de algún otro modo ayudar e instigar la planificación, preparación o ejecución de los citados crímenes[120].

Finalmente, en *Prosecutor v. Rajic*[121] la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante de las tropas del Consejo de Defensa Croata (CDC) ayudó y asistió u ordenó un ataque militar en la villa civil de Stupni Do (Bosnia-Herzegovina). Así, la responsabilidad individual nuevamente estaría basada en el art. 7(1) y (3) del estatuto del ICTY.

En la acusación contra *Miloševic et. al.*, confirmada en la revisión de la decisión por el Juez Hunt, los acusados fueron también considerados responsables de crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior[122].

V. Conclusión. Hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en derecho penal supranacional

Queda todavía un largo camino por recorrer hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional. La jurisprudencia de los crímenes de guerra, sin embargo, ofrece elementos de responsabilidad individual fundamentales e importantes:

- En el plano objetivo un concepto muy amplio de participacion en el sentido de cualquier contribución causal a la comisión de un acto; un fundamento particularmente importante de la responsabilidad de

120 Ibíd., pár. 83.
121 T.Ch. II, *Prosecutor v. Rajic*, Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence and Separate Opinion of Judge Sidhwa, Decision 13.9.1996 (IT-95-12-R61), pár. 58-61, 71.
122 *Prosecutor v. Miloševic, Milutinovic, Sainovic, Ojdanic, Stojilkovic*, Acusación ("Indictment"), presentada el 22.5.1999, pár. 55 ss., 84-88; *Prosecutor v. Miloševic, Milutinovic, Sainovic, Ojdanic, Stojilkovic*, Decision on Review of Indictment and Application por Consequential Orders, 24.5.99.

los líderes dentro de organizaciones jerárquicas está dado por la teoría de la autoría indirecta por medio del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder *(Organisationsherrschaft)* o, más general, la autoría mediata.

• En el plano subjetivo el requisito de conocimiento, eventualmente probado con evidencia circunstancial (no sobre la base de una presunción) e intención.

• Distinta formas de expansión de la imputación, de las cuales la responsabilidad de mando es la más importante en términos prácticos y conceptuales; a diferencia de la *Organisationsherrschaft* desarrolla criterios de imputación por omisiones, no actos; a partir de allí, ambos conceptos se complementen entre sí.

Estos elementos pueden ser considerados como universalmente reconocidos y como principios generales de Derecho penal supranacional recientemente confirmados por los artículos 25 y 28 del Estatuto de Roma[123]. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina es, como ya se dijo, más bien descriptiva y a veces se apoya demasiado en el derecho penal nacional (analogía doméstica). Ciertamente, las propuestas académicas más desarrolladas pueden encontrarse en el Proyecto actualizado de Siracusa y en el "Proyecto de Parte General" sobre el que se basó[124]. Por

123 Para facilitar la referencia las disposiciones del art. 25 y 28 del Estatuto de Roma, supra nota 5, serán reproducidas en el anexo. En lo que respecta al art. 25 ver *Ambos*, en: Triffterer, supra nota 5; en cuanto al art 28 ver *Fenrick*, en ibid. Ver también, por ejemplo, Estatuto del ICTY, supra nota 79, art. 7; y art. 2 (3) del Proyecto de Código de Crimenes de 1996 de la CDI, supra nota 82.

124 *Cf.* Association Internationale de Droit Pénal ("AIDP"/International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences ("ISISC")/Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law ("MPI") *et al.*, Proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional de la CDI del año 1994 que sugirió modificaciones, preparadas por un Comité de Expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996 ("actualización del Proyecto de Siracusa"). El original del "Proyecto de Parte General" fue preparado por el MPI en la línea de los "elementos" de una parte general incluídos en la actualización del Proyecto de Siracusa (comentario al art. 33) por Eser (Friburgo), Triffterer (Salzburgo), Koenig (Michigan), Lagodny (Friburgo/Dresden) con la asistencia de Ambos (Friburgo) y Vest (Basilea). Fue parcialmente modificado por la actualización del Proyecto de Siracusa (ver arts. 33-1 a 33-18 y 47 a 47-2). Ambos proyectos contienen reglas sobre responsabilidad penal individual ausentes en los proyectos "oficiales", por ejemplo, sobre omisión (art. 33-5 y 33(d) respectivamente), causalidad (art. 33-6 y 33(e)), tentativa (art.33-8 y 33(g)). Para el "Proyecto de Parte General" ver <www.iuscrim.mpg.de/de/forsch/straf/referate/sach/ sach_ index.html>.

otro lado, los esfuerzos recientes hacia un derecho penal común europeo podrían también ser una contribución significativa para los elementos de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional, si van más allá de la mera protección de intereses financieros de la Comunidad Europea[125]. Así, una propuesta reciente para un Código Penal Europeo Modelo contempla, como ejemplo, una responsabilidad individual para miembros de un gobierno, oficiales públicos y soldados por actos cometidos por sus subordinados que fallaron en prevenir; la doctrina de la responsabilidad de mando ha sido, por ende, reconocida[126].

La tarea del futuro es refinar los elementos de responsabilidad penal individual (y las defensas). Esto será alcanzado en cierta medida expandiendo la jurisprudencia de los Tribunales *ad-hoc* y la recientemente establecida ICC. El artículo 25 del Estatuto de Roma es ciertamente un avance comparado con las propuestas previas; sin embargo, todavía requiere cierta clarificación y refinamiento por la futura jurisprudencia[127]. Por otro lado, investigaciones académicas y escritos deberían focalizarse más en el desarrollo de una teoría de responsabilidad penal individual completa o, más ampliamente, una Parte General de Derecho penal supranacional[128].

125 Ver hasta ahora la propuesta de un *Corpus iuris*, codificado bajo los auspicios de la Comisión Europea; comp. *Delmas Marty* (ed.), 1997 y recientemente *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), The implementation of the Corpus Juris in the member states. Volume I. Antwerp et al. 2000.

126 Comp. *Tiedemann*, Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im Europäischen Strafrecht, Festschrift Nishihara, Baden-Baden 1998, pág. 496-512, 511 (sección "e" de la propuesta).

127 Ver *Schabas*, General Principles of Criminal Law in the ICC Statute (Part III), 6 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 6 (1998), 400; en castellano en *Ambos/Guerrero*, supra nota 5, pág. 269 ss. (314); *Ambos*, General principles of criminal law in the Rome Statute. Criminal Law Forum 10 (1999), 1 ss. (6 ss.).

128 Ver *Eser*, The need of a General Part, en Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Comission's 1991 Draft Code of Crimes against the peace and security of mankind, Toulouse 1993, pág. 43-52.

Anexo (Estatuto de Roma)

Art. 25 Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de

la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Art. 28 *Responsabilidad de los jefes y otros superiores*

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Sobre el efecto eximente del "actuar bajo órdenes" desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional

Kai Ambos

Se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de cometer los peores crímenes. Cuando el emisor de las órdenes está enterrado y se les obliga a mirar hacia atrás no logran reconocerse. Ellos dicen: yo no lo hice y no están muy seguros de estar mintiendo. Si se les convence por medio de testigos, comienzan a vacilar y dicen: yo no soy así, eso no lo pude haber hecho. Ellos buscan las huellas del delito en su interior y no las pueden encontrar. Es sorprendente cuán convencidos están de ello. La vida que llevan posteriormente es realmente distinta y no es opacada por las acciones que cometieron. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten de nada. El hecho no ha dejado huella en ellos[1].

La invocación del "actuar bajo órdenes" o de la "actuación bajo o en cumplimiento de órdenes"[2] es una objeción clásica en juicios por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Desde los juicios

1 *Canetti*, Masse und Macht, 1980, p. 369 s.

2 Orden (ver §2 No. 2 WStG) es el término militar para instrucción; entre los civiles se habla de disposiciones (*Jescheck/Weigend*, Strafrecht-Allgemeiner Teil, 5ª ed. 1996, p. 393).

actuales contra criminales de guerra de la antigua Yugoslavia, adquirió en Alemania una importancia práctica y abandonó definitivamente la "caja de los olvidos penales"[3].

El análisis que se presenta a continuación fundamenta la tesis de que el Derecho internacional penal vigente no reconoce que el alegato del "actuar bajo órdenes", en el caso de crímenes graves, sea suficiente para otorgar una exención de pena, sino solamente para una atenuación (II). Con este fin se describirá la jurisprudencia internacional desde Nuremberg (II.1) y se analizarán las fuentes pertinentes del Derecho internacional penal (II.2). La situación jurídica del Derecho internacional penal influye sobre el Derecho alemán –el cual se mostrará de forma sinóptica–, ya que, por un lado, éste contiene las reglas generales del Derecho internacional (art. 25 de la Constitución alemana)[4] y, por otro lado, las órdenes deben estar en concordancia con las reglas del Derecho internacional (§ 10 IV *Soldatengesetz*-SoldG: Ley de Soldados)[5].

I. La situación jurídica alemana

1. Según el § 5 I *Wehrstrafgesetzbuch* (WStG = Código Penal Militar), el subordinado actúa sin culpabilidad si comete una acción antijurídica siguiendo una orden. De acuerdo a la opinión dominante, se trata de una causa de exculpación sui generis, que representa a la vez una regla excepcional de error de prohibición[6]. Si se diferencia más allá, considerablemente, entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad[7], entonces "actuar bajo órdenes" se deberá denominar

3 *Lenckner*, Festschrift (libro homenaje) Stree/Wessels, 1993, 223.
4 Aquí se trata del Derecho internacional consuetudinario, que goza de prioridad sobre el Derecho legal simple (*Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 3ª ed. 1995, art. 25 nota marginal= mn 2, 6).
5 Ver *Arndt*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht (NZWehr) 1960, 145 (147).
6 *Jescheck/Weigend*, AT (supra nota 2), p. 495 s. con más referencias en nota 5; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT) 2ª ed. 1991, 16/12.
7 Con respecto a la diferencia ver *Roxin*, Strafrecht AT, tomo I, 3ª ed. 1997, §19 mn. 48.

causa de exclusión de la culpabilidad, ya que el subordinado[8] no es alcanzado por la orden de la norma ("¡no cometas ninguna acción antijurídica!") –como en el caso del error de prohibición. El §5 I WStG responsabiliza al receptor de la orden sólo en el caso de que "éste reconozca que se trata de una acción antijurídica o de que esto fuese evidente, según las circunstancias por él conocidas" (§ 5 I WStG; ver § 11 II 2 SoldG). La acción es evidentemente antijurídica, si la infracción penal está más allá de toda duda y puede ser reconocida por todos. Si es que el subordinado no tuviera ninguna duda, no tiene ningún deber de verificar y podrá cumplir la orden[9].

La Corte Suprema (*Bundesgerichtshof*-BGH) se ocupó últimamente del tema en los casos relacionados con los disparos al muro[10]. La Corte partió de que la antijuricidad de los disparos mortales era evidente, pues con la orden de disparar se cometía un delito de asesinato de acuerdo al Derecho penal de la RDA. Es un "principio de humanidad" que el Estado no tenga derecho de matar a los ciudadanos por el simple cruce de la frontera[11]. Esta visión ha sido justamente criticada como "simplista" e "indiferente"[12]. Pues el principio de culpabilidad exige una justificación convincente de que la injusticia (extrema) del delito fue evidentemente reconocible para el autor. A eso se refiere la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*-BVerfG), cuando señala que la declaración de la culpabilidad penal de un determinado acusado exige –debido al fuerte

8 Ver *Schölz/Lingen*, Wehrstrafgesetz (comentario), 3ª ed. 1988, § 5 mn. 1.
9 *Schölz/Lingen*, supra nota 8, § 5 mn. 12; *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 495, 497; *Eser*, Festschrift Odersky 1996, p. 337 (340); BGH 39, 1 (33); BGH NStZ 1995, 286; BGH Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)-Rechtsprechungsreport (RR) 1996, 323 (325).
10 Cf. *Ambos*, Sobre la antijuridicidad de los disparos al muro, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1999.
11 BGHSt 39, 1 (33), también BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1932 (1936) = BGHSt 39, 168; BGH NJW 1994, 2708 (2711); BGH NJW 1995, 2728 (2732); BGH NStZ-RR 1996, 323 (324s). Distinto en el caso de un simple dolo de daño a terceros BGHSt 39, 168 (194); BGH NSsZ 1993, 488; BGH NJW 1995, 1437 (1438); BGH NStZ-RR 1996, 322.
12 Ver *Eser*, supra nota 9, p. 339; también *Schreiber*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 107 (1995), 157 (171); *Gropp*, Neue Justiz (NJ) 1996, 393 (398); *Arnold/Kühl*, Juristische Schulung (JuS) 1992, 991 (996); Amelung, JuS 1993, 637 (642); *idem*, NStZ 1995, 29 (30); *idem*, Goltdammer's Archiv (GA) 1996, 51 (57); Dannecker, Jura 1994, 585 (594); otra opinion: *Herzog* (compilador), Die strafrechliche Verantwortlichkeit von Todesschützen etc., 1993, p. 57.

adoctrinamiento en la antigua RDA– sumo cuidado; es especialmente insostenible establecer una infracción penal basada solamente en la presencia –objetiva– de una violación grave de los Derechos Humanos[13]. También se sumó a ello, hace poco, el BGH declarando (felizmente, aunque no muy pegado a la verdad) que el concepto de "evidencia" (*Offensichtlichkeit*) según el § 5 WStG siempre ha sido considerado por la jurisprudencia –sólo se puede referir a la BVerfG– como "problemático"[14].

2. Si no se observan los requisitos del § 5 I WStG, sólo cabe una atenuación de la pena: "Si la culpa del subordinado, considerando la situación especial en la que se encontraba, es menor, entonces el Tribunal podrá reducir la pena según el §49 I del StGB" (§5 II WStG). Esto presupone que el ejecutor se encuentre en una situación especial que demuestre una culpabilidad menor. O el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto de sus actos o su resistencia frente a la orden criminal es tan reducida que su culpabilidad es menor[15].

3. Las órdenes, sin embargo, pueden también tener un efecto justificante cuando son obligatorias. En este caso el subordinado tiene el deber, bajo sanción, de obedecer (ver §§ 19-21 WStG, 11 I SoldG), lo que depende solamente del carácter obligatorio de la orden; obligatoriedad que, por otro lado, se debe diferenciar de su juridicidad o antijuricidad.

De acuerdo al § 22 I WStG (también § 11 I 3 SoldG) la obligatoriedad queda suprimida (y con ella el deber de obediencia) especialmente –aunque también en casos comparables[16]– cuando la orden no fue dada con finalidad oficial, cuando viola la dignidad humana o exige un comportamiento punible[17]. Por otro lado, una orden puede ser considerada ya antijurídica

13 BVerfG NJW 1997, 929 (932). También *Arnold*, JuS 1997, 400 (403).
14 BGH 5 StR 137/96 (NJW 1997, 1245), p. 12.
15 *Schölz/Lingens*, supra nota 8, § 5 mn. 16; ver auch *v. Weber*, Monatsschrift de Deutschen Rechts (MDR) 1948, 34 (38: "¡Costumbre de obedecer!").
16 En el caso de una orden imposible, irazonable o insostenible (ver *Arndt*, NZWehrR 1960, 145, 148). el relevo de la obligación de obedecer, depende subjetivamente de que la penalidad del receptor de la orden sea posible de reconocer (crit. *Lenckner*, supra nota 3, 227).

si ordena una simple falta o "irregularidad". Por ello, la no obligatoriedad exige algo más que una simple antijuricidad o ilicitud, debe tratarse de una antijuricidad cualificada o bien una antijuricidad específica penal (*Strafrechtswidrigkeit*)[18].

El consecuente reconocimiento de una orden[19] (simplemente) antijurídica pero igualmente obligatoria representa una contradicción de valores: el ordenamiento jurídico califica la acción ordenada como antijurídica, pero obliga al subordinado a ejecutarla[20]. Esta contradicción de valores, codificada por el Derecho penal militar, no tiene que ser solamente aceptada como *lex lata*, sino también explica porqué el subordinado no sólo debe ser exculpado[21], sino aun justificado[22]. El § 5 I WStG prevé la posibilidad de exclusión de culpabilidad, cuando el subordinado comete un hecho antijurídico, el cual realiza un tipo penal. Se refiere por tanto, como también lo hace el reglamento militar que dispensa de la obligación de obedecer (§§ 22 I WStG, 11 II 1 SoldG), a un hecho antijurídico penal o –más explícito– criminal (*strafrechtswidrig*), no sólo a un hecho simplemente antijurídico; tal hecho criminal se basará regularmente en una orden igualmente criminal[23]. Así, en caso de una orden no obligatoria (por ser criminal) es posible solamente una exclusión de culpabilidad[24].

18 Se refiere a la violación del orden jurídico al cometer un hecho penal, no a la antijuridicidad penal como escala de valoración especial entre la tipicidad y la antijuridicidad (ver *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1993).
19 Ver *Lehleiter*, Der rechtswidrige verbindliche Befehl, 1994, p. 71, que muestra las distintas opiniones y distingue entre órdenes "con un disvalor del resultado de carácter penal" (*strafrechtlichem Erfolgsunwertüberhang)* y otras que ordenan un hecho que no realiza un injusto penal.
20 Preciso en *v. Weber*, MDR 1948, 37; también *Lehleiter*, supra nota 19, p. 97, 193.
21 Así el punto de vista de *Arndt*, NZWehrR 1960, 145 (148); hoy en día ver *Weber* en: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 10ª ed. 1995, § 23 mn. 53.
22 *Jescheck/Weigend*, AT, supra nota 2, p. 394, en nota 16; *Roxin*, supra nota 7, § 17 mn. 18; *Jakobs*, supra nota 6, 16/14; *Lenckner*, supra nota 3, 224; *Lehleiter*, supra nota 19, p. 158 (171, 188), con explicación de las distintas opiniones.
23 Este no tiene que ser necesariamente el caso: el superior puede hacer valer independientemente las causas de justificación y exculpación (*Schölz/Lingens*, supra nota 8, § 5 mn. 4), el subordinado puede desviarse concientemente de la orden dada.
24 Ver *Jescheck/Weigend*, AT, supra nota 2, p. 494.

El actuar bajo una orden obligatoria (simplemente antijurídica), por otro lado, debe ser tratado diferentemente, pues en este caso el subordinado está sujeto a una obediencia obligatoria. El debe obedecer la orden de acuerdo al reglamento militar aplicable y se opone al sentido de justicia hacerle por ello un reproche de antijuricidad penal. Este sentir se funda dogmáticamente en que, tratándose de infracciones menores (no penalmente antijurídicas, en el sentido mencionado), predomina la obligación de obediencia sobre el deber de respetar el orden jurídico (colisión justificable de deberes)[25]. La responsabilidad personal del subordinado depende decisivamente del deber de obediencia dentro de la "relación jurídica interna" nacida de la obligatoriedad de la orden. La "relación jurídica externa" queda intacta, ya que la obligación de obediencia no hace que el accionar del subordinado sea jurídico o lícito, sino que desplaza solamente la responsabilidad penal a un nivel superior de mando[26]. Así, dentro de la jerarquía militar, se responsabiliza de una orden antijurídica obligatoria a aquél que utiliza dicha jerarquía (es decir al superior) y no a aquél que es utilizado por ella (el subordinado)[27].

4. Las regulaciones ya mencionadas comparten en parte las constelaciones de error. Así establece, como ya se mencionó, el § 5 I WStG en caso de una orden no obligatoria (penalmente antijurídica), un régimen especial de error de prohibición[28]. El § 22 WStG regula errores sobre la obligatoriedad de la orden, que bajo las allí mencionadas condiciones descartan una penalidad por desobediencia (§§ 19-21 WStG)[29]. Por lo demás se aplican las reglas generales del error.

5. Finalmente, en casos de actuación bajo órdenes pueden concurrir causas de justificación y de exculpación generales, especialmente el estado de necesidad por orden (*Befehlsnotstand*), o bien por fuerza o coacción (*Nötigungsnotstand*).

25 En este sentido *Jescheck/Weigend*, AT, supra nota 2, p. 394; *Roxin*, supra nota 7, § 17 mn. 18.
26 Parecido en *v. Weber*, MDR 1948, 37; *Lenckner*, supra nota 3, p. 225.
27 Preciso en *Jakobs*, supra nota 6, 16/14
28 Ver supra nota 6.
29 Ver *Arndt*, NZWehrR 1960, 145 (153).

Esto presupone que el subordinado cumple una orden –que reconoce como antijurídica– para evitar una situación de peligro de muerte o de daño a la integridad física. En este caso se somete a una fuerza real, mientras que en el caso de actuar bajo órdenes cede ante una obligación jurídica (obligación de obediencia)[30]. El estado de necesidad por orden representa un caso especial de estado de necesidad por fuerza o coacción, pero opera solamente si existe peligro de muerte o daño a la integridad física[31]. La clasificación del estado de necesidad por fuerza, como razón de justificación o exculpación, es discutible[32]. Una exculpante encuentra sus límites en la cláusula de exigibilidad del § 35 I 2 *Strafgesetzbuch* (StGB: Código Penal), pues debe aceptarse el peligro cuando el autor del delito se encuentra en una relación jurídica especial, en cuyo marco puede típicamente aparecer dicho peligro[33].

II. La situación jurídica penal internacional

1. La jurisprudencia internacional desde Nuremberg

La "actuación bajo órdenes" adquirió, desde el punto de vista de la defensa, durante los juicios de Nuremberg[34] una connotación especial, ya que Hitler, como jefe supremo del mando, tras su muerte no podía ser enjuiciado. La libertad de los que recibieron las órdenes se hubiera logrado simplemente invocando una "orden del *Führer*" para cada crimen de los Nazis, bajo el supuesto de una jerarquía extremadamente vertical.

30 *Lehleiter*, supra nota 19, p. 183.
31 *Jescheck/Weigend*, AT, supra nota 2, p. 483; también *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 2ª ed. 1982, p. 81, el cual comprueba que los autores Nazis no estuvieron expuestos a tal peligro (94, 120).
32 Ver la discusión actual en *Lehleiter*, supra nota 19, p. 182, el cual apela a una justificación (185); *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 484; diferenciando *Roxin*, supra nota 7, § 16 mn. 57.
33 *Hirsch*, en Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11ª ed., 13ª entrega, 1994, § 35 mn. 53, 55. §35 I 2 StGB hace evidente que se trata del problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma (ver *Lenckner*, en Schönke/Schröder, StGB, 25ª ed. 1997, § 35 mn. 2 a).
34 Como "Juicio de Nuremberg" se conoce el juicio contra Göring y otros (*Internationaler Gerichtshof-IMG*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg 1947, 42 tomos) y los 12 juicios posteriores ante Tribunales Militares Estadounidenses (*US-Government Printing Office*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, Washington D. C. 1950-1953, 15 tomos - citados como TWC y tomo).

Para el Tribunal Internacional Militar (TIM) y los tribunales posteriores fue bastante fácil rechazar este postulado, el estatuto del TIM (art. 8) y la Ley del Consejo de Control (de los Aliados) nº 10 (KRG 10, art. II nº 4) excluyen la "actuación bajo órdenes" como causal de exención de la punibilidad. El TIM argumentó que el artículo 8 era compatible con el Derecho de todas las naciones y, por lo tanto, la "actuación bajo órdenes" sólo podría considerarse una causa de atenuación de la pena. Lo que habría que determinar era si de acuerdo al Derecho penal de la mayoría de las naciones "existió, según la ley ética, la posibilidad real de elegir (*moral choice*)"[35]. Si esto no fuese así, existe la posibilidad de una atenuación de la pena. Con respecto a los crímenes concretos, el TIM llegó a la siguiente conclusión:

> Ordenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrán ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma conciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación[36].

De igual manera se pronunciaron los tribunales militares en los juicios posteriores, basándose en el texto legal del artículo II 4 b) KRG 10[37]. Se señala que emplear como justificación la "actuación bajo órdenes", siguiendo la argumentación de la defensa, llevaría al absurdo resultado de que Hitler fue el único responsable de todos los crímenes[38].

En algunos juicios se desarrollaron condiciones materiales de aplicación a la "actuación bajo órdenes". El Tribunal en *US v. Brandt et al*[39], sostuvo el punto de vista de que la invocación de la causal de "actuación bajo órdenes" no es admisible si el acusado tenía un "espacio

35 *IMG*, supra nota 34, p. 250. En ella se habla ciertamente de una posibilidad de exención por estado de necesidad por fuerza (ver *v. Weber*, MDR 1948, 39).
36 *IMG*, supra nota 34, p. 328 (traduc. del alemán). Ver también p. 253: "La relación entre líder y liderados, al igual que en una relación tiránica, no excluye de responsabilidad sí es que se trata de crímenes estatales organizados." (traduc. del alemán).
37 *US v. Brandt et al.*, TWC II, p. 227, 291, 296; *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, p. 983 s.; *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, p. 475, 507 s.
38 *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, p. 507 s; *US v. Weizsäcker et al.*, TWC XIV, p. 976.
39 *US v. Brandt et al.*, TWC II, p. 227, 262 s.

de decisión", como la facultad de rechazar la orden o realizarla voluntariamente y por iniciativa propia[40]. En el Proceso contra los Juristas se dijo que la aplicación de leyes formales no liberaba a nadie de responsabilidad; más bien, el proceder siguiendo la ley es condenable si es que las leyes invitan a cometer crímenes internacionales[41]. Según *US v. List et al*[42], la "actuación bajo órdenes" no puede excluir de responsabilidad penal en base al Derecho interno de las "naciones civilizadas", pero a nivel del Derecho internacional depende de la juridicidad de la orden. Sólo en el caso de una orden jurídica se puede tomar en consideración una exclusión del injusto; de otra manera –en el caso de una orden antijurídica– hace ya falta una norma válida[43], así que la ejecución de la orden solamente podría considerarse como atenuante de la pena. Sin embargo, una exención de la punibilidad es posible alegando error[44].

La cuestión del conocimiento (elemento subjetivo) jugó un rol decisivo en *US v. Ohlendorf et al*[45]. Partiendo del hecho de que un soldado no es una máquina, sino un ser racional, resulta que una exclusión del injusto sólo es posible si se trata de órdenes que se refieren a obligaciones militares, para cuya promulgación el superior tiene competencia y que además son legales. En el caso de una orden antijurídica depende de la –ya por el TIM citada– posibilidad de una "elección moral" y de que el subordinado pueda probar una "ignorancia excusable de su ilegalidad" (*excusable ignorance of their illegality*). Si es que faltara, el subordinado podrá invocar solamente un estado de necesidad por fuerza o coacción (*Nötigungsnotstand*)[46]. La invocación de la "actuación bajo órdenes" no es posible, en todo caso, si el subordinado se somete en algún momento al carácter antijurídico de la orden.

40 Tal iniciativa propia se puede dar en caso de un exceso (ver *BGH* NJW 1995, 1297 s.: excesos individuales contra la población civil no cubierta por una orden militar y perseguida penalmente por el Derecho militar).
41 *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, p. 983 s, 1128.
42 *US v. List et al.*, TWC XI, p. 1236 s., también p. 1271, 1280.
43 Literalmente: "an illegal order is in no sense of the word a valid law which one is obliged to obey." (idem., p. 1237) ["en el Derecho válido carece de sentido que alguien esté obligado a obedecer una orden ilegal"].
44 Ver *US v. Milch*, TWC II, p. 788.
45 *US v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, p. 470 s.; sobre casos precedentes en Alemania: p. 483 s.; sobre acusados concretos: 473, 517, 585; con respecto al "principio del liderazgo" en este contexto ver p. 506 s.
46 En la sentencia falta una delimitación clara (ver idem., p. 470).

Esta jurisprudencia, sobre todo el veredicto del TIM, constituyó la base de otros numerosos juicios contra criminales de guerra nazis ante tribunales nacionales y de ocupación, en los que la "actuación bajo órdenes", como razón de exención de punibilidad –por las mismas razones–, fue rechazada. De las numerosas decisiones jurisprudenciales internacionales[47], es relevante el juicio contra el Director del Departamento de Asuntos Judíos del Ministerio de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*), Adolf Eichmann[48]. En este caso se rechazó la objeción de la "actuación bajo órdenes", debido a la falta de reconocimiento, por parte del Derecho internacional penal, de las órdenes "evidentemente ilícitas" (*manifestly unlawful*)[49]. Por otro lado, se señaló que Eichmann no solamente cumplía órdenes, sino que actuaba de manera sobrecumplidora[50]. Hace poco, en el caso Erdemovic ante el ICTY, también fue negado el efecto eximente por "actuación bajo órdenes" con base en el texto del artículo 7 inc. 4 del Estatuto del Tribunal[51].

Merece especial referencia, además, –no sólo desde un punto de vista alemán– la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Zona Británica (*Oberster Gerichtshof für die britische Zone-OGHBrZ*), sucesor del *Reichsgericht* en la zona de ocupación británica hasta el establecimiento del *Bundesgerichtshof*. Lamentablemente la jurisprudencia del OGHBrZ fue

47 Sobre los juicios inmediatos al término de la guerra ver *United Nations War Crimes Commission (UNWCC)*, Law Reports of Trials of War Criminals, tomo XV (Digest), 1949, p. 157 ss.; secundaria también *Bassiouni*, 1992, p. 415 s.; sobre el juicio contra Priebke ver *Hein*, Deutsche Richterzeitung 1996, p. 476 (481).

48 Ver la condena (a muerte) del Juzgado de Primera Instancia de Jerusalén de 12.12.1961 (International Law Reports = ILR 36, 1968, p. 5-14, 18-276; traducción al alemán en: *Less*, 1987) y la sentencia confirmatoria en la apelación ante la Corte Suprema de 29.5.1962 (ILR 36, 1968, p. 14-17, 277-344).

49 *Juzgado*, supra nota *Fehler! Unbekanntes Schalterargument.*, par. 218-20; *CS*, supra nota *Fehler! Unbekanntes Schalterargument.*, par. 15 (entre otros basándose en US v. Ohlendorf).

50 *Juzgado*, supra nota *Fehler! Unbekanntes Schalterargument.*, par. 216, 228. 231: *CS*, supra nota *Fehler! Unbekanntes Schalterargument.*, par. 15 (p. 313, 318 s.).

51 *ICTY-Trial Chamber I*, Sentencing Judgement, Drazen Erdemovic. Case no. IT-96-22-T, 29-11-1996, par. 15 s. (con anotaciones interesantes sobre el estado de necesidad por fuerza). Ver también *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR 1998, p. 167 s.; *Ambos*, en: Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Tomo III Makrodelinquenz, Baden-Baden 1998, p. 391 ss.

pocas veces citada[52]. Este Tribunal no examinó tanto la cuestión del efecto eximente de la "actuación bajo órdenes", sino mas bien el problema fundamental de cómo órdenes estatales –también órdenes legales– pueden desarrollar efectos eximentes y cómo, en un caso concreto, otras razones de justificación o excusa (sobre todo el estado de necesidad por fuerza) pueden tomar en cuenta la situación especial de sometimiento por fuerza o coacción del subordinado. En cuanto a las órdenes basadas en una ley, la Corte sostuvo con notable claridad en su primera sentencia sobre los casos de eutanasia decretada por Hitler en octubre de 1939, que éstas (y otras) "normas" no tenían ninguna obligatoriedad jurídica o legal:

> La opinión de ciertos profesores nazis de Derecho de que cada capricho jurídicamente relevante de Hitler, que en su modo puede ser visto como norma, no obstante su forma, igual a una ley y obligatoria jurídicamente, es un autodesapoderamiento de los miembros de la comunidad jurídica denigrada a favor de un déspota, que analizado desde el punto de vista del Estado de Derecho no merece observancia como ciencia de las fuentes jurídicas[53].

La OGH no sólo se ha apoyado en el texto legal del KRG 10 en lo que respecta a la consecuencia jurídica concreta de la "actuación bajo órdenes", sino que también se ha pronunciado sobre la situación jurídica alemana (en particular § 47 MStGB), diciendo que las infracciones graves del Derecho no pueden ser justificadas por "actuación bajo órdenes"[54]. El subordinado podría verse envuelto en una situación excepcional de necesidad debido a la orden que se le dio y por ello su conducta podría –bajo ciertas condiciones estrictas– ser justificada o exculpada por las causales de estado de necesidad o estado de necesidad por fuerza. El autor no sólo debe

52 El único trabajo que analiza la jurisprudencia de guerra (pero de modo demasiado negativo) es el de *Storz*, Die Rechtsprechung des OGHBrZ, 1969, passim.

53 *OGHSt* 1, p. 321 (324) [traduc. del alemán]. Ver también *OGHSt* 2, p. 117 (128, 129). A este se unió el BGH, ver *BGHSt* 2, p. 173 (177); 2, 234 (237s); 3, 110 (128); 3, 357 (362 s) así como recientemente referiéndose al § 27 de la Ley de Frontera de la RDA *BVerfG* NJW 1997, p. 929 (931).

54 *OGHSt* 1, p. 310 (312). Sobre la situación jurídica alemana v. *Weber*, MDR 1948, 35 s.

encontrarse en una situación objetiva de peligro, sino que debe estar conciente de dicho peligro y haberse decidido a realizar la acción ordenada para evitarlo:

> La circunstancia de que tal acción sea la única salida a dicha situación de peligro para la vida, debe haberlo llevado a esta elección (...) Si el autor no obró, a pesar del peligro inminente, para evitarla, sino por otros motivos, entonces no entran en vigencia los §§ 52, 54 StGB[55].

Por ello tiene que existir también un elemento subjetivo de justificación. Sin embargo, el OGHBrZ llegó después a la conclusión de que el art. II 4 b) KRG 10 no quiere decir, para todos los casos, que la orden no sea relevante para la responsabilidad penal del receptor de la misma[56]. Más bien, expresa solamente un concepto jurídico que debe estar en concordancia con el Derecho de todas las naciones, es decir, concretamente puede depender de si es aplicable el Derecho alemán, que es más benévolo con el subordinado (§ 47 MStGB) o el anglosajón que es más estricto. En el caso concreto, sólo lo mencionó y se inclinó por el derecho anglosajón. Según éste, depende si la orden era evidentemente antijurídica y si el subordinado debió reconocerla, es decir, si éste "estaba en la capacidad de comprender lo injusto de su proceder"[57].

2. La normatividad y doctrina del Derecho penal internacional

A) Ninguna exclusión de la punibilidad

La jurisprudencia descrita refleja la situación del Derecho internacional penal en la actualidad[58]. Como se ha comprobado en

55 *OGHSt* 1, p. 313 (traduc. del alemán). Los §§ 52, 54 (antiguo) StGB regularon la "coacción por una situación de fuerza" (*Nötigung durch Zwangslage*) y el "estado de necesidad" (*Notstand*).
56 *OGHSt* 2, p. 269 (276).
57 Idem, p. 277.
58 Sobre la situación jurídica hasta fines de la 2ª guerra mundial, ver *v. Weber*, MDR 1948, p. 34.

otro lugar[59], las fuentes del Derecho internacional demuestran claramente que el "actuar bajo órdenes", en el caso de la violación de Derechos humanos, no se puede reconocer como causal de exclusión de la punibilidad. Tratados internacionales, tales como la Convención contra la Tortura de la ONU[60] (art. 2 apart. 3), niegan categóricamente cualquier exención de pena. El Estatuto de Roma[61], si bien no contiene un rechazo tan absoluto como los otros instrumentos, declara inadmisible la defensa que invoca el cumplimiento de la orden superior, en caso de órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad ya que éstas son consideradas ilícitas (art. 33 inc. 2). De esta manera el Estatuto confirma la tendencia general de los tratados internacionales y regionales citados. El restante Derecho en formación ("*soft law*")[62], sobre todo las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y otros organismos de las NNUU, en general no se refieren a crímenes determinados, sino a crímenes internacionales y a violaciones graves de Derechos Humanos.

La responsabilidad penal del mando o superior, que conforma la contraparte lógica del receptor de la misma (subordinado), obedece a la denominada doctrina de la responsabilidad de comando (*command responsibility*), que se encuentra en numerosas fuentes internacionales (más reciente también en art. 28 del Estatuto de Roma[63]) y está reconocida por el Derecho consuetudinario internacional[64].

59 Ver *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, 1997, p. 294, especialmente el cuadro II que se refiere a las fuentes internacionales desde Nuremberg (estatutos del IMG) hasta La Haya (estatutos de los tribunales para Yugoslavia y Ruanda); ahora también, *Ambos*, Impunidad y Derecho penal internacional, 1999 (Buenos Aires, ad hoc; Bogotá, Universidad Externado), cap. V, cuadro II.
60 BGBl. 1990 II 247. La Convención entró en vigencia el 26 de junio 1987 y fue firmada hasta el 27 de marzo 1997 por 102 países, ver <http://www.un.org/Depts/treaty>.
61 *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Conf. 183/9; en: ILM 1998, 999; ver también: <http://www.un.org/icc>.
62 Bajo *soft law* se entienden aquellas declaraciones o acuerdos extrajurídicas/os que no corresponden a las clásicas fuentes del derecho internacional como lo prevé el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Es por ello que no fundan ninguna obligación internacional, pero pueden llegar a tener importancia (política) o efectos penalizadores (intraestatales) (ver *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3ª ed. 1984, §§ 540 s., 654).
63 Ver el comentario de *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute, 1999 <www.nomos.de>.
64 Ver *Ambos*, supra nota 59, p. 303.

En lo referente a la responsabilidad del subordinado, una diferenciación parece razonable. Si se trata de hechos reconocidos como crímenes internacionales, en particular por el Derecho de Nuremberg y su continuación a través de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y por el Estatuto de Roma, se rechaza una exclusión de la punibilidad. En lo que aquí concierne, existen tres grupos de delitos: crímenes de guerra (Derecho de La Haya y de Ginebra), genocidio y crímenes contra la humanidad[65]. Sin embargo, los Estados partes de la Convención sobre Genocidio, así como de la Convenciones de Ginebra (CG) y sus Protocolos Adicionales (PA), no se querían comprometer en esa cuestión[66]. Eso demuestra por un lado, que la reglamentación propuesta en el artículo 8 del Estatuto de la TIM (ninguna exclusión de la punibilidad), especialmente con respecto a las reglamentaciones del Derecho nacional militar[67], ya en la época generaba dudas y lleva, de otra parte, a preguntar por qué, a pesar de esto, fueron adoptados sin más por el Consejo de Seguridad de la ONU en los Estatutos del ICTY y ICTR. Parece que el Consejo de Seguridad –en vista de la crueldad de la guerra en la entonces Yugoslavia y en Ruanda– quería quitarle sustento, desde un principio, a la posibilidad de invocar el cumplimiento de una orden como causal de exclusión de la punibilidad. Como sea, no se puede negar que el rechazo de la orden superior como causal de exclusión de la punibilidad, reconocido además por la CDI en el Proyecto del Código de Crímenes de 1996[68],

65 Ver art. 1-5 del "Estatuto del Tribunal para Yugoslavia" (resol. 827 del Consejo de Seguridad de 25-5-1993), art. 2-4 del "Estatuto del Tribunal para Ruanda" (resol. 955 de 8-11-1994), como los artículos 17, 18 y 20 del "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind" de 1996 = Draft Code 1996 (Report ILC on the work of ist 48th session, 1996, A/51/10, par. 30 y s.; ver *Ambos*, European Journal of International Law 1996, 519, 529). La categoría "crímenes contra la humanidad" es sumamente discutida debido a su contenido (ver *idem*, 536 y s.).

66 Ver *Jescheck*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR) 1957, 217 (243); *Gasser*, en: Haug, Menschlichkeit für alle, 1993, p. 499 (591).

67 Las reglamentaciones mencionadas parten de una absoluta exención de la pena. Ver el Field Manual estadounidense de 1956 (en *Jescheck*, SchwZStR 1957, p. 244) y el British Manual of Military Law (cf. *Eser*, Israel Yearbook on Human Rights, 1994, 201, 206 en nota 20); ver también *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2ª ed. 1983, mn. 1038 y ss.

68 Ver art. 5 Draft Code 1996 (supra nota 65). Una exención de la pena según el art. 11 Draft Code 1991 (Report of ILC on the work of ist 43rd session, 1991, A/46/10, p. 238 y s.) solamente será negada, si el subordinado tuvo la posibilidad "not to comply with that order". Con respecto al Draft Code 1991, ver. McCormack/Simpson, Criminal Law Forum (CLF) 1994, 1-55; *Tomuschat*, en: Hankel/Stuby (comp.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995, p. 270-294; *Ambos*, ZRP 1996, p. 265 y s.

tiene una base sólida en la jurisprudencia internacional desde Nuremberg, analizada en la sección anterior. Una visión comparada del Derecho extranjero también apoya este punto de vista[69].

Si se trata de otros delitos, aquellos que no caen dentro de las categorías citadas y que tienen un bajo grado de reconocimiento por parte del derecho internacional o en parte no son reconocidos, se debe seguir la formulación del CDI-Proyecto de Código (*Draft Code*) y de los "Principios Básicos para el uso de armas de fuego por miembros de las fuerzas de seguridad", de que en determinados casos un "acto en cumplimiento de una orden" puede ser causal de exclusión de punibilidad. Se trata de los hechos en los cuales no es posible para el autor oponerse a la orden y la orden no es "manifiestamente antijurídica".

La última diferencia se remonta a la discusión desarrollada especialmente en la doctrina penal[70], acerca de si no depende en última instancia del punto de vista subjetivo del destinatario de la orden y ulterior autor del hecho inmediato. Desde la perspectiva del Derecho penal parece admisible –por el principio de culpabilidad– una condena sólo si la ejecución de la orden y (con esto) la comisión del hecho, es imputable y reprochable al destinatario de la orden. Este componente subjetivo es pasado por alto, generalmente, por las consideraciones estatales de "carácter colectivo" que se encuentran en el campo de Derecho internacional[71]. El "actuar

69 Cf. *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 498 ss.; *Kreuter*, Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts, 1997, p. 169 ss.

70 Ver especialmente *Eser* (supra nota 67), p. 204, que describe la discusión actual diferenciándola en tres direcciones: "actuar bajo órdenes" como "full defence" ("binding effect of an order", "subjective impossibility of refusing"), como ninguna "defence" (planteamiento de "absolute liability") o -como solución media- diferenciación según "manifest illegality" o bien *mens rea* (ver en Festschrift Triffterer, 1996, 755, 762 y s.). Ver *Jescheck* (Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, p. 255, 385), el cual -como Eser- es partidario de la "solución media" (ver Jescheck, SchwZStR 1957, 241 y s.). Para *Oehler* (supra nota 67), mn. 1038, aqui 1044, depende si es que el subordinado "no pudo reconocer la orden como obviamente antijurídica o si no tenía que reconocer, razonablemente, su antijuridicidad."; ver *Triffterer*, en: Lampe (comp.), Deutsche Wiedervereinigung, Tomo II, 1993, p. 131 (147 y s.); dicho sea de paso, el trataría crímenes de guerra y hechos delictivos por igual. Ver también *Zuñiga*, Nuevo Foro Penal (Medellín) 1991, 331 (339); *Gasser* (supra nota 66), p. 591; *Sunga*, Individual responsability in international law for serious human rights violations, 1992, p. 55 y s.

71 Ver *Orentlicher* (The Yale Law Journal 1991, 2537, 2603) y *Kokott* (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV 1987, 506, 528) los que constataron que en caso de

bajo órdenes" puede ser reprochable sólo si el subordinado pudo reconocer la antijuricidad de la orden o –a pesar de su abierta antijuricidad– no la reconoció por grave imprudencia y, no obstante haber tenido la posibilidad de actuar de otro modo, sin embargo la ejecuta. El TIM empleó, como ya se dijo, el criterio de una verdadera "elección moral". Este intento de encontrar una solución justa para cada caso individual se encuentra presente en las fuentes internacionales, solamente en las reglamentaciones sobre atenuación de la pena bajo la fórmula si la justicia así lo requiere *(if justice so requires)*. Dogmáticamente se trata del problema del juicio de reprochabi-lidad del ejecutor de la orden. Al respecto se asocian dos cuestiones específicas. Partiendo de la falta de conocimiento del injusto que implica la ejecución de la orden, se puede preguntar en primer lugar, si el subordinado hubiera podido o no evitar ese error de prohibición[72]. En un caso concreto esto depende de numerosos factores, tales como el tiempo de reflexión existente entre el momento en que se imparte la orden y el momento en que se ejecuta, la disciplina exigida a los militares y otras circunstancias. Finalmente, el subordinado tiene también un deber de examinar la orden; las exigencias a este deber corresponden, en principio, a las de un infractor "normal"[73].

Una orden es pues, en todo caso, reconocida como antijurídico –según el baremo del observador razonable promedio– cuando es manifiestamente ilegal (antijurídica); en este caso existe una presunción a

graves violaciones de Derechos Humanos no existe ninguna justificación (en un sentido no técnico; de manera similar *UN-Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences*, UN-Dok. E/CN.4/1994/26, 1993, par. 46 j). *O'Brien*, American Journal of International Law (AJIL), 1993, 639 (653), se refiere al problema del conocimiento (insuficiente) del subordinado y quiere reconocer la "orden superior" como "defensa" (parecido al planteamiento diferenciado de *Sunga*, supra nota 70, p. 57).

72 Ver *Jescheck*, SchwZStR 1957, 242; idem, supra nota 70, p. 387; *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 495. La discusión se refiere al término de Metzger, "la ceguera del Derecho" - "Rechtsblindheit" (explícitamente *Jescheck*, SchwZStR 1957, 244; ver Tribunal Regional Superior de Freiburg, Juristenzeitung - JZ 1951, 86). Una parte de la ciencia parte de un error de tipo (ver *Zuñiga*, supra nota 70, p. 339, 342 nota 37; *Sancinetti*, Doctrina Penal, Buenos Aires, 1987, p. 472).

73 Según *Jescheck* (supra nota 70), p. 261 el deber de verificación es limitado, depende del reglamento disciplinario y de las posibilidades reales; ya que en el campo militar no se deben sobrepasar ciertas exigencias (ver también *Zuñiga*, supra nota 70, p. 341). Ver ya supra nota 9 y texto.

favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición[74]. Esto se debe aceptar en el caso de órdenes que se dirigen a la comisión de graves violaciones de derechos humanos. La orden de hacer "desaparecer" una persona, de torturarla o de ejecutarla ilegalmente es tan manifiestamente ilegal como el genocidio de una determinada minoría étnica y determinados crímenes de guerra. Existe pues un límite absoluto, que no deja espacio para una consideración subjetiva, teniendo en cuenta el objetivo orden de valores (de Derecho internacional), en determinadas actividades delictivas se parte del reconocimiento de la ilegalidad de la orden, y también se atribuye a todo destinatario de la orden la capacidad de efectuar tal reconocimiento[75]. Esto corresponde también con la valoración aludida en el § 5 I WStG, pues la antijuricidad del hecho es en estos casos evidente. Como segunda pregunta específica, se debe verificar si el subordinado no puede ser exculpado desde otro punto de vista que más bien se refiere al reproche personal en sentido estricto. El estado de necesidad por coacción[76], ya mencionado –como causa de exculpación– entra en vigencia si el subordinado es obligado a ejecutar una orden, reconocida por él como antijurídica, ya que de lo contrario su vida, su integridad física y su libertad estarían en peligro. La figura del procedimiento bajo órdenes es en tal caso superflua, ya que las causas generales de exculpación permiten soluciones adecuadas[77]. Entonces rigen también los presupuestos de aquéllas, en especial debe el subordinado haber actuado para evitar un peligro[78].

74 Así *Sancinetti*, supra nota 72, p. 472.

75 En este sentido, en contra de la doctrina de la "obediencia a ciegas" en actos crueles, *Zaffaroni* (comp.), Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina, 1986, p. 272. La Corte Constitucional colombiana niega rotundamente el efecto eximente en caso de órdenes antijurídicas, particularmente en casos de "hechos de suma crueldad" (veredicto C 578/95 de 4-12-1995, especialmente p. 28, 35). Ver también *Oehler* (supra nota 67), mn. 1020, 1044; *Triffterer*, en: Hankel/Stuby (supra nota 65), p. 240; *Roht-Arriaza* (comp.), Impunity and Human Rights in International Law and Practice, 1995, p. 66.

76 Con respecto a la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como causa de exculpación (negada) ver *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 503; *Roxin*, supra nota 7, § 22 mn 138 y s. La inexigibilidad en general es descrita por: *Zuñiga* (supra nota 70), p. 344.

77 Así básicamente el planteamiento de *mens rea* (Dinstein), que ve la orden de un superior, no como defensa "propia", sino como parte de otra "defensa" (ver *Eser*, supra nota 67, p. 209). Aparte de la inexigibilidad de una conducta, conforme a la norma se puede pensar también en una colisión de deberes (ver *Sancinetti*, supra nota 72, p. 468).

78 Ver *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 483; *Roxin*, supra nota 7, § 22 mn. 32 y s.

En todos los casos posibles se trata de la cuestión del reproche personal por la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana y española, ello nos ubica en el terreno de la culpabilidad y no de la justificación[79]. Eso es igualmente correcto en tanto que, la accesoriedad limitada, permite la posibilidad de una participación punible –por ejemplo de un instigador o cómplice militar de mala fe– en el hecho ejecutado, así como la justificación de un ataque realizado en legítima defensa. Que se le quiera reprochar finalmente al destina-tario de la orden su ejecución, dependerá decididamente de cómo se considera la relación de servicio militar. Esto dependerá, nuevamente, del caso en concreto y es una pregunta de hecho, mas no de carácter normativo. En el caso de los llamados delitos graves, la disciplina militar no puede constituir, por sí sola, el límite en el examen de legalidad de las órdenes. Tampoco es razonable, porque justamente en el campo militar "las exigencias no deben ser exageradas"[80]. ¿No debería justamente un soldado estar a la altura de las especiales situaciones de dificultad que implican su servicio? Tampoco es necesario partir –como principio–, de la "costumbre a la obediencia y la confianza en los superiores"[81], en favor de los subordinados[82].

79 Así también *Jescheck/Weigend*, supra nota 2, p. 494; *Jescheck*, supra nota 70, p. 255, que sin embargo se ocupa de una (adecuada) armonización integral de ambos deberes de protección: "De una parte, el ordenamiento jurídico debe asegurar la *capacidad funcional del aparato estatal* y esto requiere de la garantía del deber de obediencia, al interior de la jerarquía de los órganos estatales, especialmente en el ámbito militar. De otra parte, se encuentran el *deber del Estado de Derecho*, de proteger a todas las personas de las intervenciones del poder estatal y de aplicar las normas penales, también en contra de aquellos órganos estatales en los que sus superiores imparten órdenes ilegales. Esta contradicción genera exigencias opuestas a los subordinados y con ello a la *colisión entre el mandato de obediencia y las normas del ordenamiento penal*. El fundamento para la exculpación del subordinado de la responsabilidad penal puede ser de una parte esta *contradicción de deberes*, pero también la *protección de la confianza*, que por lo general al subordinado le manifiesta la legalidad de las órdenes del superior " (p. 255; traduc. del alemán). En forma similar la argumentación de *Sancinetti*, supra nota 72, p. 467 ss. sobre la colisión (exculpativa) de deberes. Decidido por el estado de necesidad justificante *Roxin*, supra nota 7, § 17 nm. 18. Críticas sobre la falta de diferenciación en la doctrina extranjera: *Eser*, supra nota 67, p. 209.

80 *Jescheck*, SchwZStR 1957, 261.

81 *Jescheck*, SchwZStR 1957, p. 244 (traduc. del alemán).

82 A donde conduce esa mentalidad lo muestran las revelaciones del antiguo capitán de corbeta argentino Scilingo (cf. *Verbitsky*, 1995).

b) Excepcionalmente atenuación de la pena

De las fuentes pertinentes del Derecho internacional penal[83] se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico –crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad– es permitida en casos individuales, "si la justicia así lo requiere". Esta formulación estándar demuestra que la comunidad de Estados se inclina por una reducción de la pena en estos supuestos, pero deja la decisión de los casos individuales a las sedes jurisdiccionales respectivas[84]. En este sentido, se debe referir a los criterios ya desarrollados.

Si se trata de un supuesto donde el subordinado, habiendo reconocido la antijuricidad de la orden, sin embargo la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Aquí entra en consideración, pues, el aspecto ya planteado en el plano de la exclusión de la punibilidad, de la obligatoriedad de la orden dentro de la jerarquía militar[85], que puede impedir en determinadas circunstancias el rechazo de la orden (inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

Si se trata de un caso en el cual el subordinado no reconoce la antijuricidad de la orden, pero este error (de prohibición) fue evitable, se podrá considerar, de acuerdo con lo dicho, con mayor razón una atenuación punitiva. Ya que en este caso el grado de reproche es menor[86]. El subordinado actúa aquí confiando en la legalidad de la orden, y la reprochabilidad de su conducta consiste sencillamente en no haberla examinado suficientemente, es decir, por un comportamiento imprudente, lo que puede fundamentar un reproche de culpabilidad por imprudencia –pero no por dolo como cuando se actúa a pesar de conocer la antijuricidad de la orden. Por lo demás,

83 Ver supra nota 59.

84 Ver *Eser*, supra nota 67, p. 210, nota 35; *Jescheck*, supra nota 70, p. 255; *idem*, SchwZStR 1957, 244; *Sunga*, supra nota 67, p. 57; *Orentlicher*, supra nota 68, p. 2603.

85 Cf. especialmente *Jescheck*, supra nota 70, p. 255 ss.; *ibid.*, SchwZStR 1957, p. 242 ss.

86 En este sentido *Zúñiga*, supra nota 70, p. 349.

aquí también la decisión depende en última instancia del caso individual. Se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución.

Resumen

El Derecho internacional penal establece en el caso de los denominados crímenes internacionales, especialmente la tortura y las "desapariciones forzadas", que no es admisible una exclusión de la punibilidad. En éstos se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuricidad manifiesta de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición inevitable y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, en principio, en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo, puede considerarse como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves, puede plantearse una exclusión de la punibilidad si la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una atenuación punitiva para los casos de crímenes internacionales. Aquí depende –de modo similar al supuesto de exclusión de la punibilidad– del caso individual y especialmente de si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden.

Desde el punto de vista del Derecho penal, el reconocimiento de causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, plantea siempre una cuestión de reproche individual por el hecho. Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error de prohibición) se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

En el Derecho alemán se diferencia entre una orden simplemente antijurídica y penalmente antijurídica. Si se trata de una orden obligatoria, entonces se justifica en principio al receptor de la misma. Si la orden es antijurídica –no obligatoria–, se considera sólo como una causa de exclusión de culpabilidad (§ 5 I WStG). Pero en tanto el Derecho internacional penal establece que perpetrar crímenes internacionales representa un hecho antijurídico evidente, tiene que eliminarse la posibilidad de un recurso de apelación al amparo del § 5 I WStG.

Aunque la situación jurídica parezca clara, la dimensión psicosocial del "actuar bajo órdenes" es compleja. Solamente una educación crítica y un Derecho penal ilustrado y liberal disminuyen la discrepancia entre las exigencias del Derecho internacional penal y la realidad de la "obediencia absoluta", no sólo en el caso de las jerarquías de mando. Es necesario un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes:

> Orden es orden: quizás el seguir una orden puede originar su carácter definido e indiscutible, lo cual provoca que se piense tan poco sobre ella. Se le considera como algo que siempre fue así, ella aparece tan natural como imprescindible. Desde pequeño se está acostumbrado a recibir órdenes, de ellas se conforma en gran parte lo que se llama educación; también la vida adulta está regida por ellas, trátese de las esferas del trabajo, de la lucha o de la creencia. Casi nunca se ha formulado la pregunta sobre qué es una orden; si es realmente tan sencilla como parece y si no deja, sin considerar la rapidez y perfección de la respuesta esperada, otras huellas profundas, tal vez hostiles, en el ser humano que las obedece[87].

87 *Canetti*, supra nota 1, p. 335.

La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional *

Kai Ambos

I. Introducción

El concepto de responsabilidad de mando –o mejor dicho, de responsabilidad del superior[1]–, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir, como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros. Finalmente, como tendremos oportunidad de explicar, la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión *(echtes Unterlassungsdelikt)* y un delito de peligro *(Gefährdungsdelikt)*.

---

* Traducción del inglés de Oscar Julián Guerrero (Colombia) y Mónica Karayán (Argentina, citas); revisión de M. Soledad Saux y del autor.

1 Mientras el término "mando" parece limitar la doctrina al contexto militar, el término "superior" es mucho más amplio y se extiende también a los civiles. En esta forma fue adoptado por el Estatuto de Roma. Véase infra III.2.b) aa); véase también al respecto *Fenrick*, 1995, pág. 110, nota 21. Sin embargo, esta diferencia esta ignorada por T.Ch., sentencia del 26 de febrero de 2001, *Kordic & Cerkez*, IT-95-14-2-T, para. 364 con nota 492.

Estas consideraciones, más bien teóricas, asumen importancia práctica si se observan, por ejemplo, los problemas de carácter probatorio que se encuentran en los casos de responsabilidad del superior: primero, debe probarse que el superior estaba en una posición de mando y control que le posibilitaba impedir o detener los delitos de los subordinados. Segundo, el superior debía tener conocimiento de estos crímenes, o debía, al menos, conscientemente ignorarlos. El último punto es especialmente controvertido.

Este artículo mostrará, en primer lugar, que la doctrina de la responsabilidad del superior está reconocida en el derecho internacional consuetudinario (II) como se evidencia a través de la jurisprudencia (II. 1), los esfuerzos de codificación (II. 2) y el derecho comparado (II. 3). Un análisis de estas fuentes mostrará, sin embargo, que esos elementos de la doctrina están lejos de ser claros y uniformes. La mayor parte del trabajo estará dedicada a aclarar y depurar estos elementos, así como los establecidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (III). Finalmente, esta parte del documento contiene también sugerencias para la interpretación del mencionado artículo y donde quiera que fuese necesario, para su perfeccionamiento.

II. La responsabilidad del superior en el derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario, en el sentido del artículo 38 párrafo 1 literal b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), se define como una práctica estatal general, la cual es expresión de una *opinio iuris vel necessitatis*[2]. A través del análisis del derecho positivo, la jurisprudencia nacional e internacional y el derecho comparado, incluyendo la doctrina, se puede identificar a la costumbre, aunque el derecho comparado, también puede ser expresión de principios generales en el sentido en que lo entiende el artículo 38, párrafo 1, literal c) del Estatuto de la C.I.J.

2 Cf. *Bernhardt*, E.P.I.L. I (1992), pág. 898 y ss.; *Brownlie*, Principles of Public International Law, 1998, pág. 4 y ss.; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 1984, §§ 549 y ss.

Los orígenes de la doctrina de la responsabilidad del superior se pueden remontar al siglo XV[3]. Sin embargo, el panorama que ofrecemos aquí, sólo atiende los desarrollos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pues sólo a partir de ese momento la doctrina fue claramente ligada a la responsabilidad[4] penal y desde allí se obtuvo una mayor precisión de su significado, el cual ha servido como base para el Estatuto de Roma.

1. Jurisprudencia nacional e internacional

A) El caso Yamashita: el difícil debut de la doctrina de la responsabilidad del superior

El juicio contra el General del Ejército Japonés Tomoyuki Yamashita produjo la primera decisión basada sobre la doctrina[5] de la responsabilidad del superior. Yamashita tomó el mando del ejército japonés en las Filipinas el 9 de octubre de 1944. Él transfirió su comando de operaciones a las montañas del Baguio, 125 millas al norte de Manila, en diciembre de 1944. El 4 de febrero de 1945, las tropas de los EE.UU. alcanzaron la capital, Manila, y el 3 de marzo todas las fuerzas navales japonesas que intentaron defender la ciudad fueron eliminadas. Durante el ataque, las fuerzas japonesas torturaron y asesinaron a miles de ciudadanos civiles (700000 habitantes)[6]. Otras atrocidades fueron cometidas en la provincia de Batangas y en Luzon[7]. Durante la defensa de Manila, el General Yamashita estaba en Baguio y, de acuerdo con lo dicho por su abogado defensor, no se conocía nada del ataque ya que sus comunicaciones habían sido completamente interrumpidas. Su orden inicial de evacuar Manila encontró resistencia de parte de las fuerzas del ejército y de las fuerzas navales japonesas. Solamente 1600 soldados abandonaron la ciudad en enero de 1945 cuando el Estado Mayor Imperial los puso bajo las órdenes directas de Yamashita. Los

3 Cf. *Parks*, pág. 2 y ss.; *Green*, 1995, pág. 320 y ss.; *Bassiouni*, pág. 423 y ss. Véase también *Levie*, pág. 1, refiriéndose a Grotius.

4 Cf. *Parks*, pág. 19.

5 La información sobre los hechos está basada sobre *Prévost*, pág. 309 y ss., *Landrum*, pág. 293 y ss. y *Crowe*, págs. 194-95.

6 *Parks*, pág. 25 y *Landrum*, pág. 295, informan sobre una cifra superior a los 8000 asesinatos y 7000 torturados o heridos; *Landrum* también cita 500 violaciones. *Prévost*, pág. 314, y *Crowe*, pág. 195, dan cuenta de una cifra cercana a los 100000 muertos.

7 *Landrum*, págs. 294-95.

20000 hombres de la fuerza naval permanecieron en la ciudad. El 25 de septiembre de 1945 Yamashita fue detenido por las fuerzas armadas norteamericanas bajo los siguientes cargos:

> omitir *ilícitamente* y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de los Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas[8].

El juicio ante la Comisión Militar de los EE.UU. empezó el 29 de octubre y terminó el 7 de diciembre de 1945, con una sentencia de muerte para el acusado. La Comisión no llegó a una conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y solamente encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que Yamashita había "incumplido disponer un control efectivo (...) tal cual lo requerían las circunstancias[9]. Yamashita apeló primero ante la Corte Suprema de Filipinas, la cual se declaró incompetente, en razón de que podía "interferir con los actos del ejército de los EE.UU. "[10]. La Suprema Corte de los EE.UU. aceptó la apelación, pero restringió su decisión –basándose sobre su teoría de la limitación judicial, aplicada en los casos previos de crímenes de guerra– a cuestiones meramente procedimentales, afirmando que:

> La detención del reo (...) sujeta a la prescripta revisión por las autoridades militares, resultaría ajustada a derecho, y (...) la solicitud para que esta instancia superior se manifieste sobre las irregularidades en el procedimiento, y resuelva sobre las acciones de hábeas corpus y competencia, debe ser, y es, *rechazada*[11].

8 "*unlawfully* disregarded and *failed* to discharge his duty as commander *to control* the operations of the members of this command, permiting them to commit brutal atrocities and other high crimes against the people of the United States and of its allies and dependencies, particularly the Philippines...". Citado de acuerdo con 327 U.S., págs. 13-14, 1945: original (énfasis nuestro).

9 "failed to provide effective control ... as was required by the circumstances". Cf. 327 U.S. pág. 51, 1945 (el énfasis es nuestro).

10 Citado de acuerdo con *Prévost*, pág. 320.

11 "detention of petitioner for trial ..., subject to the prescribed review by the military authorities, were lawful, and ... the petition for certiorari, and leave to file in this Court petitions for writs of habeas corpus and prohibition should be, and they are *denied*", 327 U.S., págs. 25-26, 1945: original (énfasis del texto original).

Con respecto al derecho de Yamashita a un juicio con todas las garantías legales (debido proceso), de acuerdo a la quinta enmienda de la Constitución de los EE.UU., la Corte se inhibió para emitir una decisión de fondo declarándose incompetente para revisar el asunto[12]. En lo que se refiere a las bases que habían permitido ejercer la acción, la Suprema Corte reconoció, ante todo, que los crímenes en cuestión constituían "violación a las leyes de la guerra"[13]. Estas violaciones se imputaron al acusado por la doctrina de la responsabilidad del superior en razón de que:

> las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto de prevenir actos concretos (...) [y] puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas (...) en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados[14].

De esta forma, la Corte sostuvo que "las pretensiones de la acusación, probadas en un sentido normalmente razonable, resultan adecuadamente alegadas como violación de las leyes de la guerra"[15].

12 Ibid., pág. 18 y ss. (23): " ... we hold that the commission's ruling on evidence and on the mode of conducting these proceedings against petitioner are not reviewable by the courts, but only by reviewing military authorities".

13 Ibid., véase también pág. 18.

14 " ... the law of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified acts ... [and] ... he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result. (...) Hence the law of war presupposes that its violation is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates". Ibid., pág. 14. Véase también pág. 18.

15 "the allegations of the charge, tested by any reasonable standard, adequately allege a violation of the law of war ...". Ibid., págs. 17-18 (disedencia del juez *Murphy*, pág. 31).

El juicio y la decisión recibieron fuertes críticas, en los círculos académicos y judiciales[16], aunque también encontraron simpatizantes[17]. Las críticas se pueden resumir de la siguiente manera, de acuerdo con el reciente estudio de Prévost:

> Es un principio general del derecho que las sanciones penales no deberían ser impuestas a nadie sin que exista prueba de la culpabilidad de su parte. Sin embargo, Yamashita, fue condenado y ejecutado por un crimen, por el cual no existía prueba de su culpabilidad, en un juicio en el cual se obviaron las garantías constitucionales más elementales. Este estudio ha mostrado que, aún bajo la estricta teoría objetiva de la responsabilidad del superior, el comandante Yamashita no hubiera sido condenado. En suma, este trabajo ha demostrado que el veredicto y la decisión de la Corte Suprema fueron en gran parte influidos por el racismo[18].

Aunque no se puede ir tan lejos como para negar algún valor como precedente a la decisión del caso Yamashita[19], no se puede tampoco negar que la combinación de sus vertientes técnico-legales, como lo criticó particularmente la disidencia del Juez Rutledge[20], y los prejuicios

16 *Prévost*, págs. 317-9, 325-9; *Bassiouni*, pág. 426 y ss.; *Landrum*, págs. 297 y 300; *Hessler*, pág. 1283. Véase también la reseña positiva del libro de Lael, The *Yamashita* precedent, 1982, por *Branstetter* en M.L.R. 98, 1982, pág. 159 y ss.; también crítico *W. O'Brien*, pág. 637; conf. *Lippman*, Conundrums of armed conflict: Criminal defenses to violations of the humanitarian law of war, Dickinson Journal of International Law 15, 1996, págs. 1-111, y págs. 75-76; *Lippman*, 2000, págs. 139-170; *Schabas*, The General Principles of the Rome Statute, *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.* 6, 1998, págs. 400-428, y pág. 417; y *Vest*, págs. 273-275.

17 Ver especialmente *Parks*, pág. 22 y ss., pág. 87 y ss., quien, *inter alia*, rechaza una teoría estricta de la responsabilidad. En forma similar *Crowe*, págs. 198-99, se refiere a la orden de cometer atrocidades en *Yamashita*. Véase también *Levie*, *passim*; *Jia*, págs. 325-347.

18 "It is a basic rule of law that criminal sanctions should not be imposed on anyone without some showing of culpability on their part. However, Yamashita was convicted and hanged for a crime for which there was *no* showing of culpability, in a trial which eliminated basic Constitutional guarantees. Nonetheless, this study has shown that even under this strict liability theory of command responsibility, Yamashita should not have been convicted. In addition, this study has demonstrated that the conviction and the Supreme Court decision which followed were influenced in large part by racism." *Prévost*, pág. 337 (énfasis tomado del original). Véase también la fuerte crítica en la disidencia del juez *Murphy*, 327 U.S., pág. 27 y ss.; para críticas a esta opinión, véase *Levie*, en nota 13.

19 En este sentido *Prévost*, pág. 338.

20 327 U.S. en pág. 41 y ss., especialmente pág. 53 en lo que respecta a la "admisión de evidencia no confiable, no verificada y no auténtica ..." o pág. 61 en relación con la denegatoria de un juicio debido ("apartamiento de los principios más elementales de justicia ...").

ideológico-raciales, han impedido severamente reconocerle su valor legal y, sobre todo, su valor ético. En ese sentido, para la misma doctrina de la responsabilidad del superior y para el principio de responsabilidad personal[21], no se puede subestimar la importancia de la siguiente crítica expresada por el Juez Murphy de la Corte Suprema de Justicia:

> No existió un serio intento de acusar o probar que él [Yamashita] cometió una violación reconocida en las leyes de la guerra. Él no fue acusado de haber participado personalmente en los actos atroces o de ordenar o condonar su comisión. Ni siquiera el conocimiento de estos crímenes le fue atribuido. Lo que se alegó fue que él, ilícitamente, desatendió y faltó a su obligación como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer los actos atroces. Los anales históricos de la guerra y los principios establecidos por el derecho internacional no disponían del más mínimo precedente para un cargo de tal naturaleza. Esta acusación, en efecto, permitió a la comisión militar conformar el crimen como ellos querían, haciéndolo depender de su desfavorable opinión sobre las obligaciones del apelante y su consecuente descuido, una costumbre que rememora a aquéllas practicadas en naciones menos respetadas en años recientes[22].

Aunque el conocimiento efectivo no fue probado, no puede afirmarse que la culpabilidad de Yamashita estuviese basada sobre una teoría estricta de la responsabilidad penal[23]. Por el contrario, a la Comisión le parecía,

21 Este principio fue reconocido como "uno de los más impostantes (principios del Derecho)" ("one of the most important [legal principles]"); por lo tanto, "el Tribunal debería proclamar tal declaración de culpabilidad (de una organización o grupo) de manera tal que se asegure que no serán castigadas personas inocentes." ("the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organisation or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished."), The Trial of the Major War Criminals, London, H.M.S.O., 1950, vol. 22, pág. 469.

22 " ... there was no serious attempt to charge or to prove that he [Yamashita] committed a recognized violation of the laws of war. He was not charged with personally participating in the acts of atrocity or with ordering or condoning their commission. Not even knowledge of these crimes was attributed to him. It was simply alleged that he unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit the acts of atrocity. The recorded annals of warfare and the established principles of international law afford not the slightest precedent for such a charge. This indictment in effect permitted the military commission to make the crime whatever it willed dependent upon its biased view as to the petitioner's duties and his disregard thereof, a practice reminiscent of that pursued in certain less respected nations in recent years." 327 U.S., pág. 28.

23 Cf. *Parks*, pág. 37 y págs. 87-8.

por una parte, que no podía otorgarle toda la credibilidad a la alegación de ignorancia hecha por Yamashita, dada la magnitud de las atrocidades[24], y por otra, podía tener dudas respecto al criterio de conocimiento que debía ser aplicado. Así, no es posible decir hoy en día, si la comisión creyó que Yamashita conoció o debió haber tenido conocimiento de las atrocidades[25]. De acuerdo a la interpretación de Hessler, la Comisión y la Corte Suprema estaban convencidas de que "la total ignorancia, (...) generaba riesgos inaceptables con respecto a la futura criminalidad de los subordinados, de tal manera que estos crímenes le deberían ser imputados en la medida en que ellos ocurrieron"[26]. De esta manera, aunque Yamashita no conoció las atrocidades, su ignorancia creaba riesgos que le eran atribuibles. Este enfoque orientado al riesgo está confirmado por la estructura general de los delitos donde existe responsabilidad del superior, como lo observaremos más adelante[27]. En cualquier caso, las codificaciones anteriormente examinadas, así como los fallos posteriores al caso Yamashita, muestran que el amplio criterio de responsabilidad establecido por el caso *Yamashita*, no ha sido desarrollado; en particular, la jurisprudencia militar de los EE.UU. no aplicó este mismo criterio en el proceso por la masacre de My Lai[28].

24 En este sentido *Crowe*, págs. 206-07; también *Levie*, pág. 5, argumentan que el conocimiento de las atrocidades por parte de Yamashita, no podía negarse.
25 Véase también la crítica de *Crowe*, págs. 207- 08.
26 "total ignorance raised unacceptable general risk of *future* subordinate criminality, those crimes becoming chargeable to him as soon as they occurred", *Hessler*, pág. 1283.
27 Véase infra 3. y III.2.a).
28 Véase infra b.bd), nota 54 y texto que acompaña. También *Landrum*, pág. 300: "Even in United States courts, Yamashita has lost favor."

B) Otra jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial[29]

b.1) Nürnberg

Mientras que el Tribunal Militar Internacional (en adelante T.M.I.) se ocupó solamente de la doctrina de la responsabilidad del superior, "de la manera más indirecta"[30], ésta fue invocada en tres procesos ante las Cortes Marciales de los EE.UU. en Nüremberg. En el caso *U.S. vs Pohl et al* el Tribunal se refirió explícitamente al caso *Yamashita* y afirmó:

> Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante una obligación *afirmativa* para tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están *bajo su mando*, para la prevención de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra[31].

Fuera de la responsabilidad penal por omisión, la cual permaneció confinada a los superiores militares, los precedentes judiciales extendieron la doctrina a los superiores civiles. En *Pohl et al.*, por ejemplo, uno de los acusados, Mummenthey, era un administrador civil[32]. En el caso *U.S.v. Brandt et al.* también fue reconocida la responsabilidad de civiles superiores[33]. Con relación a la guerra agresiva, la

29 Los juicios de Leipzig no pueden aducirse en apoyo de la doctrina de la responsabilidad del mando. El *Reichsgericht* alemán no conocía aún esta doctrina y únicamente juzgó a los acusados basándose sobre las reglas ordinarias de participación del *Strafgesetzbuch* alemán (esto es ignorado por *Levie*, págs. 2-4).
30 *Green*, 1995, pág. 333.
31 "The law of war imposes on a military officer in a position of command an *affirmative* duty to take such steps as are within his power and appropriate to the circumstances to control those *under his command* for the prevention of acts which are violations of the law of war." *U.S. v Pohl et al.* (caso 4), Trials of Criminal War (T.W.C.), vol. V, págs. 958-1163, pág. 1011 (énfasis nuestro). For a complete analysis of the Nuremberg and subsequent case law with regard to a General Part see *Ambos*, págs. 78 y ss.; see also *Vest*, págs. 276-280.
32 ibid., pág. 1054.
33 Véase *U.S. v. Brandt et al.* ("Medical case", caso 1), T.W.C., vol II, págs. 171-300; (212- 213).

jurisprudencia sentó el requerimiento de que el acusado debía ser "jefe", "planificador"[34] (T.M.I.) o haber pertenecido al "nivel político"[35].

En el caso de los *Rehenes*[36], la Corte argumentó que una posición de mando implica ciertas obligaciones de control y supervisión con respecto al área de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta área de competencia, el oficial responsable debe intervenir. En cuanto al elemento subjetivo (*mental element*), la Corte argumentó que un comandante está "obligado a conocer" (*obliged to know*)[37] si recibe información confiable acerca de las atrocidades cometidas por sus subordinados. De esta forma, el conocimiento efectivo no fue requerido; al contrario, se aplicó el criterio del "debería haber conocido". Éste difiere del caso *Yamashita* en que la existencia objetiva de amplias atrocidades no fue considerada suficiente para imputar conocimiento subjetivo, a menos que el superior hubiese contado con información concreta acerca de las atrocidades.

La decisión en el caso del *Alto Comando de la Wehrmacht*[38] aplicó un criterio aún más restrictivo, requiriendo una "deserción personal" (*personal dereliction*) y prueba del conocimiento efectivo.

> La comisión del delito no liga a todos los individuos de la cadena de mando, por este solo hecho. Debe existir un descuido personal. Ello sólo puede ocurrir, allí donde el acto le es directamente atribuible a él, o donde la propia ausencia de supervisión sobre sus subordinados constituye una negligencia punible de su parte. En este último caso, la negligencia debe ser de tal magnitud que resulte injustificada, una desatención inmoral de la acción de sus subordinados que esté al nivel prácticamente de la acquiesencia. Ninguna otra interpretación del derecho internacional puede ir más allá de los principios básicos del derecho penal, tal y como lo conocen las naciones civilizadas[39].

Además, se afirmó que la obligación de control o supervisión disminuye en la misma medida en que disminuye el poder del comandante. De tal forma que la responsabilidad del superior puede aplicarse al mando general y, en el mismo plano, a los oficiales de mando; sin embargo, ella no aplica cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido[40]. Tampoco se aplica a los oficiales superiores (*staff officers*) ya que tales oficiales normalmente no poseen poder de mando[41]. No obstante, bajo determinadas circunstancias, los *staff officers* pueden incurrir en responsabilidad penal:

> Si la idea esencial es criminal bajo el derecho penal internacional, el oficial que le da a esa idea forma de orden militar (...) o toma personalmente las acciones a efectos de observar que la orden esté adecuadamente impartida (...) comete un delito a la luz del derecho internacional[42].

Resumiendo, estas fuentes muestran que la jurisprudencia de Nüremberg no depuró el precedente de *Yamashita*, tal y como lo dice O'Brien[43], sino que más bien, desarrolló, por primera vez, un estándar general. En efecto, el tribunal en el caso *Alto Comando de la "Wehrmacht"* claramente rechazó el precedente *Yamashita*, aplicando, por el contrario, un criterio de conocimiento efectivo, mientras que en el caso *Rehenes* se

34 El Tribunal Militar Internacional también afirmó en el contexto de la criminalidad de ciertas organizaciones nazis que "los castigos masivos deben ser evitados" ("that mass punishments should be avoided").

35 Cf. *U.S.* v. *Krauch et al.* ("IG Farben", caso 6), T.W.C., vol. VIII, págs. 1081-1210, pág. 1124; 1126; *U.S. v. von Leeb et al.* ("High Command case", caso 12), T.W.C., vol. XI, págs. 462-697, pág. 489.

36 *U.S. v. von List et al.* (caso 7), T.W.C., vol. XI, pág. 1230 y ss., págs. 1256-7. Véase también el extenso análisis de *Parks*, pág. 58 y ss.

37 *U.S. v. von List et al., supra* nota 36, pág. 1281 ("obliged to know").

38 *U.S. v. von Leeb et al., supra* nota 35, en particular pág. 510; 533-544; 555. Véase también el profundo análisis de *Parks*, pág. 38 y ss.; también *Douglass, passim*; *Vetter*, pág. 106.

39 "Criminality does not attach to every individual in this chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case, it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence. Any other interpretation of international law would go far beyond the basic principles of criminal law as known to civilized nations." Ibid., pág. 544.

40 Ibid., 510 ("for the transmittal in any manner whatsoever of a criminal order"). Véase también *U.S. v. von List et al., supra* nota 36, pág. 1281 y ss., pág. 1286.

41 *U.S. v. von Leeb et al., supra* nota 35, pág. 514. Sobre la responsabilidad de los "staff officer", véase *Douglass*, pág. 702-703; también *E. O'Brien*, pág. 90; *Bantekas*, pág. 581.

42 "[I]f the basic idea is criminal under international law, the staff officer who puts that idea into the form of a military order ... or takes personal action to see that it is properly distributed ... commits a criminal act under international law". Ibid., pág. 513.

43 Véase *O'Brien*, págs. 286-87.

optó por el criterio de "deber tener conocimiento", basado sobre la información concreta recibida por el superior[44]. El último criterio probó ser de suma importancia en los fallos judiciales posteriores y en las codificaciones.

b. 2) Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente - Tokio

El Tribunal de Tokio confirmó y extendió la jurisprudencia de Nürnberg al personal civil[45]. En primer lugar, se impusieron obligaciones de supervisión y control sobre el personal de mando, civil y militar, con respecto al tratamiento apropiado de los prisioneros de guerra. En consecuencia, los abusos frente a los prisioneros de guerra fueron atribuidos tanto a los acusados civiles como militares, en el caso en que ellos faltaran al deber de impedir tales abusos. La doctrina de la responsabilidad del superior fue, además, extendida al gobierno (civiles), arguyendo para el caso un modelo de responsabilidad colectiva:

> El miembro de un gabinete puede renunciar. Si afirmativamente él tenía conocimiento de los malos tratos irrogados a los prisioneros, es impotente para impedir futuros maltratos, pero su elección es permanecer en el gabinete, entonces continúa participando en la *responsabilidad colectiva (...)* él voluntariamente asume la responsabilidad por cualquier otro maltrato que se presente en el futuro[46].

La pertenencia a un gabinete fue apreciada para justificar el nexo de causalidad –al menos en casos de ignorancia voluntaria o imprudente (*wilful or negligent ignorance*)– entre el incumplimiento de actuar y los abusos cometidos. También, las obligaciones de supervisión y averiguación fueron incrementadas.

44 Cf. *Crowe*, págs. 194; 209 y ss. (213; 215; 219-20), 232.

45 The Tokyo Judgement, The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE.), vol. I, Amsterdam 1977 (Roling/ Ruter eds.), págs. 29-30. Cf. *Fenrick*, 1995, pág. 118.

46 "A cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the cabinet thereby continuing to participate in its *collective responsibility . . . [.]* he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future." The Tokyo Judgement, *supra* nota 45, pág. 30 (énfasis nuestro).

De hecho, la amplia atribución de responsabilidad penal a civiles superiores por atrocidades militares merece alguna crítica. Tomemos, por ejemplo, el caso de *Mamoru Shigemitsu*. Shigemitsu fue Ministro de Asuntos Exteriores entre abril de 1943 y abril de 1945. Durante este período los aliados protestaron en forma vehemente contra el trato que recibían sus prisioneros de guerra. Las pruebas mostraban que Shigemitsu conocía la situación en los campos de prisioneros. De acuerdo con el Tribunal, él tenía una responsabilidad especial como miembro del gobierno por el bienestar de los prisioneros y, en consecuencia, él debía haber tomado medidas adecuadas para investigar la situación o dimitir, a efectos de ejercer presión política sobre el asunto. Como él no hizo ninguna de las dos cosas, mostró un grave desacato a las leyes de la guerra y fue considerado culpable[47]. En el mismo sentido, el Tribunal afirmó con respecto a la responsabilidad de *Koki Hirota*, Ministro de Asuntos Exteriores desde marzo de 1933 hasta marzo de 1936, que: "su inacción corresponde al grado de una negligencia criminal"[48]. El juez Röling criticó acertadamente éste y otros casos particulares en su disidencia[49]. Röling argumentó, como en el caso *Hirota*, que él no debía tenerse por responsable, ya que se había puesto personalmente en contacto conquien sí lo era, el Ministro de Guerra. En general, de acuerdo con Röling, "un Tribunal debería ser muy cuidadoso al tener a los funcionarios oficiales del gobierno como responsables por el comportamiento del ejército en el campo de operaciones". Además la responsabilidad por omisiones debería solamente reconocerse "en un sentido muy restringido"[50].

47 Ibid., págs. 457-58.

48 "his inaction amounted to criminal negligence". Ibid., págs. 447-48. See also *Vetter*, págs. 125 y ss.

49 The Tokyo Judgment, *supra* nota 45, vol. II, pág. 1043 y ss. (1126-28; 1137-38).

50 "a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the Army in the field"; "in a very restricted sense". Ibid., pág. 1127.

b. 3) Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (U.N.W.C.C.)

La jurisprudencia de Tokio fue confirmada en los juicios por crímenes de guerra de británicos, canadienses, australianos y chinos, como lo documenta el U.N.W.C.C. (*United Nations War Crimes Comission*)[51]. Concretamente, los tribunales competentes –*a grosso modo*– consideraron como un factor crucial la posición o el estatus del acusado a efectos de decidir sobre el grado de responsabilidad criminal, basados sobre la responsabilidad de mando. El proceso canadiense contra el comandante de brigada Kurt Meyer (*Abbay Ardenne Case)* es de particular importancia a este respecto[52]. La U.N.W.C.C. tomó esta posición, no obstante considerar que "los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad aún no se encuentran plenamente establecidos"[53] y formuló los siguientes interrogantes:

1) ¿Hasta qué punto puede responsabilizarse a un comandante por no tomar medidas antes de la comisión de los delitos, en orden a impedir su posible perpetración?

2) ¿Hasta qué punto debe demostrarse que se tenía conocimiento de la comisión de delitos, para ser tenido por responsable por no haber intervenido a efectos de detener los delitos que ya habían sido perpetrados?

3) ¿Hasta qué punto el comandante tiene el deber de descubrir si se han cometiendo delitos?[54].

51 Véase, por ejemplo, la referencia explícita al caso *Yamashita* en Law Reports T.W.C., vol. XV (U.N.W.C.C., H.M. Stationery Office, London, 1949), pág. 66. Para otros juicios véase también *Parks*, pág 69 y ss; *Ambos*, págs. 140 y ss.

52 Law Reports T.W.C., vol. IV, *supra* nota 51, págs. 98-99. Véase también *Green*, 1989, pág. 186 y ss.; 1995, pág. 337 y ss.; *Bassiouni*, págs. 431-32.

53 "The principles governing this type, of liability ... are not yet settled". Law Reports T.W.C., vol. XV, *supra* nota 51, pág. 67. Véase *Brand*, The War Crimes and the Laws of War, *B.Y.I.L. vol.* XXVI, 1949, págs. 414-427 (424).

54 Ibid.

b.4) Otros procesos por crímenes de guerra

En lo que respecta a otros procesos o investigaciones nacionales concernientes a este tema, resulta interesante el tratamiento judicial del caso conocido como *la masacre de My Lai.* Como ya lo habíamos mencionado[55] anteriormente, la justicia militar norteamericana no aplicó la doctrina de la responsabilidad del superior en el proceso contra el capitán Medina y el teniente William Calley Jr.. Mientras que Calley fue condenado por una Corte Marcial, bajo el cargo de dirigir la masacre, Medina, su superior inmediato, fue absuelto debido a la falta de un conocimiento (efectivo) de las atrocidades[56]. Esta decisión sorprendió, toda vez que Medina –a diferencia de Yamashita, quien había alegado que la comunicación con sus tropas había sido cortada completamente– estuvo presente en la escena de los crímenes[57] y en un contacto estrecho con Calley[58]. Además, el requerimiento de conocimiento efectivo no resultaba consistente con el derecho de los EE.UU[59]. Aunque la doctrina de la responsabilidad del superior no fue aplicada en el juicio criminal acerca del caso *My Lai*, ella sí jugó un papel importante en la investigación contra el Mayor General Koster, quien se desempeñaba como comandante general de la división a la cual Medina estaba asignado. En este contexto, el Secretario General del ejército dijo:

55 Véase *supra*, nota 28.

56 Véase *Hammer, The Court-Martial of Lt. Calley,* 1971, *passim*; véase también *Goldstein/Marshall/Schwartz, The My Lai massacre and its cover-up: beyond the reach of law?*, 1976, reproduciendo las decisiones de Review y Appeals contra Calley en pág. 475; véase también *Landrum*, pág. 299; *Crowe*, pág. 223; *Eckhardt*, pág. 11 y ss. y págs. 32-4 (Resumen del material probatorio elaborado por el juez Howard); *Bassiouni, supra* nota 3, pág. 434; *Lippman*, págs. 153-154. Una evaluación del papel de los EE.UU. en Vietnam es provisto por *W. O'Brien*, pág. 641 y ss., pág. 663.

57 Véanse las afirmaciones del coronel Howard ante el jurado, así como la referencia de *Green*, 1995, pág. 353. Howard fue el abogado defensor de Medina (el artículo se encuentra en la bibliografía).

58 Véase *Lieutenant Calley. His own story as told to John Sack*, 1970. Véase también *Prévost, supra* nota 5, pág. 329, nota 152. – Hasta antes de 1998 el Ejército de los EE.UU. no reconoció públicamente que en My Lai no existía enemigo, sino una "masacre ilegal de no-combatientes a manos de fuerzas norteamericanas" ("unlawful massacre of noncombatents by American forces"), *Guardian Weekly/Washington Post*, 15 de marzo de 1998.

59 *Crowe*, págs. 223-24; *Bassiouni*, pág. 434. Véase también *infra* 3.

> Un comandante deber ser declarado responsable claramente por estos asuntos, los cuales él sabe que son graves, y con respecto a los cuales él asume obligaciones de carácter personal. Cualquier otra conclusión conduciría esencialmente a dejar sin sentido y fuerza jurídica, los conceptos de responsabilidad del alto mando que acompañan a la posición de autoridad[60].

Finalmente, la doctrina de la responsabilidad del superior fue confirmada por la jurisprudencia israelí en el incidente *Kafr Qassem* y en la masacre en los campos de refugiados de Sabra y Shatila, en el Líbano. En el primer caso, la Corte Militar de Apelaciones de Israel, encontró responsable a un teniente, entre otras cosas, porque "él estaba enterado de lo estaba ocurriendo (...) y no tomó ninguna medida para detener los asesinatos"[61]. En el caso de las masacres de Sabra y Shatila, una comisión de investigación dirigida por el Presidente de la Corte Suprema encontró que el Ministro de Defensa israelí y las autoridades militares estaban enteradas de las masacres cometidas por los falangistas en los campos de refugiados, pero no intervinieron adecuadamente o no castigaron a los perpetradores[62].

c) La Jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*

En el caso *Delalic et al.*–también conocido como "*Celibici*" por el campo de prisioneros del mismo nombre– el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) caracterizó los requerimientos de la doctrina de la responsabilidad del superior de la siguiente manera[63]:

60 " ... [A] commander clearly must be held responsible for those matters which he knows to be of serious import, and with respect to which he assumes personal charge. Any other conclusion would render essentially meaningless and unenforceable the concepts of great command responsibility accompanying senior positions of authority ..." . Citado de acuerdo con *Green*, 1995, pág. 355. Véase también la acusación relativa al caso *Medina* como la reproduce *Eckhardt*, págs. 30-2.

61 "he was aware of what was taking place ... and did nor take any measures to stop the killings." Citado de acuerdo con *Green*, 1995, pág. 359.

62 Véanse las extensas citas del informe de la comisión en *Green*, 1995, pág. 361 y ss.; véase también id., 1989, págs. 22-01; *Bassiouni*, págs. 439-430; *Fenrick*, 1995, pág. 12 y ss.

63 T.Ch., decisión del 16 de noviembre de 1998, *Delalic/Mucic/Delic/Landžo("Celibici")*, IT-96-21-T, párr. 346.

- La existencia de una relación entre superior y subordinado.
- El conocimiento del superior; o que el superior tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o se había cometido.
- Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables, para impedir los actos criminales o castigar consecuentemente a quienes los perpetraron.

La jurisprudencia más reciente en *Aleksovski*[64] y *Blaskic*[65] básicamente confirmó o complementó los principios desarrollados en *Delalic et al.* y por lo tanto se estudiará junto con esta decisión.

Con respecto al primer requerimiento, el TPIY sostuvo que: "los individuos en posición de autoridad (...) pueden incurrir en responsabilidad penal (...) sobre las bases de su propio hecho *de facto* así como *de jure* por su posición como superiores"[66]. Una posición de mando no puede ser determinada "únicamente con referencia al estatus formal" (*reference to a formal status alone*), sino "por la posesión efectiva o la falta de poderes de control efectivo sobre las acciones de sus subordinados"[67]. En este sentido, la responsabilidad del superior se extiende a civiles, vale decir, superiores no militares, pero "solamente se extiende a aquéllos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares[68]. Esto significa que varias personas –como superiores– pueden ser responsables de delitos cometidos por un

64 T.Ch., decisión del 25 de junio de 1999, *Aleksovski*, IT-95-14/1 (original en francés), párr. 69 y ss. (69); confirmada por la Sala de Apelaciones, decisión del 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, párr. 69–77.

65 T.Ch., decisión del 3 de marzo de 2000, *Blaškic*, IT-95-14-T (original en francés), párr. 289 y ss. (294).

66 "individuals in positions of authority may incur criminal responsibility on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors". *Delalic et al.*, *supra* nota 63, párr. 354 (énfasis del original); confirmed in App. Ch., Judgement of 20 February 2001, *Delalic/Mucic/Delic/Landžo("Celibici")*, IT-96-21-A, también *Blaškic*, *supra* nota 65, párr. 300.

67 "the actual possession, or non- possession, of powers of [effective] control over the actions of subordinates". *Delalic* et al., *supra* nota 63, párr. 370; véase también párr. 377 (énfasis agregado); también *Aleksovski*, *supra* nota 64, párr. 76; *Blaškic*, *supra* nota 65, párr. 301, 335; T.Ch., decisión del 2 augusto de 2001, *Krstic*, IT-98-33-T, párr. 648.

68 "only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates similar to that of military commanders". *Delalic et al.*, *supra* nota 63., párr. 355 y ss., 363, 378; *Aleksovski*, *supra* nota 64, párr. 75, 78.

subordinado[69]. Sin embargo, la responsabilidad se excluye si tal control estaba "ausente o era demasiado remoto"[70], o si el superior carecía de "la capacidad material para impedir y castigar la comisión de estos delitos"[71]. La decisión *Blaškic* recalca que el hecho de no impedir la comisión de los crímenes *ex ante* no puede ser compensada por su castigo *ex post*, es decir, el superior está obligado en general a hacer ambas cosas[72]. Por otra parte, el no castigar los crímenes cometidos puede ser considerado como auxilio o instigación para su comisión en el sentido del artículo 7 (1) del Estatuto para el TPIY[73]. Finalmente, como se afirmó en el caso *Aleksovski*, un superior civil no necesita tener el mismo poder de sanción que un superior militar; si éste fuera el caso, la doctrina resultaría virtualmente inaplicable a los superiores civiles[74].

En el plano subjetivo el superior debe:

- Tener un conocimiento efectivo de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer crímenes.
- O poseer una información de tal naturaleza que lo ponga en conocimiento del riesgo de que tales delitos se cometan, indicándole la necesidad de una investigación adicional, para averiguar si las violaciones fueron cometidas o iban a ser cometidas[75].

Mientras que estos requerimientos no fueron "discutibles" en principio, sí suscitó controversia lo concerniente a cómo puede ser probado el conocimiento efectivo. El TPIY rechazó una presunción de

69 *Aleksovski, supra* nota 64, párr. 106; *Blaškic, supra* nota 65, párr. 303.
70 "absent or too remote". *Delalic et al., supra* nota 63, párr. 377.
71 "the material ability to prevent and punish the commission of the[se] offences". Ibid., párr. 378; (énfasis agregado) *Aleksovski, supra* nota 64, párr. 81; *Blaškic, supra* nota 65, párr. 302, 335: "capacidad material" ("capacité materiélle").
72 *Blaškic, supra* nota 65, párr. 336.
73 Ibid, párr. 337 y ss. (339); similarly *Kordic/Cerkez, supra* nota 1, párr. 371.
74 Sobre este punto, vale la pena citar la afirmación completa de la Sala: "Exiger d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir de sanction semblable à celui détenu par un militaire limiterait le champ d'application de la doctrine du supérieur hiérarchique au point de la rendre pratiquement inapplicable aux autorités civiles. La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité, de jure ou de facto, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit ...", *Aleksovski, supra* nota 64, párr. 78.
75 *Delalic et al., supra* nota 63, párr. 379 y ss., 383; 386; 393. Confirmed in *Delalic et al.* (Appeal), *supra* nota 66, párr. 241.

conocimiento, pero permitió el establecimiento de dicho conocimiento por intermedio de evidencias circunstanciales tomadas en cuenta a título de indicios determinados[76]. La posición del superior como tal constituye una presunción certera de que él tenía conocimiento acerca de los delitos de los subordinados[77]. Por el contrario, el contenido específico del "requerimiento relativo a los motivos para conocer" (*had reason to know*) quedó sin resolver. Mientras es claro que un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada (*wilfully blind*) frente a los actos de sus subordinados, es menos claro cuál es el alcance del deber del superior de conocer y cuán específica debe ser la información en poder del superior a efectos de obligarlo a adelantar la investigación. Así, en la decisión *Delalic et al.*, el TPIY fue cuidadoso en su formulación de un criterio abstracto y no hizo innovaciones con respecto al contenido actual del derecho consuetudinario en este punto[78]. Sin embargo, en la decisión *Blaškic*, la Sala intentó desarrollar una regla de derecho con-suetudinario con fundamento en la jurisprudencia y una interpretación de los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional (en adelante PA I)[79]. Con respecto al primero, siguió la conclusión esbozada por Parks, de acuerdo con la cual el Superior es responsable si "incumplió al no ejercer los medios disponibles para conocer los delitos y, bajo las circunstancias determinadas, él hubiera debido conocer que dicho incumplimiento constituía una

76 Ibíd., párr. 386; también *Blaškic, supra* nota 65, párr. 307. El número, la clase y el fin de los actos ilegales; el tiempo durante el cual los actos ilegales ocurrieron; el número y la clase de tropas involucradas; componentes logísticos involucrados, así como la localización geográfica de los actos; la amplia ocurrencia de los actos; tiempo táctico de las operaciones; *modus operandi* de actos ilegales similares; los oficiales y el grupo de mando involucrado; la localización del comandante al tiempo de la ocurrencia de los hechos. Estos indicios han sido desarrollados por la Comisión de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas para la Ex Yugoslavia (UN Doc. S/1994/674 del 27 de mayo de 1994), citado en *Bassiouni*, págs. 437-38.Cf. *Aleksovski, supra* nota 64, párr. 80 y 114: "Il ne pouvait donc ignorer les mauvais traitements répétés subis par les détenus". Ver también *Kordic & Cerkez, supra* nota 1, para. 427 y *Fenrick* , 1999, nm. 10.
77 Aleksovski, *supra* nota 64, párr. 80; *Blaškic, supra* nota 65, párr. 308.
78 *Delalic et al., supra* nota 63, párr. 393.
79 *Blaškic, supra* nota 65, párr. 309 y ss. (314 y ss.).

omisión criminal"[80]. Con respecto al último, la Sala interpretó ampliamente la expresión "en posesión de información" *(possédaient des informations)* del artículo 86 (2) del PA I.

> *This very strict position has not been accepted in the Delalic et al. Appeal decision, which held that there is "no 'duty' to know" for military or civil superiors[81]. However, the appeals decision considered a very low standard with regard to the kind of – available – information which is sufficient to trigger command responsibility. According to the Chamber it is, for example, sufficient that the superior had information at her disposal "that some of the soldiers under his command have a violent or unstable character, or have been drinking prior to being sent on a mission[82].*

De esta forma, un superior debe estar siempre informado acerca de la forma en la cual sus subordinados cumplen sus tareas y tomar las medidas necesarias para prevenir la comisión de crímenes[83]. A modo de conclusión, si el superior ha cumplido debidamente con sus deberes, pero aún así no conoce acerca de los crímenes cometidos por los subordinados, dicha ignorancia no le puede ser endilgada a título de responsabilidad[84].

Aparte de *Delalic et al. Aleksovski y Blaškic*, el TPIY ha confirmado la responsabilidad individual de jefes civiles y superiores militares en varias decisiones concernientes a la Regla 61 que han sido analizadas en otras contribuciones[85]. Más aún, en la acusación contra Milosevic et al[86],

80 "He failed to exercise the means available to him to learn of the offense and, under the circumstances, he should have known and such failure to know constitutes criminal dereliction." *Parks*, pág. 90, referido en el caso *Blaškic*, *supra* nota 65, párr. 322 (traducido del francés).

81 *Delalic et al. (Appeal), supra nota 66, párr. 240; confirmed in Kordic/Cerkez, supra nota 1, párr. 435, 437. See also T.Ch.II, Judgement of 15 March 2002, Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, párr. 94.*

82 *Delalic et al. (Appeal), supra nota 66, párr. 328.*

83 Ibid., párr. 325 y ss. (328-9), apoyándose en el comentario sobre los Protocolos del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.).

84 Ibid, párr. 332.

85 Cf. *Ambos*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law, G.K. McDonald/O. Swaak Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, págs. 26-28; en español en Revista Penal no. 7 (2001), pág. 5 y ss. (21 y s.).

86 *Prosecutor v. Milosevic/Milutinovic/Sainovic/Ojdanic/Stojilkovic*, decisión emitida el 22 de mayo de 1999. Ver *Vetter*, pág. 138 y ss.

confirmada por la apelación ante el Juez Hunt[87], los acusados Milosevic, Milutinovic, Ojdanic y Stojilkovic fueron también considerados, *prima facie*, responsables por crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior[88].

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se ocupó por primera vez de la responsabilidad del superior en el caso *Akayesu*[89]. Aunque la aplicación de la doctrina a superiores no militares (civiles) – antes de la decisión del caso *Delalic et al.* del TPIY– se señaló como "discutible"[90], la Sala no rechazó esta posibilidad, pero sostuvo que "resulta apropiado valorar caso por caso el poder de autoridad efectivamente desarrollado por parte del acusado para determinar si él tenía o no tenía la facultad de tomar todas las medidas necesrias y razonables"[91]. Así, por ejemplo uno de los cargos contra Akayesu, basado sobre la responsabilidad del superior, fue rechazado por la Sala ya que el paramilitar Interahamwe no podía ser considerado su subordinado[92] y por consiguiente no podía esperarse que aquél tuviese un control efectivo sobre éste. La existencia de la posibilidad material para controlar o intervenir es, sin embargo, irrelevante si el acusado no intentó impedir y, por el contrario, colaboró directamente con los perpetradores[93].

En cuanto al elemento subjetivo *(mental element)*, el TPIR rechazó el punto de vista –basado sobre una concepción estricta de la responsabilidad penal– según el cual la responsabilidad del superior es independiente de su

87 *Prosecutor v. Milosevic/Milutinovic/Sainovic/Ojdanic/Stojilkovic*, decisión en Review of Indictment and Application for Consequential Orders, 24 de mayo de 1999.

88 Decisión, *supra* nota 86, párr. 55 y ss., 84-88.

89 T.Ch., juicio del 2 de septiembre de 1998, *Akayesu*, I.C.T.R.-96-4-T, párr. 486 y ss.

90 Ibíd., párr. 491; ver tambien T.Ch., decisión del 7 de junio de 2001, *Ignace Begileshema*, I.C.T.R.-95-1A-T, párr. 39. Ver la visión crítica de *Vetter*, pág. 132 y ss.

91 "it is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all necessary and reasonable measures ...". Ibíd, párr. 491.

92 Ibíd., párr. 691.

93 Ibíd., párr. 193.

propósito criminal[94]. Más bien, el superior debe haber actuado con "malicia o al menos con (...) negligencia tan seria que esté a la altura de la acquiesencia o, incluso, de la malicia"[95].

En *Kayishema et Ruzindana* el TPIR, confirmó esencialmente la decisión *Celibici* y se refirió al artículo 28 del Estatuto de Roma[96]. Se afirmó que la responsabilidad penal individual de acuerdo con el artículo 6° (1) del Estatuto del Tribunal y la responsabilidad del superior de acuerdo con el artículo 6° (3) del mismo Estatuto no son mutuamente excluyentes[97]. El principio también se aplica a la responsabilidad de superiores no militares[98]. En cualquier caso, la responsabilidad depende del grado de autoridad (*degree of authority*) sobre los subordinados, el cual a su vez está basado sobre el control *de jure y/o de facto,* resultando la existencia de éste último decisiva[99]. La capacidad material para controlar las acciones de los subordinados es la piedra de toque de la doctrina de la responsabilidad del superior; ella está "inherentemente ligada a la situación fáctica" en cada caso concreto[100]. Frente al requerimiento del *mens rea,* la Sala consideró la distinción que trae el Estatuto de Roma entre militares y superiores civiles instructiva" (*an instructive one*)[101]. De acuerdo con el Estatuto, el acusado, por ejemplo un superior civil, es responsable "si hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"[102]. *This distinction was not drawn in Delalic et al.*

94 Ibid., párr. 488.
95 "malicious intent, or, at least, ... negligence ... so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent" . Ibid., párr. 489. Ver tambien T.Ch. I, judgement and sentence del 27 january 2000, *Alfred Musema,* I.C.T.R.-96-13-T, párr. 131.
96 T.Ch. II, juicio del 21 de mayo de 1999, *Clément Kayishema and Obed Ruzindana,* I.C.T.R.-95-1-T, párr. 208-231.
97 Ibíd., párr. 210
98 Ibíd., párr. 213 y ss; confirmed in *Musema, supra* nota 95, párr. 132 y ss.
99 Ibíd., párr. 216, 217 y ss.
100 "inherently linked with the factual situation". Ibíd., párr. 229 y ss. (229, 231).
101 Ibíd., párr. 227.
102 Ibíd., párr. 228.

2. Intentos de codificación

A) Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra

Las más importantes disposiciones que codifican el concepto de responsabilidad del superior y que sirven de base para todas las demás codificaciones son los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra del 8 de julio de 1977[103]. El artículo 86, párrafo 1 establece la obligación general de los Estados Partes para reprimir las infracciones graves "que resulten del incumplimiento del deber de actuar". De esta forma, un superior puede ser solamente responsable si no toma las medidas adecuadas contra las graves infracciones cometidas por los subordinados, y si el superior tenía un deber de actuar. Concordantemente, el artículo 86, párrafo 2 del PA I a los Convenios de Ginebra describe la situación del incumplimiento del deber de actuar de la siguiente manera:

> El hecho de que la infracción a los convenios o al presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían *información que les hubiera permitido concluir,* en las *circunstancias del momento,* que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas *factibles* que estaban a su alcance *para impedir* o reprimir esa infracción[104].

Así, tres condiciones deben ser reunidas para que un superior se tenga como responsable[105]:

103 *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts.* Geneva (1974-1977) vol. I, Berna, 1978, pág. 115. Para el Antiguo Derecho Internacional Humanitario el cual puede ser considerado como base de la doctrina, véase en particular el artículo 1° de las regulaciones de la Haya de 1907 y el artículo 43 del Protocolo (Fuerzas Armadas: *De Preux,* nm. 3531, 3540; *Crowe,* págs. 196-7; *Green,* 1995, 325; *Fenrick,* 1999, nm. 1. See for Art. 13 of the GCIII *Vest,* pág. 280.
104 "The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from *penal or disciplinary* responsibility, as the case may be, if they knew, or had *information which should have enabled them to conclude* in the *circumstances at the time,* that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all *feasible* measures within their *power* to *prevent* or *repress* the breach." Énfasis nuestro.
105 Véase también, *De Preux,* nm. 3543 y ss.

• Que la infracción haya sido cometida por uno de los subordinados del superior.

• Que el superior haya conocido o haya tenido información de la cual se pudiese concluir[106] que una infracción fue cometida o iba a ser cometida.

• Que el superior no tome las medidas a su alcance para impedir o reprimir las infracciones.

Estos requerimientos serán analizados con más detalle posteriormente. Por ahora es suficiente puntualizar que el artículo 86, párrafo 2 del PA I, establece no solamente la responsabilidad del superior (incluida la de superiores civiles)[107], sino que también define la responsabilidad paralela del subordinado. Esto debe ser subrayado, ya que el artículo 85 y subsiguientes del PA I parecen implicar únicamente la responsabilidad exclusiva del superior. Sin embargo, la expresión "haya sido cometida por un subordinado" del artículo 86, párrafo 2 explícitamente se refiere a la infracción de la Convención o del PA I por parte de un subordinado. Por lo tanto, el subordinado[108] es directamente responsable como perpetrador inmediato.

El artículo 86, párrafo 2 debe leerse conjuntamente con el artículo 87, el cual describe el deber de un comandante de impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados y, por lo tanto, establece tanto la posición como el deber de garante ("guarantor") del superior (*Garantenstellung und-pflicht)* de acuerdo con la lectura que sigue:

106El artículo 76, párr. 2 del I.C.R.C. propuso un "should have known", pero fue rechazado por considerarse demasiado amplio (véase *De Preux*, nm. 3526; también *Levie*, pág. 8; *Landrum*, pág. 249; *Crowe*, pág. 225).

107Cf. *Hessler*, pág. 1277; *Wu/Kang*, págs. 291-92.

108Cf. *Wolfrum*, Durchsetzung des humanitären Völkerrechts, ein *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, D. Fleck (ed.), 1994, págs. 413-440 (423); véase también *Solf/Cummings*, A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949, *Case Western Reserve Journal of International Law* 9 (1977), págs. 242-3. Este punto de vista también resuelve la crítica de *Partsch*, pág. 524, quien afirmaba que el artículo 86 (2) es incompleto, ya que allí no se considera la responsabilidad del subordinado.

Artículo 87- Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus *órdenes* y a las demás personas que se encuentren bajo su *autoridad, impidan* las infracciones de los convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las *repriman* y *denuncien* a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes *tengan conocimiento* de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga *conocimiento* de que su subordinados u otras personas bajo su *autoridad* van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas *necesarias* para *impedir* tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, *promueva* una *acción* disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones[109].

B) Otros

Las codificaciones posteriores han estado basadas exclusivamente en el artículo 86, párrafo 2 del PA I y han variado solamente con respecto a las consecuencias legales y al elemento subjetivo (*mental element).* El artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1991 (*Draft Code*,1991) elaborado por la Comisión Internacional de Derecho de la Organización de las Naciones Unidas y el artículo 6° del Proyecto de Código de 1996 –responsabilidad del superior– traen, respectivamente, la siguiente redacción:

109El énfasis es nuestro.

El hecho de que un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad *criminal*, si sabían o tenían *información que les permitiera concluir* en las *circunstancias del caso*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *factibles* a su alcance para *impedir* o *reprimir* ese crimen[110].

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad *criminal*, si sabían o tenían *motivos para saber*, dadas las *circunstancias del caso*, que ese sobordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias* a su alcance para *impedir* o *reprimir* ese crimen[111].

La responsabilidad del superior tiene, otra vez, tres requerimientos: la comisión de delitos por parte de los subordinados, el incumplimiento del superior respecto a tomar todas las posibles medidas en contra de la comisión de estos crímenes y su efectivo o posible conocimiento de los mismos[112]. Las diferencias entre los proyectos de 1991 y 1996 muestran claramente dónde se ubican los problemas: por una parte, se plantea si el superior debe tomar medidas "necesarias" o "factibles" y si existe una diferencia entre las dos; por otra parte, sorprende el problema de si las diferentes formulaciones con respecto al posible conocimiento están presupuestadas para crear criterios diferentes. De acuerdo con la I.L.C. los cambios no implicaban diferencias sustantivas[113]. La mayoría de los

110 Para la versión inglesa: artículo 12 I.L.C. Draft Code 1991, en Y.I.L.C. 1991, vol. II, segunda parte, págs. 94-97.

111 Para la versión inglesa: article 6 I.L.C.-Draft Code 1996, en *Report of the ILC on the work of its forty-eighth session*, 6 de mayo al 26 de julio de 1996. G.A.O.R. Fifty-first Session. Supplement No. 10 (A/51/10), págs. 14 y ss. (párr. 50 y ss.). Énfasis nuestro.

112 Véase también *Y.I.L.C.* 1988, vol. I, págs. 288-9 (Mr. Tomuschat, vocero del Comité Redactor); vol. II 2, págs. 70-1. Véase también el cuarto y el quinto informe del relator especial, *Doudou Thiam*, *Y.I.L.C.* 1986, vol. II 1, págs. 53-86 (65-6) y *Y.I.L.C.* 1987, vol. II 1, págs. 1-13 (9) respectivamente, quienes consideran erróneamente esta disposición como "un caso específico de la Teoría de Participación".

113 Cf. Report I.L.C. 1996, *supra* nota 111, pág. 38, párr. 5 y 6.

miembros de la comisión aceptó –a pesar de las críticas[114] – la propuesta del relator especial para mantener el artículo 12 del proyecto de código de 1991[115].

El proyecto alternativo de Siracusa[116] posee una leve variación con respecto al proyecto de código de 1996 de la I.L.C.:

El hecho de que un crimen contemplado en este Estatuto haya sido cometido por un subordinado no exime a sus superiores de responsabilidad *criminal* si sabían o tenían motivos para saber en las circunstancias del momento que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias*[117].

Una comparación del artículo 86, párrafo 2 del PA I con las disposiciones de los proyectos de código de la I.L.C. y el proyecto de Siracusa muestra, en primer lugar, que las disposiciones de los proyectos se refieren únicamente a las consecuencias penales para el superior; no se hace mención de la responsabilidad "disciplinaria". Esto, sin embargo, no excluye las sanciones de carácter disciplinario de acuerdo con el derecho militar nacional; más bien, la imposición de una sanción penal condigna a las conductas penales endilgadas, indica que las sanciones disciplinarias, por sí solas, no constituyen una sanción adecuada. En segundo lugar, el superior está obligado –según el proyecto de código de 1996 de la I.L.C. y el proyecto de Siracusa– a tomar todas las medidas "necesarias", más que las medidas "factibles". La diferencia, si es que existe alguna, será analizada posteriormente. Finalmente, mientras que

114 El profesor Tomuschat criticó la responsabilidad extensiva creada por el artículo 12. Véase Y.I.L.C. 1994, vol. I, pág 112.

115 *Thiam*, Twelfth Report, 1994, párr. 127; *I.L.C.* 1994, vol. II 2, pág. 83; 1994, vol. I, pág. 111 (Mr. Al-Baharna).

116 Cf. A.I.D.P., I.S.I.S.C., M.P.I. et al., 1994 I.L.C., Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications, preparado por un comité de expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996.

117 "The fact that a crime under this Statute was committed by a subordinate does not relieve his superiors of *criminal* responsibility, if they knew or had *reason to know*, under he *circumstances of the time*, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all *necessary* measures within their *power* to *prevent* or *repress* the crime". Art. 33-2, párr. 3 (énfasis nuestro).

el proyecto de código de 1991 de la I.L.C. introduce solamente un cambio menor con respecto al elemento subjetivo (*mental element*), el proyecto de código de 1996 de la I.L.C. y el proyecto de Siracusa introducen unos cambios mayores reemplazando la fórmula original de la "información que les permitiera concluir", por la fórmula "tener motivos para saber". La formulación precisa fue intensamente debatida en Roma. Esto es comprensible si se tiene en cuenta que el aspecto del elemento subjetivo (*mental element*) puede decirse que es el núcleo de la doctrina de la responsabilidad del superior. Aunque este punto será discutido con mayor detalle, *prima facie* parece claro que el requerimiento relativo a "tener motivos para saber" disminuye considerablemente el umbral del requisito de carácter subjetivo, en razón de que este último es un concepto mucho más amplio y menos preciso. En la medida de lo posible este lenguaje fue adoptado por los estatutos de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas. El artículo 7°, párrafo 3° del Estatuto del TPIY[118] así como el artículo 6°, párrafo 3° del Estatuto del TPIR[119] establecen:

> El hecho de que cualquiera de los actos (...) del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad *penal* a su superior si éste sabía o tenía *razones para saber* que el subordinado *iba a cometer* tales actos o *los había cometido* y no adoptó las medidas *necesarias* y *razonables* para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron[120].

Además, los Estatutos omiten la referencia temporal que establece "en las circunstancias del momento", e introduce la siguiente modificación con respecto a la obligación del superior para intervenir: mientras que de

118 Para la versión inglesa: SC Res. 827 (25 de mayo de 1993), reimpreso en: 32 *I.L.M.*, 1993, pág. 1159. Véase también <http/www.un.org/icty/basic.htm>.

119 Para la versión inglesa: SC Res. 955 (8 de noviembre de 1994), véase <http://www.ictr.org>.

120 "The fact that any of the acts ... of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of *criminal* responsibility if he knew or had *reason to know* that the subordinate was *about to commit* such acts or *had done so* and the superior failed to take the *necessary* and *reasonable* measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof." Énfasis nuestro.

acuerdo con el artículo 86, párrafo 2 del PA I la intervención debe tener lugar cuando el subordinado "estaba cometiendo" o "iba a cometer" una infracción, de acuerdo con el artículo 7°, párrafo 3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6, párrafo 3 del Estatuto del TPIR, la intervención debe tener lugar cuando el subordinado "iba a cometer" un crimen o "los había cometido". Debe recordarse, sin embargo, que el artículo 87, párrafo 3° del PA I contempla un lenguaje similar refiriéndose a los crímenes que los subordinados "han cometido". En todo caso, este cambio afecta el *actus reus* de la infracción, ya que se supone que la reacción del superior a la comisión de un delito del subordinado depende del tiempo del mismo. Este es otro problema que requiere de un análisis más detallado. Además, los Estatutos establecen el requerimiento de que el superior tome las medidas "necesarias y razonables", lo que agrega aún otra calificación a la forma en la cual el responsable debe actuar. Por otra parte, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* omiten la referencia de las medidas "que estén a su alcance", de tal manera que así parece extenderse más la responsabilidad penal del superior.

3. Aspectos del derecho comparado

Las normas que tratan el principio de responsabilidad del superior, se pueden encontrar, por lo general, en el derecho nacional militar. Ellas son, como lo ha afirmado Röling, "la consecuencia lógica de la obligación de todos los Estados de asegurar el respeto a las leyes de la guerra"[121]. Dado que el PA I ha sido ratificado por más de 150 países[122], es de esperarse que estos Estados, al menos de conformidad con sus obligaciones internacionales, incorporen las normas sobre responsabilidad del superior en su derecho nacional. Así, los puntos de vista mantenidos en esta contribución pueden ser limitados a unos pocos sistemas legales. Luego consideraremos los problemas paralelos relativos a la responsabilidad de los empleados que se presentan en el contexto del derecho penal económico.

121 "The logical consequence of the duty of every State to ensure respect for the laws of war". *Röling*, Criminal responsibility for violations of the Laws of War, *Revue Belge de Droit International*, vol. XII, 1976, págs. 8-26, pág. 16.

122 En marzo de 2002 el número de ratificaciones era de 159 <www.icrc.org>.

A) Derecho Militar

La disposición citada con más frecuencia es el Manual Militar de Operaciones 27-10 del Ejército de los EE.UU., el cual establece:

> Una responsabilidad de tal naturaleza [de un comandante] se genera cuando directamente los actos en cuestión han sido cometidos de acuerdo con una orden (...) el comandante es también responsable si tiene conocimiento efectivo o *debiera haberlo tenido, a través de los informes* recibidos por él o *a través de otros medios* de que las tropas u otras personas sujetas a su control van a cometer o han cometido un crimen de guerra y él omite tomar las medidas necesarias y razonables para impedirlos o para reprimir a los autores de esas violaciones[123].

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el Manual Militar de Operaciones no tiene fuerza jurídica vinculante; sólo constituye una "guía autorizada"[124]. Más aún, el propio Departamento Militar consideró que el estándar "debió haber conocido" es muy amplio[125]. En cuanto al grado del comandante, el Ejército enfatiza las obligaciones en concordancia con el entrenamiento recibido por cada una de las personas que están en la cadena de mando, no obstante los diferentes niveles y responsabilidades que existen dentro de la estructura[126].

123 "Such a responsibility [of a commander] arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order ... The commander is also responsible if he has actual knowledge, or *should have knowledge, through reports* received by him *or through other means*, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or punish violators thereof ..." Departmento del Ejército, *Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare*, párr. 501, 1956 [hereinafter FM 27-10]. Énfasis nuestro. Cf. *Röling, supra* nota 121, pág. 16; *Crowe*, págs. 223-24; *E. O'Brien*, pág. 288. Para las críticas al derecho de los EE.UU. véase *Hessler*, pág. 1287 y ss. Sobre derecho norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase Law Reports T.W.C., vol. III, pág. 103 y ss.

124 Manual Militar de Operaciones ("Field Manual"), *op.cit.*, 3.

125 U.S. Dept. Of Army, Pamphlet n° 27-1-1, Protocolos a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, pág. 65. Ver también *Eckhardt*, pág. 18.

126 Véase *W. O'Brien*, pág. 640.

El manual británico de la ley militar emplea la misma redacción con una ligera variación al final que dice: "y si él deja de emplear los medios a su disposición para asegurar el cumplimiento de las leyes de la guerra"[127].

En Francia, la ordenanza del 28 de agosto de 1994, relativa a la represión de crímenes de guerra, no establece una regla concreta, pero reconoce, al menos, la responsabilidad del superior en el artículo 4° de la siguiente manera:

> Cuando el subordinado es perseguido como el verdadero perpetrador del crimen de guerra, pero sus superiores no pueden ser sindicados como igualmente responsables, ellos deben ser considerados cómplices, en tanto y en cuanto hayan organizado o tolerado los actos criminales de los subordinados[128].

En Alemania el artículo § 357, párrafo 1, numeral 3° del Código Penal (Strafgesetzbuch-StGB) sanciona al superior que intencionalmente "permita que se realice un acto ilícito a través de sus subordinados". El artículo 41 del Código Penal Militar (Wehrstrafgesetz-WStG) sanciona al superior que incumpla con el deber de supervisar o delegar apropiadamente la supervisión de sus subordinados y, por consiguiente, cause una grave consecuencia, por ejemplo, la comisión de un delito por parte de los subordinados. La norma es un delito propio de omisión (Echtes Unterlassungsdelikt)[129] que consiste en dos actos: el incumplimiento

127 "and if he fails to use the means at his disposal to ensure compliance with the law of war". Great Britain War Office, *The Law of War on Land: Being part 3 of the Manual of Military Law*, párr. 631, 1958; véase también párr. 507 b. Cf. *Röling, supra* nota 121, pág. 16; *Green*, 1995, pág. 343.

128 "Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés". Pelletier/Perfetti (eds.), *Code Pénal 1998-1999* (1998), págs. 1118-19. En inglés en Law Reports T.W.C., vol. III, pág. 94: "Where the subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have organised or tolerated the criminal acts of the subordinates".

129 Cf. *Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz* (1988), § 41 nm. 2, pág. 17. – La conducta activa esta correspondientemente cubierta por el § 33 y 34 *WStG* el cual sanciona la tentativa de inducción del subordinado por el superior para cometer un crimen.

de supervisar debidamente y la generación de una consecuencia grave[130]. El último implica que el incumplimiento de supervisión debe haber causado la ocurrencia de la consecuencia grave; esto es, la consecuencia grave no hubiese ocurrido si el superior hubiera cumplido con su obligación de supervisión[131]. La obligación de supervisión corresponde a la competencia para dar órdenes[132]. Si el superior delega esta obligación en otro superior (normalmente su subordinado), él debe garantizar que este superior está adecuadamente instruido y es capaz de cumplir con el deber de supervisión[133]. Así, puede decirse que la obligación de supervisión se convierte en una obligación de selección acertada, instrucción y control de seguimiento. La obligación de supervisión está basada sobre el § 10, (2) de la ley militar alemana (*Soldatengesetz–SG*)[134]. Se reconoce generalmente que este deber crea la obligación para el superior de impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados[135]. De acuerdo con el § 1, (4) de la SG, un superior es cualquier persona que puede dar órdenes a un subordinado. En cuanto al criterio del *mens rea*, el § 41 del WStG exige al menos una negligencia grave (*Leichtfertigkeit*) con respecto a la violación del deber de supervisión y una negligencia (*Fahrlässigkeit*) con respecto a la causación de la consecuencia grave[136].

El § 28 y ss. del Código Disciplinario Militar (*Wehrdisziplinarordnung*) contienen reglas sobre el ejercicio de la competencia disciplinaria del superior. De acuerdo con el § 28, (1), el superior debe iniciar una investigación y aclarar la situación fáctica referente a la existencia de una sospecha sobre la comisión de una falta disciplinaria. De ser necesario, el superior debe imponer una sanción disciplinaria o someter el asunto a la competencia de las autoridades encargadas de ejercer la acción penal (§ 29)[137].

130 Ibíd., nm. 2.
131 Ibíd., nm. 13.
132 Ibíd., nm. 7.
133 Ibíd., nm. 9, 11.
134 Cf. *Scherer/Alff, Soldatengesetz. Kommentar*, 1988, § 10 nm. 7; *Stauf, Soldatengesetz: Taschenkommentar*, 1998, § 10 nm. 3.
135 Explícitamente *Stauf, supra* nota 134, nm. 3; Véase *Scherer/Alff, supra* nota 134, nm. 8.
136 *Schölz/Lingens, supra* nota 129, § 41 nm. 2, 16.
137 Véase también *Wolfrum, supra* nota 108, párr. 1213, pág. 434.

Finally, the new German Code of Crimes against International Law (Völkerstrafgesetzbuch-VStGB)[138] *implements article 28 of the ICC Statute in a twofold manner:*

> *a superior who (intentionnally) omits to prevent* his *subordinate from committing international crimes shall be punished as a direct perpetrator (article 1, Section 4), while the failure to properly supervise the subordinates and/or report crimes is considered as a form of complicity which deserves more lenient punishment (article 1, sections 13 and 14).*

B) Aspectos relacionados con el Derecho Penal Económico

Desde el punto de vista comparativo, vale la pena hacer mención de los intentos de esbozar un proyecto de Código Penal Europeo Tipo. Estos esfuerzos están aún limitados al derecho penal económico, más concretamente, a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. La propuesta correspondiente del *Corpus Juris*, en su versión más reciente, establece en el artículo 12:

> (1) *If one of the offences under art. 1 to 8 is committed for the benefit of a business by someone acting under the authority of another person who is the head of the business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he* knowingly *allowed the offence to be committed.*
>
> (2) *The same applies to any public officer who* knowingly *allows an offences under art. 1 to 8 to be committed by a person under him.*
>
> (3) *If one of the offences under articles 1 to 8 is committed by someone acting under the authority of another person who is the head of a business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he* failed to exercise the necessary supervision, *and his failure facilitated the commission of the offence'*[139].

138 BGBl. I 2002, 2254 y ss. Available in all UN languages at <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.
139 *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), The implementation of the Corpus Juris in the Member States, vol. I, Antwerp et al. 2000, pág. 193 (énfasis nuestro). For the earlier version, see *Delmas Marty* (ed.), *Corpus Juris*, 1997, pág. 68.

También una propuesta alternativa, elaborada por el profesor Tiedemann[140], es de particular interés, ya que está basada sobre un estudio comparativo de la doctrina penal europea sobre la omisión que toma en cuenta aspectos de la teoría angloamericana del *vicarious liability*[141], de la doctrina francesa de la *responsabilité du fait d'autrui* y de la doctrina alemana sobre la posición del garante[142]. En efecto, esta propuesta está basada sobre el § 130 de la ley alemana de infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz-OwiG*), la cual sanciona al propietario de la empresa si él viola el deber de supervisión en el ámbito de las personas jurídicas. Esta disposición es estructuralmente similar a las normas sobre responsabilidad del superior en el sentido en que se hace al superior responsable por una omisión; por consiguiente, la doctrina del § 130 *OwiG* y la responsabilidad de los empleados puede ser análogamente aplicada en forma general al concepto de responsabilidad del superior. El § 130 OWiG, tal cual el § 41WStG, están considerados como un delito propio de omisión[143]. La obligación del propietario de una empresa (y otras personas responsables dentro de la compañía)[144] proviene de su posición, la cual se asimila a la del garante; esta posición, a su vez, se desarrolla a partir de los varios deberes de cuidado que ellos están legalmente obligados a cumplir[145]. El objeto del delito es el

140 El Profesor *Tiedemann* era uno de los miembros del grupo de expertos que elaboró el proyecto de Corpus Juris.

141 See on the especially important ‚Responsible Corporate Officer' doctrine *US v. Dotterweich*, 320 US 277 (1943); *US v. Park*, 421 US 658, 674 (1975); see also *B. S. Hustis* and *J. Y. Gotanda*, The Responsible Corporate Officer: Desigated Felon or Legal Fiction? 25 Loy. U. Chi. L. J. (1994) 169, 176.

142 Esta disposición establece:
"(1) Whoever must legally guarantee that another person does not commit a criminal act will be punished as a perpetrator if he knew of the commission and could have prevented or impeded it.
(2) The following persons, in particular, are responsible according to paragraph (1):
(a) Members of a government, public officials and soldiers for acts that have been committed by subordinates (*Weisungsabhängige, Untergebene oder Befehlsempfänger*);"
véase *Tiedemann*, págs. 505-6, 511 (§ e párr. 1 y 2 de la propuesta; traducidos por el autor). Véase también *Tsolka, Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w.S.*, 1995, págs. 268 y ss. (279; 280-81). Recently, see *Tiedemann*, Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils, in Tiedemann (ed.), Wirtschaftsrecht in der EU, 2000, pág. 16.

143 *Göhler, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 199812, § 130 nm. 9; *Rogall*, pág. 588.

144 Véase *Göhler, supra* nota 143, nm. 4 y ss.

145 Ibíd., nm. 2. *Rogall*, pág. 613 y ss. Este autor argumenta acertadamente que el propietario de una empresa tiene la posición de un garante. On the Swiss law, see *Vest*, págs. 291-292.

incumplimiento del propietario de la empresa de ejecutar las medidas necesarias de supervisión. Este incumplimiento permite que ocurran infracciones de las obligaciones generales de la empresa hacia el público. Esas infracciones son cometidas por los subordinados quienes no son adecuadamente supervisados. Así, la omisión del propietario causa la realización de un peligro concreto inherente al trabajo y al funcionamiento de la empresa (lo cual implica que la empresa opera en un tipo de negocios que es ínsitamente peligroso). La realización de este peligro no es un elemento del delito, sino solamente una condición objetiva de punibilidad del propietario (*objektive Strafbarkeitsbedingung*)[146]. En este sentido podemos hablar de un delito de peligro concreto (*konkretes Gefährdungsdelikt*)[147].

Si el propietario delega su obligación en otro personal de la empresa, él es el responsable por la apropiada selección y supervisión de estas personas. Esta obligación disminuye en la medida en que se incrementa el nivel de cualificación de los delegados[148]. La relación causal entre la falta de supervisión y la infracción existe si la supervisión adecuada con mayor probabilidad hubiese impedido la infracción o al menos hubiese tenido mayor dificultad para realizarse. Así, la fórmula generalmente reconocida de la *conditio sine qua non* –en la doctrina angloamericana también conocida como *test but for*[149]– es aplicada en una versión más amplia, ya que algún incremento probable del riesgo (*Risikoerhöhung*) causado por la ausencia de la propia supervisión se considera suficiente[150].

146 *Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, 19755, § 130 nm. 8. Crítico *Schünemann*, pág. 48.

147 *Göhler, supra* nota 143, nm. 9; *Rogall*, págs. 599-600. Este último, sin embargo, limita más la responsabilidad del propietario por considerar las infracciones cometidas por los subordinados no solamente como una condición de la responsabilidad del propietario, sino como el punto exclusivo de referencia de su omisión (ibid., pág. 591). Además, establece una relación específica entre la omisión y la violación (ibid., pág. 595).

148 *Göhler, supra* nota 143, nm 11; *Rogall*, pág. 603.

149 Cf. *Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, págs. 62-3

150 *Göhler, supra* nota 143, nm. 17; 22; *Rotberg, supra* nota 146, nm. 12. Véase también *Schünemann*, pág. 45; críticamente *Rogall*, pág. 608, pero en la última parte, pág. 610 y ss., en favor. El último (pág. 613) argumenta en favor de un nexo estricto entre la omisión y la realización del peligro, es decir, la infracción debe aparecer como realización del peligro que el propietario hubiera prevenido

En lo que se refiere al *mens rea,* el propietario debe actuar intencionalmente o negligentemente con respecto al elemento de omisión del delito, por ejemplo, con respecto a su incumplimiento de supervisión adecuada y las posibles consecuencias que de allí se deriven. Sin embargo, el propietario no necesita prever que una cierta infracción será cometida como consecuencia de la falta de supervisión[151]. Aun así, este umbral bajo es altamente sospechoso desde el punto de vista de los principios de culpabilidad (*Schuldgrundsatz)* e igualdad (*Gleichheitsgrundsatz)*[152].

Por lo demás, la construcción de la norma como una infracción imprudente (*negligent*) al deber de supervisión señala su subsidiariedad con respecto a cualquier otra conducta del propietario que constituya participación intencional en los delitos cometidos. En otras palabras, si el propietario participa a título personal en una infracción, es responsable penalmente por esta participación, pero no por el –menos grave- incumplimiento del deber de supervisión, en el cual su participación también pueda estar implicada[153].

Finalmente, resulta digna de atención la Resolución II.1 de la sesión I del XVI Congreso Asociación Internacional de Derecho Penal (A.I.D.P.) realizado en Budapest en el año 1999, el cual ya ha enfatizado tanto la importancia, como la dificultad, de establecer la responsabilidad penal de los superiores u "hombres de atrás" (*Hintermänner*).

> En razón de que a menudo es difícil probar que los líderes y los miembros de grupos criminales organizados han efectivamente participado en la comisión de ciertos delitos, las formas tradicionales de comisión y la responsabilidad penal accesoria pueden ser insuficientes para hacer que estos individuos respondan penalmente. En cuanto a las categorías del derecho tradicional de autoría y complicidad juzgadas como insuficientes, se debería considerar una cautelosa modernización basada sobre el principio de responsabilidad organizacional. En las organizaciones estructuradas jerárquicamente, las personas con capacidad de decisión y control pueden ser responsables por actos de otros miembros bajo su control si ellos han ordenado que estos actos sean cometidos o han omitido conscientemente impedir su comisión[154].

a través de su obligación de supervisión (*Gefahrverwirklichungszusammenhang*). Véase también *Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht,* 1979, pág. 120: causalidad limitada por y basada sobre el fin protector de la norma ("schutzzweckkongruente Kausalität").

151 *Göhler, supra* nota 143, nm. 9, 16 a; *Rotberg, supra* nota 146, nm. 16; *Rogall,* págs. 588-89; 600-01.

152 Véase *Schünemann,* pág. 49; también *Rogall,* pág. 591, 597, 607 quien argumenta una interpretación compatible con el principio de culpabilidad.

153 *Göhler, supra* nota 143, nm. 25 y ss.; también *Rotberg, supra* nota 146, nm. 16, *Ferner, Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar,* vol. II (panfleto, 47° puesta al día, febrero de 1999) § 130 nm. 2; *Rogall,* pág. 620.

154 "Because it is often difficult to prove that leaders and members of organised criminal groups have actually participated in the perpetration of particular offences, traditional forms of perpetration and accessorial liability can be insufficient to make these individuals accountable. To the extent the traditional law of perpetratorship and complicity is deemed insufficient, one should consider a cautio[u]ns modernisation based on the *principle of organisational responsibility.* In hierarchically structured organisations, persons with decision and control power can be made responsible for acts of other members under their control if they have *ordered* these acts to be committed or have *consciously omitted* to prevent their commission." Énfasis nuestro.

155 Cf. *Parks,* pág. 37; *Levie,* pág. 6. Esto es igualmente admitido por los críticos, véase *Landrum,* pág. 298.

156 Véase también *Green,* 1995, pág. 350, 371; *Levie,* pág. 12.

157 Cf. *E. O'Brien, passim*: Rockwood, interpretó erróneamente su responsabilidad de mando y trató de impedir directamente presuntos abusos por parte de los soldados haitianos en la Cárcel Nacional de Puerto Príncipe, en vez de permanecer en su lugar, cumpliendo con sus obligaciones e investigando el asesinato de haitianos por parte de compatriotas.

c) Conclusiones preliminares

A la luz de las fuentes que hemos analizado aquí no cabe duda de que la doctrina de la responsabilidad del superior, que fue reconocida por primera vez en el caso *Yamashita*[155], es un principio bien establecido del derecho internacional consuetudinario[156]. Sin embargo, *Yamashita* también aclaró que los superiores no deben ser tenidos por responsables en contravención a los requerimientos de culpabilidad personal. Desde la perspectiva de un derecho penal internacional compatible con los principios generales de los derechos humanos y los principios generales del derecho penal, este principio es de la mayor importancia y no puede ser subestimado. Además, una serie de obligaciones excesivas impuestas a los superiores puede también llevar a indeseables reacciones, tal como fue demostrado en el caso del *Capitán Rockwood*[157].

Estas reflexiones pueden, en parte, explicar por qué los esfuerzos que se han seguido para desarrollar la doctrina de la responsabilidad del superior se han localizado en los requerimientos del dolo (*mens rea*). A

partir de estos esfuerzos es claro que el *mens rea* no puede establecerse sobre la base de una teoría estricta de la responsabilidad o en la teoría del *vicarious liability*[158] –como fue observado por algunos en el caso *Yamashita*– ni puede ser requerido un conocimiento efectivo, como en los casos del *Alto Comando* y *My Lai*. Más bien, el nuevo criterio del "debió saber" (*should have known*) tal y como se desarrolló en el caso *Rehenes* fue tomado en las negociaciones del PA I[159] y reemplazado por el criterio de "motivos para conocer" (*had reasons to know)* de la I.L.C. y los estatutos del TPIY y TPIR, así como por la decisión *Delalic et al.* del TPIY. En este sentido se puede identificar un consenso en los esfuerzos de codificación posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aunque el concepto es todavía susceptible de clarificación y depuración[160].

En suma, las críticas de los Tribunales para Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (U.N.W.C.C.) en 1949, según las cuales "los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad, (...) aún no están establecidos"[161], no han perdido completamente su validez, en particular con respecto a los problemas de derecho penal inherentes a la doctrina[162]. A pesar de la aplicación recurrente de la doctrina desde la Segunda Guerra Mundial, en particular con respecto al elemento subjetivo, sus componentes no han sido definidos en forma suficientemente precisa como para disipar las dudas en relación con el principio *nullum crimen*, tal y como quedó estipulado en el Estatuto de Roma (arts. 22 y 24)[163],

158Para más argumentos en contra de la teoría estricta de la responsabilidad, en comparación con el derecho ambiental de los EE.UU., *Wu/ Kang*, págs. 279-282 en particular porque los crímenes correspondientes no son delitos de estricta responsabilidad. Véase también *Parks*, *passim* y pág. 103. Contra la teoría del "vicarious liability" *(pour le fait d'autrui)* véase también el alegato de la defensa en *Alekosovski*, *supra* nota 64, párr. 72; see also *Delalic et al.*, *supra* nota 63, párr. 647.

159Cf. *Crowe*, pág. 225 y *supra* nota 104.

160Así, la afirmación de *Hessler* (pág. 1281) según la cual no existe un consenso en la jurisprudencia de la post-guerra con respecto al elemento subjetivo, no es completamente correcta si uno tiene en cuenta los esfuerzos de codificación.

161Véase *supra* nota 53.

162Véase *De Preux*, nm. 3527.

163Sobre este principio, véase *Ambos*, General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, Criminal Law Forum 10 (1999), págs. 1 y ss. (4 y ss.); en español en Actualidad Penal 44 (2000), 925 y ss. (927 y ss.) con mas referencias.

especialmente frente a sus requerimientos de exactitud y limitación jurídica[164]. Esto ha dado por resultado que el efecto disuasivo de la doctrina sea débil.

A luz de estas conclusiones, la parte central de este documento intenta desarrollar más los elementos de la doctrina y reducir su ambigüedad.

III. Artículo 28 del Estatuto de Roma

1. Descripción de la norma y comparación con las anteriores codificaciones

La disposición[165], objeto de intensas negociaciones y acuerdos delicados[166], distingue entre la responsabilidad del superior, comandante militar (*de facto*) (párrafo a) y otras, como por ejemplo, superiores no militares o civiles (párrafo b). Como ya hemos observado, las codificaciones anteriores o proyectos, en particular el artículo 86, (2) del PA I, no hacen esta distinción, por lo menos no explícitamente, pues solamente se refieren al "superior", dejando abierta la discusión sobre la condición civil o militar. La distinción en el Estatuto de Roma fue inspirada por una propuesta proveniente de la delegación de los EE.UU., cuyo objetivo fundamental era introducir niveles de exigencia distintos en el plano subjetivo para la responsabilidad de los militares y de los civiles[167]. De acuerdo con la propuesta, los comandantes militares serían responsables –con arreglo al criterio reconocido– por el conocimiento o negligencia ("debió haber conocido"), mientras que para los superiores civiles era exigible únicamente el conocimiento. Sin embargo, el alto umbral exigido para

164Cf. *Hessler*, pág. 1288: "este cuerpo de leyes es demasiado inexacto e inconsistente ... produce problemas de vaguedad constitucional" ("this body of law is too inexact and inconsistent ... raises problems of unconstitutional vagueness"), caso § 130 OwiG; véase *Rogall*, pág. 591; *Schünemann*, pág. 48.

165Por el texto del Art. 28 del Estatuto de Roma ver Anexo I.

166UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1, pág. 2. Véase también *Saland*, pág. 202 y ss.; *Schabas*, *supra* nota 16, pág. 417.

167U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.2 (1998); también *Saland*, pág. 204.

los últimos, no fue aceptado por la mayor parte de las delegaciones que participaron en las discusiones informales. Una contrapropuesta informal proveniente de Argentina, Canadá y Alemania se mostró partidaria de un criterio de negligencia para ambos casos[168]. Las posiciones opuestas fueron finalmente conciliadas en las consultas informales dirigidas por Canadá, en una fórmula compromisoria, que reemplazó el criterio de negligencia para los superiores civiles por la redacción "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que le hubiera permitido concluir (claramente) en las circunstancias del momento que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"[169]. Después, en una versión posterior, la redacción fue simplificada a "deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"[170]. Así, una nueva fórmula fue inventada para el requerimiento del propósito doloso (*mens rea)* de los superiores civiles, con lo cual se enfatiza la mayor diferencia entre su responsabilidad y la responsabilidad de los superiores militares[171]. En lo que concierne a los aspectos de permanencia del elemento subjetivo (*mental element*), el Estatuto de Roma acepta la tradicional restricción temporal en "las circunstancias del momento" (art. 86, (2) del PA I), únicamente con respecto a los superiores militares, empleando la frase "en razón de las circunstancias del momento". Con respecto a los superiores no militares, esta referencia se omite por completo, análogamente a los Estatutos del TPIY y TPIR. Sin embargo, resulta evidente que el *mens rea* pueda probarse únicamente con respecto al tiempo de la comisión de los crímenes realizados por los subordinados; por esa razón, siempre han de ser tenidas en cuenta.

168 Propuesta de Argentina, Canadá y Alemania, 17 de junio de 1998.

169 UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.7 (1998). La palabra "claramente" fue introducida posteriormente en el documento de trabajo oficial.

170 UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.7/Rev. 1 (1998)

171 *Bassiouni*, pág. 422, explica el estándar más estricto para militares por dos razones políticas: la necesidad de mantener un estándar más alto de disciplina en una estructura militar y la inefectividad de la disuasión.

En este sentido, la referencia explícita es redundante. En lo que concierne al objeto del conocimiento (posible) del superior, la expresión "se proponían cometerlos" prevalece sobre la expresión "iban a cometer". De nuevo, esta fórmula, refleja la redacción de los Estatutos del TPIY y TPIR, reemplazando la redacción del PA I que propuso la I.L.C. en los proyectos de códigos.

En lo que respecta al *actus reus* del artículo 28 del Estatuto de Roma, comparado en los puntos identificados en las codificaciones precedentes, presenta cinco elementos objetivos:

- El perpetrador o agente del delito es un militar (de facto) o *superior* no-militar (civil) que tiene "fuerzas" o "subordinados" bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del estatus del sujeto activo dentro de la jerarquía militar; cualquier clase de 'superior y relación de subordinación" parece ser suficiente.
- El "mando y control", en el caso del superior militar, o la "autoridad y control" en el caso de ambos tipos de superiores, sobre los subordinados debe ser "efectivo"; este requerimiento restrictivo de la responsabilidad del superior está reafirmado con respecto al superior civil, quien debe, además, tener "responsabilidad efectiva y control" sobre las actividades que guarden relación con los crímenes.
- Los crímenes cometidos por los subordinados deben ser un 'resultado" del incumplimiento del superior de ejercer control adecuado sobre ellos; este elemento puede ser denominado "requerimiento causal".
- La falta del superior al no tomar las "medidas necesarias y razonables que estén a su alcance" contra los crímenes cometidos; el alcance para tomar estas contramedidas obviamente se deriva del control "efectivo".
- Las medidas se adoptan para "prevenir o reprimir" la comisión de crímenes, o para que el superior ponga "el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento"; la última opción no estaba contenida en las codificaciones precedentes.

Si estos requerimientos son cabalmente cumplidos, y el superior tenía el necesario mens rea, su responsabilidad se concreta. Así, el derecho penal internacional no parece interesarse más por las posibles sanciones disciplinarias, tal y como originariamente lo establecía el artículo 86, (2) del PA I.

En la siguiente sección, los elementos objetivos y subjetivos del delito han de ser analizados con mayor detalle, comenzando con algunas consideraciones generales.

2. Análisis crítico e interpretación

A) Consideraciones generales

La responsabilidad del superior se establece por omisión. El superior es sancionado por el incumplimiento de supervisión de los subordinados y por no "prevenir" o "reprimir" la comisión de sus atrocidades. Esta clase de responsabilidad penal –por omisión– es única en el derecho penal internacional. Una disposición general que definía el acto y/o omisión propuesta en el proyecto de Estatuto[172] fue suprimida en Roma[173]. La razón que se argumentó, inter alia, fue que el artículo 28 solamente creaba y crearía responsabilidad penal por omisión[174]. Los delegados secundaron la perspectiva francesa que rechaza la responsabilidad general por omisión impropia (commission par omission) debido a una interpretación estricta del principio de legalidad[175]. En efecto, si el deber de actuar (Garantenpflicht), el cual justifica la equivalencia moral entre la falta para prevenir el daño y la efectiva causación del daño, no estaba regulado por la ley, sino solamente soportado por precedentes judiciales y reflexiones académicas, su

172 Draft Statute for the International Criminal Court, *infra* nota 174??, art. 28.

173 U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1 (1998).

174 *Edward Wise*, Model Draft Statute for the International Criminal Court based on *the Preparatory Committee's text to the Diplomatic Conference, Roma, 15 de junio al 17 de julio de 1998*, Sadat Wexler (ed.), 1998, págs. 48-50, eran partidarios de una norma general sobre omisión.

175 Véase *Pradel, Droit pénal comparé*, 1995, pág. 233 y ss. (236). La posición francesa puede ser explicada por la importancia histórica de la libertad individual y sólo el lento reconocimiento del principio de solidaridad que gradualmente permitió delitos específicos (genuinos) de omisión, por ejemplo, art. 223-6 (2) C.P.: "no asistencia a persona en peligro" ("non-assistance à personne en péril").

compatibilidad con un estricto requerimiento de legalidad resultaba más que incierta[176].

El artículo 28 puede ser caracterizado como un delito propio de omisión (echtes Unterlassungsdelikt)[177] ya que él hace responsable al superior únicamente por la ausencia de supervisión y control propios de sus subordinados, mas no, al menos no "directamente", por los crímenes que ellos cometan. Estos crímenes son "directamente" imputados a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la ausencia de prevención de aquéllos que tengan efectiva ocurrencia; esto significa que el superior no es responsable por una omisión impropia o –para usar un término más adecuado– por una comisión por omisión (unechtes Unterlassungsdelikt). Un clásico ejemplo de aquélla es el acto en el que el padre permite que su niño se ahoge; por consiguiente, el padre sería responsable de un homicidio por omisión. Esta caracterización del artículo 28 se apoya también en el hecho de que disposiciones estructuralmente similares, tales como el artículo 41 del Código Penal Militar Alemán (WStG) y el § 130 de la ley alemana de infracciones administrativas (OWiG) también son consideradas como delitos de omisión[178]. Finalmente, el artículo 28 es mucho más preciso que las disposiciones generales que estructuran la norma básica de

176 Véase la discusión crítica de *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 149, págs. 47-8; también las críticas de *Pradel, supra* nota 175, págs. 236-37.

177 Véase para mayor información sobre los terminología y las diferencias entre "echt" y "unecht": *Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, págs. 605-08; *Mir Puig, Derecho Penal. Parte General*, 1998, págs. 299-301; también *Pradel, supra* nota 175, págs. 233-34.; *Kreß*, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, *Humanitäres Völkerrecht* 12, 1999,págs. 4-10 (9) toma el punto de vista, según el cual el artículo 28 es un "*un*echtes Sonderunterlassungsdelikt", *es decir*, un delito especial de omisión impropia o - mejor expresado - un crimen de comisión por omisión. Como lo demostraremos en esta contribución, este punto de vista no es acertado. More detailed see *Ambos*, págs. 666 y ss.; también *Vest*, pág. 285.

178 Véase *supra* nota 129.

los delitos de comisión por omisión, como por ejemplo el artículo § 13 del C.P. alemán[179].

El artículo 28 del Estatuto de Roma es un delito de omisión[180] que consiste, a nivel objetivo, en el incumplimiento por parte del superior de supervisar apropiadamente a los subordinados. Los crímenes derivados de allí, cometidos por los subordinados, no son ni un elemento del tipo, ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior. Más bien, estos delitos constituyen el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior; de esta forma, existe una relación de causalidad específica entre el incumplimiento de supervisión y la ocurrencia de los delitos[181]. A diferencia del caso del propietario de la empresa, el dolo (mens rea) del superior no se limita únicamente al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes[182], sino también a los mismos crímenes derivados. Esto claramente se infiere de la redacción del artículo 28[183]. En efecto, el artículo 28 tiene una estructura peculiar en la que el mens rea del superior se extiende más allá de su propia falta de supervisión hasta los actos concretos de los subordinados. Esta estructura no es tenida en cuenta por quienes consideran la responsabilidad del superior como una de las modalidades de complicidad[184]. Por lo demás, este aspecto no está lo suficientemente reflejado en los antecedentes jurisprudenciales, los cuales, como ha sido mostrado antes[185], normalmente no hacen una distinción

179 § 13 (1) se lee: "Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción". Traducción de Claudia López (Código Penal alemán, Universidad Externado de Colombia, 1999).

180 Cf. *Wu/Kang*, pág. 289.

181 Véase la interpretación similar de § 130 *OWiG*, *supra* II. 3. b) así como *infra* b) cc).

182 Véase *supra* II. 3., notas 136, 151 y texto que acompaña. De manera similar *Wu/Kang*, pág. 289.

183 Véase *supra* nota 163 e *infra* 3.

184 Véase más recientemente a *Fenrick*, 1999, nm. 2; *Bantekas*, pág. 577. De manera contradictoria *Wu/Kang*, quien argumenta, por una parte, responsabilidad a título de complicidad (pág. 278 y ss.) y continúa, por otra parte, con el punto de vista expresado en este artículo (pág. 289).

185 Véase *Ambos*, *supra* nota 163, pág. 20. Los antecedentes jurisprudenciales sostienen que el superior, o es responsable a título de cómplice (ayudando o incitando) por, al menos psicológicamente, encubrir o apoyar las tropas, o por faltar a impedir los crímenes sobre las bases de la responsabilidad del superior.

clara entre la responsabilidad penal de los cómplices y la responsabilidad penal por el incumplimiento de supervisar. Sin embargo, la responsabilidad simultánea puede plantearse conceptualmente, únicamente si el objeto mental de la responsabilidad del cómplice y la responsabilidad por omisión son las mismas, esto es, los crímenes cometidos por los subordinados. Dada la estructura del delito, éste no es normalmente el caso: en el caso de la responsabilidad del superior el objeto principal del delito es el incumplimiento del superior de supervisar apropiadamente y en consecuencia, su mens rea necesita extenderse a este incumplimiento; por el contrario, en el caso de la complicidad, el superior se hace parte en el delito de los subordinados y debe compartir el mens rea de los subordinados, es decir, debe tener mens rea acerca de su propia contribución en relación al delito principal. Si éste es el caso, entonces el superior podría ser responsable a título de cómplice; en tales casos, la responsabilidad del superior sería subsidiaria[186].

Adicionalmente, la peculiar estructura de la responsabilidad del superior conduce a una contradicción evidente entre la conducta negligente (imprudente) del superior y la intención (dolo directo) de los subordinados en cuanto a la comisión de los delitos. En tal caso estamos tratando, como correctamente lo ha puntualizado[187] Schabas, con la comisión de "un crimen de intención por negligencia"[188]: el superior incumple negligentemente, su deber de supervisión apropiada de los subordinados quienes cometen sus delitos dolosamente, en el sentido expresado por el artículo 30 del Estatuto de Roma. De esta manera, se plantea la cuestión de cómo los delitos dolosos de los subordinados pueden ser imputados directamente al superior. En tales casos, debería considerarse

186 Véase un punto de vista idéntico con respecto al § 130 *OWiG*, *supra* II.3., notas 151-153 que acompañan el texto.

187 *Schabas*, *supra* nota 16, pág. 417.

188 "a crime of intent by negligence". Véase también el ejemplo dado por *Howard*, pág. 20, "el acto punible en el caso del subordinado es la muerte injusta de ... personas, mientras que en el caso del comandante ... la omisión negligente ... de reprimir el acto del subordinado" (" ... the punishable act in the case of the subordinate is the unlawful death of the ... person whereas in the case of the commander... the negligent omission... to restrain the act of the subordinate..."). See also *Vest*, pág. 286.

una disminución del grado de punibilidad[189], toda vez que la conducta del superior resulta menos lesiva que en el caso de las conductas dolosas, esto es, si el superior está enterado de la comisión de delitos por parte de los subordinados. En efecto, sería más lógico no considerar al superior responsable penalmente por los crímenes dolosos de sus subordinados, pero esta solución es incompatible con –de hecho contradice– la letra del artículo 28. En lo que respecta a la clasificación de la conducta del superior en semejante supuesto, el superior puede ser considerado un simple cómplice (partícipe) por omisión respecto de los crímenes de los subordinados, según lo dispuesto en el artículo 25 (3) (c), ya que la complicidad exige intención (art. 30), y aquél sólo actúa negligentemente. De allí que, de hecho, el superior es responsable por una mera falta negligente de supervisar. Ésta es ciertamente una responsabilidad muy amplia.

La responsabilidad penal del superior por su inacción se establece y se enmarca –a nivel objetivo– en el contexto de la autoridad efectiva y control por parte del superior: la posibilidad de control constituye la base legal y legítima de la responsabilidad del superior; ella justifica su deber de intervención. En efecto, la Garantenpflicht, tal y como quedó descrita anteriormente, se puede inferir directamente del artículo 87 del PA I a los Convenios de Ginebra, toda vez que allí se establece la obligación de los comandantes de prevenir los delitos cometidos por sus subordinados. En este sentido, se puede hablar de una obligación de carácter legal o positiva de actuar, ya que la "obligación de garante" (Garantenpflicht) está basada sobre una norma de carácter positivo codificada en un Tratado Internacional, el cual además está reconocido como derecho consuetudinario. Esta obligación general de actuar se complementa con varias disposiciones específicas de conducta positiva, tales como las que están reglamentadas bajo el PA I[190]. Aunque estas

189See the more sophisticated solution proposed by the German VStGB, *supra* nota 138.

190*De Preux*, nm. 3536; para más fuentes sobre obligaciones de los comandantes, ver *Bantekas*, pág. 576-7. Véase para el caso de interpretaciones similares con respecto a la responsabilidad del propietario de la empresa (§ 130 *OWiG*), *supra* nota 145.

disposiciones estaban originariamente dirigidas únicamente a los Estados Partes, ahora pueden ser consideradas como la base de reglas de responsabilidad relativas a la ausencia de actuación individual, en la medida en que la doctrina de la responsabilidad del superior y la mayor parte de las infracciones establecidas por el Derecho de Ginebra (incluido lógicamente el PA I) han sido "individualizadas" por el Estatuto de Roma y por las leyes nacionales que lo han implementado. Como resultado de este trabajo, se ha establecido un marco amplio de la responsabilidad penal que puede ser limitado únicamente, como lo examinaremos posteriormente en detalle, por los elementos de control y el requerimiento del mens rea (elemento subjetivo).

Finalmente, si se desea hacer una comparación del concepto de responsabilidad del superior con un acto positivo, se ha de relacionar este concepto desde el punto de vista sistemático con la responsabilidad penal por ordenar un crimen. En ambos casos la responsabilidad penal del superior está en juego: en el caso de una "orden" hay responsabilidad por un acto positivo –ordenar cometer un crimen determinado– y en el caso de responsabilidad del superior por su inacción al no impedir la comisión de un crimen. En este sentido, ordenar la comisión de crímenes y faltar al deber de impedirlos, si bien conceptualmente distintos, parecen ser diferentes caras de la misma moneda[191]. La similitud práctica de las dos formas de conducta penal está reflejada también en la jurisprudencia que hemos analizado en este artículo[192]. Normalmente los casos de responsabilidad penal del superior están acompañados por órdenes dadas a efectos de realizar ciertos actos; si tales órdenes no pueden ser probadas o atribuidas al acusado, la responsabilidad del superior sirve como una especie subsidiaria de la responsabilidad penal[193]. De esta manera, el

191Cf. *Green* (1989), pág. 167. Véase también *Eckhardt*, pág. 4-5; *W.H. Parks*, Unas cuantas herramientas en la persecución de crímenes de guerra, *Military Law Review* 149, 1995, pág. 73, pág. 75.

192Véase, por ejemplo, *U.S. v. List et al.*, *supra* nota 36, pág. 1257: "los responsables por tales crímenes por ordenarlos o autorizar su comisión, o por no tomar las medidas necesarias..."("Those responsible for such crimes by ordering or authorizing their commission, or by a failure to take effective steps ...").

193Véase también *Wu/Kang*, pág. 274.

secretario general afirmó, en su informe sobre el establecimiento del TPIY, que una persona en posición de autoridad superior, sería responsable en cualquiera de los dos eventos: por dar una orden ilegal para cometer un crimen, o por faltar a la obligación de impedir la comisión de un crimen[194]. La I.L.C. distingue entre una contribución directa e indirecta a la comisión de un crimen[195]. En forma similar, una resolución reciente del Congreso de la A.I.D.P. reconoció la importancia paralela de ordenar y faltar al deber de impedir delitos en el marco de las organizaciones delictivas[196]. Esta resolución también nos recuerda la importancia de la doctrina denominada "dominio en virtud del control de los aparatos organizados de poder" (*Organisationsherrschaftslehre*) con respecto a la atribución de responsabilidad penal por actos positivos dentro de la organización criminal[197]. Sin embargo, la diferencia entre ordenar e incumplir para impedir, en términos legales, estriba en el hecho de que la responsabilidad, en el primer caso, está aceptada en el derecho penal internacional[198], mientras que la segunda, aún necesita desarrollarse.

Aunque la responsabilidad del superior es legal y lógicamente concomitante con la justificación de "obediencia a las órdenes del superior"[199], no existe una paradoja entre la responsabilidad paralela del superior por dar una orden ilegal y la del subordinado por ejecutar esta orden. Este punto de vista, que es defendido por D' Amato y correctamente rechazada por Levie[200], pasa por alto las diferentes formas de participación desarrolladas en la doctrina del derecho penal, especialmente en el denominado "modelo diferenciado del continente europeo", el cual también está reconocido en el artículo 25 del

194 S/RES 827 (1993), 25 de mayo de 1993, impreso en pág. 32, I.L.M. 1203, 1993, párr. 56.
195 Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 111, pág. 35, párr. 1. De manera similar *Wu/Kang*, 289: orden como directa responsabilidad del mando; también *Bassiouni*, pág. 419; *Vetter*, págs. 97, 99.
196 Véase Resolution II. 1. *supra* nota 154 y texto que la acompaña.
197 Véase *Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1994*, págs. 242-52; 653-54. Ya me he referido a la importancia de esta doctrina para el derecho penal internacional en el artículo "Individual Criminal Responsibility", *supra* nota 85. More detailed see *Ambos*, págs. 590 y ss.
198 Véase *Bassiouni*, pág. 441; concurrentemente *Wu/Kang*, pág. 272; 289.
199 *Bassiouni*, pág. 420; también *Vetter*, pág. 102. Critically *Vest*, pág. 287.
200 Véase bibliografía.

Estatuto de Roma[201]. Una diferenciación de tal naturaleza con respecto a la participación criminal hace perfectamente posible considerar al superior como un cómplice (instigador) o autor indirecto (perpetración por medios) y al subordinado como un autor directo. El hecho de que la orden del superior sea ilegal y, en consecuencia, no fuese ejecutada por el subordinado es solamente una expectativa normativa y no puede absolver al superior de responsabilidad. De otra manera, un delito cometido dentro de la estructura de la relaciones jerárquicas –por ejemplo, el asesinato por parte de un sicario del líder de una revuelta en tiempos de orden– entrañaría impunidad para el "hombre de atrás" cuya conducta es normalmente considerada aún más lesiva que la del perpetrador directo.

B) *Actus Reus*

b.1) El "estatus" del Superior

La jurisprudencia de Nürnberg limitó la responsabilidad criminal por los actos de otros a los comandantes generales y oficiales, excluyendo al personal militar sin poder de mando[202]. Con respecto a la guerra de agresión, el acusado debía ser un "líder" o "ideólogo" o haber pertenecido al "nivel político"[203]. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente limitó la responsabilidad a los miembros del gabinete[204], la Jurisprudencia del TPIY requirió "una posición de autoridad"[205] o "poder jerárquico"[206]. En resumen, los antecedentes jurisprudenciales internacionales no tienen realmente una interpretación unívoca del problema referente a si el superior tiene que pertenecer a cierto nivel jerárquico y, siendo así, a qué nivel. Aunque la jurisprudencia de la posguerra parece limitar la responsabilidad a los jefes o al nivel político, ello excluye implícitamente, y no explícitamente, a los comandantes pertenecientes a este nivel. En

201 Véase *Ambos*, Article 25. Individual criminal responsibility, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden* 1999, nm. 2, pág. 7 y ss.; *Ambos*, págs. 543 y ss.
202 Véase *U.S. v. Pohl & Others*, II. 2. b), *supra* nota 31 y ss.
203 Véase *supra* II. 2.b) aa).
204 Véase ibid., *supra* nota 46.
205 Véase *Delalic et al., supra nota 63* y *Blaškic*, *supra* nota 65 y texto.
206 *Aleksovski*, *supra* nota 64.

Pohl et al. los staff officers estaban excluidos, toda vez que ellos no poseían poder de mando.

En cuanto a los esfuerzos de codificación, la I.L.C. claramente afirmó que el artículo 6° del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 se refiere a cualquier superior en la cadena de mando, y no solamente al superior inmediato dentro de una jerarquía determinada[207]. De igual forma, el artículo 87, (1) del PA I ha sido interpretado como refiriéndose "a todas las personas que hayan tenido responsabilidad de mando, desde los comandantes al más alto nivel hasta los líderes que tienen sólo unos pocos hombres bajos su mando"[208]. Esto implica que la relación superior-subordinado exige una cadena de mando[209], pero eso no significa que todas las personas que estén en la cadena sean igualmente responsables sin tener en cuenta las circunstancias concretas y el nivel de la jerarquía que se encuentre involucrada[210], sino que solamente clarifica el concepto de responsabilidad del superior, en el sentido, de que éste no está per se limitado a los más altos escalones del mando. Esta observación se sustenta por la redacción de las disposiciones respectivas en otras codificaciones. El artículo 6° del Proyecto de Código de Crímenes de la I.L.C. de 1996, por ejemplo, se refiere a la responsabilidad de todos los superiores (en plural) por los subordinados que cometan un crimen[211]. Análo-gamente, el artículo 28, (b) del Estatuto de Roma se refiere a las relaciones entre superior y subordinado; la más

207 Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 111, pág 37, párr. 4.

208 "To refer to all those persons who had command responsibility, from commanders at the highest level to leaders with only a few men under their command." Véase *De Preux*, nm. 3553 citado en Official Records; véase también nm. 3561: "Todo comandante a cualquier nivel tiene la obligación de reaccionar" ("Every commander at every level has a duty to react ..."). De manera similar *Partsch*, pág. 528.

209 *Bantekas*, págs. 580-1, 584.

210 *De Preux*, nm. 3554; véase también *Rogers, Law on the Battlefield*, 1996, pág. 142; *Bassiouni*, pág. 421. De manera similar *Röling, supra* nota 121, pág. 15 se muestra partidario de una "responsabilidad especial para la materia en cuestión" ("special responsibility for the field in question").

211 Véase *supra* II. 1. b).

importante característica de esta relación es el poder de mando del superior (control/autoridad) sobre los subordinados, no el rango particular del superior[212].

En otras palabras, el requerimiento mínimo de la responsabilidad de mando es que el superior respectivo tenga "mando"[213]. Aunque esto resulta evidente, dado que el término "mando" es parte del mismo concepto, esto no significa necesariamente que el mando acarree responsabilidad. Esta implicación sólo puede ser consecuencia del vínculo existente entre los dos, tal como se afirma en el Field Manual de los EE.UU.: "el comandante militar posee completa y total responsabilidad por todas las actividades de su unidad"[214]. Por otra parte, en el caso de los superiores no militares, el Estatuto de Roma habla de "autoridad y control" y consecuentemente el título del artículo 28 no es "responsabilidad del mando", sino "responsabilidad de los comandantes y otros superiores". Si se desea usar un título más conciso que comprenda ambos tipos de superiores, se podría hablar de "responsabilidad por la autoridad y control", ya que este criterio es utilizado para ambos tipos de superiores; una fórmula manejable que ha sido usada a través de este texto podría ser simplemente "responsabilidad del superior". El requerimiento de mando también le da una nueva calificación a la relación entre superior y subordinado. La cuestión en este caso ya no es la clase de mando que el superior debe ejercer, sino si el superior posee "autoridad y control" sobre los subordinados, lo cual no excluye que el mismo superior sea un subordinado[215].

212 Cf. *Fenrick*, 1999, nm. 4, pág. 15. De manera similar, ello se afirmó en *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra* nota 35, pág 489: "No es el rango o el *status* de una persona, sino su poder para modelar o influir la política de su estado, lo que es relevante a la hora de determinar su culpabilidad bajo el cargo de crímenes contra la paz." ("It is not a person's rank or status, but his power to shape or influence the policy of his state, which is the relevant issue for determining his criminality under the charge of crimes against peace".)

213 Sobre las fuentes del mando de *iure* véase *Batekas*, págs. 578-9, quien distingue entre mando político, estratégico, operacional y táctico.

214 "The military commander has complete and overall *responsibility* for all activities within his unit". § 22 FM 22-100 citado de acuerdo con *Howard*, pág. 14 (el énfasis es nuestro).

215 *Fenrick*, 1999, nm. 17.

Se podría argumentar que es una clara consecuencia del hecho de que una persona tenga subordinados, que al mismo tiempo tenga autoridad o control sobre ellos. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto. El argumento es demasiado formal: el artículo 28 –así como la jurisprudencia del TPIY y TPIR– no hace referencia al estatus formal del superior aisladamente, sino al estatus de facto (el que efectivamente actúe como)[216]. Así, la disposición no hace referencia a una situación del "deber ser" (en el mundo ideal-normativo), sino más bien a la situación que realmente es (en el mundo real). En conclusión, el sujeto o agente del concepto de la responsabilidad del superior, tal y como lo entiende el artículo 28, es el superior que tiene "autoridad y control" efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su estatus formal[217]; el concepto de un superior debe ser observado "en términos de una jerarquía que acompaña el concepto de control"[218]. De esta forma el estatus del superior está íntimamente ligado al elemento que se analiza en la siguiente sección.

b.2) "Mando y control" efectivo o "autoridad y control"

El primer interrogante que suscita este aspecto es si existe verdaderamente una diferencia entre los conceptos de "mando y control" (párr. (a) art. 28) y "autoridad y control" (párr. (b)). Esta cuestión es únicamente relevante con respecto a los superiores militares, pues solamente en estos casos ambos conceptos resultan aplicables. Como los dos conceptos contienen el término "control" es claro que el control está ligado al mando o a la autoridad, o depende de éstos. En este sentido, "el control" es una clase de término comprensivo que engloba al mando y a la autoridad. Mientras el mando se refiere en un sentido casi material a una orden, una dirección

216 Cf. *Fenrick*, 1999, nm. 5, 18; véase también *Wu/Kang*, págs. 292-3 y Bantekas, págs. 579-80.

217 Véase la convincente definición de *Bantekas, pág. 582: "ser temido por otros y ejercer el propio poder sobre otros rinde superioridad a un individuo sobre aquellos con menor poder o mayor temor ... se necesita verdadera y efectiva subordinación como resultado del ejercicio de la propia influencia sobre los otros" ("Being feared by others and enforcing one's might over others renders an individual superior to those with lesser power or greater fear ... actual and effective subordination as a result of the exercise of one's influence over persons is necessary").*

218 *De Preux*, nm. 3544. *Rogers, supra* nota 210, pág. 140, pretende distinguir entre el artículo 86 (2) y 87 (3) del PA I a este respecto. Sin embargo, las dos disposiciones deben ser leídas conjuntamente.

imperativa y al poder para dominar y controlar[219], la autoridad parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y/o derecho a ejercitar poderes, derecho a mandar, etc[220]. Ambos términos implican control: mando, explícitamente como poder para controlar; autoridad, implícitamente como derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad, normalmente controla sus "fuerzas"[221] o sus subordinados[222] y tiene capacidad de expedir órdenes[223].

Esto es menos claro, por ejemplo, si las funciones militares están divididas, es decir, si un comandante solamente ejerce control operacional pero no control administrativo. En este caso, es de esperar que el comandante tome todas las medidas que estén físicamente a su alcance para impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados. La carencia de control administrativo no redime o excluye el uso de todas las otras medidas que estén a su disposición[224]. Este criterio se aplica viceversa si el comandante tiene control administrativo pero carece de control operacional. En este caso, se espera de él que al menos emplee los medios administrativos disponibles o las sanciones para prevenir la comisión de crímenes. Un deber de actuar puede ser rehusado solamente si no existe un control sobre todos los aspectos. Este puede ser el caso en el que los subordinados están totalmente fuera del alcance del control y por esa razón no puedan obedecer las órdenes del superior, generándose la comisión de excesos amplios o aislados[225]. Es el caso que se presenta para un asesor militar que no tiene control operacional ni administrativo. En tal caso, sólo se puede esperar del asesor el informe de la comisión

219 Black's Law Dictionary, 1999, pág. 262. De manera similar *Fenrick*, 1995, pág. 124.

220 Ibíd., pág. 127.

221 El término "fuerzas", usado en relación a los comandantes militares incluye fuerzas armadas, grupos o unidades bajo un mando (art. 43 PA I) así como unidades de policía y paramilitares (*Fenrick*, 1999, pág. 6).

222 Cf. *Parks*, pág. 83.

223 Véase *Bantekas*, págs. 582-3.

224 *Parks*, págs. 84-5; *Bantekas*, págs. 585-6.

225 Cf. *Schünemann*, pág. 45, quien se refiere en el contexto económico a los excesos debidos a la "emancipación de los subordinados". De acuerdo con *Rogall*, pág. 619, en esta situación la ilicitud resultante no puede ser atribuida al superior.

de los crímenes a la autoridad que está al mando o la dimisión a su posición[226]. Por otra parte, el criterio resulta aplicable frente al deber de actuar del comandante referido al ámbito territorial sobre el cual él ejerce autoridad y control, es decir, en el caso de una ocupación, aún cuando este territorio trascienda su propia área de mando (formal)[227]. Este punto de vista está confirmado por la referencia a la "autoridad y control" que aparece en el párrafo (a) y (b) del artículo 28[228]. A ello hay que añadir que el superior debe supervisar activamente ciertas zonas de conflicto[229].

El control (mando, autoridad) debe ser "efectivo"[230]. De acuerdo con Fenrick, este término "pretende abarcar tanto el mando de iure como el de facto y asegurar que cuando existan varias cadenas de mando, la responsabilidad esté asignada a la cadena de mando en la que resida el poder de dar órdenes"[231]. Como lo muestra el artículo 28, (b) (ii), el requerimiento de control efectivo es particularmente impor-tante con respecto a los superiores no militares[232]. La reiteración de este requerimiento da la pauta de que los proyectos deseaban limitar la responsabilidad de un civil en comparación con los superiores militares a nivel objetivo. No existe un control efectivo, por ejemplo, con respecto a las actividades que no son propias del trabajo de los subordinados[233]. En este sentido, Wu/Kang argumentan que el fin de la relación entre el superior y el subordinado sería considerado como una limitación del deber de control del superior "el cual es parte de su relación"[234]. Esto parece ser aplicable a los civiles, mas no a las relaciones entre militares, ya que estas últimas comprenden casi toda la conducta de los subordinados. En general, el

226 Cf. *Parks*, pág. 86. Véase también *De Preux*, nm. 3557, quien acertadamente enfatiza que los asesores están para asesorar, no "para reemplazar" al comandante, también *Partsch*, pág. 529.
227 *Parks*, págs. 85-6; también *De Preux*, nm. 3555, *Rogers*, *supra* nota 210, pág. 141; *Bantekas*, pág. 586.
228 *Fenrick*, 1999, nm. 8.
229 Véase *Eckhardt*, págs. 23-4 con varios ejemplos.
230 Véase tambien *Bantekas*, pág. 580.
231 *Fenrick*, 1999, nm. 7.
232 Ver también *Vetter*, págs. 115 y ss.
233 *Fenrick*, 1999, nm. 19.
234 *Wu/Kang*, pág. 295.

control en las jerarquías civiles es menos estricto que en las militares[235]. Un superior civil, normalmente, no tiene poder de sanción sobre los subordinados en el mismo sentido en que lo tiene un superior militar; por consiguiente, como se ha afirmado por el TPIY en el caso Aleksovski, el mismo poder de sanción no puede ser un requerimiento de la responsabilidad del superior aplicable a los civiles[236].

Una delegación del deber de supervisión no absuelve al superior de responsabilidad[237]; más bien, este deber se convierte internamente en un deber de selección adecuada, de instrucción y control permanente. Esta observación se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Tokio, el cual desarrolló el concepto de los deberes[238] en forma "sistemática", en la doctrina alemana del artículo 41 del WStG y el § 130 de la Ley de Infracciones Administrativas (OwiG)[239]. De manera similar, el artículo 12 (4) del reciente proyecto de ley del Corpus Juris (2000) señala:

> the fact that he [the head of business] delegated his powers shall only be a defence where the delegation was partial, precise, specific, and necessary for the running of the business, and the delegates were really in a position to fulfill the functions alloted to them. Notwithstanding such a delegation, a person may incur liability under this article on the basis that he took insufficient care in the selection, supervision or control of his staff, or in the general organisation of the business, or in any other matter with which the head of business is properly concerned.

235 Véase *Fenrick*, 1995, pág. 117: "la mayoría de los líderes burocráticos no disponen del mismo tipo de autoridad sobre la vida y la muerte" ("Most bureaucratic leaders do not wield the same type of life and death authority"). See also *Vest*, págs. 288-291, taking a restrictive approach.
236 Véase *supra* nota 74.
237 En particular si la delegación sirve únicamente al propósito de evadir la responsabilidad penal, véase *Bantekas*, pág. 585.
238 *Wu/Kang*, págs. 293-94; véase también *Green*, 1995, pág. 355 y supra II. 2.b).
239 Véase II. 3., *supra* nota 133, 148 y texto que las acompaña.

> The delegation of powers and criminal liability is only valid as a defence if it is partial, precise and specific ... and if the delegates are really in a position to be able to fulfil the functions delegated to them. Such delegation does not exclude the general responsibility of monitoring, supervision and selection of personnel, and does not include matters proper to the head of business such as general organisation of work within the business[240].

Otro asunto es cuán lejos ha de ir, una vez establecido, el deber de un superior. No cabe duda de que el superior debe actuar para impedir los crímenes cometidos por los subordinados a través de actos positivos. ¿Pero qué sucede en torno a los crímenes cometidos por omisión? Tomemos el caso de un soldado responsable de la muerte de un prisionero de guerra por inanición; o el caso de un soldado que no interviene en un delito cometido por otro soldado sin que participe del mens rea del perpetrador, es decir, sin que exista complicidad. Admitiendo que el problema no es de una importancia práctica significativa, toda vez que el Estatuto de Roma no contiene una norma general relativa a la omisión, este aspecto solamente se reconoce en los verdaderos delitos que van del omisión como los establecidos en los artículos que van del 5 al 8. Aún así, existen algunos delitos que no necesariamente requieren un acto positivo, pero para los cuales una omisión resulta suficiente[241]; el deber de intervención del superior abarca estos delitos de omisión. También el artículo 28 se refiere en un sentido general a "crímenes de la competencia de la Corte". Uno puede tomar estos ejemplos, adicionalmente, para imaginar una situación en la cual un soldado se rehusa a ayudar a un civil o a un compañero de armas. ¿Sería responsable este soldado por faltar al cumplimiento del deber general de prestar asistencia como lo reconoce el derecho penal doméstico? (véase por ejemplo § 323 C.P.). ¿Sería consecuentemente responsable el superior

240 Véase *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), *supra* nota 139, pág. 193. Véase también § e (3) de la propuesta de *Tiedemann*, *supra* nota 142, pág. 511.

241 Por ejemplo, "infligir deliberadamente grandes sufrimientos" [art. 8, párr. 2 (a) (iii)] puede ser cometido por no alimentar a las víctimas.

por no haber prevenido la falta del soldado de no prestar asistencia? Lógicamente, estos casos tendrán rara ocurrencia, dados los problemas probatorios que implica la demostración de tales supuestos. Además, el superior puede tener el necesario mens rea solamente con respecto a los crímenes realmente atroces y a los cometidos masivamente. No obstante, los ejemplos muestran que es necesaria una aclaración en lo concerniente a los tipos de crímenes que caen dentro de la obligación de intervenir por parte del superior.

b. 3) Crímenes como resultado del incumplimiento de actuar por parte del superior

El requerimiento de que los crímenes de los subordinados sean "un resultado del incumplimiento de ejercer el control apropiado", implica una relación causal entre el incumplimiento del superior y la comisión de crímenes por parte del subordinado. Eso corresponde exactamente a la clase de causación requerida por el artículo 41 del WstG y el § 130 de la OwiG[242]. En términos concretos, la acusación –de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida como conditio sine qua non o test but for[243]– debe probar que los crímenes no hubieran sido cometidos, si el superior hubiera supervisado apropiadamente a los subordinados. Así, la fórmula de la conditio debe ser invertida. Mientras que, normalmente, un acto positivo causa una consecuencia determinada, es decir, la consecuencia no hubiera tenido ocurrencia sin este acto, en el caso de la omisión el argumento va en otro sentido: el no actuar "causa" la consecuencia, toda vez que el acto omitido, hubiera impedido lo que efectivamente ocurrió. Admitiendo que esta fórmula entra en conflicto con el sentido común, basado en consideraciones filosóficas, pues es claro que la omisión no puede desplegar ninguna "energía causal"[244], debe asumirse el concepto de causación sobre bases de carácter normativo-legal[245]. En efecto, la fórmula invertida de la conditio, está

242 Véase supra II. 3., nota 129 y 143 y ss. y texto que las acompaña.

243 Cf. *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 149, págs. 62-3.

244 Cf. Ibíd., pág. 67.

245 Véase al respecto la doctrina alemana predominante: *Jescheck/Weigend*, *supra* nota 177, págs. 618-19.

también reconocida, como se mencionó al principio de esta sección, en el artículo 41 del WStG y el § 130 de la OWiG. En cuanto al resultado, es suficiente que la falta de supervisión del superior incremente el riesgo de que los subordinados cometan ciertos crímenes. Cualquier criterio que sea más exigente hace imposible el requerimiento de causación, toda vez que nosotros estamos tratando con una causación hipotética de eventos que están "en el mundo de lo imaginario"[246]: es empíricamente imposible decir lo que hubiera ocurrido, si el superior hubiera cumplido con el deber de supervisión. En otras palabras, la existencia de una relación de causalidad exacta entre el incumplimiento de supervisión y la comisión de los crímenes, puede sólo ser probada efectivamente ex post[247]. Sólo puede decirse con seguridad que la relación causal necesaria no existe si el subordinado comete excesos y no obedece más las órdenes del superior[248].

Esto no significa, sin embargo, que la crítica tradicional a la fórmula de la conditio sine qua non no sea aplicable aquí. Se puede imaginar, por ejemplo, el escenario de un territorio ocupado en el cual se han cometido crímenes, o por los subordinados impropiamente supervisados, o en su defecto, por fuerzas hostiles operando en el mismo territorio. En un caso tal de causación alternativa, el superior responsable afirmaría que los crímenes hubieran podido ser cometidos de todas formas, aún cuando los subordinados hubieran sido supervisados apropiadamente. Esta justificación, se aplicaría solamente si los dos grupos hubiesen actuado simultáneamente en la comisión de los crímenes, ya que solamente en este caso se podría hablar de una verdadera causación alternativa[249]. En cualquier otra situación, es decir, si un grupo llegó primero al lugar de los hechos, la responsabilidad penal sería atribuida, concordantemente, a tal grupo. Una causación hipotéticamente alternativa no tendría impacto. El ejemplo

246 *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 149, págs. 62-3.
247 Cf. *Schünemann*, pág. 48; *Rogall*, pág. 611; *Göhler*, *supra* nota 143, nm. 22.
248 Véase *supra* nota 225 y texto que la acompaña.
249 Véase el ejemplo dado por *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 149, pág. 63.

muestra, sin embargo, que existen casos en donde la simple (invertida) fórmula de la conditio podría conducir a resultados insatisfactorios. En tales casos, las teorías normativas de la imputación[250] (imputación objetiva), o la doctrina de la causa próxima[251] podrían ser de ayuda.

b. 4) Medidas "necesarias y razonables" a "su alcance"

El superior debe tomar medidas que sean "factibles" (art. 86 (2) PA I; art. 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1991), "necesarias" (art. 87 (3) PA I; art. 6 Proyecto de Código de Crímenes de 1996; art. 7 (3) Estatuto del TPIY y art. 6 (3) del Estatuto del TPIR), o "razonables" (Estatutos del TPIY y TPIR). No existe una diferencia sustantiva entre estas cualificaciones. Esto ha sido confirmado por la I.L.C. con respecto a las medidas[252] "factibles" o "necesarias". En cualquier caso, el superior debe poseer ambas: la "competencia legal" y la "posibilidad material" para impedir o reprimir los crímenes[253]. Es obvio que estos dos reque-rimientos le posibilitan al superior plantear una justificación importante[254].

De acuerdo con Fenrick[255], el comandante debe actuar de la siguiente forma:

- Asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente instruídas en Derecho Internacional Humanitario.
- Asegurarse, en debida forma, de que se está cumpliendo el Derecho Internacional Humanitario en la ejecución de las decisiones operativas.

250 Estas teorías tratan de limitar la imputación por criterios normativos (cf. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3ra. Edic., 1997, secc. 11, nm. 39-136; véase también *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978, págs. 495-96). Para nuestro contexto en particular véase *Rogall* y *Schünemann*, como aparece citado *supra* nota 150 y texto que la acompaña. See also *Ambos*, *supra* nota 31, págs. 518 y ss.
251 *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 149, págs. 64-67.
252 Véase supra II. 2. b), nota 113 y texto que la acompaña.
253 Informe I.L.C. 1996, supra nota 111, págs. 38-9, párr. 6 (el énfasis es nuestro); de manera similar *Partsch*, pág. 525. Véase también la posición del TPIY, *supra* nota 71.
254 Cf. *Green*, Article 12: Responsibility of the Superior, *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, en:* Ch. M. Bassiouni (ed.), *1993*, págs. 195-6 (196). Véase también *Hessler*, pág. 1285 y ss.: ausencia de control físico o autoridad legal como una justificante.
255 *Fenrick*, 1999, nm. 9.

• Asegurarse de que un sistema efectivo de información sea establecido, de tal forma que él esté informado de los incidentes cuando las infracciones al Derecho Internacional Humanitario hayan podido ocurrir.

• Controlar el sistema de información para asegurarse de su efectividad.

• Tomar las acciones correctivas cuando reciba información de que las infracciones van a ocurrir o han ocurrido.

En cualquier caso, ha de esperarse solamente que estas medidas estén dentro del alcance del superior (art. 86, (2) PA I) y, además, comprendidas dentro del mando y control por parte del superior (art. 87, (1), (3) PA I) como se estableció anteriormente. De esta manera, las medidas concretas dependen de la posición del superior en la cadena de mando[256]. Si el superior mismo es responsable de una situación que permita su disminución del alcance para impedir un crimen, puede resultar penalmente responsable "por admitir que tal situación se desarrolle"[257]. El superior debe mostrar buena fe en el concierto de sus responsabilidades[258].

El tiempo de la comisión de los delitos es también importante, como lo veremos en la siguiente sección.

b. 5) "Impedir", "reprimir" o "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes"

Al margen de "impedir" y "reprimir" (arts. 86, (2) y 87, (3) del PA I), los términos "suprimir" y "denunciar"[259] han sido empleados en las codificaciones anteriores (art. 87, (1) del PA I). En contraste, la fórmula "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes" es nueva; sin embargo, ésta última corresponde en lo esencial al antiguo requerimiento de "informar". La fórmula viene a llenar el vacío

256 *Fenrick*, 1999, nm. 12.
257 Véase *Wu/Kang*, pág. 296.
258 *Fenrick*, 1999, nm. 14, 25.
259 Estos términos están utilizados únicamente en la versión inglesa. En la traducción oficial C.I.C.R. el texto dice: "Las Altas partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, *impidan* las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo, y en caso necesario, las *repriman* y *denuncien* a las autoridades competentes".

correspondiente a la ausencia de obligaciones específicas para aquellos superiores que no cuentan con poder disciplinario o con facultades para "reprimir" un crimen. Es necesario aclarar que la fórmula no está limitada a los superiores que no sean militares, pues ha sido incluida, tanto en el párrafo (a) (ii), como en el (b) (iii)[260].

Si el superior tiene que "prevenir" o "reprimir" depende de las circunstancias concretas de cada caso. En general, se puede hacer la siguiente distinción[261]; si un crimen todavía no ha sido cometido (se proponían cometerlo), el superior está obligado a intervenir, por ejemplo, a través de la impartición de órdenes apropiadas; si el crimen ya ha sido cometido, el superior solamente puede reaccionar únicamente con medidas represivas, es decir, ordenando una investigación y castigando a los perpetradores o sometiendo el asunto a las autoridades competentes. Si los subordinados están "cometiendo" crímenes, tal y como aparece formulado en el artículo 28 (a) (i) y (b) (i), el superior está todavía en capacidad de "prevenir" la continuación de la comisión y de "reprimir" los crímenes ya cometidos.

El artículo 28 no refleja adecuadamente la diferencia entre las medidas preventivas y represivas en su requerimiento relativo a que el superior "prevenga o reprima su comisión". Reprimir, en este contexto, parece implicar solamente que el superior deba detener (más o menos) la comisión de los crímenes, pero no castigar a los perpetradores, ya que los crímenes aún no han sido cometidos[262]. En un sentido similar, la I.L.C. tampoco distingue entre "impedir" y "reprimir", pero afirma que ambos implican la iniciación de acciones penales y disciplinarias[263]. Sin embargo, aunque el artículo 28 –al igual que las codificaciones anteriores

260 *Fenrick* pasa por alto este asunto ya que los comentarios sobre esta fórmula, al menos explícitamente, se refieren únicamente a los superiores no militares (1999, nm. 25).
261 Véase también *Fenrick*, 1999, nm. 12-4; *Bantekas*, págs. 591-2. Sobre el factor temporal véase *supra* II . 2 .b).
262 Véase *Van den Wyngaert*, Commentaries, Bassiouni (ed.), 1993, pág. 59, con respecto al proyecto de código de 1991. En contraste, de acuerdo con *Partsch*, pág. 524, este es el sentido de "impedir", mientras que "reprimir" se refiere solamente a medidas penales.
263 Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 111, págs. 36-7, párr. 3-4.

requiere claramente ambas, tanto acciones preventivas y represivas[264], ello no debe oscurecer la línea distintiva entre las diferentes medidas que se requieran. En cualquier caso, sería ir demasiado lejos el imponer a los superiores la obligación, ya sea de descubrir o predecir la conducta de sus tropas, al menos que sea verosímil que los crímenes ocurran[265].

c) *Mens Rea*

Salvo "disposición en contrario", la cláusula general relativa al mens rea (art. 30 del Estatuto de Roma) permite tener en cuenta otros criterios sobre el requerimiento subjetivo: el artículo 28 hace uso de esta opción[266]. Como se anotó anteriormente, esta norma establece criterios sobre el requerimiento subjetivo diferentes para los militares y civiles que actúen como superiores, introduciendo un criterio nuevo con respecto a los últimos. Mientras que con el requerimiento del mens rea resulta bastante problemático saber si el superior poseía un conocimiento efectivo, cualquier otro criterio confiable que sea inferior a éste es altamente controvertible y difícil de establecer. En esta sección intentaremos aclarar y examinar los diferentes criterios, teniendo en cuenta las codificaciones anteriores, la jurisprudencia reciente y la doctrina.

c.1) Superiores militares y no militares: conocimiento efectivo

De acuerdo con el párrafo 3 del artículo 30 del Estatuto de Roma, por "conocimiento" se entiende "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos". En lo que respecta al método probatorio que se emplea para probar el conocimiento efectivo, el TPIY ha afirmado que el conocimiento puede ser establecido a través de evidencias circunstanciales (indicios), pero no puede presumirse[267]. Si el conocimiento no es real, sino simplemente posible[268], la prueba de su existencia debe estar

264 *De Preux*, nm. 3548.
265 Cf. *Bantekas*, págs. 593-4.
266 Véase *Piragoff*, en Triffterer (ed.), supra nota 201, art. 30, nm. 14-5.
267 Véase *supra* II. 2. c), notas 75-79. Cf. *Fenrick*, 1999, nm. 10; *Bantekas*, págs. 587-9.
268 Críticamente *Green, 1989*, pág. 195.

basada únicamente sobre hechos y no sobre presunciones. De otra forma, se optaría por una presunción de conocimiento del superior que sería violatoria del principio de culpabilidad[269].

El conocimiento real probado por evidencias circunstanciales debe ser distinguido estrictamente del denominado conocimiento constructivo. Como lo veremos posteriormente, el conocimiento constructivo no tiene nada en común con el conocimiento real, pero corresponde a la medida más inferior del criterio del "debió haber tenido conocimiento" (should have known).

c.2) Superior militar: "debió haber sabido"

El criterio "hubiere sabido" reintroduce la fórmula que fue propuesta, sin éxito, por el Comité Internacional de la Cruz Roja durante las negociaciones del PA I[270] y que está contenida en los manuales operativos militares británico y americano[271]. Como se mencionó anteriormente, este criterio puede ser rastreado en el caso Rehenes, así como en el artículo 86 (2) del PA I ("información que les permita concluir") y en el criterio de "tener razones para saber" del TPIY y TPIR.

La redacción del PA I se presta a confusiones, pues en idioma francés *–des informations leur permettant de conclure–* abarca aparentemente sólo el elemento objetivo, mientras que en idioma inglés *–should have enabled him–* abarca tanto el elemento objetivo, como el elemento subjetivo. De acuerdo con los comentarios, la versión francesa prevalecería[272] a la luz del objeto y fines del Tratado[273]. Sin embargo, las dos versiones no tienen realmente

269 *De Preux*, nm. 3546, aparentemente apoya una interpretación de esta naturaleza cuando con referencia a la jurisprudencia de crímenes de guerra afirma: "tomando en cuenta las circunstancias, el conocimiento de los delitos cometidos por los subordinados podía presumirse" (" ... taking into account the circumstances, a knowledge of breaches committed by subordinates could be presumed"). Véase también *Green, The Contemporary Law of Armed Conflict*, 1993, pág 271. *Bantekas*, en pág. 590 y 594 va más allá identificando una "regla de derecho consuetudinario emergente" ("emerging rule of customary law") a este respecto.
270 Véase *supra* nota 104.
271 Véase *supra* II. 3., notas 123, 127 y texto que las acompaña. Para una crítica en general: *Eckhardt*, págs. 19-20.
272 *De Preux*, nm. 3545; *Partsch*, pág. 525; *Fenrick*, 1995, pág 119; *Vest*, pág. 281; también *Blaskic*, *supra* nota 65, párr. 326.
273 Cf artículo 33 (4) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

un significado diferente en el sentido del artículo 33, (4) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, lo cual aparece confirmado tanto por la I.L.C., como por el TPIY. Mientras que la I.L.C. interpretó ambas versiones en forma equivalente[274], el TPIY indicó en el caso Delalic et al. que la diferencia textual no fue considerada como "algo sustancial" por los delegados de la conferencia de los Protocolos[275]. De hecho, la versión francesa no es puramente objetiva, ya que el superior sólo puede extraer conclusiones de cierta información si tiene un conocimiento previo[276]. En consecuencia, ambas versiones son igualmente claras al decir que al menos la ignorancia consciente, en el sentido de ceguera deliberada, (*wilful blindness*) no excluye la responsabilidad penal[277]. En último término, no estamos tratando con cualquier negligencia (*toute négligence*), sino con una modalidad de la negligencia que desde el punto de vista normativo, puede ser puesta en pie de igualdad con el intento doloso, esto es, una negligencia tan grave que esté a nivel del dolo[278]. Sin embargo, no se debe pasar por alto que "intento" y "negligencia" son estados mentales muy diferentes que sólo en casos excepcionales de un dolo "débil" (*weak intent, dolus eventualis*) y negligencia "grave" (*trong, gross, conscious negligence*) se aproximan.

El concepto denominado conocimiento constructivo también debe ser entendido como una solicitud de información concreta y confiable que le permita al superior conocer la comisión de crímenes. Hessler afirma correctamente que el conocimiento constructivo consiste en el deber de hacer inferencias desde los hechos conocidos efectivamente y llevar adelante una razonable investigación de los hechos

274 *Y.I.L.C.* 1988, vol. I, págs. 288-9 (Mr. *Tomuschat*, vocero del Comité Redactor); también *Rogers*, *supra* nota 210, pág. 139.
275 *Delalic et al.*, *supra* nota 63, párr. 392.
276 *Partsch*, págs. 525-26, sin embargo, toma el punto de vista de que un estándar objetivo del texto francés difiere del inglés en que no permite consideraciones subjetivas para determinar si el superior debería haber extraído la conclusión correcta respecto de la información disponible.
277 *De Preux*, nm. 3545-6.
278 *De Preux*, nm. 3541.

"sospechosos"[279] efectivamente conocidos. Sobre este fundamento, Hessler formula su tercera regla, de acuerdo con la cual el superior tiene el deber de conocer los crímenes específicos y las políticas en las que tales hechos se basan. El conocimiento constructivo está definido con respecto a los componentes de orden mental empleados en las reglas uno y dos, es decir, conocimiento de los crímenes o políticas que deben ser prevenidos[280]. Adicionalmente, el superior tiene la obligación de eliminar los riesgos significativos de futuros crímenes, a los cuales Hessler considera como tercer componente mental[281].

Sin embargo, el conocimiento constructivo no corresponde a la imputación de un conocimiento fundado en hechos puramente objetivos[282], lo cual implicaría que el superior debiera tener conocimiento de las atrocidades dada la amplia escala de su comisión. Un criterio de esta naturaleza es una ficción, ya que el conocimiento se presume aún cuando no exista, o al menos no puede ser probado. En efecto, si el conocimiento no existe o no puede ser probado, el superior puede ser responsable a título de negligencia al no tener conocimiento de los crímenes, es decir, porque él no "hubiere tenido conocimiento"[283]. Sólo una interpretación de esta suerte no entra en contradicción con el principio de culpabilidad.

En cuanto al criterio de "tener razones para saber" (have reasons to know), no existe una diferencia sustancial con respecto a la fórmula del PA I ("información que les permitiera concluir"). Sin embargo, la I.L.C. argumentó que el criterio de tener razones para saber permite una

279 *Hessler*, págs. 1278-79, 1298-99. Véase también la definición similar de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas, *supra* nota 76, citado por *Bassiouni*, pág. 437; véase también *Fenrick*, 1995, nm. 124.
280 *Hessler*, pág. 1295 y ss.
281 Ibíd., pág. 1299 y ss. En lo que corresponde a este elemento mental, *Hessler* considera al derecho como un aspecto indefinido (pág. 1282); véase también sus criticas del elemento mental en pág.1281 y ss.
282 Véase *Parks*, pág. 90; de manera similar *Rogers*, *supra* nota 210, pág. 139.
283 In this sense one can say that *"should have known"* encompasses constructive knowledge (cf. *Lippman*, pág. 163.

evaluación más objetiva que el criterio del PA I[284]. Así la Comisión explica la primera fórmula con las palabras de la última, explícitamente refiriéndose al comentario del artículo 86 (1) PA I:

> En esta situación, un superior no tiene conocimiento efectivo de la ilegalidad de una conducta existente, planeada o ejecutada por sus subordinados, sino que posee suficiente información pertinente de naturaleza general que le permitiría concluir que éste es el caso. Un superior que simplemente ignora la información que le indica claramente la probabilidad de que exista una conducta criminal de parte de sus subordinados, es seriamente negligente al faltar a su obligación de impedir o eliminar tales conductas, por no realizar un razonable esfuerzo para obtener la necesaria información que le permita tomar las medidas apropiadas[285].

La similitud de los dos criterios se apoya en el hecho de que la fórmula "tener razones para saber" del TPIY, está basada sobre una propuesta de los EE.UU. que se refería al conocimiento posible "a través de informes a la persona del acusado o a través de otros medios"[286]. Por consiguiente, se remitía al caso Rehenes y al PA I[287]. Dado que la fórmula del Estatuto de Roma "hubiere tenido conocimiento" a su vez recupera la propuesta norteamericana, es posible decir que las dos fórmulas no son en esencia diferentes. Este punto de vista es compartido por otros autores[288].

Ahora bien, si estas dos fórmulas distintas empleadas para el requerimiento del mens rea no implican, o no pretenden establecer una diferencia esencial, parece mucho más lógico recurrir a una interpretación del criterio "hubiere tenido conocimiento" a la luz del PA I –como la fuente

284 Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 109, pág. 38, párr. 5.

285 El original dice: "In this situation, a superior does not have actual knowledge of the unlawful conduct being planned or perpetrated by his subordinates, but he has *sufficient, relevant information of a general nature* that would enable him to conclude that this is the case. A superior who simply ignores information which clearly indicates the likelihood of criminal conduct on the part of his subordinates is seriously negligent in failing to perform his duty to prevent or suppress such conduct by failing to make a reasonable effort to obtain the necessary information that will enable him to take appropriate action".

286 Citado de acuerdo con *Crowe*, págs. 229-230.

287 Ibid., pág. 230.

288 Véase *Levie*, pág. 10: "reason to know" y "should have known" "strikingly similar". *Landrum*, pág. 300: criterio del PA I y TPIY "quite similar". Dissenting apparently *Vetter*, págs. 122-123.

originaria de la responsabilidad del superior– y a principios generales del derecho penal. El problema con esta aproximación es que la fórmula del PA I está lejos de ser clara. Se puede decir que la vaguedad del Protocolo y su ambigüedad son la causa de los frecuentes problemas de interpretación. Wu/Kang, en un muy juicioso estudio, nos ofrecen cuatro interpretaciones del artículo 86, (2) del PA I[289]:

> (1) Un superior tiene una obligación de control sobre los actos de los subordinados y será responsable por el conocimiento que un agente razonable, en su posición, hubiere poseído.
>
> (2) El superior debe ser culpable a título de "ceguera consciente" para que el conocimiento sea asumido, porque la ignorancia deliberada y el conocimiento efectivo son punibles en la misma medida.
>
> (3) El conocimiento debe ser imputado en forma constructiva, basado sobre la posición del superior, si no existe una forma de que no haya podido saber.
>
> (4) El conocimiento efectivo debe ser probado, pero puede ser inferido por evidencias circunstanciales, tales como la posición del acusado.

Mientras que las interpretaciones (1) y (2) son genuinos criterios de negligencia o imprudencia, respectivamente, en los numerales (3) y (4) se nos presenta un conocimiento "construido" sobre la base de hechos objetivos o evidencias circunstanciales. Desafortunadamente, Wu/Kang no examinan más a fondo estos criterios, porque consideran que

> la especificación de un requerimiento del elemento intencional (*mens rea*) unitario, unívoco, rigurosamente determinado, sería una tarea infructuosa ya que es casi imposible discernir los límites precisos de la responsabilidad a partir de casos, con respecto al *mens rea* en la práctica[290].

289 *Wu/Kang*, págs. 284-5.

290 "The specification of a single, rigorously defined, unambiguous mens rea requirement ... would be a fruitless exercise as it is almost impossible to discern the precise holdings of derivative liability cases with respect to mens rea in practice". Ibid., pág. 286.

Sin embargo, esta claudicación por razones prácticas –sin el intento de una solución teórica menos ambigua que la que existe ahora– es altamente inconveniente. Aunque es cierto que cada caso concreto "está decidido ampliamente sobre sus peculiaridades"[291], ello no obsta para que se prosiga en esfuerzos más profundos, a efectos de desarrollar modelos teóricos que posibilitarían soluciones más previsibles. Si se toma en consideración los criterios desarrollados por Wu/Kang, es posible excluir las interpretaciones (3) y (4) del presente contexto. Mientras que la interpretación (3) puede violar, como en efecto se menciona[292], el principio de culpabilidad, por confiar la responsa-bilidad exclusivamente a hechos objetivos y presumir el conocimiento, a partir de estas bases, la interpretación (4), en realidad no está tratando con el requerimiento del *mens rea*, sino con el problema de la admisión de la evidencia circunstancial, como elemento de prueba para demostrar el conocimiento efectivo[293]. En cuanto a las interpretaciones (1) y (2) estos conciernen a la fórmula "debió haber tenido conocimiento", constituyen más bien una *negligence* que una *recklessness*. Estos puntos de vista son compartidos por varios estamentos oficiales y privados, de acuerdo con los cuales, la doctrina de la responsabilidad del superior genera responsabilidad por negligencia criminal[294]. Este particular ya fue discutido con respecto al PA I, dejando en claro que la fórmula del PA I fue escrita pensando en la *negligence*[295]. Además, en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, relativo al establecimiento del TPIY, se señala el criterio de "tener razones para saber" como "responsabilidad imputada o negligencia criminal"[296].

291 Ibíd., pág. 287.
292 *Supra* nota 282 y texto que la acompaña.
293 Véase *supra* (a), notas 267-269 y texto que las acompaña.
294 Véase *Hessler*, pág. 1284: "type of criminal negligence"; véase también su regla tres: "duty to eliminate non-*negligible* risks ..."(énfasis nuestro; véase *supra* nota 279 y ss. y texto que la acompaña); *Schabas*, *supra* nota 16, pág. 417: "liability for negligence". También *Bantekas*, pág. 590.
295 Véase *supra* nota 278 y texto que la acompaña; also *De Preux*, mn. 3541.
296 *Supra* nota 194, párr. 56.

Más importante que esta argumentación formal, es la observación material, según la cual el criterio de "debió haber tenido conocimiento" corresponde a la negligencia, tal y como la entiende la teoría del derecho penal general. De acuerdo con el § 2.02 (2) (d) del Código Penal Modelo de los EE.UU. (Model Penal Code-MPC), una persona actúa negligentemente "cuando debiera estar enterada de un riesgo sustancial e injustificable, en el que el elemento material existiera o resultara, a propósito de su conducta"[297]. La negligencia se distingue de otras modalidades del *mens rea* (propósito, conocimiento, o *recklessness*) en que ella no involucra un estado de consciencia. Una persona actúa negligentemente cuando crea un riesgo del cual no está enterada, pero debería estarlo[298]. La persona es responsable si la ausencia de percepción del riesgo "implica una gran desviación de los criterios de cuidado que una persona razonablemente observaría en la situación del actor" (§ 2.02 (2) (d) MPC). Así, existe una clara y delimitada distinción entre *negligence* y *recklessness* en términos de la conciencia del actor con respecto al riesgo involucrado[299]: un autor que procede con *negligence* falla al percibir el riesgo, es decir, no es conciente de él; un autor que procede con *recklessness* desatiende "conscientemente" el riesgo (§ 2.02 (2) (c) MPC), es decir, lo percibe, pero aún así lo ignora[300]. De esta forma, *recklessness* y *negligence* pueden ser equiparadas a los conceptos alemanes de negligencia "consciente" y negligencia "inconsciente" *(bewußte* y *unbewußte Fahrlässigkeit)*[301]. Sin embargo, esta diferencia entre imprudencia "consciente" y negligencia "inconsciente" es ignorada cuando se emplean nociones contradictorias,

297 "when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from its conduct". American Law Institute, 1985, vol. I, pág. 226.
298 Ibíd., pág. 240.
299 "involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation". Ibid., pág. 242.
300 Cf. *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 147, pág. 115.
301 Véase *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 147, pág. 115, quien subraya sin embargo, que el derecho inglés utiliza el término "reckless" no para denotar un riesgo sin consciencia, sino para referirse a casos de enorme negligencia. Véase también *Pradel*, *supra* nota 173, pág. 257 y ss., quien distingue entre *insouciance* y *negligence* incluyendo en la primera *recklessness* y en la última negligencia consciente e inconsciente.

tales como, *wilful*, *wanton* o aún *conscious negligence*[302]. Esta ignorancia cuenta bastante en la confusión existente con respecto al elemento subjetivo que envuelve la responsabilidad del superior[303]. Debería quedar claro que el criterio de "debió haber tenido conocimiento" debe ser entendido como *negligence* y que ella, por consiguiente, no requiere ni consciencia[304], ni considera suficiente la imputación de conocimiento sobre la base de hechos puramente objetivos.

La crítica general a la negligencia como una forma del *mens rea*[305] no ha impedido su reconocimiento universal[306]. Aunque un análisis más profundo no es posible en este lugar, puede afirmarse que el vago criterio[307] de "hombre razonable", es posible complementarlo con determinados criterios subjetivos, es decir, éste puede ser "individualizado para alcanzar un criterio justo de juzgamiento del comportamiento individual"[308].

El común denominador de todos estos intentos de definir un criterio menos exigente que el requerimiento de conocimiento efectivo, se basa sobre el hecho de que el superior debe poseer información que le permita concluir que los subordinados están cometiendo crímenes[309].

302 American Law Institute, *supra* nota 297, pág. 242.

303 Un buen ejemplo es el frecuentemente citado estudio de *Parks*, quien opta por una "wanton negligence" comprendiendo el "doing of an inherently dangerous act or omission with a heedless disregard of the probable consequences" (pág. 97) y una negligencia "so great as to be tantamount to the possession of the necessary mens rea to so become such an active party to the offense" (pág. 99).

304 Como erróneamente lo sobreentiende el artículo 87 (2, 3) del PA I. De acuerdo con *Rogers*, pág. 142, este criterio cubre el conocimiento efectivo y el conocimiento constructivo. Sin embargo, esto sólo es real si el conocimiento constructivo se entiende como construcción de conocimiento sobre la base de hechos que posibiliten al superior conocer la comisión de los crímenes.

305 Véase American Law Institute, *supra* nota 297, págs. 243-44; *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 147, pág. 117 y ss.; *Pradel*, *supra* nota 173, pág. 263 y ss.

306 *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 147, pág. 142; *Pradel*, *supra* nota 173, pág. 261.

307 Crítico en este contexto *Parks*, pág. 90; *Hessler*, pág. 1285. Para un criterio diferente de lo razonable en caso de militares acusados, véase *Green*, 1989, pág. 169.

308 *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 147, pág. 119; véase también el criterio subjetivo con respecto a la responsabilidad del mando propuestos por *Parks*, pág. 90 y ss.; véase también *Bassiouni*, pág. 423.

309 Véase por ejemplo, *Landrum*, pág. 301: "had reason to know" parece significar "had the information from which to conclude"; *Levie*, pág. 12: información acerca de violaciones a las leyes de la guerra disponibles para un comandante; también *Fenrick*, 1999, nm. 11.

Concordantemente, el TPIY se refiere a información de tal naturaleza que pondría al superior en conocimiento de los riesgos de tales delitos e indicaría la necesidad de llevar adelante una investigación para determinar si los crímenes han sido cometidos[310]. Fenrick observa que el criterio "debió haber tenido conocimiento" resulta satisfactorio si el superior "no obtiene o desatiende injustamente información de carácter general dentro de su acceso razonable, que indica la probabilidad de una conducta criminal presente o en perspectiva de ejecución por parte de los subordinados"[311]. Croe distingue entre "informes hechos para el comandante" y "amplios informes de prensa que den cuenta de las atrocidades"[312]. Sin embargo, esta distinción no es relevante, ya que la oportunidad de enterarse de las atrocidades depende de la calidad de la información, no de la fuente. Una investigación a fondo de la prensa, puede efectivamente hacer que el superior se entere de las irregularidades y lo obligue adicionalmente a ordenar la investigación. En sentido similar, el argumento que expone Rogers, según el cual "el hecho de que los informes estén dirigidos al comandante no significa que él los observe o, aún más, que esté enterado de su existencia"[313], no libra necesariamente al superior de responsabilidad, pues él es el responsable de mantener un efectivo sistema de información dentro de su comando[314]. A ello hay que añadir, que si el superior posee suficiente información, pero no la analiza adecuadamente y en consecuencia llega a una conclusión errónea, él es responsable por la reprochable ausencia de un análisis serio de la información. Ahora bien, una situación menos clara es qué consecuencias legales se desprenden de una evaluación errónea de la información existente. Tomemos el caso de un superior que ha analizado la información seriamente, pero se representa una conclusión errónea con

310 Véase supra II. 2. c), nota 75 y texto que la acompaña.

311 "fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates ...", *Fenrick*, 1999, nm. 11.

312 *Crowe*, pág. 226.

313 *Rogers*, pág. 139.

314 Véase *supra* (d), nota 255 y texto que la acompaña.

respecto a la inminente comisión de crímenes por parte de los subordinados. En este caso se debe determinar, primero, las bases del error del superior. Si él ha cometido un error de hecho–aunque es un supuesto improbable si existe información suficiente (factual)– él actuaría, o más bien no actuaría (omitiría) sin *mens rea* en el sentido del artículo 30 del Estatuto de Roma. Consecuentemente, debe ser exceptuado de responsabilidad penal. A la luz del estándar "debería haber conocido", sin embargo, el superior será penalmente responsable ya que, dada la información disponible, debió haber conocido. Si incurrió en un error de derecho (*mistake of law*), malinterpretando sus obligaciones legales, el superior será penalmente responsable, ya que el derecho penal internacional ha optado por la doctrina del *error juris* de acuerdo con la cual, un error de derecho no afecta la responsabilidad penal, excepto si ella niega el elemento subjetivo[315].

a. 3) Superiores no militares que deliberadamente hubieren hecho caso omiso de información que claramente indicase...

Este nuevo estándar repite esencialmente el criterio conocido de *wilfully blind* procedente del *Common Law* y de los juicios por crímenes de guerra[316]. El estándar *wilful blindness* presenta una excepción frente al requerimiento de conocimiento efectivo en que éste se considera satisfactorio –con respecto a la existencia de un hecho en particular– "si una persona está *enterada* de una alta *probabilidad* de su existencia, *a menos que* esta persona verdaderamente crea que no existe" (§ 2.07 MPC)[317]. El conocimiento no se presume, aún cuando lo que se involucre sea el

315 Véase artículo 32 Estatuto de Roma; véase también mi punto de vista crítico en *supra* nota 163.

316 Véase por ejemplo, *R. v. Finta* (1990), I.L.R. 98 (1994) 520 (Ontario, Canadá), pág. 595. Véase también *Eckhardt*, en relación con los comandantes militares, pág. 14: "no hay lugar ... para una aproximación al problema como la del avestruz que esconde la cabeza en la tierra." ("no room ... for a «stick your head in the sand» approach."); también *Vetter*, pág. 124.

317 "If a person is *aware* of a high *probability* of its existence, *unless* he actually believes that it does not exist". Véase también American Law Institute, *supra* nota 297, pág. 248; *LaFave/ Scott, Criminal Law I*, 1986, págs. 307-8.

resultado de la conducta del acusado[318]. El *wilful blindness* y, consecuentemente, el nuevo criterio del art. 28 (a) (i), se sitúan entre el conocimiento y la *recklessness*. La disposición establece claramente un umbral más alto que el criterio negligente de "debió haber tenido conocimiento" para los superiores militares[319]. En virtud de los *travaux preparatories* y del hecho de que el conocimiento efectivo ya está comprendido por el primer requerimiento del *mens rea*, se establece un criterio de *recklessness*, más que un criterio de conocimiento. Esto también se infiere de la formulación similar del § 2.02 (2) (C) MPC, el cual define *recklessness* como "consciente" desatención de un riesgo. El segundo criterio desarrollado por Wu/Kang también desde este punto de vista es constitutivo de imprudencia[320].

Como resultado, será mucho más difícil perseguir penalmente a superiores no-militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión[321]. De acuerdo con Fenrick, el indicio usado para probar el conocimiento efectivo[322] también se puede tener en cuenta para los casos de superiores no militares; pero en ambos casos es necesario establecer[323]:

- Que la información indique claramente el riesgo significativo de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer delitos.
- Que la información estaba disponible para el superior.
- Que el superior, en tanto conocedor de la existencia de una información de tal naturaleza, declinara remitirse a tal información.

318 American Law Institute, *supra* nota 297, pág. 248.

319 Cf. *Fenrick*, 1999, nm. 21. Véase también *Schabas*, *supra* nota 16, pág. 419, quien observa el nuevo criterio como establecimiento de un "full knowledge requirement".

320 Véase *supra* nota 289 y texto que la acompaña.

321 Ver la crítica reciente desarrollada por *Vetter*, págs. 94; 96; 103; 116; 141 quien toma la postura de que el estándar civil de *mens rea* del Estatuto de Roma reduce la eficacia de la Corte Penal Internacional (pero ver también su contra-hipótesis en nota al pie 171). Así, según su punto de vista, por ejemplo, el diplomático japonés Hirota, codenado por el IMTFE., no podría ser considerado responsable con apoyo de este nuevo estándar (ibíd., págs. 126-7; con referencias a los casos *Roechling*, *Akayesu* y *Milosevic* en pág. 128 y ss.).

322 Véase *supra* II. 2. c), notas 75-79 y (a), nota 267 y texto que las acompañan.

323 *Fenrick*, 1999, nm.21.

Conclusión

El artículo 28 establece una responsabilidad amplia del superior militar y civil que puede ciertamente basarse sobre el derecho internacional consuetudinaro, pero que, sin perjuicio de ello, genera serias preocupaciones. Debe haber una clara distinción entre responsabilidad del superior por actos de sus subordinados respecto de los cuales estaba al tanto y por aquellos actos que le eran desconocidos. En el último supuesto –dejando de lado la sutil diferencia entre el estándar de *mens rea* para el superior militar y para el no militar– la aplicación literal del Estatuto de Roma acarreará responsabilidad por negligencia respecto de actos intencionales (dolosos), una construcción que no sólo es lógicamente imposible, sino que, de mayor importancia, es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. *De lege lata* la única salida de este *impasse* lógico consiste en la creación de un delito separado de "falta de supervisión debida", que por cierto merece un castigo más benigno que la omisión intencional del superior de evitar que sus subordinados cometan delitos internacionales[324]. En todo caso, el trabajo futuro de la jurisprudencia internacional no es el de extender la responsabilidad del superior aún más, convirtiéndola en una forma de responsabilidad objetiva, sino el desarrollar criterios que limiten la muy amplia responsabilidad establecida por el artículo 28 del Estatuto de Roma.

Bibliografía

Ambos, Kai, *Der 'Allgemeine Teil' des Völkerstrafrechts,* Berlin 2002.

Bantekas, Ilias, "The contemporary law of superior responsibility", *American Journal of International Law 93* (1999), págs. 573-595.

Bassiouni, Cherif M., *Crimes against humanity in International Criminal Law,* 2da edic. 1999, págs. 419-446.

324 See the solution proposed by the German VStGB, *supra* nota 138.

Crowe, Christopher N., "Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecution", *University of Richmond Law Review 29* (1994), págs. 191-232.

D'Amato, Anthony, "Superior orders vs. command responsibility", *American Journal of International Law 80* (1986), págs. 604-608.

De Preux, Jean, Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I, Y. Sandoz/Ch. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1988 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, notas marginales 3524-3563.

Douglass, John Jay, "High Command Case: A study in staff and command Responsibility", *International Lawyer 6* (1972), págs. 686-705.

Eckhardt, William G., "Command criminal responsibility: a plea for a workable standard", *Military Law Review 97* (1982), págs. 1-34.

Fenrick, William J., "Some international law problems related to prosecutions before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Duke Journal of Comparative and International Law* 6 (1995), págs. 103-125.

Fenrick, William J., Article 28. Responsibility of commanders and other superiors, O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden 1999.

Green, L.C., "Command Responsibility in International Humanitarian law", *Transnational Law & Contemporary Problems* 5 (1995), págs. 319-371.

Green, L.C., "Superior orders and command responsibility", *Canadian Yearbook of International La 27* (1989), págs. 167-202.

Hessler, Curt A., "Command Responsibility for War Crimes", *Yale Law Journal 82* (1973) 1274-1304.

Howard, Kenneth, "Command responsibility for war crimes", *Journal of Public Law 21* (1972), págs. 7-22.

Jia, Bing Bing, "The Doctrine of Command Responsability in International Law with Emphasis on Liability for Failure to Punish", 45 *Netherlands International Law Review (1998),* págs. 325 y ss.

Landrum, Bruce D., "The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now", *Military Law Review 149* (1995), págs. 293-301.

Levie, Howard S., "Command responsibility", *Journal of Legal Studies* 8 (1997/98), págs. 1-18.

Levie, Howard S., "Some comments on Professor D'Amato's 'parado'", *American Journal of International Law 80* (1986), págs. 608-611.

Lippman, Matthew, "The Evolution and Scope of Command Responsibility", *13 Leiden Journal of International Law* (2000), págs. 139 y ss.

O'Brien, Edward J., "The Nüremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood", *Military Law Review 149* (1995), págs. 275-291.

O'Brien, William V., "The law of war, command responsibility and Vietnam", *Georgetown Law Journal 60* (1972), págs. 605-664.

Parks, William H., "Command Responsibility for War Crimes", *Military Law Review* 62 (1973), págs. 1-104.

Partsch, Karl Josef, "Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I", en: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (eds.), *New rules for victims of armed conflicts*, 1982, págs. 523-529.

Prévost, Ann Marie, "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", *Human Rights Quarterly 14* (1992), págs. 302-338.

Rogall, Klaus, "Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OwiG)", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 98* (1986), págs. 573-623.

Saland, Per, "International criminal law principles", en: R. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, 1999, págs. 189-216.

Schünemann, Bernd, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (Wistra) 1 (1982), págs. 41-50.

Tiedemann, Klaus, "Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht", A. Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden 1998, págs. 496-512.

Vest, Hans, *Genozid durch organisierte Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden 2002.

Vetter, Greg R., "Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (I.C.C.)", *Yale Journal of International Law* 25 (2000), págs. 89-143.

Weigend, Thomas, "Zur Frage des 'internationalen Allgemeinen Teils'", en: B. Schünemann et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin* (2001), págs. 1375 y ss.

Wu, Timothy/Kang, Yong-Sun, "Criminal Liability for the Actions of Subordinates-The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law", *Harvard International Law Journal 38* (1997), págs. 272-297.

Problemas selecionados en torno a los crímenes más graves (*core crimes*) en el Derecho Penal Internacional *

Kai Ambos

Resumen

Este trabajo, que forma parte de un proyecto de investigación más amplio del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional[1], analiza los crímenes principales, tal como se hallan codificados en los artículos del 6 al 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y examina algunos problemas específicos. Este análisis demostrará que dichos crímenes, si bien se codifican por primera vez en forma sistemática, aún generan múltiples y delicadas cuestiones de interpretación, por lo que resulta necesario profundizar la reflexión y el trabajo de desarollo conceptual de dichos crímenes.

---

* Traducción de Marta Donis. Revisión de Roberto Andorno (Göttingen) y del autor. Agradecemos también la ayuda de Benjamin von Engelhardt.

1 Véase <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/instraf.html>. Tanto Johanna Rinceanu como Tobias Wenning son investigadores de este proyecto y han hecho valiosas aportaciones al presente artículo.

I. El crimen de genocidio

1. Historia jurídica

La figura del genocidio se desarrolló de una categoría de crímenes contra la humanidad a un crimen autónomo después de la Segunda Guerra Mundial[2]. Gracias a la definición del crimen de genocidio en la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, de 9 de octubre de 1948[3], y a su incorporación en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los acusados de genocidio y de otros crímenes en la ex Yugoslavia y Ruanda[4], así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existe un fundamento generalmente aceptado para la persecución de este "crimen de los crímenes"[5]. No obstante, la aplicación de la definición sigue planteando una multitud de problemas. A pesar de lo sostenido en parte por la jurisprudencia[6], el genocidio puede caracterizarse por tres elementos constitutivos[7]:

- El *actus reus* (tipo objetivo) del delito, compuesto por uno o varios de los actos enumerados en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI; *cf.* infra, II.).

2 Cassese, en Cassese et al. (eds.). The Rome Statute of the ICC, 3 vols., vol. 1, 2002, pp. 336-7, 339–40; Mettraux. "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the ICTY and ICTR", en *Harv. Int'l. J.*, núm. 43, 2002, pp. 237, 302-6; Ambos y Wirth. "The Current Law of Crimes against Humanity", en *Crim. L. F.*, núm. 13, 2002, pp. 1, 2-13.

3 78 UNTS, 277 (1951), entró en vigor el 12 de enero de 1951.

4 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en lo sucesivo, Estatuto del TPIY), UN Doc. S/RES/827 (1993), anexo; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en lo sucesivo Estatuto del TPIR), UN Doc. S/RES/955 (1994), anexo.

5 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, tal como se adoptó el 17 de julio de 1998 (en lo sucesivo Estatuto de la CPI).

6 En *Prosecutor vs. Krstic*, Judgement of 2 August 2001 (IT-98-33-T), par. 542, la Sala de Primera Instancia I del TPIY afirma que sólo existen dos elementos, a saber: el *actus reus* y la intención de destruir. Coinciden *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*, Judgement of 21 May 1999 (ICTR-95-1-T), par. 90.

7 Conc. Triffterer. "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such", en *Leid. Journ. Int'l. L.*, núm. 14, 2001, pp. 399 y ss.; *Prosecutor vs. Bagilishema*, Judgement of 7 June 2001 (ICTR-95-1A-T), pars. 56, 60.

- La correspondiente *mens rea* (tipo subjetivo), como se describe en el artículo 30 del mismo Estatuto (III. 1.).
- La intención de destruir parcial o totalmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como de un elemento subjetivo especial (III.2.).

2. *Actus reus*

A. Los grupos protegidos

Aún cuando se ha criticado con frecuencia[8], actualmente se ha convenido en que los grupos políticos, económicos y culturales se dejaron intencionalmente de lado cuando se redactó la Convención sobre el Genocidio[9]. Si bien ello se desprende claramente de los *travaux* como expresión de la voluntad de las Partes, también puede deducirse del concepto de "grupo como tal", que sólo comprende los grupos "estables" y los distingue de los "móviles", es decir, los de tipo político, económico y cultural[10]. Ésta es esencialmente la posición que puede encontrarse en diversos juicios de los Tribunales *ad hoc*.

En *Akayesu*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se refirió a los "grupos estables", esto es, a aquéllos

8 Ver esp. Van Schaak, *Yale L. J.*, núm. 106, 1997, p. 2259. Véase asimismo Cassese, *supra*, n. 2, p. 336; Heintze, "Zur Durchsetzung der UN-Völkermordkonvention", en *Humanitäres Völkerrecht (HuV-I)*, núm. 13, 2000, pp. 225, 227; Gómez-Benitez, "El exterminio de grupos políticos en el Derecho Penal Internacional...", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 147 y esp. 148 y ss.; Sunga, "The Crimes within the Jurisdiction of the ICC" (parte II, arts. 5-10), *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 6, 1998, pp. 377, 383, quien señala que tener sistemáticamente en la mira un grupo con base en la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, encierra un potencial mucho mayor para las violaciones masivas, por la simple razón de que las víctimas elegidas pueden apartarse del resto de la población con especial facilidad, en vista de su diferencia relativamente inmutable.

9 Cf. Schabas, en Triffterer (ed.). "Commentary on the Rome Statute of the ICC", 1999, Art. 6, mn. 6.

10 Cassese, *supra*, n. 2, p. 345; crít. Ntanda Nsereko, en McDonald y Swaak-Goldman. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, pp. 113, 130, quien advierte que es inconsistente incluir los grupos religiosos y excluir los políticos, puesto que en ambos casos pertenecer a los mismos "es cuestión de voluntad o elección" ["...is a matter of will or choice"].

constituidos de una manera permanente y con una pertenencia constante, determinadas por el nacimiento; los grupos más móviles no se contemplan en ellos, ya que las personas se adhieren a los mismos mediante un compromiso individual voluntario, como los grupos políticos y económicos[11].

Un criterio común de los grupos protegidos por la Convención es que "los miembros de los grupos no cuestionan normalmente su pertenencia a los mismos, pues son parte de ellos automáticamente por nacimiento de forma continua y a menudo irremediable"[12]. De modo parecido, en *Rutaganda* se estableció que los grupos políticos y económicos se excluyeron de los grupos protegidos, porque se consideran "grupos móviles"[13]. En *Jelisic*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se refirió a los grupos "estables", "que se definen objetivamente y a los que pertenecen los individuos a pesar de sus propios deseos", por lo que se dejó de lado a los grupos políticos[14].

Asimismo, la resolución *Jelisic* invocó explícitamente por primera vez un criterio supuestamente subjetivo –y no uno objetivo– para definir si un grupo es nacional, étnico, etcétera[15]. Dado que sería un "ejercicio arriesgado" delimitar un grupo con criterios puramente objetivos y científicamente irreprochables, es "más apropiado" evaluar su estatus desde la perspectiva de las personas "que desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad"[16], esto es, para los supuestos autores del crimen. Este criterio se remite a la resolución *Kayishema* del TPIR, en la que una de las

11 Todos las citas de la jurisprudencia del TPIR y del TPIY son una traducción del original inglés: ["...constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more 'mobile' groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups"]. *Prosecutor vs. Akayesu*, Judgement of 2 September 1998 (ICTR-96-4-T), par. 511.

12 ["...membership in such groups would seem to be normally not challengeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner"]. Ibid., par. 70.

13 *Prosecutor vs. Rutaganda*, Judgement of 6 December 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56.

14 ["...objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires ..."]. *Prosecutor vs. Jelisic*, Judgement of 14 December 1999 (IT-95-10-T), par. 69.

15 Ibid., par. 70.

16 "...who wish to single that group out from the rest of the community".

Salas de Primera Instancia distinguió entre la "autoidentificación" de un grupo y su "identificación por parte de otros"[17]. No obstante, en el juicio paralelo *Rutaganda*, este criterio se entendió de un modo más restringido; así, aun cuando se reconoció que la pertenencia es esencialmente un concepto subjetivo, también se afirmó que no basta con una "definición subjetiva única"[18]. Finalmente, en el muy reciente juicio *Krstic*, la primera condena del TPIY relativa al genocidio, el criterio subjetivo prevaleció de nuevo al identificar el grupo en cuestión mediante su estigmatización por los autores[19]. Aunque es dudoso que el enfoque subjetivo contribuya a una mayor certidumbre jurídica, desde un punto de vista puramente técnico puede afirmarse que es consecuencia de la estructura del delito de genocidio como crimen de intención especial (véase infra, II. 2.); ya que si el elemento dominante del delito es la intención especial del autor de destruir determinado grupo, esto es, su estado de ánimo respecto del mismo, el grupo puede también definirse según dicho estado de ánimo, es decir, desde la perspectiva subjetiva del autor[20].

En resumen: los grupos políticos, económicos y culturales no están protegidos por la Convención ni por las disposiciones de los Estatutos de los Tribunales Internacionales. La laguna puede llenarse, sin embargo, con el crimen de persecución como crimen contra la humanidad según el artículo 7 (2) (g) que, de cualquier manera, ya se había utilizado en algunos casos para castigar el exterminio de judíos y de otros grupos étnicos o religiosos en la Alemania nazi[21]. Volveremos sobre este crimen más adelante (B. II. 2. h).

17 *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, n. 6, par. 98.

18 *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, n. 13, pars. 55-6.

19 *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 557. En el par. 556 los "criterios científicamente objetivos" fueron considerados "...inconsistentes con la finalidad de la Convención". ("inconsistent with the object and purpose of the Convention").

20 Para el mismo punto de vista, aunque sin dar una fundamentación, véase Gómez-Benítez, *supra*, n. 8, p. 149.

21 Cassese, *supra*, n. 2, p. 336.

B. Las formas específicas del genocidio

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha catalogado en el artículo 6 las siguientes formas específicas de genocidio: a) matar a miembros del grupo; b) lesionar gravemente la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) someter intencionalmente el grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) imponer medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) trasladar por la fuerza niños de un grupo a otro. Esta lista es exhaustiva y, por consiguiente, impide que los Estados la extiendan a otras formas de genocidio[22]. Esto también es aplicable a la denominada "limpieza étnica" (véase infra, f).

Las víctimas de los actos específicos deben ser miembros del grupo nacional, racial, étnico o religioso, que constituye el objetivo del genocidio en cuestión[23]. Aun cuando es evidente que, desde un punto de vista subjetivo, el autor de un crimen semejante debe pretender o buscar la destrucción de una cantidad apreciable de miembros del grupo, objetivamente sólo se requiere que ataque con éxito, por lo menos a, dos de ellos. La estructura del delito de genocidio, como crimen de intención, incluso admite el punto de vista de que los autores sólo maten, etcétera –objetivamente–, a un miembro del grupo[24]. No obstante, el problema que presenta esta interpretación es que los actos fundamentales se refieren a los miembros del grupo (párr. (a) y (b))y a los niños de éste (párr. (e)) en plural; en otros términos, una interpretación estricta exige, objetivamente, que haya dos víctimas por lo menos[25].

22 Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 128; Boot, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the* ICC, 2002, par. 415; para el genocidio cultural, véase *infra*, III. 2. b)(i).

23 *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 712: "... tales actos, como se cometieron contra la víctima V, fueron por consiguiente perpetrados contra un hutu, por lo que no pueden constituir un crimen de genocidio contra el grupo tutsi".

24 *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 521; Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, pp. 125–6; Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, p. 158; el Art. 6 de los *Elementos del los Crimenes*, tal como se adoptó en el primer período de sesiónes de la Asamblea de los Estados Partes (3 al 10 de septiembre de 2002) – ICC-ASP/1/3, establece como el primer elemento de todas las cinco alternativas el siguiente: "Que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas".

25 Conc. Cassese, *supra*, n. 2, p. 345.

b.1) Asesinar a los miembros del grupo

El *actus reus* del acto de "asesinar a los integrantes del grupo"[26] no suscita mucha polémica. Los *Elementos de los Crímenes*, instrumento subsidiario al Estatuto (art. 9), declaran: "que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas"[27]. Una nota a pie de página agrega que el término "dado muerte" es intercambiable con el de "causado la muerte"[28], lo cual se halla respaldado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*[29]. La causación de la muerte se lleva a cabo generalmente mediante asesinatos masivos, incendios de casas pertenecientes a quienes forman parte del grupo, destrucción de la infrastructura y de otros sistemas para el sustento de la vida, así como conduciendo por la fuerza a los miembros del grupo a campos denominados "protegidos" o de concen-tración, donde los asesinan en masa o los dejan morir[30].

b.2) Causar daños corporales o mentales graves a los miembros del grupo

Según el juicio *Eichmann*, los siguientes actos pueden constituir un daño corporal o mental serio:

> la esclavitud, inanición, deportación, persecución y el arresto de individuos en guetos, campos transitorios y de concentración, en condiciones cuyo fin sea causar su degradación, la privación de sus derechos como seres humanos y para eliminarlos y provocarles un sufrimiento y una tortura inhumanos[31].

26 Los escritos y la jurisprudencia pertinentes se concentran, por lo tanto, en el lado subjetivo de esta opción. Véase, por ejemplo, Schabas, *supra*, n. 24, pp. 157, 158, 441, 442; Boot, *supra*, n. 22, pp. 441–443 e *infra*, III. 1. a).

27 *Elementos del los Crímenes, supra*, n. 24, Art. 6(a).

28 Ibid., n. 2.

29 *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 500; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, n. 13, par. 50; *Prosecutor vs. Musema*, Judgement of 27 January 2000 (ICTR-96-13-T), par. 155.

30 Véase Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 128.

31 ["...the enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture"]. *The Israeli Government Prosecutor General vs.* Adolf Eichmann, Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, en *International Law Reports* (*ILR*), vol. 36, 1968, p. 340.

La Sala de Primera Instancia del TPIR considera que causar "daños físicos o mentales graves, sin limitarse a los mismos, equivale a infligir actos de tortura, físicos o mentales, trato inhumano o degradante, persecución", lo mismo que actos de violencia sexual, violaciones, mutilaciones e interrogatorios, combinados con golpizas y/o amenazas de muerte[32]. En *Krstic*, la Sala de Primera Instancia I declara que "el trato inhumano, la tortura, la violación, el abuso sexual y la deportación están entre los actos que pueden causar serios daños físicos o mentales"[33]. "Causar un daño mental serio" puede implicar que se fuerce a los miembros del grupo elegido a consumir estupefacientes con el fin de debilitarlos mentalmente[34].

La expresión "daños físicos o mentales graves" da pie a que surjan opiniones divergentes en cuanto a la seriedad del daño infligido a tales individuos. ¿Tiene que ser el daño permanente e irremediable? Mientras que al parecer existe acuerdo en que el daño físico no necesita ser permanente, se ha discutido mucho en lo concerniente al daño mental[35]. En el juicio Krstic se observó

> que un daño serio no necesita causar un perjuicio permanente e irremediable, sino que debe ir más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser de tal magnitud que cause un deterioro a largo plazo en la capacidad de la persona para llevar una vida normal y constructiva[36].

32 ["serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution"]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, pars. 504, 706, 707; de igual parecer son *Prosecutor vs. Kayishema, supra,* n. 6, par. 108; *Prosecutor vs. Bagilishema, supra,* n. 7, par. 59.

33 ["...inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury".] *Prosecutor vs. Krstic, supra,* n.6, par. 513.

34 Ntanda Nsereko, *supra,* n. 4, p. 129.

35 Schabas, *supra,* n. 24, p. 162.

36 ["...that serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life"]. *Prosecutor vs. Krstic, supra,* n. 6, par. 513.

La Sala de Primera Instancia Bagilishema sostuvo que el "daño grave implica algo más que un perjuicio menor en las facultades mentales o físicas, aunque no es necesario que llegue al daño permanente o irremediable"[37]. La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* determina la gravedad según el caso[38].

No tiene importancia si el daño físico o mental impuesto a los miembros del grupo es suficiente para amenazar la destrucción del mismo[39]. Semejante requisito iría más allá de las sencillas palabras del texto; y tal interpretación del Estatuto de Roma tampoco está respaldada por los *travaux préparatoires*, además de que confundiría los requisitos del *actus reus* con los de la *mens rea*[40].

b.3) Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea causar su destrucción física total o parcial

Esta forma de genocidio hace referencia a la destrucción de un grupo por medio de una "muerte lenta"[41]. Entre los métodos utilizados pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los

37 ["...serious harm entails more than minor impairment on mental or physical faculties, but it need not amount to permanent or irremediable harm"]. *Prosecutor vs. Bagilishema, supra,* n. 7, par. 59.

38 *Prosecutor vs. Kayishema, supra,* n. 6, pars. 108-113; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra,* n. 13, par. 51; *Prosecutor vs. Musema, supra,* n. 29, par. 156; *Prosecutor vs. Krstic, supra,* n. 6, par. 513.

39 Schabas, *supra,* n. 9, Art. 6, mn. 10; id., *supra,* n. 24, p. 161; Boot, *supra,* n. 22, par. 417; sin embargo, véase el *Report of the ILC on the Work of is Forty-Eighth Session,* 6 de mayo al 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 91.

40 Schabas, *supra,* n. 9, Art. 6, mn. 10; id., *supra* n. 24, p.161

41 Ntanda Nsereko, *supra,* n. 10, p. 129, da un ejemplo clásico: "cuando los alemanes llevaron a los hereros de Namibia al árido y seco desierto de Omaheke, y cuando después los encerraron con un cordón de 250 kilómetros, se volvió imposible que alguien escapara de ahí" (cita de Horst Drechsler. *Let us die fighting: Struggle of the Herero and the Nama against German Imperialism (1884-1915)*, Londres, 1980, p. 156, quien refiere las consecuencias como sigue: "Este cordón se mantuvo hasta mediados de 1905 aproximadamente. La mayoría de los hereros hallaron una muerte lenta, agonizante. El estudio del general Staff mencionó que los omaheke habían sometido a los hereros a un destino peor que el que ninguna arma alemana podría jamás haber hecho, por muy cruenta y costosa que hubiese sido la batalla".)

servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante[42]. Es evidente que no es preciso que tales métodos maten inmediatamente a cualquiera de ellos, pero deben (subjetivamente) estar calculados para que, en última instancia, los aniquilen físicamente[43]. Según la jurisprudencia alemana, basta con que los métodos sean (objetivamente) apropiados (*geeignet*) para destruir el grupo. No obstante, esta interpre-tación se basa en una traducción errónea de la expresión "finalidad prevista para" (*calculated to*) al término alemán *geeignet*, que sólo exige actos que causen un peligro abstracto para los intereses jurídicos protegidos[44]. Los Tribunales *ad hoc* y los *Elementos de los Crímenes* guardan silencio al respecto[45]. La Comisión Preparatoria rechazó la propuesta estadounidense, que exigía "que las condiciones de vida contribuyeran a la destrucción física de ese grupo"[46]. El juicio en el caso *Kayishema* propuso que el artículo 2 (2) (c) del Estatuto del TPIR se aplicara a aquellas situaciones que probablemente causaran la muerte, haciendo caso omiso de si ésta ocurre realmente[47], lo cual se asemeja al planteamiento alemán.

b.4) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Las palabras "imposición de medidas" indican la necesidad de un elemento de coerción[48]. Impedir nacimientos en el grupo, acción también conocida como genocidio biológico, es un acto que se lleva a cabo negándole a aquél los medios para reproducirse. Entre las medidas

42 *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 506; *Prosecutor vs. Kayishema, supra,* n. 6, pars. 115, 116; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra,* n. 13, par. 52; *Prosecutor vs. Musema, supra,* n. 29, par. 157.

43 *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 505.

44 *Cf.* Ambos y Wirth, en Fischer, Kreß y Lüders (eds.). *International and national Prosecution of Crimes under International Law,* Berlín, 2001, pp. 769 y 784-789.

45 *Elements of Crimes, supra,* n. 24, Art. 6(c).

46 ["...that the conditions of life contributed to the physical destruction of that group ..."]. Rückert y Witschel, en Fischer, Kreß yLüder (eds.), *supra,* n. 44, 59, p. 68.

47 *Prosecutor's Closing Brief,* 9 de octubre de 1998, p. 28 (itálicas agregadas).

48 Boot, *supra,* n. 22, par. 422.

utilizadas se cuentan la esterilización forzada de hombres y mujeres, la mutilación sexual, el control natal forzado, la separación de ambos sexos y la prohibición del matrimonio[49]. En el caso *Akayesu,* la Sala de Primera Instancia declaró que:

> en las sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en ese grupo es cuando, en una violación, un hombre de otro grupo deja embarazada deliberadamente a una mujer del primero para hacer que ella dé a luz a un niño que, en consecuencia, no pertenecerá al grupo de la madre[50].

Además, la Sala observó que

> las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser un acto cuya intención sea la de impedir nacimientos, pues la mujer violada se rehusará a procrear, del mismo modo en que los miembros de un grupo pueden ser inducidos a no procrear por medio de amenazas o traumas[51].

b.5) Traslado forzado de los niños de un grupo a otro

Esta forma de genocidio es muy discutible. Como veremos más adelante[52], algunos estudiosos argumentan que la tendencia general y el objetivo de la ley de genocidio es proteger el derecho del grupo a formas de existencia física, pero no de orden cultural o de otro tipo. Las formas no físicas de la existencia de un grupo están protegidas (primordialmente) por el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos y a los

49 *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 507.

50 ["...[i]n patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group".] *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 507.

51 ["...measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate".] *Ibid.,* par. 508.

52 Véase *infra,* III. 2. b) (i).

derechos de las minorías. De este modo, no pueden considerarse genocidas aquellos actos aparentemente dirigidos a destruir la identidad de un grupo, pero que no destruyan físicamente a sus miembros. Aplicado al traslado forzado de niños, puede afirmarse que este acto lleva a la pérdida de la identidad cultural, ya que las criaturas se asimilan a otro grupo, pero no termina *per se* en la destrucción física del grupo. De hecho, cambiarlos de lugar es una forma de genocidio cultural; por ello, llama la atención que los redactores hayan decidido excluir el genocidio cultural de los alcances de la Convención[53]. La Sala de Apelaciones consideró en el caso *Akayesu* que

> al igual que en el caso de las acciones dirigidas a impedir nacimientos, el objetivo no es solamente el de castigar un acto directo de transporte físico forzado, sino también el de penar actos de amenazas o traumas que llevarían al transporte forzado de niños de un grupo a otro[54].

Si la finalidad de trasladar a los niños de un grupo a otro es para someterlos al trabajo esclavo, ello equivaldría a imponerles condiciones de vida con el fin de causar su destrucción física, y ello recaería en la tercera alternativa ya analizada[55].

b.6) La llamada "limpieza étnica": ¿otra forma de genocidio?

La expresión "limpieza étnica" fue omitida deliberadamente en el artículo 6 del Estatuto de Roma, por tanto, hablando técnicamente, no constituye genocidio[56]. La expresión "limpieza étnica" es relativamente

53 Boot, *supra*, n. 22, par. 422.

54 ["...as in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another"]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 509; coincide *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, n. 6, par. 118; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, n. 13, par. 54; *Prosecutor vs. Musema, supra, n. 29, par. 159.*

55 Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 130.

56 Pero la Asamblea General de la ONU manifestó en el parágrafo 9 de su Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992 lo siguiente: "en persecución de la abominable política de 'limpieza étnica', que es una forma de genocidio".

nueva, y es difícil establecer su origen. Apareció en 1981 en los medios de comunicación yugoslavos cuando se hablaba en Kosovo de "territorios étnicamente limpios"[57], y en 1992 en documentos de organismos internacionales. Desde entonces ha habido varios intentos de definirla[58]. Según el Informe de la Comisión de Expertos, la "limpieza étnica" comprende el asesinato, la tortura, el arresto y la detención arbitrarios, las ejecuciones extrajudiciales y las agresiones sexuales, el aprisionar a la población civil, los ataques militares deliberados o las amenazas de ataque a civiles y en áreas civiles, y la destrucción injustificable de propiedades[59]. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Tadeusz Mazowiecki, equipara la limpieza étnica a la "purga sistemática de la población civil basada en criterios étnicos, con miras a obligarla a abandonar los territorios en que vive"[60].

Siempre se ha discutido si la limpieza étnica constituye genocidio[61]. Si tomamos en conjunto las definiciones existentes, este ilícito se propone desplazar una población de un territorio dado con objeto de hacerla

57 Petrovic. "Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology", en *EJIL*, núm. 5, 1994, pp. 342, 343.

58 Schabas, *supra*, n. 24, p. 190

59 Primer Informe Intermedio de la Comisión de Expertos, 10 de febrero de 1993, UN Doc. S/ 25274 (1993), par. 56.

60 Sexto Informe periódico sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia presentado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki el 21 de febrero de 1994, E/CN.4/ 1994/10, par. 283. El Fiscal del TPIY definió la limpieza étnica como "una práctica que implica que, en un territorio dado, se actúa de tal manera que se elimina a los miembros de determinado grupo étnico. Tal práctica pretende que tal y tal territorio sean, como los autores deseaban, étnicamente puros. En otras palabras: que ese territorio ya no contendría más que a los miembros del grupo étnico que tomó la iniciativa de limpiar el territorio..." ["...a practice which means that you act in such a way that in a given territory the members of a given ethnic group are eliminated. It means a practice that aims at such and such a territory be, as they meant, ethnically pure. [I]n other words, that that territory would no longer contain only members of the ethnic group that took the initiative of cleansing the territory..."] *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Transcript of Hearing, 28 de junio de 1996 (IT-95-18-R61), p. 128. Cassese, supra, n. 2, p. 338, define la "limpieza étnica" como la "la expulsión por la fuerza de civiles pertenecientes a un grupo en particular de una zona, aldea o pueblo" ["...forcible expulsion of civilians belonging to a particular group from an area, village, or town".].

61 Sobre este debate, véase asimismo Jones. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª ed., 2000, pp. 99-102; Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 8.

étnicamente homogénea. Con ello se persigue un objetivo diferente del genocidio, pues no pretende destruir el grupo[62]. Si bien los actos materiales ejecutados para cometer estos crímenes pueden asemejarse a menudo, la diferencia principal entre ellos estriba en las diferentes intenciones específicas: mientras que la limpieza étnica persigue el propósito de desplazar una población, el genocidio se propone destruirla[63]. Así, es evidente que la "limpieza étnica" no tiene que ser por sí misma equivalente al genocidio[64], aunque por supuesto sigue siendo objeto de pena como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra.

C. ¿Un elemento de contexto en el genocidio?

Aun cuando el texto del artículo 6 del Estatuto de la CPI no exige claramente un elemento de contexto, los *Elementos de los Crímenes* manifiestan al final de cada una de las definiciones de las formas específicas de genocidio lo siguiente: "Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción"[65].

Asimismo, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del Land) de Düsseldorf arguyó en *Jorgic* que, para hablar de genocidio, se requiere una "conducción centralizada y organizada estructuralmente"[66]. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) adoptó el mismo punto de vista[67]. Pese a que este requisito estará presente en la mayor parte de los casos, el Derecho Internacional no lo exige, ni existe la necesidad de semejante elemento (adicional)[68]. Así, los Tribunales *ad*

62 Schabas, *supra*, n. 24, p. 199.
63 Ibíd., p. 200.
64 Cassese, *supra*, n. 2, p. 342.
65 *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24.
66 *OLG Dusseldorf*, Juicio de 26 de septiembre de 1997, 2 StE 8/96, mecanoescrito inédito (en los archivos del autor), p. 162 ("strukturell organisierte zentrale Lenkung"); sobre la jurisprudencia alemana, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 769.
67 BverfGE, Juicio de 12 de diciembre de 2000 – 2 BvR 1290/99, III. 4 a); disponible en www.bverfg.de/entscheidungen/frames/2000/12/12 = EuGRZ, 2001, pp. 76-82; crít. Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, pp. 789–90.
68 Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, pp. 789, 790; Triffterer, *supra*, n. 7, pp. 406–408.

hoc han afirmado repetida y correctamente que la existencia de un plan o de una política no es un ingrediente jurídico del crimen de genocidio, y que solamente puede llegar a ser un factor importante para probar la intención especial[69]. En consecuencia, los *Elementos* violan el artículo 9 (3) del Estatuto y, por lo tanto, deben considerarse sin efecto[70].

3. *Mens rea*

A) El elemento subjetivo general (dolo)

Según el artículo 30 del Estatuto "una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen (...) únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen". A pesar de las complejas cuestiones implicadas en la interpretación de esta disposición y el elemento mental en el Derecho Penal en general[71], es suficiente para nuestros fines establecer que el "genocidio"(*i.e.*) el encabezado y las diferentes formas de su comisión, debe perpetrarse con premeditación y conocimiento. En otros términos: en la intención y el conocimiento del autor de este crimen están comprendidos todos los elementos (materiales) del encabezado y el acto específico. De acuerdo con la jurisprudencia, el autor debe saber, por una parte, que la víctima es un miembro del grupo[72] y, por otra, debe actuar con la intención de apoyar la destrucción del mismo[73]. En tanto que el primer requisito se

69 *Prosecutor vs. Jelisic*, Judgement of 5 july 2001 (IT-95-10-A), par. 48; *Prosecutor vs. Jelisic*, *supra*, n. 14, pars. 100, 101; *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, Judgement of 1 june 2001 (ICTR-95-1-A), par. 138; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 276.
70 Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 790.
71 Véase para un análisis detallado Eser, en Cassese et al., *supra*, n. 2, pp. 889 y ss.; Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín, 2002, pp. 757 y ss.; Triffterer, *supra*, n. 7, p. 400.
72 *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 60; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 165; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 61; *Prosecutor vs. Jelisic*, *supra*, n. 14, par. 66. Triffterer, supra, n. 7, p. 400, exige que se conozca a qué grupo pertenece la víctima, y que ésta sea "atacada por el autor con tal conocimiento de ese dato." ["...attacked in this capacity by the perpetrator."].
73 *Cf. Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 91: en consecuencia, por medio de su acto "el autor no [...] sólo manifiesta su odio hacia el grupo a que pertenece su víctima, sino que también comete este acto a sabiendas como parte de una intención de más amplio alcance para destruir [...] al grupo del que su víctima es miembro." ["the perpetrator does not [...] only manifest his

refiere a la *mens rea* general, puesto que la pertenencia al grupo es un elemento material bajo la modalidad de una circunstancia y, como tal, el autor debe estar consciente de ella (art. 30 (3) del Estatuto), la intención de promover la destrucción del grupo integra la intención especial, que se analizará más adelante (2). El problema es que los Tribunales no distinguen precisamente entre la *mens rea* general y la intención especial como un elemento subjetivo especial (*subjektives Tatbestandsmerkmal*)[74].

Si el autor del genocidio carece del conocimiento de una circunstancia, incurre normalmente en un error de hecho y con ello quedaría excluida la responsabilidad penal (art. 32 (1), Estatuto). Si, por ejemplo, el autor mata –objetivamente– a un judío, pero no sabe –subjetivamente– que la víctima pertenece a ese grupo religioso, actúa sin conocimiento de la circunstancia "miembro de un grupo religioso", y este error "hace desaparecer el elemento de intencionalidad", o, para ser más exacto, una parte del elemento subjetivo. De esta manera, el error de hecho es solamente la otra cara de la moneda de (la existencia) de la *mens rea.*

Otro asunto, que traté en otro lugar, es si no es demasiado rígido declarar irrelevantes en principio todos los errores que no hacen desaparecer el elemento de intencionalidad (art. 32 (2), Estatuto)[75].

a.1) Matanza de los miembros de un grupo

El término "matanza" (*killing*) es más amplio que el de "asesinato" (*murder*), ya que este último requiere, según algunos Derechos Nacionales, algo más que la intención de causar la muerte, a saber: la premeditación[76]. En cuanto a las versiones inglesa y francesa de la terminología de esta alternativa, la Sala de Primera Instancia *Kayishema* declaró "que casi no existe ninguna diferencia entre el termino matanza (...) y *meurtre*[77]"; sin embargo, puesto que matanza (*killing*) o *meurtre* deberían considerarse junto con la intención especial del genocidio, ambos conceptos exigen que la matanza sea intencional[78]. Otras Salas adujeron que "el concepto matanza comprende tanto la matanza intencional como la no intencional, mientras que el de *meurtre* se refiere exclusivamente a la matanza cometida con la intención de provocar la muerte"[79]. No obstante, estas Salas llegaron al mismo resultado al considerar que "siguiendo los principios del Derecho Penal, debe adoptarse la versión que favorezca más al acusado (es decir, el requisito de la intención)"[80]. Así pues, la matanza (*killing*) debe cometerse, según el artículo 30 del Estatuto, de manera intencional aunque no necesariamente premeditada[81].

a.2) Someter deliberadamente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial

Al usar el término "deliberademente" (*deliberately*), los redactores de la Convención deseaban expresar que esta forma específica de genocidio no solamente requiere que exista una intención general, sino un tipo de plan o deliberación previa dentro del significado del concepto francés de *préméditation*[82]. Sin embargo, el término "deliberadamente" sólo se refiere, como lo muestran las traducciones española y francesa (*intentionnelle,* intencional), al requisito general de la intención[83]. De ahí que la expresión clave sea "cuya finalidad"[84], que indica que la imposición de las condiciones indicadas deben ser el mecanismo principal utilizado para

hatred of the group to which his victim belongs but also knowingly commits this act as part of a wider-ranging intention to destroy the [...] group of which the victim is a member."].

74 Véase *supra,* ns. 72 y 73.

75 Véase Ambos, *supra,* n. 70, pp. 805 y ss (822–24).

76 Schabas, *supra,* n. 24, p. 241; Boot, *supra,* n. 22, par. 416.

77 ["that there is virtually no difference between the term 'killing' ... and '*meurtre*' ..."]

78 *Prosecutor vs. Kayishema, supra,* n. 6, par. 104.

79 ["the concept of killing includes both intentional and unintentional homicide, whereas *meurtre* refers exclusively to homicide committed with the intent to cause death"]

80 ["...pursuant to the general principles of criminal law, the version more favourable to the Accused [i.e. the requirement of intent] must be adopted"]. *Prosecutor vs. Bagilishema, supra,* n. 7, pars. 57 y 58; *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 501; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra,* n. 13, par. 50; *Prosecutor vs. Musema, supra,* n. 29, par. 155. Véase asimismo Ambos, *supra,* n. 71, pp. 795 y 796.

81 Boot, *supra,* n. 22, par. 416.

82 Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary,* 1960, p. 60; Schabas, *supra,* n. 24, p. 243.

83 Ambos y Wirth, *supra,* n. 44, p. 785; Ambos, *supra,* n. 71, p. 796.

84 Los *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24, ni siquiera mencionan esta expresión.

destruir el grupo, más bien que algún tipo de maltrato concomitante o incidental al crimen[85]. El TPIR establece como requisito que "los métodos de destrucción (...) se dirigen en última instancia a su destrucción física (de los miembros del grupo)"[86].

a.3) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Cualquiera de las medidas impuestas deben "tener el objetivo de" impedir nacimientos. No es necesario que el autor del genocidio haya tenido la intención de impedir los nacimientos por completo. Basta con que la finalidad de tales medidas sea evitarlos parcialmente[87].

Si bien los programas públicos de control natal están en realidad orientados a impedir nacimientos (en parte), no están comprendidos en la estipulación cuando son voluntarios, es decir, cuando no están sujetos a una presión o a una coerción indebida. Y aun cuando sean obligatorios, como es el caso de la política china de procrear solamente hijos únicos, no constituyen genocidio por cuanto sus autores no pretenden destruir un grupo[88].

a.4) Trasladar por la fuerza a los niños de un grupo a otro

Si esta alternativa se concibe como una forma de genocidio cultural[89], puede argüirse que sólo es necesario referir la intención del autor a la destrucción del grupo en un sentido cultural y no necesariamente biológico[90]. Esto implicaría, no obstante, que la naturaleza de la intención especial dependiera de la forma esencial en que se cometiese el crimen. Como se verá más adelante[91], la naturaleza de la destrucción depende de la

85 Schabas, *supra*, n. 24, p. 243.
86 ["...methods of destruction (...) are, ultimately, aimed at their [the group members'] physical destruction]". *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, n. 13, par. 52; *Prosecutor vs. Musema, supra*, n. 29, par. 157; igualmente, Prosecutor vs. *Akayesu, supra*, n. 11, par. 505.
87 Boot, *supra*, n. 22, par. 422.
88 Schabas, *supra*, n. 24, pp. 244.
89 Véase *supra*, II. 2. e).
90 Schabas, *supra*, n. 24, pp. 245, 228–230.
91 Véase *infra* A. III. 2. b) (i).

interpretación del término "destruir" y del interés u objeto protegido por el delito. Este enfoque es más convincente porque relaciona la conducta del autor con el crimen de genocidio como un todo y no sólo con la ejecución, a veces accidental, de una u otra alternativa.

B. El requisito de la intención especial

b.1) Consideraciones generales

Para hablar de genocidio se requiere la intención "específica" o "especial"[92] de destruir uno de los grupos protegidos. En el Derecho Consuetudinario, el concepto de intención especial se utiliza para diferenciar los delitos de "intención general", esto es, aquéllos según los cuales no se precisa ningún nivel o grado determinado de intención. En la tradición del Derecho Civil, la intención especial corresponde al *dolus directus* de primer grado; es decir, destaca el elemento volitivo del *dolus*. Se ha dicho que un delito de intención especial requiere la ejecución del *actus reus*, pero en asociación con una intención o un propósito que vaya más allá de la mera realización del acto (*überschießende Innentendenz*[93])[94]; bien que consta de "una intención criminal agravada que debe existir además de la intención criminal que acompaña el delito fundamental"[95]. Con todo, los detalles son sumamente polémicos. Si tomamos en serio la muy exitosa teoría cognitivista[96], el elemento volitivo ya no forma parte del *dolus eventualis* y, en consecuencia, la intención especial sólo implica un conocimiento (positivo) de los elementos constitutivos del *actus reus*. Tal teoría es, en realidad o por accidente, el fundamento de diferentes y variados intentos de algunos escritores por disminuir el umbral subjetivo

92 Triffterer, supra, n. 7, pp. 399, 400, considera que la expresión "intención genocida" respecto del requisito especial es "engañosa". El problema es que no existe otra expresión mejor.
93 Ambos, *supra*, n. 71, p. 789.
94 Schabas, *supra*, n. 24, p. 218; Ttriffterer, *supra*, n. 7, p. 402: "los crímenes que se conocen por tener un elemento subjetivo extendido" ["... so-called crimes with an extended mental element"].
95 "...an aggravated criminal intent that must exist in addition to the criminal intent accompanying the underlying offence". Véase Cassese, *supra*, n. 2, p. 338.
96 *Cf.* la obra fundamental de Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 101–2, 255 y ss., 300 y ss. y *passim*.

del genocidio utilizando una "interpretación fundada en el conocimiento" (*knowledge based interpretation*)[97]. Esta última llevó asimismo a una propuesta durante las negociaciones de los *Elementos de los Crímenes* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que sólo planteaban como requisito que el autor "supiera, o hubiera debido saber" que su conducta destruiría un grupo[98]. Si bien dicha propuesta se rechazó al final, la discusión no termina aún, en virtud de que los seguidores de la interpretación fundada en el conocimiento argumentarán que no se trata de reescribir el delito de genocidio, sino sólo de interpretar correctamente el requisito de la intención especial.

En cuanto a la jurisdición, en su primera resolución en *Akayesu*, el TPIR definió la "intención especial" como la "intención especial (...) que requiere que el autor procure producir claramente el acto"[99], o que "tenga la clara intención de causar el acto"[100]. Un delito de intención especial está "caracterizado por una relación psicológica entre la consecuencia corporal y el estado mental del autor"[101]. En sentido parecido se expresó la Sala de Primera Instancia en el caso *Kambanda* respecto al "elemento del *dolus specialis*"[102] y en *Kayishema* respecto al requisito de la "intención especial"[103].

El TPIY adoptó una postura más sofisticada. En *Jelisic*, la intención especial se definió en relación con la naturaleza discriminatoria de los actos; en otros términos: con la selección de las víctimas en función de su pertenencia a un grupo protegido[104]. En cuanto al grado de la intención

97 Ver Greenwalt, *Colum. L. Rev.* núm. 99, 1999, pp. 2259. 2265 y ss.; Gil Gil. *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 231 y ss., 236 y ss.; Triffterer, *Festschrift Roxin*, 2001, pp. 1422, 1438 y ss. 1441 y ss.; Vest. *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101; hay un resumen en Ambos, *supra*, n. 71, pp. 790–5.

98 UN-Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

99 ["specific intention [...] which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act"]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 497.

100 ["...have the clear intent to cause the offence"]: *Ibid.*, par. 518.

101 ["...characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator"]. *Idem.*

102 *Kambanda*, Judgement of 4 September 1998 (ICTR 97-23-S), par. 16.

103 *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, n. 6, par. 89.

104 *Prosecutor vs. Jelisic, supra*, n. 14, par. 67.

exigida, la Sala rechaza de hecho una interpretación fundada en el conocimiento, presentada por la persecución penal, apegándose al requisito tradicional de la intención especial desarrollado por la Sala de Primera Instancia en el caso *Akayesu*[105]. En realidad, la Sala absuelve al acusado de genocidio porque "mató arbitrariamente, y no con la clara intención de destruir un grupo"[106]. La Sala de Apelaciones ratificó el estrecho concepto de la intención especial de la Sala de Primera Instancia y descartó explícitamente la definición más amplia de la persecución penal, en la que se incluía el conocimiento[107]. En *Krstic*, en su primera condena relacionada con el genocidio, el TPIY diferenció "entre la intención individual del acusado y la intención implicada en la concepción y comisión del crimen"[108]. De este modo la Sala se refiere, por una parte, al acto colectivo de genocidio motivado por la intención especial de destruir y que "debe poder distinguirse en el acto criminal mismo"[109]; por otro lado, a los actos individuales de quienes participan en el acto colectivo de genocidio. En tanto que aquéllos que forman parte del mismo pueden tener intenciones y motivos diferentes, para que sean procesados por genocidio cada uno de ellos debe compartir "la intención de que se lleve a cabo un genocidio"[110]. El propósito de la destrucción presupone que las víctimas fueron elegidas "a causa de su pertenencia a un grupo cuya destrucción se procuraba" (*by reason of their membership in the group whose destruction was sought*). No es suficiente con que tan sólo se conozca tal

105 Ibid., pars. 84 y ss. (86).

106 ["... he killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group".] *Ibid.*, par. 108.

107 *Prosecutor vs. Jelisic, supra*, n. 14, pars. 41 y ss. (46: "[...] seeks to achieve the destruction [...]." ["...persigue lograr la destrucción..."]). La Sala de Apelaciones también declaró (par. 45 con n. 81) que cuando utiliza la expresión *intención especial*, "esto no atribuye a esta expresión ningún significado que pueda tener en una jurisdicción nacional" ["it does not attribute to this term any meaning it might carry in a national jurisdiction"]. Sin embargo, esto no es ni útil ni verdadero, ya que la Sala no puede separar completamente el Derecho Penal Nacional del Internacional, y menos aún cuando están en juego los principios generales.

108 ["... between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime"]. *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 549.

109 ["... must be discernible in the criminal act itself". Ibid.

110 ["... the intention that a genocide be carried out"]. Ibíd.

pertenencia[111]. De igual modo, la posibilidad de prever o la probabilidad de destruir el grupo –en el sentido de la mencionada interpretación fundada en el conocimiento– no basta, en virtud de que, según la Sala, no queda claro si esta norma refleja el Derecho Consuetudinario y si aun así el genocidio deba entenderse, por lo tanto, en el sentido de abarcar sólo los actos "cuyo objetivo sea destruir todo el grupo o parte del mismo"[112]. De esta manera, la Sala sigue en realidad la jurisprudencia anterior. Asimismo, al igual que estos últimos, no analiza en detalle las propuestas concretas del enfoque fundado en el conocimiento, ni tampoco diferencia suficientemente entre los diferentes puntos de la doctrina[113].

Es evidente que el problema principal en los casos de genocidio es probar la intención especial. La Fiscalía quiere superar este problema reduciendo el grado de intención exigido. Debe ser suficiente con que el acusado "haya deseado conscientemente" la destrucción del grupo o que "supiera que sus actos lo destruyan"[114]. En otras palabras, como se ha dicho antes, la Fiscalía defiende lo que puede denominarse, desde el brillante artículo de Greenwalt[115], una "interpretación" o un "estándar fundado en el conocimiento" (*a knowledge based interpretation or standard*).

Sin embargo, la disminución de los requisitos mentales en los delitos constituye una forma dudosa de superar los problemas probatorios. En todo caso, no es la única. La otra posibilidad es de tipo procesal, es decir, hacer inferencias o sacar conclusiones de ciertos indicios basados en hechos y circunstancias objetivos, declaraciones de testigos, etcétera[116]. La ausencia de pruebas directas, como la confesión de un acusado de que actuó con intención especial, fuerza a cualquier Tribunal, sea que opere

111 Ibíd., par. 561.

112 ["... with the *goal* of destroying all or part of the group".] *Ibid.*, par. 571 (las cursivas son del texto original).

113 Ibíd., La Sala cita en la n. 1276 a los autores que defienden otros conceptos muy diferentes.

114 "... 'he knew his acts were destroying' the group". *Cf. Prosecutor vs. Jelisic, supra,* n. 69, par. 42; *Prosecutor vs. Krstic, supra,* n. 6, par. 569.

115 Ver *supra,* n. 97.

116 Cf. Volk. "Dolos ex re", en *Festschrift Arthur Kaufmann,* 1993, pp. 611, 613 y ss. 619, en su etimología original del *dolos ex re,* esto es, de la intención que viene después de la comisión particular (externa) de un delito. Véase también Ntanda Nsereko, *supra,* n. 10, p. 126.

nacional o internacionalmente, a analizar los indicios disponibles y probablemente a deducir a partir de ellos la intención especial del acusado. La jurisprudencia ya utilizó este método en la casi olvidada resolución del procedimiento de la Regla 61 (de la Reglas de Procedimiento y Prueba) en *Karadzic and Mladic*. La Sala de Primera Instancia del TPIY se refirió a "varios hechos", como por ejemplo la doctrina política general que permitió el surgimiento de los actos específicos y el "efecto combinado de discursos y proyectos" (*combined effect of speeches or projects*) que fundamentaron los actos[117]. La Sala en *Akayesu* aceptó este enfoque invocando "varias presunciones de hecho" (*a certain number of presumptions of fact*), tales como el contexto general de la comisión de los crímenes, la escala de las atrocidades, etcétera[118]. De igual modo, la Sala de Apelaciones en *Jelisic* se refiere a "varios hechos y circunstancias" y cita, entre otros, el contexto general, la comisión de otros actos en contra del mismo grupo, la dimensión de las atrocidades, etcétera[119]. *In casu*, la Sala de Primera Instancia ratificó la "intención discriminatoria" de *Jelisic*, aunque no su intención de destruir el grupo[120], mencionando no sólo el contexto general, sino también sus acciones y declaraciones[121]. En el caso *Krstic*, la Sala menciona los ataques simultáneos a las propiedades culturales y religiosas, así como las casas de miembros del grupo como pruebas (indirectas) de la intención genocida del acusado[122]. Hablando en términos generales, todos los actos dirigidos contra un grupo protegido y que ocurren en determinada área geográfica, esto es, *in casu*, la matanza de 7000 a 8000 hombres musulmanes bosnios en edad militar en siete días en Srebrenica[123], constituyen indicios fuertes de una intención especial por parte de los autores.

117 *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Consideration of the Indictment within the framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence (IT-95-5-R61 e IT-95-18-R61), pars. 94–5.

118 *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 523 y en el par. 524 al citar *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic, supra,* 117, par. 94; véase asimismo *Prosecutor vs. Rutaganda, supra,* n. 13, par. 61.

119 *Prosecutor vs. Jelisic, supra,* n. 69, par. 47.

120 Ver *supra,* n. 106y el texto.

121 *Prosecutor vs. Jelisic, supra,* n. 14, pars. 73 y ss.

122 *Prosecutor vs. Krstic, supra, n. 6, par. 580.*

123 Ibíd., pars. *594, 598.*

La consecuencia de la tajante distinción entre el *actus reus*, la correspondiente *mens rea* y la intención especial es que es irrelevante para la consumación del crimen que el autor tenga o no éxito en su intento de destruir el grupo (total o parcialmente)[124]. Sólo necesita intentar alcanzar esta consecuencia o resultado. Como la definición de genocidio se refiere a cualquiera de los siguientes actos de los que únicamente el primero (matanza) tiene como consecuencia esencial la muerte de las víctimas, se sigue que no es necesario que ni siquiera una sola persona muera para que se cometa un acto de genocidio (completo)[125]. Sólo si no se consuma ninguno de los cinco actos específicos enumerados en la Convención, así como en los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI, sino que sólo se tiene el propósito de llevarlos a cabo con la necesaria y especial "finalidad de destruir", existe una tentativa de genocidio[126].

Hay un problema final que sólo mencionaré de paso, ya que se ha analizado a fondo en otra parte[127]. Es el problema de la *mens rea* de quienes participan en un genocidio, especialmente los cómplices y los superiores. La jurisprudencia no ofrece todavía soluciones convincentes al respecto. Desde nuestro punto de vista, todas las formas de comisión directa (*i. e.*) la autoría directa e inmediata, la coautoría y la autoría mediata, así como otras formas similares de dominio o control intelectual y/o psicológico del crimen (instigación, inducción, incitación, conspiración), exigen que cada participante tenga la intención especial de destruir el grupo. En cambio, los cómplices sólo necesitan un conocimiento positivo de la intención

124 Triffterer, *supra*, n. 7, p. 402; *Prosecutor vs .Akayesu, supra*, n. 11, par. 497: "Al contrario de lo que se cree popularmente, el crimen de genocidio no implica el exterminio real del grupo en su totalidad, sino que se entiende como tal una vez que cualquiera de los actos mencionados en los Artículos 2(2)(a) al 2(2)(e) se comete con la intención especial de destruir [...] un [...] grupo" ["Contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2(2)(a) through 2(2)(e) is committed with the specific intent to destroy [...] a [...] group"].

125 Sunga, *supra*, n. 8, p. 383.

126 Triffterer, *supra*, n. 7, p. 402.

127 Ambos, *supra*, n. 71, pp. 792 y ss; en cuanto a la jurisprudencia, pp. 413–7; ver también Schabas, *supra*, n. 24, pp. 259, 264–266, 275, 300–303, 304–313. Ver asimismo Ambos, en Triffterer (ed.), "Commentary on the ICC Statute", 2ª ed., 2003, Art. 25 (de próxima aparición).

genocida de los autores. En el caso de los superiores, debe distinguirse cuál es el fundamento sobre el que se les hace responsables. La comisión por omisión, con base en la doctrina de la responsabilidad del superior o del mando, sólo requiere el conocimiento o incluso la falla negligente de no estar al tanto de los actos genocidas[128]. Si el superior está directamente involucrado en la comisión de un genocidio mediante actos positivos, como ordenar actos genocidas o inducirlos, se requiere la intención especial, al igual que en otros casos. Pero todas estas cuestiones merecen reflexionarse más profundamente.

b.2) Los elementos específicos de la intención especial

(i) Destruir

La intención especial debe estar encaminada a la destrucción del grupo en cuestión. Tal destrucción es el objeto de la intención especial. No es necesario que ocurra objetivamente, sino que sólo se precisa que el autor la haya planeado subjetivamente. Si bien esto se desprende con claridad del texto del artículo II de la Convención sobre el Genocidio y subsiguientes disposiciones, no queda muy claro, sin embargo, si la "destrucción" requiere la destrucción física o biológica del grupo. Tanto la Comisión de Derecho Internacional (CDI)[129] como otros autores[130] defienden esta interpretación restringida. Consideran útiles los *travaux* de la Convención y sostienen que el genocidio cultural, bajo la modalidad de la destrucción de la existencia de los elementos nacionales, lingüísticos,

128 Schabas comparte manifiestamente la misma concepción, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 4; Cassese se muestra en contra de su opinión, pero por lo visto lo malinterpreta. Ver *supra*, n. 2, p. 348.

129 Véase el *1996 ILC Report, supra*, n. 39, pp. 90-91: "Como demostraron claramente los trabajos preparatorios para la Convención, la destrucción de referencia es la aniquilación material de un grupo ya por medios físicos, ya por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo en particular" ["As clearly shown by the preparatory work for the Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group"].

130 Pueden consultarse, por ejemplo, Schabas, *supra*, n. 24, pp. 229–233; Barboza. "International Criminal Law", en *Receuil des Cours*, núm. 278, 1999, pp. 9, 59; Ratner. "The Genocide Convention after fifty years", en *ASIL Proceedings*, núm. 92, 1998, pp. 1, 2.

religiosos, culturales o de otros tipos, no se incluyó finalmente en la Convención, pese a una propuesta del Comité *ad hoc*[131]. Aun cuando la destrucción de un pueblo no implica automáticamente su extinción física, y habida cuenta de que la destrucción de los pueblos a menudo comienza con ataques violentos a su cultura, idioma, religión y a sus monumentos e instituciones culturales, los redactores del Estatuto de la CPI dejaron fuera del artículo 6 del Estatuto los actos de genocidio cultural como formas específicas de genocidio, con excepción del "traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo"[132]. Más recientemente la Sala de Primera Instancia en *Krstic*, invocando el principio de *nullum crimen*, adoptó la misma concepción y limitó el genocidio a "aquellos actos que pretenden la destrucción física o biológica de todo el grupo o de parte del mismo"[133].

Como lo sostuvimos en otro trabajo[134], es dudoso, sin embargo, si esta interpretación restringida es compatible con el texto de la Convención y todas las disposiciones subsiguientes respecto del genocidio, en virtud de que se refieren claramente al "grupo como tal". En otras palabras, el crimen de genocidio tiene por objeto proteger no solamente la existencia física de los miembros individuales del grupo como entidad social. Este concepto supraindividual de genocidio, desarrollado y defendido sobre todo por la Corte Suprema Alemana (*Bundesgerichtshof*) y la Corte Constitucional Alemana (*Bundesverfassungsgericht*)[135], implica que la intención de destruir "va más allá de la interpretación física y biológica"[136]. No obstante, esto no

131 Boot, *supra*, n. 22, pars. 413–414; Schabas, *supra*, n. 24, p. 187; Ambos y Wirth ofrecen referencias adicionales en *supra*, n. 23, pp. 791–792.

132 Ver *supra*, II. 2. e) y Schabas, *supra*, n. 24, pp. 179–189: la inclusión de actos de genocidio cultural en el Artículo 6 del Estatuto de Roma fue un asunto muy delicado, pues vieron amenazada su soberanía los "países conscientes de los problemas de sus políticas hacia grupos minoritarios, específicamente hacia los pueblos indígenas y los inmigrantes..." ["countries who were conscious of problems with their own policies towards minority groups, specifically indigenous peoples and immigrants..."].

133 ["...acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group".] Véase *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 580.

134 Ambos y Wirth, *supra*, n. 44 pp. 791 y ss.

135 Para más referencias, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 791, n. 122.

136 ["...extends beyond physical and biological interpretation"] *BVerfG, supra*, n. 67, par. 22 (la traducción inglesa que se cita proviene de *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 579).

significa, como por lo visto lo malinterpreta la Sala en *Krstic*[137], que la jurisprudencia alemana niegue que el artículo II (c) de la Convención exija objetivamente una destrucción física, sino que más bien se requiere trazar una distinción entre el *actus reus* y la *mens rea* del crimen de genocidio, y este último no limita el delito a la destrucción física del grupo. El hecho de que los Estados Partes de la Convención de Genocidio no se mostraran dispuestos a incluir el genocidio cultural en la Convención como una de las formas específicas del *actus reus*, no influye necesariamente en la interpretación del requisito de la intención especial[138]. Por consiguiente, la *Bundesverfassungsgericht* afirma correctamente que el "texto de la ley no (...) que interprete en el sentido de que la intención del delincuente tenga que ser el exterminio físico (...) de los miembros del grupo"[139].

Históricamente, la noción de "grupo como tal" pretendía expresar –al menos según la delegación venezolana, que propuso la enmienda– el concepto del motivo[140]. Por lo tanto, Schabas distingue "entre lo que podría denominarse el motivo colectivo y el individual o personal" y exige "un motivo racista o discriminatorio, esto es, un motivo genocida"[141]. Sea lo que fuere, no descarta la interpretación del grupo como entidad social, como el bien jurídico protegido del crimen de genocidio.

(ii) Total o parcial

Si bien hubo un desacuerdo en cuanto al requisito de la intención de destruir el grupo totalmente durante las negociaciones de la Convención[142],

137 Ver *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 579, que sólo cita de manera selectiva *BverfG*.

138 Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 28, afirma que "these acts [that constitute genocide] underscore the fact that the *essence of* genocide is the *physical destruction* or decimation of the group". ["...los actos [que constituyen este crimen] acentúan el hecho de que la esencia del genocidio es la *destrucción física* o la gran mortandad de buena parte del grupo".] Según los autores, cualquiera sea "la esencia del genocidio" no es posible proyectar elementos del *actus reus* en el requisito de la intención especial como elemento de la *mens rea*.

139 ["...text of the law does not [...] compel the interpretations that the culprit's intent must be to exterminate physically [...] members of the group".] *BverfG, supra*, n. 67, par. (III)(4)(a)(aa).

140 Sobre este concepto, ver Schabas, *supra*, n. 24, pp. 245–256; Boot, *supra*, n. 22, par. 388.

141 ["...between what might be called the collective motive and the individual or personal motive" and requires "a racist or discriminatory motive, that is, a genocidal motive".] *Cf.* Schabas, *supra*, n. 24, p. 255.

142 Ver Schabas, *supra*, n. 24, p. 255.

ahora se ha puesto en claro, a partir del texto del artículo II y las disposiciones subsiguientes, que basta con que la intención esté encauzada hacia la destrucción "parcial" del grupo. Con todo, aún no se ha esclarecido qué significa exactamente una "destrucción parcial", es decir, a cuántos miembros del grupo sea neceario seleccionar potencialmente para matarlos. Al respecto, pueden formularse las siguientes preguntas:

(1)¿Es necesario tener intención de eliminar a una "cantidad apreciable" de miembros del grupo (elemento cuantitativo)?

(2)¿Sería suficiente tener intención de eliminar "algunos miembros importantes" del grupo, por ejemplo de sus líderes (elemento cualitativo)?

(3)¿Bastaría con tener intención de eliminar una cantidad razonablemente grande de una "parte" del grupo?

En cuanto a la primera pregunta, la respuesta debe ser evidentemente afirmativa. Ya en 1960 Robinson definió el genocidio como un crimen orientado a la destrucción de "una multitud de personas del mismó grupo" (*a multitude of persons of the same group*), siempre y cuando la cantidad fuera "considerable" (*substantial*)[143]. El *Informe de Whitaker* de *1985* se refirió a "una cantidad medianamente grande en relación con el total del grupo"[144]. Estas definiciones fueron de hecho adoptadas en declaraciones posteriores de las autoridades internacionales. La CDI hace referencia a "una parte importante del grupo" (*a substantial part of the group*)[145]. El TPIR habla, *inter alia*, de "una cantidad notable de individuos" (*a considerable number of individuals*)[146]. Durante las negociaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, se hizo notar que "la referencia a la 'intención de destruir, total o parcialmente (...)

143 Ver Robinson, *supra*, n. 82, p. 63.

144 ["...a reasonably significant number, relative to the total of a group as a whole"] Benjamin Whitaker. *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, p. 16, par. 29.

145 *Draft Code 1996*, p. 89.

146 *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 97; véase asimismo *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 64: "...por lo menos una parte considerable" ["...at least a substantial part"].

se interpretó como si se aludiera a la intención especial de destruir a más de una cantidad pequeña de individuos (...)"[147]. Quienes critican este requisito cuantitativo con frecuencia no distinguen suficientemente entre el nivel objetivo y el subjetivo[148].

En el contexto anterior, se discutió asimismo que no es necesario "tener en mente la total aniquilación de un grupo desde todos los rincones del globo"[149]. De aquí se sigue que basta con planear la destrucción de un área geográfica limitada de un grupo[150]. La Sala de Primera Instancia en el caso *Krstic* consideró como factor decisivo que los autores se propongan "destruir una *parte precisa* del grupo, y no una gran cantidad de individuos aislados dentro del mismo" y que "piensen que la parte del grupo que desean destruir es una *entidad inconfundible* que, como tal, tienen que eliminar"[151]. Si tal es el caso, "se catalogaría como genocidio el asesinato de todos los miembros de parte de un grupo ubicado en una pequeña región geográfica, aun cuando causara la muerte a una cantidad menor de víctimas"[152]. En cambio, si los miembros del grupo fueran sólo muertos selectivamente en una amplia zona geográfica, el requisito de la intención especial no se cumpliría[153].

La segunda pregunta, que tiene que ver con el elemento cualitativo, ha recibido también una respuesta afirmativa en el *Informe de Whitaker*, en vista de que se refiere explícitamente a "una sección importante de un

147 ["[T]he reference to 'intent to destroy, in whole or in part [...]' was understood to refer to the specific intention to destroy more than a small number of individuals [...]". "Draft Statute for the ICC. Part 2: 'Jurisdiction, Admissibility and applicable Law'", UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8, p. 2, n. 1. Ver asimismo Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn 5, con referencias.

148 Como ejemplo, ver el análisis del problema por Cassese, supra, n. 2, pp. 347-8, cuando se refiere a Wexler y Paust. "Model Draft Statute", en *Nouvelles Études pénales*, núm. 13, 1998, p. 5.

149 "...to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe".] *Draft Code 1996*, p. 89.

150 *Prosecutor vs. Jelisic*, *supra*, n. 14, par. 83; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, pars. 560, 589; BGHSt, pp. 45, 64 (81); *BVerfG*, *supra*, n. 67, pars. 22-24.

151 ["...to destroy a *distinct part* of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it" and that they "view the part of the group they wish to destroy as a *distinct entity* which must be eliminated as such".] *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 590 (cursivas mias).

152 ["...the killing of all members of the part of a group located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide [...]". *Ibid.*

153 Ibid.

grupo, como sus dirigentes"[154]. Tanto el Fiscal[155] como las Salas[156] del TPIY han adoptado esta declaración. Sin embargo, es dudoso si la intención de destruir a los dirigentes de un grupo en particular constituya una intención genocida si es un acto aislado (*i. e.*) si no conlleva la completa desaparición o el fin del grupo. En otros términos, deben tomarse en consideración las consecuencias para éste como tal. En concordancia con el *Informe de la Comisión de Expertos de 1994*, uno puede decir que "el ataque a los dirigentes debe pensarse *en el contexto de qué destino* tuvo el *resto del grupo*"[157]. En este sentido, el ataque concierne solamente a una sección importante del grupo si tiene consecuencias serias para la existencia del grupo como tal.

La tercera pregunta surgió en *Krstic*. La Sala, que reconoció a los musulmanes bosnios como grupo protegido[158], tuvo que resolver si los hombres en edad militar de ese grupo de la población de Srebrenica "representaban una parte suficiente del grupo de musulmanes bosnios, de suerte tal que la intención de destruirlos se calificara como un 'intento de destruir el grupo total o parcialmente'"[159]. A la luz del criterio mencionado con anterioridad, la Sala respondió de manera afirmativa, ya que "las fuerzas serbiobosnias no podían ignorar que (...) esta destrucción selectiva tendría un impacto duradero en todo el grupo", y que, por consiguiente, "debían estar conscientes del impacto catastrófico que tendría la desaparición de dos o tres generaciones de hombres para la supervivencia de una sociedad tradicionalmente patriarcal (...)" Bastaba con que "las fuerzas serbiobosnias supieran (...) que la combinación de esos asesinatos con el traslado por la fuerza de mujeres, niños y ancianos

154["...a significant section of a group, such as its leadership".] Whitaker, *supra*, n. 144, par. 29.

155*Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Transcript of hearing of 27 June 1996 (IT-95-18-R61, IT-95-5-R61), p. 24.

156ICTY Trial Chamber, *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Judgement on Defence Motions to Acquit of 3 September 2001 (IT-95-8-T), pars. 65, 76; *Prosecutor vs. Jelisic, supra*, n. 14, pars. 79-82; *Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 587.

157["...the attack on the leadership must be viewed in the context of the fate of what happened to *the rest of the group*"] *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution* 780, 1992, UN Doc. S/1994/674, par. 94 (cursivas mías).

158*Prosecutor vs. Krstic, supra*, n. 6, par. 591.

159["...represented a sufficient part of the Bosnian Muslim group so that the intent to destroy them qualifies as an 'intent to destroy the group in whole or in part'"]. Ibíd., par. 581.

tendría como resultado inevitable la desaparición física de la población musulmana bosnia de Srebenica"[160]. En realidad, la Sala se refirió a una "parte" del grupo de los musulmanes bosnios y habló de los musulmanes bosnios de la comunidad de Srebrenica. De este modo, la pregunta que uno se hace gira en torno a cuán pequeña puede, posiblemente, ser una "parte" de un grupo protegido para constituirse en objeto de la protección del crimen. Es evidente que, al estrechar el concepto de grupo a partes o unidades muy pequeñas de un grupo mayor, el ámbito del crimen puede volverse ilimitado. Al considerar a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica como parte del grupo de los musulmanes bosnios, la Sala de hecho realizó una doble reducción del *actus reus*: redujo a los musulmanes bosnios, a los que vivían en Srebrenica, y además, a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica. De esta manera, la Sala en realidad analizó si los serbios planeaban destruir parte (los varones musulmanes bosnios de Srebrenica) de una parte (los musulmanes bosnios de Srebrenica) del grupo de los musulmanes bosnios. Podría argumentarse incluso que ello constituye una reducción ulterior del concepto de grupo si la Sala se refiere a los musulmanes bosnios, en vez de a los musulmanes como grupo religioso.

Sea como fuere, el análisis muestra que es necesario delimitar con mayor claridad qué se quiere decir con "total o parcial". Esto es incluso más cierto si uno tiene en mente, una vez más, la estructura del delito como un crimen de intención, es decir, un delito en que predomina la *mens rea* del autor y prevalece sobre el *actus reus*. Vale la pena repetir que no es necesario que el autor destruya objetivamente un grupo de forma "total o parcial", sino que sólo se proponga hacerlo.

160"Bosnian Serb could not have failed to know [...] that this selective destruction of the group would have a lasting impact on the entire group," they "had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society [...]." It was sufficient that "[t]he Bosnian Serb forces knew [...] that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica". Ibíd, para 595.

(iii) Un grupo

El propósito del autor debe estar dirigido a la destrucción de un "grupo". Puesto que éstos constan de individuos, la acción destructiva debe, en última instancia, dirigirse en contra de individuos. Sin embargo, estos últimos no son importantes *per se*, sino únicamente como miembros del grupo[161]. Es necesario seleccionarlos a causa de su pertenencia al mismo[162]. En otras palabras, la víctima primordial del genocidio es el grupo, si bien su destrucción requiere necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, es decir, contra individuos que pertenezcan a él[163]. Como se ha dicho con anterioridad (*supra* (*i*)), el crimen de genocidio protege el grupo como una entidad social supraindividual: protege el grupo "como tal". Mientras que el Derecho Penal común protege los derechos e intereses jurídicos de los individuos, como su derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etcétera; el crimen de genocidio protege el derecho de ciertos grupos a existir[164].

161 Robinson, *supra*, n. 82, p. 58.

162 *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 521: "Así, la víctima es elegida no por su identidad individual, sino más bien en razón de su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La víctima del acto es, por consiguiente, miembro de un grupo seleccionado como tal, lo que significa por lo tanto que la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no solamente el individuo.". ["Thus the victim is chosen not because of his individual identity, but rather on account of his membership of a national, ethnical, racial or religious group. The victim of the act is therefore a member of a group, chosen as such, which, hence, means that the victim of the crime of genocide is the group itself and not only the individual"]. Véase también *Prosecutor* vs. Kayishema *and Ruzindana*, *supra*, n. 11, par. 97.

163 ICTY Trial Chamber, *Prosecutor vs. Sikirica*, *supra*, n. 156, par. 89.

164 Tiene razón Ntanda Nsereko, *supra*, n. 11, p. 124 cuando dice: "En tanto que el objetivo de la ley de homicidio es proteger el derecho de un individuo a vivir, la del genocidio protege el derecho de los grupos a existir físicamente" ["While the aim of the law of homicide is to protect the right of an individual to live, that of genocide is to protect the right of groups to physically exist as such"].

II. Crímenes contra la humanidad

1. El elemento de contexto

A) Ataque sistemático o generalizado

a.1) Ataque

La jurisprudencia definen el ataque como la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY y el 3 del Estatuto del TPIR[165]. Ésta es una definición sólida y convincente que deja de lado actos aislados y fortuitos[166], además de que concuerda con el artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma, que se refiere a "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1". De esta manera, el ataque no se limita a un ataque militar, sino que en tal concepto se incluyen también medios más bien pacíficos o no violentos, como la imposición de un sistema de *apartheid*[167]. Y, a la inversa, una operación militar no es necesariamente un ataque, a menos que se dirija contra la población civil (ver *infra*, c)[168]. Por otra parte, la comisión múltiple de *otros* actos diferentes de los enumerados en los Estatutos, como la violación de derechos humanos tales como la denegación de un proceso justo, la usurpación de la propiedad, etcétera, no pueden por regla general constituir un "ataque". No obstante, tales violaciones pueden subsumirse en la extensa disposición respecto de "Otros actos inhumanos de carácter similar" (art. 7(2)(k), Estatuto de Roma)[169].

La forma de la comisión no se ha definido rigurosamente. Un solo autor o diversos autores que actúan en una o en varias ocasiones pueden

165 Véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 16 con más referencias; véase asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 259-261.

166 Véase Clark. "Crimes against humanity and the Rome Statute", en Clark, Feldbrugge, Pomorski (eds.). *Essays in Honour of George Ginsbugs*, 2001, pp. 139, 152; Dixon, en Triffterer (ed.), *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 4; Gómez-Benítez. "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI...", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, vol. VII, 2001, p. 9 y esp. la. 21.

167 Véase *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 581. También Mettraux, *supra*, n. 2, p. 246; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 8.

168 Cf. Mettraux, *supra*, n. 2, p. 246.

169 Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 83,4.

cometer muchísimos actos. Si un escuadrón de la muerte mata a los miembros de la oposición política durante un tiempo prolongado, sus miembros perpetran múltiples asesinatos con diversos actos en diferentes momentos. De igual modo, en cuanto al significado de "ataque", aunque un autor arroje una bomba a una multitud o envenene el agua potable de una aldea y asesine a muchas personas mediante un único acto, los múltiples asesinatos constituyen una "comisión múltiple de actos". Asimismo, si un grupo terrorista estrella su avión en un edificio civil y con ello causa la muerte de varias personas, sus miembros cometen múltiples asesinatos con un solo acto.

a.2) Generalizado o sistemático

Un ataque generalizado requiere una gran cantidad de víctimas que, como se señaló anteriormente, pueden ser, bien el resultado de múltiples actos, o bien un acto único "de extraordinaria magnitud"[170]. El común denominador de un ataque sistemático es que "se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido"[171]. El ataque es sistemático si se basa en una política (*policy*)[172] o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque (*i.e.*), las víctimas específicas.

Si bien las definiciones anteriores son más o menos claras, el asunto se complica cuando se intenta determinar cómo se interrelacionan estos elementos, es decir, si el ataque debe ser o generalizado *o* sistemático (enfoque alternativo) o ambos a la vez (enfoque acumulativo). A primera vista, la jurisprudencia[173] y algunas codificaciones –como el proyecto de

170 *Prosecutor vs. Blaskic*, Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T), par. 206; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Judgement of 29 November 2002 (IT-98-32-T) par. 35. *Vid.* asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 20-1, 30, 34, con más referencias; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, p. 30.

171 ["...carried out pursuant to a preconceived policy or plan"] *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 77; *Prosecutor vs. Vasilijevic*, *supra*, n. 170, par. 35. Ver también Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 18-20, 30, con más referencias.

172 La palabra anglosajona *policy* puede tener, además de "política", acepciones como "plan de acción, plan, sistema" [N.T.].

173 *Vid.* las referencias en Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 18, n. 81.

Código de Crímenes de la CDI de 1996[174], la UNTAET (United Nations Transitional Administration for East Timor) *Regulation* 15/2000[175] y el *Special Court Statute for the Special Court for Sierra Leone* (Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona[176])–, adoptan al parecer el enfoque alternativo. La doctrina normalmente lo acepta[177]; pero no analiza los problemas implicados de una forma adecuada. Por otro lado, el artículo 7(2)(a) del Estatuto de la CPI exige que la "comisión múltiple de actos" tenga como base ("de coformidad con (...) o para promover") cierta política, y por consiguiente parece inclinarse por el enfoque acumulativo[178]. ¿Cómo pueden reconciliarse estas aparentes contradicciones? Hablando más concretamente: ¿existe alguna posibilidad de interpretar el artículo 7(2)(a) en conformidad con el enfoque alternativo que adopta explícitamente el artículo 7(1)?

La solución a este problema estriba en la función otorgada al elemento de política (*policy element*). Mientras que el artículo 7(2)(a) del Estatuto exige este elemento de modo manifiesto, la cuestión de si es necesario según el Derecho Consuetudinario Internacional sigue siendo objeto de debate en la actualidad[179]. Este elemento es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan

174 Art. 18: "[...] in a systematic manner or on a large scale [...]" ("... de una manera sistemática o a gran escala..."). *1996 ILC Report*, *supra*, n. 39; *GAOR* [General Assembly Official Records]. *Fifty-first Session, Supplement* No. 10 (A/51/10), pp. 14 y ss. pars. 50 y ss.

175 Puede consultarse en <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/r-2000.htm>. Véase asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 26, 88, y Ambos y Othman (eds.). "New approaches in international criminal justice", Friburgo de Brisgovia, 2003 (de próxima aparición).

176 Estatuto de 22 de enero de 2002. Disponible en <http://www.specialcourt.org/documents/Statute.html.>. Ver también Ambos y Othman, *supra*, n. 174.

177 *Vid.*, por ejemplo, Swaak-Goldman. "Crimes against humanity", en Mc Donald y Swaak-Goldman (eds.), *supra*, n. 10, 141, p. 157.

178 Para esta concepción, véase Clark, *supra*, n. 166, p. 155.

179 Ver Bassiouni. *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., 1999, pp. 243 y ss. Cassese, *supra*, n. 2, p. 360; Boot, *supra*, n. 22, pars. 458 y ss.; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 26. 28 y ss., con referencias ulteriores; *Prosecutor vs. Kunarac*, Judgement of 22 February 2001 (IT-96-23-T), par. 98; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 36.

solos, aisladamente y sin que nadie los coordine[180]. Tales hechos delictivos comunes, aun si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos, por algún Estado o una organización[181]. Mientras que el elemento político ya es parte de la definición del término "sistemático", ése no es el caso del concepto "generalizado". De acuerdo con la definición propuesta en líneas anteriores, "generalizado" sólo precisa una gran cantidad de víctimas. Una pauta tan puramente cuantitativa no proporcionaría una delimitación exacta entre los crímenes ordinarios nacionales y los internacionales. De hecho, pondría en un pie de igualdad los crímenes comunes y los que atentan contra la humanidad, con lo que se eliminaría el elemento internacional que establece la diferencia entre ambos[182]. Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por ésta. Para interpretar la polémica formulación del artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario recurrir al enfoque acumulativo, sino sólo concebirlo como una expresión de la necesidad (generalmente reconocida) del elemento político, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los crímenes contra la humanidad[183].

Pero continúa pendiente la pregunta: ¿qué requisitos debe cumplir exactamente una política para que llegue a cometer crímenes contra la humanidad? Si bien es incuestionable que es suficiente que sea una política tácita o de facto[184], en Roma y Nueva York se debatió acaloradamente si bastaría la simple tolerancia de los crímenes por el Estado o la organización. Como se sabe, los Elementos de los Crímenes

180 Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 92; *1996 ILC Report, supra*, n. 38, p. 94; véase asimismo *Prosecutor vs. Dragan Nicolic, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedures and Evidence*, 20 October 1995 (IT-94-2-T), par. 26.

181 Cassese, supra, n. 2, p. 356.

182 Cf. Bassiouni, *supra*, n. 178, p. 245.

183 Conc. Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, pp. 27–8. *Vid.* también § 7 del *Völkerstrafgesetzbuch* (*infra*, n. 294), que sólo exige "un ataque generalizado o sistemático".

184 Ver Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 27-8; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 93; ambos con referencias adicionales.

ofrecen una propuesta contradictoria: por una parte, exigen que "el Estado o la organización promueva o aliente activamente" los actos y, por el otro, admiten en una nota a pie de página que, en circunstancias excepcionales, tal política "podría ejecutarse por medio de una *omisión deliberada de actuar*". Es evidente que el enfoque "activo" anterior dificultaría, si no es que haría imposible, considerar los crímenes generalizados como crímenes contra la humanidad, en vista de que es difícil probar la existencia de tal fomento o estímulo por parte de la entidad que ordene llevarlos a cabo. Si se hace a un lado este argumento más bien estratégico, la cuestión esencial es si un umbral tan elevado es compatible con el Derecho Consuetudinario Internacional y si tiene algún sentido una concepción tan restringida de los crímenes contra la humanidad. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser rotundamente negativa. El Derecho Consuetudinario Internacional no requiere una política activa. Con base en la jurisprudencia y la práctica nacionales e internacionales desde Nuremberg, puede incluso argüirse, como lo hizo Mettraux[185] recientemente, que este requisito no es apropiado en absoluto y sólo sirve como "uno de los factores que puede tomar en cuenta un Tribunal para concluir que se dirigió un ataque contra una población civil"[186]. Aunque esto es excesivo a la luz de los términos del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario que haya más que una tolerancia o aprobación implícita[187]. Si fuese de otro modo, el elemento generalizado se eliminaría del Artículo 7(1) del Estatuto toda una serie de casos en los que la entidad oculta tras estos crímenes no los fomentaría o

185 Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 270–82: "En realidad, casi todos los escritos pertinentes sobre el tema y la arrolladora práctica aparentan contradecir este requisito." ["In fact, this requirement appears to be contradicted by almost all relevant writing on the subject and by the overwhelming practice"] (270).

186 ["...one of the factors which a court can take into account to conclude that an attack was directed upon a civilian population [...]".] Mettraux, *supra*, n. 2, p. 282.

187 *Cf. Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement of 24 January 2000 (IT-95-16-T), pars. 552, 555, donde se exige tolerancia, "aprobación implícita o apoyo" ["implicit approval or endorsement..."]. Conf. asimismo Cassese, supra, n. 2, pp. 375-6; Gil Gil. "Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichthofs, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), núm. 12, 2000, pp. 381, 385-386; Boot, *supra*, n. 22, par. 462; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, pp. 22 y ss., quien hace una interpretación teleológica.

los estimularía activamente[188]. Así, el Artículo 7(2)(a) del Estatuto debe *interpretarse de manera restringida*, en el sentido de que no exige una política activa por parte del Estado o de alguna organización para fomentar y/o estimular los crímenes, sino que sea suficiente que los tolere, al menos en la opción generalizada.

B. Dirigido contra cualquier población civil

Este requisito es una reminiscencia del legado de los crímenes de guerra a los crímenes contra la humanidad[189]. La referencia a la *población* es idéntica al elemento del ataque en cuanto a que implica una multiplicidad de víctimas y se descartan actos aislados y casuales[190]. Sin embargo, se añade algo nuevo, ya que se hace referencia a "un grupo autónomo de individuos, ya por razones geográficas, ya como consecuencia de otras características en común"[191]. No obstante, este elemento adicional no debe interpretarse en un sentido demasiado restringido, exigiendo, por ejemplo, que se tenga en la mira a una población de forma indiscriminada y no selectiva[192]. Ello entraría en conflicto con algunos de los delitos fundamentales, que en la práctica se han cometido selectivamente. Piénsese, por mencionar un caso, en las desapariciones de personas en Sudamérica o en las persecuciones de la oposición política en el mismo continente, así como en Asia y África.

El calificador "cualquier" pone en claro que las víctimas pueden tener la misma nacionalidad que sus agresores; es decir que los crímenes contra la humanidad no están limitados, como los de guerra, a los cometidos contra los nacionales de un Estado extranjero[193]. Los actos deben estar

188 Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 33.
189 Bassiouni, supra, n. 178, pp. 18 y ss. Ver también Mettraux, supra, n. 2, pp. 299-301, quien señala las diferencias entre ambos tipos de crímenes.
190 Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 21–22, con referencias adicionales.
191 ["...a self-contained group of individuals, either geographically or as a result of other common features"]. Mettraux, *supra*, n. 2, p. 255; *también* en la 250: no sólo "un grupo de individuos interrelacionados de manera indefinida" ["...a loosely connected group of individuals ..."].
192 Mettraux, *supra*, n. 2, p. 255.
193 Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 22, con más referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 254, 256, 299–300; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7.

"dirigidos contra" la población (*i. e.*), ésta debe ser "el objetivo principal del ataque"[194].

La relación con las leyes de guerra es aún más obvia en el caso del requisito de que la víctima tenga que ser un *civil*[195]. Existe un acuerdo general en cuanto a que la definición de este término en el Derecho Humanitario sirve como guía, o al menos como punto de partida, para los crímenes contra la humanidad cometidos durante un *conflicto armado*. En consecuencia, en esta situación los civiles son todos combatientes en el sentido del Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra. Más concretamente, y siguiendo la definición de la Sala de Primera Instancia *Blaskic*, un civil es cualquier persona que ya no sea un combatiente activo en la "situación específica" del momento en que se comete el crimen[196], lo cual comprende a los ex combatientes y ex miembros de movimientos de resistencia que "ya no toman parte en las hostilidades [...]"[197]. Asimismo, los miembros de la policía pueden incorporar en esta lista, en virtud de que ellos están a cargo del orden *civil* y, como tales, son no combatientes[198]. La situación es sin embargo diferente *en tiempos de paz*, porque entonces el Derecho Humanitario no es aplicable y, por consiguiente, el Derecho relativo a los crímenes contra la huma-nidad debe brindar una protección más amplia[199]. Puesto que no hay "combatientes" durante los tiempos de paz, no tendría sentido ceñirse a la definición del Derecho Humanitario del término "civil" y marginar a los combatientes del ámbito de aplicación de los crímenes contra la humanidad. En consecuencia, todos, la policía incluida[200], son "civiles"

194 *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra* n. 179, par. 421. Véase también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 247 y 253, con referencias adicionales.
195 Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 22-6. Para un buen análisis, consúltese Swaak-Goldman, *supra*, n. 176, pp. 154–155.
196 *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 214.
197 ["...[are] no longer taking part in the hostilities"] *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 214. Ver también Cassese, supra, n. 2, p. 375; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 13. Para la jurisprudencia más amplia del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 2, con referencias.
198 Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 25.
199 Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 24, con referencias.
200 Se pronuncia en contrario Prosecutor vs. Kayishema, par. 127; Mettraux coincide con el juicio, *supra*, n. 2, p. 257.

y pueden ser víctimas de los crímenes mencionados. Sólo una definición tan general toma en cuenta de forma suficiente el fundamento implícito de los crímenes contra la humanidad (*i. e.*), la protección penal de los derechos humanos de todos los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, una definición tan amplia permite que los Tribunales, por lo menos en tiempos de paz, superen la innecesaria y dañina restricción del delito mediante la introducción del elemento "civil". Es obvio que esta definición no puede transferirse fácilmente a la situación de un conflicto armado, pues, en ese caso, la definición derivada del Derecho Humanitario y la existencia de combatientes hace difícil, si no imposible, emplear una definición que en realidad hace caso omiso del texto de los instrumentos internacionales. Lo mejor que puede hacerse es recurrir a la definición extensa[201] adoptada por los Tribunales, que, *inter alia*, implica que el carácter de una población predominantemente civil no se ve alterado por "la presencia de algunos no civiles en ella"[202]. Por último, el único remedio eficaz para la situación en la que existe un conflicto armado es suprimir la palabra "civil" lo más pronto posible del artículo 7 del Estatuto.

C. El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto

No cabe duda que debe existir un vínculo entre los hechos delictivos individuales y el contexto de un ataque generalizado o sistemático. El texto del encabezado del artículo 3 del Estatuto del TPIR y el artículo 7(1) del de Roma estipulan que el hecho delictivo enumerado debe ser "*cometido como parte* de un ataque generalizado o sistemático" (cursivas del autor). El artículo 5 del Estatuto del TPIY dispone que una persona es responsable "de los

201 Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 22, con referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 256-257, con nota al pie de la página 91.

202 ["...the presence of certain non-civilians in their midst"]. Véanse las referencias en Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 26, con n. 124; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 257 con n. 95.

crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado [...]"[203].

Los actos individuales fundamentales deben formar parte del ataque en general. Deben ser "parte de un patrón de crímenes generalizados y sistemáticos dirigidos contra una población civil"[204]. Este requisito del nexo descarta los actos aislados, como el asesinato de un solo miembro del grupo, elegido como víctima, en el lugar donde ha sido exiliado, ambos se encuentran demasiado lejos del centro del ataque. No obstante, no excluye, como se señaló con anterioridad, actos únicos *per se*, si sólo forman parte del ataque general. En otros términos: perpetrar un solo acto fundamental puede constituir un crimen contra la humanidad si se ajusta al modelo de una comisión generalizada o sistemática[205]. La jurisprudencia exige dos "elementos" en relación con el nexo. Por una parte, "los crímenes deben cometerse en el contexto de crímenes generalizados o sistemáticos contra una población civil" (elemento material); por la otra, "el acusado debió haber *sabido* que sus actos se ajustaban a dicho patrón" (elemento mental)[206]. Los elementos adicionales se consideran irrelevantes. En cuanto al elemento material –para el elemento mental, véase

203 Texto en castellano del boletín Oficial de España (BOE), última revisión del 30-11-2000 (Resol. 1329/2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, publicado en BOE del 15 marzo 2001, núm. 64 [pág. 9611]; rect. BOE 3 abril 2001, núm. 80 [pág. 12381].

204 ["...part of a pattern of widespread and systematic crimes directed against a civilian population"]. Prosecutor vs. Tadic, Judgement of 15 July 1999 (IT-94-1-A), par. 248, 255. Ver también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 251-252, Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 10; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 35-36.

205 *Prosecutor vs. Mrksic*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of Rules of Procedure and Evidence, 3 April 1996 (IT-95-13ª-R61), pars. 29–30; *Prosecutor vs. Tadic*, Opinion and Judgement, 7 May 1997 (IT-94-1-T), par. 649; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 135; *Prosecutor vs. Kupreskic, et al.*, *supra*, n. 186, par. 550, *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 182, par. 417; *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Judgement of 26 February 2001 (IT-95-4/2-T), par. 178, *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 82. Vid. Asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 251, Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 9; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, p. 32.

206 ["...the crimes must be committed in the context of widespread or systematic crimes against a civilian population ..."] y ["...the accused must have *known* that his acts, 'fitted into such a pattern']. *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 202, par. 187; *Prosecutor vs. Tadic*, A. Ch. Judgement, *supra*, n. 202, pars. 248, 255; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 186, par. 556.

infra 4–, ambos Tribunales *ad hoc* aclararon que no es preciso que el delito fundamental constituya el ataque[207]:

> no es preciso que los crímenes contengan los tres elementos del ataque (...), pero deben formar *parte del* mismo[208].
>
> Basta con demostrar que el acto se llevó a cabo en el contexto de una acumulación de actos de violencia que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a naturaleza y gravedad[209].

Una definición más exacta del vínculo necesario puede provenir del fundamento de los crímenes contra la humanidad, que consiste en la protección de los peligros particulares de los múltiples crímenes respaldados por las autoridades o sin que éstas se opongan a las mismas. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto fue parte del ataque es preguntar si aquél habría sido menos peligroso para la víctima si no hubiesen existido tanto el ataque como la política[210].

A diferencia del crimen de genocidio, no es necesario que la víctima del acto individual de un crimen contra la humanidad sea miembro de un grupo que esté específicamente en la mira de los criminales. La persecución penal sólo necesita probar que la víctima fue el blanco de aquéllos como parte de un ataque contra una población civil[211]. Es innecesario "demostrar que las víctimas tengan relación con cualquier bando del conflicto"[212]. Por último, el autor puede ser también miembro del grupo perseguido[213].

207 *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 193, par. 417, *Prosecutor vs. Kunarac,* Judgement of 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 85; *Prosecutor vs. Tadic.* A.Ch. Judgement, *supra,* n. 202, par. 248; *Prosecutor vs. Bagilishema, supra,* n. 7, par. 82.

208 ["[t]he crimes themselves need not contain the three elements of the attack [...], but must form part of such an attack"]. *Prosecutor vs. Kayishema, supra,* n. 6, par. 135.

209 ["It is sufficient to show that the act took place in the context of an accumulation of acts of violence which, individually, may vary greatly in nature and gravity"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 193, par. 419.

210 Ambos y Wirth, *supra,* n. 2 at 36. Para ejemplos en los que éste no es el caso, véase Mettraux, *supra,* n. 2, pp. 251, 252.

211 Mettraux, *supra,* n. 2, p. 256, pone el ejemplo de un alemán al que arrestan o torturan por esconder a un amigo judío durante la Segunda Guerra Mundial, aun cuando él haya sido parte del objetivo, la población judía.

212 ["...to demonstrate that the victims are linked to any particular side of the conflict"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 193, par. 423; *Prosecutor vs. Akayesu,* Judgement of 1 June 2001 (ICTR-96-4-A), par. 437.

213 Mettraux, *supra,* n. 2, p. 256.

D. La *mens rea*

A partir del texto del Estatuto de la CPI ("conocimiento del ataque"), queda claro que cada autor debe saber que existe un ataque contra la población civil. Debe saber, además, que su acto individual forma parte de aquél. Ambos elementos se tratan por lo general de forma conjunta y concurrente[214].

Por un lado, es evidente que el requisito del conocimiento en crímenes contra la humanidad es específico en cuanto a que sólo se refiere al "ataque" y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad[215]. Pero, por otro lado, no es tan claro si para la deter-minación del requisito del conocimiento deba tomarse en consideración el elemento mental general, tal como se codifica ahora en el artículo 30 del Estatuto de la CPI, en particular cuando se define el requisito mencionado en el párrafo 3. Si tal fuera el caso, esto es, si uno concibe el requisito del conocimiento no como un elemento subjetivo o mental específico de los crímenes contra la humanidad, sino sólo como la "expresión de un requisito de intención general"[216], el artículo 30 (3) del Estatuto sería aplicable y el autor necesitaría tener "conciencia" del ataque.

Si, por otro lado, uno considera que este requisito es un elemento subjetivo específico de los crímenes contra la humanidad que debe definirse en base al Derecho Consuetudinario Internacional e independientemente de la definición general asentada en el artículo 30 (3) del Estatuto mencionado[217], uno llega a una definición más amplia del conocimiento, como la que desarrolló la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc.* Mientras que la Sala de Apelaciones *Tadic* todavía hablaba de conocimiento del ataque, sin dar una calificación ulterior del requisito[218], la Sala de Primera Instancia *Blaskic* introdujo lo que podría denominarse un "enfoque orientado al riesgo". Por consiguiente, el conocimiento "también incluye la conducta de

214 Por ejemplo, Boot, *supra,* n. 22, par. 467; Mettraux, *supra,* n. 2, pp. 261–263.

215 Ver asimismo Mettraux, *supra,* n. 2, p. 254.

216 Cf. Ambos, *supra,* n. 71, p. 774.

217 Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 39.

218 *Prosecutor vs. Tadic, Judgement, supra,* n. 202, par. 271.

una persona que asume un riesgo premeditado con la esperanza de que éste no cause perjuicios"[219]. Este planteamiento fue confirmado en fecha muy reciente por la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac*[220], al dar por bueno el punto de vista de la Sala de Primera Instancia de que el autor debe "arriesgarse a que su acto forme parte del ataque"[221].

A primera vista, parecerían incompatibles estos dos criterios, el del conocimiento en el sentido del artículo 30(3) del Estatuto y el del enfoque orientado al riesgo. Se ha dicho ciertamente que en el conoci-miento, tal como lo entiende el artículo mencionado, no está comprendida la conciencia de un simple riesgo[222]. Por lo tanto, si uno considera el requisito del conocimiento en los crímenes contra la humanidad como un requisito de intención general, el enfoque orientado al riesgo no sería aplicable. Sólo serviría entonces para invocar la fórmula "Salvo disposición en contrario" del artículo 30 del Estatuto y para sostener que el requisito del conocimiento en los crímenes contra la humanidad es una *lex specialis* y, como tal, deroga la *lex generalis* del artículo 30 (3) del Estatuto antes indicado[223].

Con todo, podría existir otra manera de reconciliar las interpretaciones aparentemente contradictorias del requisito del conocimiento. Uno podría redefinir el artículo 30(3) de este Estatuto a la luz del enfoque orientado al riesgo. Esto querría decir que el conocimiento, como elemento mental general, debe entenderse siempre en el sentido de una conciencia del riesgo de la propia conducta. Dicho de modo más concreto: estar consciente del riesgo de que una conducta podría generar una circunstancia que convertiría el acto en un crimen internacional. Tal interpretación tendría el apoyo de la

219["...also includes the conduct of a person taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury"]. *Prosecutor vs. Blaskic, supra,* n. 170, par. 254, al citar a Desportes y Gunehec en la nota al pie de la página 483.
220*Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 207, par. 102; conc. *Prosecutor vs. Vasiljevic, supra,* n. 170, par. 37.
221 ["...take the risk that his act is part of the attack"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 179, par. 434. Véase asimismo Mettraux, *supra,* n. 2, p. 261.
222Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 39.
223*Cf.* Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 39.

ya mencionada teoría cognitiva, en virtud de que ésta concibe el dolo como conocimiento del riesgo de que cierta conducta llevará a la comisión de cierto delito[224]. El enfoque orientado al riesgo se complementa con el criterio del "conocimiento constructivo", el cual, según la jurisprudencia, forma parte de la definición del conocimiento[225]. Este concepto tan discutible imputa conocimiento con base en ciertos indicios y constituye los criterios de negligencia como ceguera voluntaria[226] y el de "debería haber sabido" (doctrina de la responsabilidad del superior)[227]. Si bien se reconoce en general el uso de ciertos indicios para deducir conocimiento en la ley de la prueba, al igual que una técnica necesaria para demostrar un elemento mental (específico), los cuales han sido adoptados también por los Tribunales *ad hoc*[228], no debe confundirse esta técnica con la "construcción" del conocimiento aten-diendo a simples suposiciones y sospechas. Una imputación semejante de un conocimiento objetivamente no existente opera sobre una base ficticia y viola el principio de la culpabilidad. Más cuidado es necesario por el criterio generalmente insuficiente que aplican los Tribunales en relación con el conocimiento exigido. El autor no necesita conocer ni los detalles del ataque ni los detalles de la política o del plan implícito[229].

2. Los actos individuales

A. El estado mental exigido para los hechos delictivos individuales

Además del elemento subjetivo general, como se define en el artículo 30 del Estatuto de la CPI, no existe otro requisito mental en cuanto a los hechos delictivos individuales de los crímenes contra la humanidad. Desde

224Véase Frisch, supra, n. 96, pp. 341 y ss. (341: "Notwendig ist das Wissen um das der Handlung eignende und (normative) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko [...]").
225 *Cf.* Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 38, con referencias en la nota al pie de la página 178.
226Ver *R. vs. Finta* [1994] S.C.R. pp. 701, 812; Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, pp. 38-39.
227*Vid.* Ambos *supra,* n. 73, pp. 696–697, 699–700; id., en Cassese, *supra,* n. 2, 823, pp. 864 y ss.
228Confróntese Mettraux, *supra,* n. 2, p. 262, con nota al pie de la página 124 y *supra* A.III. 1. c.).
229*Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 218, pars. 102-104. Véase asimismo Ambos, *supra,* n. 71, pp. 774 y ss; Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, pp. 41–42, ambos con referencias; Mettraux, *supra,* n. 2, p. 262 con nota al pie de la página 123; Dixon, *supra,* n. 166, Art. 7, mn. 15.

la resolución de la Sala de Apelaciones en *Tadic*, es particularmente evidente que no es necesario que los crímenes contra la humanidad se cometan con una "intención discriminatoria"[230]. Esto se aplica también al artículo 3 del Estatuto del TPIR, puesto que la referencia a ciertos motivos discriminatorios puede interpretarse como una caracterización del ataque más bien que de la *mens rea* del autor[231]. La única categoría en la que la discriminación constituye un elemento integral de la conducta prohibida es el crimen de "persecución".

Por la misma razón, los motivos del acusado (como algo diferente de la intención) no forman parte en principio del elemento mental[232].

B. Los actos individuales

b.1) Asesinato (*murder*)

El artículo 7(2) del Estatuto de Roma no explica el término "asesinato" (*murder*). Se tenía por un concepto bastante bien entendido en todos los sistemas jurídicos, y no parecía precisar una elaboración ulterior[233]. Con todo, los sistemas jurídicos nacionales sí varían hasta cierto punto en relación con los detalles doctrinales[234]. Según Bassiouni, la práctica estatal lo define *largo sensu* como si en su significado estuviera incluida la creación de condiciones que ponen en peligro la vida hasta causar probablemente la muerte según la experiencia humana razonable[235].

230 *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 204, par. 305. Ver también Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 43–45; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 268–269; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 16; Swaak-Goldman, *supra*, n. 177, pp. 160 y ss.; Cassese, *supra*, n. 2, p. 369.

231 *Prosecutor vs. Bagilishema, supra*, n. 7, par. 81; *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 211, pars.467–469. La C. de Ap. *Akayesu* sostuvo, sin embargo, que "Artículo 3 restringe la jurisdicción del Tribunal a crímenes contra la humanidad cometidos [...] por motivos de discriminación" ["...Article 3 restricts the jurisdiction of the Tribunal to crimes against humanity committed [...] on discriminatory grounds ..."] (par. 469). Confróntese igualmente Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 44.

232 *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 204, pars. 270, 272; *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, n. 187, par. 558 (donde se hace la observación de que el asunto "no se impugnó"); *Prosecutor vs. Kunarac, supra*, n. 194, par. 433, *Prosecutor vs. Kordic, supra*, n. 204, par. 187, *Prosecutor vs. Vasiljevic, supra*, n. 170, par. 37; ver asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 45; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 268–269; Swaak-Goldman, *supra*, n. 177, pp. 160–164, Gómez-Benitez, *supra*, n. 8, p. 151.

233 Robinson. "The *Elements of Crimes* against humanity"; en Lee (ed.). *The International Criminal Court-Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, p. 80.

234 Para un análisis de las diferencias, *vid.* Heine y Vest, en Mc Donald y Swaak-Goldman (eds.), *supra*, n. 10, 175, 176–182.

235 Bassiouni, *supra*, n. 179, p. 300-302.

Así, el asesinato contiene una forma estrechamente relacionada de muerte no intencional, pero previsible, que el Derecho Consuetudinario rotula como asesinato calificado y preterintencional y que el sistema romanista civilista germánico considera como asesinato con *dolus* (*Vorsatz*) y asesinato con culpa (*Fahrlässigkeit*)[236].

La jurisprudencia define el asesinato con tres condiciones: la primera, es la muerte de la víctima; la segunda, es que su muerte haya sido consecuencia de un acto del acusado, y la tercera, es que el acusado haya tenido la intención de matarla o de causarle daños corporales intensos con el conocimiento razonable de que su ataque probablemente ocasionaría su muerte[237]. Si bien se ha polemizado un tanto en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* en lo referente al significado que ha de atribuirse a la discrepancia entre el uso de la palabra "murder" en el texto en inglés del Estatuto y el uso de la palabra *assassinat* en el texto francés, ahora ha quedado establecido que no se requiere premeditación[238].

b.2) Exterminio

El "exterminio" se define en el Artículo 7(2)(b) del Estatuto de Roma de suerte que el término abarca la imposición deliberada de condiciones de vida tales como la privación del acceso a comida y medicinas, con la finalidad de causar la destrucción de una parte de la población[239]. Según la Sala de Primera Instancia *Akayesu* "el exterminio es un crimen que, por

236 Ibid.

237 *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, par. 589; *Prosecutor vs. Kupreskic et al., supra*, n. 187, par. 560, *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 170, par. 217; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, n. 13, par. 80; *Prosecutor vs. Musema, supra*, n. 29, par. 215, *Prosecutor vs. Vasiljevic, supra*, n. 170, par. 205.

238 *Prosecutor vs. Kordic, supra*, n. 205, par. 235; *Prosecutor vs. Akayesu, supra*, n. 11, pars. 587–589; *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, n. 13, par. 79; Prosecutor vs. Musema, supra, n. 29, pars. 214–215; *Prosecutor vs. Jelisic, supra*, n. 14, pars. 35, 51; *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 170, par. 216; en desacuerdo: *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, n. 6, par. 140; *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, n. 187, par. 561.

239 En *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, n. 6, par. 144 los elementos del exterminio se especificaron más. "El agente forma parte en el asesinato masivo de otros o en la creación de condiciones de vida que lleven a una masacre mediante su(s) acto(s) u omisión(es), habiendo tenido en mente el asesinato, o siendo imprudente o excesivamente negligente en cuanto a la posibilidad de tal masacre, y estando consciente de que su(s) acto(s) u omisión(es) forma(n) parte de tal suceso. En este último, su(s) acto(s) u omisión(es) forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas" ["The actor participates in the mass killing of others or in the creation of conditions of life

su misma naturaleza, se dirige contra un grupo de individuos". Difiere del asesinato en que exige un elemento de destrucción masivo que no se requiere para el crimen de asesinato"[240]. A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio por cuanto ambos crímenes están dirigidos contra una gran cantidad de víctimas. Sin embargo, a diferencia del último, en el exterminio como crimen contra la humanidad existen situaciones en las que se mata a un grupo de individuos que no tienen ninguna característica en común. También se aplica a situaciones en las que se asesina a algunos miembros de un grupo, mientras que otros son personados[241]. Un solo asesinato puede calificarse de exterminio si es parte de una masacre y si el autor cometió tal acto en ese contexto[242]. Si bien el exterminio comporta por lo general una gran cantidad de víctimas, no es necesario que se elimine a una proporción especificada de la población que se haya elegido[243]. En contraste con el simple asesinato, el efecto combinado de una vasta iniciativa asesina y la participación del acusado en ella es lo que otorga al crimen su especificidad y su carácter distintivo[244].

---

that lead to mass killing of others, through his act(s) or omission(s); having intended the killing, or being reckless, or grossly negligent as to whether the killing would result; and being aware that his act(s) or omission(s) forms part of a mass killing event; where, his act(s) or omissions(s) forms part of a widespread or systematic attack against civilian population on national, political, ethnis, racial or religious grounds..."]

240 ["...[e]xtermination is a crime which by its very nature is directed against a group of individuals. Extermination differs from murder in that it requires an element of mass destruction which is not required for murder"]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 591.

241 *Cf. 1996 ILC Report, supra,* n. 39, p. 97

242 Mettraux, *supra,* n. 2, pp. 284–5; *Prosecutor vs. Kayishema, supra,* n. 6pars. 146–147. Este punto de vista se encuentra sustentado por el texto del Art. 7(1)(b) de los *Elementos de los Crimenes, supra,* n. 24. sin embargo, véase ahora *Prosecutor vs. Vasiljevic, supra,* n. 170, pars. 227–229, donde se declara "que la Sala de Primera Instancia *Kayishema and Ruzindana* omitió proporcionar cualquier procedimiento estatal para respaldar su resolución al respecto, con lo que debilitó considerablemente el valor de ésta como precedente" ["...that the *Kayishema and Ruzindana* Trial Chamber omitted to provide any state practice in support of its ruling on that point, thereby very much weakening the value of its ruling as a precedent..."] (Nota al pie de la página 586).

243 Mettraux, *supra,* n. 2, p. 285, al criticar *Prosecutor vs. Krstic, supra,* n. 6, pars. 501–503, aunque evidentemente malinterpreta el caso.

244 Mettraux, *supra,* n. 2, p. 285.

b.3) Esclavitud

El elemento principal de la definición de "esclavitud" es el derecho de propiedad ejercido por una persona sobre otra (artículo 7(2)(c)). La Sala de Primera Instancia en el caso *Kunarac* observó que "la esclavitud como crimen contra la humanidad en el Derecho Consuetudinario Internacional, constaba del ejercicio de cualquiera o de todos los poderes vinculados al derecho de posesión de una persona"[245]. Entre los indicios de la esclavitud podemos incluir los siguientes:

> control de los movimientos de una persona, de su ambiente físico, control psicológico, medidas para impedir que escape, la fuerza, la amenaza de fuerza o coerción, el cautiverio, la afirmación de exclusividad, el sometimiento a un trato y a un abuso crueles, el control de la sexualidad y el trabajo forzado[246].

El simple poder de comprar, vender, traficar o heredar a una persona, su trabajo o sus servicios es insuficiente, pero tales actividades, si en verdad tienen lugar, podrían ser un factor importante[247].

La Sala de Apelaciones se apega a esta definición y subraya que "no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud comprendidas en el desarrollo de la idea original"[248]. Además, considera que la falta de consentimiento de las víctimas no es un elemento del crimen, ya que la esclavitud fluye de los derechos reclamados de propiedad[249]. La *mens rea* exigida consta del ejercicio deliberado de un poder ligado al derecho de propiedad[250].

---

245 ["...enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 194, par. 539.

246 ["...the control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* 194, par. 543; véase también *Prosecutor vs. Krnojelac,* Judgement of 15 March 2002 (IT-97-25-T), par. 350.

247 *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 179, par. 543.

248 ["...it is not possible exhaustively to enumerate all of the contemporary forms of slavery which are comprehended in the expansion of the original idea"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 207, par. 119.

249 *Ibid.,* par. 120.

250 *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 194, par. 540; *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 207, par. 122; *Prosecutor vs. Krnojelac, supra,* n. 246, par. 350.

b.4) Deportación o traslado por la fuerza

De acuerdo con la definición proporcionada en el artículo 7(2)(d) del Estatuto de Roma, la "deportación o (el) traslado forzoso de población" se refiere al desplazamiento forzado de personas, sin fundamentos autorizados por el Derecho Internacional, mediante la expulsión u otros actos coercitivos del área donde se encuentran presentes legalmente. La resolución del procedimiento según la Regla 61 en *Nicolic* indicó que las condiciones de tal mudanza podrían transformarla de legal en ilegítima y posiblemente en penal[251].

Mientras que el término "deportación" connota que se lleva a varias personas más allá de sus fronteras nacionales, el "traslado forzozo" tiene que ver con desplazamientos dentro de un mismo Estado[252]. No obstante, la Sala de Primera Instancia en el caso *Krstic* sostuvo que este crimen (que no está amparado por el art. 5 (d) del Estatuto del TPIY) "en las circunstancias del presente caso, aún constituye una forma de trato inhumano previsto en el art. 5" ((i) Estatuto del TPIY)[253].

b.5) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad

Si bien la Sala de Primera Instancia declaró en el caso *Kordic* que para el encarcelamiento se requiere la misma conducta que para el crimen de guerra de privación ilícita de la libertad[254], la Sala de Primera Instancia *Krnojelac* consideró que "*the definition of imprisonment is not restricted by the grave breaches provisions of the Geneva Conventions*"[255]. No obstante, concluyó que la privación de la libertad de un individuo sólo es arbitraria si se lo

251 *Prosecutor vs. Nicolic, supra,* n. 180, par. 23; véase asimismo Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 60.
252 Clark, *supra,* n. 166, p. 148; *Prosecutor vs. Krstic., supra,* n. 19, pars. 531–532.
253 ["...in the circumstances of this case, still constitutes a form of inhumane treatment covered under Article 5"]. *Prosecutor vs. Krstic, supra,* n. 19, par. 532. Ver también *Prosecutor vs. Kupreskic, supra,* n. 187, par. 566. Sin embargo, *Prosecutor vs. Nicolic, supra,* n. 180, par. 23 declaró que el transporte ilegal de personas arrestadas del campo de Susica a Batkovic podría caracterizarse como deportación, aun cuando ambos lugares se hallan en el mismo país (Bosnia y Herzegovina).
254 *Prosecutor vs. Kordic, supra,* n. 204, pars. 301–302.
255 ["... la definición del encarcelamiento no está restringida por las normas de las graves infracciones a las disposiciones de los Convenios de Ginebra".] *Prosecutor vs. Krnojelac, supra,* n. 246, par. 111.

imponen sin el debido proceso legal de acuerdo con los instrumentos internacionales pertinentes. Cuando se analizan éstos, ambas sentencias llegan finalmente al mismo resultado[256]. Por lo tanto, el encarcelamiento es la arbitraria "privación de la libertad del individuo sin el debido proceso legal, *i.e.*, si no puede recurrirse a ningún fundamento jurídico para justificar la privación de la libertad inicial"[257]. Si se invoca el Derecho Nacional como justificación, las disposiciones al respecto no deben violar el Derecho Internacional[258].

Las garantías de procedimiento del Derecho de Ginebra, así como las disposiciones del ICCPR[259] sobre el proceso justo, se aplican tanto para la resolución inicial de privar a una persona de su libertad, como para la revisión subsiguiente[260]. Si en cualquier momento el fundamento legal deja de ser aplicable, la privación de la libertad que al principio era legal puede volverse ilícita en ese momento y considerarse como encarcelamiento arbitrario[261]. Vale la pena mencionar que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos ha señalado que la privación de la libertad se torna ilegal si se impone sólo porque la víctima ejerció sus derechos humanos[262]. De este modo, el encarcelamiento o alguna otra privación importante de la libertad que viole los principios fundamentales del Derecho Internacional comprende las violaciones de los derechos humanos caracterizados por el encarcelamiento arbitrario[263].

Aunque en *Krnojelac* y *Kordic* no se exige de manera expresa, la privación de la libertad, para ser criminal, debe ser grave según el Derecho Internacional. Esto se desprende de la formulación en el artículo 7(1)(e) del Estatuto de la CPI "Encarcelación u *otra* privación *grave* de la libertad"[264].

256 Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 63.
257 ["...deprivation of liberty of the individual without due process of law, i. e., if no legal basis can be called upon to justify the initial deprivation of liberty"]. *Prosecutor vs. Kordic, supra,* n. 204, par. 302; *Prosecutor vs. Krnojelac, supra,* n. 246, par. 114.
258 *Prosecutor vs. Krnojelac, supra,* n. 246, par. 114.
259 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 UNTS 171.
260 Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, pp. 63–64.
261 *Prosecutor vs. Krnojelac, supra,* n. 246, par. 114.
262 *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria,* UN Doc. E/CN.4/1998/44, Annex I, par. 8.
263 Clark, *supra,* n. 166, p. 148.
264 Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, p. 65.

b.6) Tortura

"Tortura" significa, según la interpretación del artículo 7(2)(e) del Estatuto de Roma, la imposición intencional de dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado. Sin embargo, no se considerará tortura el dolor o sufrimiento que sólo provenga de, o sea inherente o incidental a sanciones lícitas. La expresión "dolor o sufrimientos graves" transmite la idea de que solamente los actos de considerable gravedad pueden tenerse por tortura[265]. Aun cuando esta definición añade un supuesto requisito de control[266], la jurisprudencia exige un propósito específico, es decir, el acto debe dirigirse hacia la obtención de información o de una confesión, o para castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona, o para discriminar a la víctima o a una tercera persona con base en cualquier fundamento[267]. Sin embargo, no es indispensable que tal conducta se perpetre única o predominantemente por uno de los fines prohibidos, sino que éstos sólo necesitan formar parte de la motivación de la conducta[268].

El requisito de un propósito específico debe rechazarse. Se omitió deliberadamente en el Estatuto de Roma, así como en el artículo 7(1)(f) de los *Elementos de los Crímenes,* en una de cuyas notas a pie de página se dice: "Se entiende que no es preciso probar ninguna intención especial en relación con este crimen"[269]. Esto concuerda con un juicio reciente de la Corte Suprema Alemana, según la cual la tortura es la imposición del "sufrimiento físico o mental más intenso" y no requiere un propósito adicional, sino sólo la intención de infligir el trato mencionado[270]. Como consecuencia, la tortura no requiere ningún propósito (adicional) o una

265 *Prosecutor vs. Delalic, supra,* n. 268, pars. 461–469; Mettraux, *supra,* n. 2, p. 289.
266 Ambos y Wirth, *supra,* n. 2. p. 67.
267 *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 179, par. 497; *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 594; *Prosecutor vs. Furundzija,* Judgement of 10 December 1998 (IT.95-17-T) par. 162.
268 *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 179, par. 486; *Prosecutor vs. Delalic,* Judgement of 16 November 1998 (IT-96-21-T), par. 470; Mettraux, *supra,* n. 2, p. 290.
269 *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24, Art. 7(1)(f), n. 14.
270 Juicio del 21 February 2001 (*Sokolovic*) – 3 StR 372/00, 4. d) aa) = NStZ 2001, pp. 658 (661)

intención especial que vaya más allá de la mera intención de provocar un dolor intenso[271].

b.7) Violación, esclavitud sexual, prostitución y embarazo forzados o esterilización obligada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable

De acuerdo con su definición en el artículo 7(2)(f) del Estatuto de Roma, el "embarazo forzado" significa el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. El artículo recién citado establece, además, que esta definición no deberá interpretarse en modo alguno como si perjudicara la legislación nacional relativa a la preñez. Las expresiones "violación", "esclavitud sexual", "prostitución forzada", "esterilización obligada", "o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" no han sido definidas en el artículo[272].

Las Salas de ambos Tribunales *ad hoc* distinguen entre una definición conceptual y una mecánica de la violación. Algunos consideran que la violación es una forma de agresión y que los elementos medulares de este crimen no pueden captarse en una descripción mecánica de objetos y partes corporales. La Convention against Torture (...) no registra actos específicos en su definición de la tortura, sino que más bien atiende a la estructura conceptual de la violencia autorizada por el Estado. Este enfoque es más útil para el Derecho Internacional[273].

271 *Cf.* Ambos, "Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht", en NStZ, 2001, pp. 628 (632).
272 Estos actos se definen en los *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24.
273 ["that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts. The Convention against Torture (...) does not catalogue specific acts in its definition of torture, focusing rather on the conceptual framework of state sanctioned violence. This approach is more useful in international law"]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 597; *Prosecutor vs. Delalic, supra,* n. 268, pars. 478–4799; *Prosecutor vs. Musema, supra,* n. 29, pars. 220–229.

Por consiguiente, la violación fue definida como:

> una invasión física de naturaleza sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual en la que se inserta la violación se considera como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas[274].

La Sala de Primera Instancia *Furundzija* sostuvo

> que los siguientes pueden tenerse por los elementos objetivos de la violación:
> (i) La penetración sexual, aunque sea superficial:
> (a) De la vagina o el ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por él; o
> (b) De la boca de la víctima por el pene del autor;
> (ii) Mediante la coerción, la fuerza o la amenaza de fuerza a la víctima o una tercera persona[275].

La Sala de Primera Instancia adoptó en el caso *Kunarac* este punto de vista con respecto a los elementos señalados en (i), pero indicó que en (ii) sólo era necesario que

> esta penetración sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. Para este fin, su consentimiento debe darse de forma voluntaria, como consecuencia de su libre albedrío, y ello se evaluará según el contexto de las circunstancias del entorno[276].

274 ["a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive"]. *Prosecutor vs. Akayesu, supra,* n. 11, par. 598; *Prosecutor vs. Delalic, supra,* n. 268, pars. 478–9; *Prosecutor vs. Musema, supra,* n. 29, pars. 220–9.

275 ["...that the following may be accepted as the objective elements of rape:
(i) The sexual penetration, however slight:
(a) Of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
(b) Of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
(ii) By coercion or force or threat of force against the victim or a third person.".]
Véase *Prosecutor vs. Furundzija, supra,* n. 267, par. 185. El Artículo 7(1)(g)-1 de los *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24, sigue esta definición "mecánica".

276 ["...such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances"]. *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 179, par. 460. El Artículo 7(1)(g)-1(2) de los *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24, exige "Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción [...] o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento".

Así, el consentimiento se considera evidentemente como un elemento del *actus reus* y no como una justificación. Esto corresponde a la distinción alemana entre *Einverständis* y *Einwilligung*[277], de acuerdo con la cual el primer término elimina el *actus reus* y el último la ilicitud del acto. La diferenciación tiene consecuencias sustantivas y procesales. En lo concerniente a las últimas, es claro que la persecución penal debe demostrar la existencia del *actus reus,* en tanto que la carga de la prueba referente a una causal de exclusión de responsabilidad (*defence*) corresponde, como norma, a la defensa. En cuanto a la sustancia, pueden surgir problemas complejos de error. Si, tocante a la *mens rea*, sólo se exige que el autor se proponga llevar a efecto la penetración sexual y que también actúe a sabiendas de que no tiene el consentimiento de la víctima[278], él puede invocar un error de hecho si creyó que la víctima consintió en tener relaciones sexuales con él. Este error negaría el elemento mental dentro del significado del artículo 32(1) del Estatuto de la CPI, ya que el autor carecería del conocimiento necesario relativo a un elemento del *actus reus*. Por otra parte, podría considerarse el consentimiento como una defensa respecto de cuyos elementos objetivos el autor pudiera equivocarse al creer que la víctima consiente, o, más exactamente, como una excusa válida y justa (*Erlaubnissachverhaltsirrtum* , justificación putativa)[279]. Según sea la teoría a la que uno se adhiera, esto o bien negaría el elemento mental o solamente la culpabilidad de la conducta[280]. En la primera situación, el autor quedaría exento de castigo, según el artículo 32(1) del Estatuto de la CPI, mientras que en la última, el error sería irrelevante de acuerdo con el principio *error iuris*, contenido en el artículo 32(2) del mismo Estatuto[281]. Con todo, podría presentarse otra situación, si el autor ignora el requisito del consentimiento (o otra causal de exclusión de responsabilidad); esto constituiría un error de Derecho irrelevante (art. 32(2) del Estatuto).

277 *Cf.* (crit.) Roxin, *Strafrecht Allgemeine,* Teil I, 3ª ed. 1997, § 13, mn. 1 y ss.

278 *Prosecutor vs. Kunarac, supra,* n. 179, par. 460.

279 *Cf.* Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law,* 1998, pp. 158 y s (159-60).

280 El punto de vista correcto es tratar la *Erlaubnissachverhaltsirrtum* como un error de hecho; al respecto, ver Ambos, *supra,* n. 71, pp. 808 y ss.

281 Crítica del Art. 32(2) en Ambos, *supra,* n. 71, pp. 822-824.

b.8) Persecución

La persecución se define en el artículo 7(2)(g) del Estatuto de Roma como la privación intencional y grave de derechos fundamentales, en contravención del Derecho Internacional, en razón de la identidad del grupo o de la colectividad. Según la jurisprudencia,

> El crimen de persecución consta de un acto o de una omisión que
> 1. discrimina efectivamente y niega o infringe un derecho fundamental, formulado en el Derecho Consuetudinario Internacional o en el Derecho de los Tratados (el *actus reus)*; y
> 2. se llevó a cabo deliberadamente con la intención de discriminar, fundándose en alguno de los motivos registrados en la lista, específicamente la raza, la religión o la política (la *mens rea)*[282].

Los actos persecutorios pueden asumir muchas formas y no es preciso que se vinculen a otros crímenes mencionados en las demás partes del Estatuto. Pueden constar de los actos registrados en otras subcláusulas del artículo 5, de los actos mencionados en otras partes del Estatuto, o de actos no mencionados explícitamente en ninguna parte del mismo[283]. La privación de derechos debe ser importante, *i. e.*, debe alcanzar "el mismo nivel de gravedad que los otros actos prohibidos en el artículo 5"[284].

El elemento adicional de la intención discriminatoria en lo concerniente a la persecución

> equivale a una *intención criminal agravada* (*dolus specialis, dol spécial*). En el caso de la persecución, la intención debe ser la de someter a una persona o a un grupo a la discriminación, el maltrato o el acoso, de tal suerte que a esa persona o a ese grupo se le cause gran sufrimiento o daño, aduciendo razones de orden religioso, político o de otro tipo[285].

282 ["[T]he crime of persecution consists of an act or omission which
1. discrimates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (the actus reus); and
2. was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics (the mens rea).]
Véase Prosecutor vs. *Vasiljevic, supra,* n. 170, par. 244; *Prosecutor vs. Krnojelac, supra,* n. 246, par. 431.

283 Mettraux, *supra,* n. 2, p. 292, con referencias.

284 ["...the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5"]. *Prosecutor vs. Kupreskic, supra,* n. 187, pars. 620-21; Ambos y Wirth, *supra,* n. 2, pp. 74 y ss, con referencias adicionales.

285 ["...amounts to an *aggravated criminal intent (dolus specialis, dol spécial).* In the case of persecution, the intent must be to subject a person or group to discrimination, ill-treatment, or harassment so as to bring about great suffering or injury to that person or group on religious, political or other such grounds"]. Cassese, *supra,* n. 2, p. 364.

Esta *mens rea* persecutoria es la característica distintiva de este ilícito que "separa el crimen de persecución de otros crímenes contra la humanidad del artículo 5"[286]. Ello hizo que la Sala de Primera Instancia *Kupreskic* estableciera paralelos entre el genocidio y la persecución[287]:

> Puede decirse que, desde el punto de vista de la *mens rea*, el genocidio es una forma extrema y sumamente inhumana de persecución. Para decirlo con otras palabras: cuando esta última se intensifica hasta asumir formas drásticas de actos intencionales y premeditados ideados para destruir un grupo o parte de alguno, puede afirmarse que tal persecución se equipara con el genocidio[288].

b.9) Desaparición forzada de personas

El artículo 7(2)(i) del Estatuto de Roma ofrece por primera vez una definición de las desapariciones forzadas que observa las normas mínimas de certeza jurídica. En conformidad con ello, la conducta se caracteriza por el arresto, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

El crimen se remonta a la experiencia latinoamericana, que hizo que fuera calificado como crimen contra la humanidad por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994[289]. Su inclusión en el Estatuto de Roma lo convierte en un auténtico crimen internacional. No obstante, no existe jurisprudencia en el Derecho Penal Internacional, sino sólo en el de los derechos humanos, en particular en

286 ["...sets the crime of persecution apart from other Article 5 crimes against humanity"]. *Prosecutor vs. Kordic, supra,* n. 204, par. 212.

287 *Prosecutor vs. Kupreskic, supra,* n. 187, par. 636: ambos delitos pertenecen "al mismo *genus*".

288 ["[I]t can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman from of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide"]. Véase ibíd.

289 OEA/Ser. P AG/doc. 3114/94 rev. 1.

el célebre caso *Velásquez Rodríguez* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica)[290]. Pero ésta y otras resoluciones relacionadas con los derechos humanos[291] no desarrollaron los elementos del crimen de desaparición forzada[292], ni tampoco el Derecho Patrio de algunos Estados latinoamericanos (*inter alia*, Perú, Venezuela, México, Guatemala, Paraguay y Colombia) ofrece una definición convincente[293]. No hace mucho que el *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (Código de derecho penal internacional CDPI), que entró en vigor el 30 de junio de 2002[294], propuso la siguiente definición basada en el artículo 7(2)(i) del Estatuto de la CPI y de los *Elements*:

> con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley
> (a) secuerstrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,
> (b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligacióon legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa.

En tanto que el inciso (a) toma la combinación de privación de la libertad y la negativa subsiguiente de dar información (veraz) como se discierne del Estatuto, el inciso (b) penaliza la simple negativa a proporcionar información inmediata o hacerlo con falsedad, pues eso implicaría

290 Velásquez Rodríguez fue, junto con Godínez Cruz y Farén Garbi/Solís Corrales, el primero de tres casos en los que el Tribunal sostuvo, en la Inter-American Rights Convention, que un Estado Parte (Honduras) era responsable de la desaparición forzada de personas (Judgements of 29 July 1988, 20 January 1989, 15 March 1989, Series C, No. 4). Después de estas resoluciones siguieron otras: *Neira Alegría et al.* (Series C, No. 20); *Caballero Delgado y Santana* (22); *Garrido y Baigorria* (26); *Castillo Páez* (34); *Blake* (36); *Trujillo Oroza* (64); *Durand y Ugarte* (68); *Bámaco Velásquez* (70).

291 Confróntense los diversos juicios del Eur. Court of Human Rights: *Kart vs. Turkey*, Judgement 25 May 1998; *Cakici vs. Turkey* Judgement 8 July 1999; *Timurtas vs. Turkey*, Judgement 13 June 2000; *Cicek vs. Turkey*, Judgement 27 February 2001; *Tas vs. Turkey*, Judgement 14 November 2001.

292 *Cf.* Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, pp. 66 y ss. (77 y ss., 113 y ss.).

293 Ibíd., pp. 403 y ss.

294 *Bundesgesetzblatt* [Boletín Oficial de la RFA], I, 2002, p. 2254. Existen traducciones disponibles en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>

una especie de colusión con el Estado o la organización responsable de la privación de la libertad[295]. De esta forma, queda claro, a pesar de la dificultad de los detalles[296], que el crimen sólo puede ser cometido por agentes estatales, o con su consentimiento o aquiescencia[297], y que está integrado por dos actos relacionados entre sí.

b.10) El crimen del *apartheid*

El crimen del *apartheid*, tal como lo define el artículo 7(2)(h) del Estatuto de Roma, se refiere a los actos inhumanos de carácter semejante a los que hace referencia el párrafo 1, y que son cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos por un grupo racial sobre cualquier otro grupo o grupos raciales y perpetrados con la intención de mantener dicho régimen[298]. Por razones de certeza jurídica, el CDPI interpreta el crimen del *apartheid* como una modificación de los otros actos individuales contenidos en la sección 7(1) de ese mismo código. En otros términos, el autor de uno de los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad recibe una sentencia más severa si comete estos actos con la intención (adicional) de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos de un grupo racial sobre cualquier otro[299].

b.11) Otros actos inhumanos

La expresión "Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física", no está definida en el artículo 7(2) del Estatuto de Roma. Los *Elementos de los Crímenes*, en su artículo 7(1)(k) exigen que:

295 *Cf. Motives, Draft of the Cali*, 28 December 2001, pp. 46-7; disponible en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.

296 Para un análisis comparativo e internacional, véase la obra de próxima aparición de Christoph Grammer, "Der Straftatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen" (tesis doctoral, Universidad de Mainz, Alemania).

297 Hall, en Triffterer, *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 124; Boot, *supra*, n. 22, par. 502.

298 Sobre las diferencias de las definiciones en el Estatuto de Roma y el Artículo II de la Apartheid Convention, véase Hall, en Triffterer, *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 116–122.

299 *Cf.* Motives, *supra*, n. 295, pp. 49–50.

1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto[300].

Una nota a pie de página aclara: "Se entiende que "carácter" se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto"[301]. Los Tribunales *ad hoc* exigen que el acto o la omisión debe ser de una gravedad similar a otras posibilidades, y que debe haber causado intensos sufrimientos físicos o mentales o daños serios, o haber constituido un ataque de importancia a la dignidad humana[302]. Para estimar la gravedad de un acto, hay que tomar en consideración todas las circunstancias reales. Entre éstas pueden considerarse la naturaleza del acto o la omisión, el contexto en que ocurrió, las circunstancias de la víctima, incluyendo edad, sexo y salud, así como los efectos físicos, mentales y morales que el acto ejerció en ella[303]. Como ejemplos de tales "otros actos inhumanos" podrían mencionarse la experimentación ilegal con seres humanos y, sobre todo, la agresión violenta[304].

3. Crímenes de guerra

A. Observaciones generales

a.1) Estructura del artículo 8 del Estatuto de la CPI

El artículo 8 del Estatuto de la CPI reconoce la existencia de los *"crímenes de guerra"* en conflictos armados no internacionales, y esto es ciertamente un avance[305]. Sin embargo, la creación de la categoría de

300 *Elementos de los Crímenes, supra* n. 23.
301 Ibíd., nota al pie de la página 30 del *Elemento* 2 del Art. 7(k).
302 *Prosecutor vs. Vasiljevic, supra*, n. 170, par. 234; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 83 con referencias ulteriores.
303 *Prosecutor vs. Vasiljevic*, supra, n. 170, par. 234, con referencias adicionales.
304 Clark, *supra*, n. 167, p. 152, cuando se remite a Robinson. "Defining crimes against Humanity at the Rome Conference", en *AJIL*, núm. 93,1999, p. 43.
305 Zimmermann, en Triffterer (ed.). "Commentary on the Rome Statute of the 31C, Art. 8, mn. 238, 289".

"crímenes de los conflictos armados"[306] no implica "asimilar" los crímenes cometidos en conflictos internacionales a los cometidos en conflictos armados no internacionales[307]. Por el contrario, el artículo 8 del Estatuto mantiene el enfoque dualista, y separa los "crímenes internacionales" de los "no internacionales" en cuatro incisos (pár. 2(a), (b) contra (c), (e)) Además, no suministra, como lo hacen los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, una cláusula abierta ("tales violaciones se incluirán, mas no se limitarán a"), sino que más bien presenta una lista cerrada y exhaustiva de los crímenes[308]. Aunque esta técnica de codificación puede ser grata a la luz del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege certa*)[309], tiene la desventaja de ser estática y, debido a ello, de obstaculizar la interpretación judicial para llenar supuestas lagunas en la codificación de los crímenes de guerra, especialmente los cometidos

306 Kress. "War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system *of* international criminal justice", en Isr. Y.B. Hum. Rts., núm. 30, 2000, pp. 103, 132; este autor cuestiona si realmente existe una tendencia hacia la completa eliminación de la dicotomía entre crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. En la p. 132 alude a Prosecutor vs. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 (IT-94-1-AR72), par. 126, donde se manifestó que "el surgimiento de los principios generales mencionados, relativos a los conflictos armados internos, no implica que la lucha interna esté regulada por el Derecho Internacional en todos sus aspectos. Pueden distinguirse dos limitaciones especiales: (i) solamente algunas de las normas y principios que rigen los conflictos armados internacionales se han extendido gradualmente a fin de aplicarse a los internos; y (ii) esta extensión no se ha llevado a cabo bajo la forma de un trasplante completo y mecánico de tales normas a los conflictos internos, sino que la esencia general de las mismas es la que se ha hecho aplicable a los conflictos internos, y no la regulación detallada que puedan contener" ["...[t]he emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts"].
307 Crit. Bassiouni. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, núm. 8, 1998, pp. 199, 232-233; Zimmermann, *supra*, n. 305, Art. 8, mn. 235.
308 Véase también Condorelli. "War crimes and internal conflicts in the Statute of the ICC", en Politi y Nesi (eds.). *The Rome Statute of the ICC*, 2001, pp. 107, 112.
309 Así también lo considera Schabas. "Follow up to Rome: preparing for entry into force of the international Criminal Court Statute, en *Hum. Rts. L. J.*, núm. 20, 1999, pp. 157, 163.

en un conflicto internacional no armado. Como consecuencia, los supuestos descuidos del artículo 8 del Estatuto, si se comparan con el Derecho Consuetudinario Internacional[310], sólo pueden remediarse con enmiendas al Estatuto, con arreglo al artículo 121 y siguientes del Estatuto. Además, el artículo 8 del Estatuto se ha restringido aún más con la introducción de un elemento de contexto, que se desconocía con anterioridad y que se tomó de los crímenes contra la humanidad ("en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o (...) de la comisión en gran escala de tales crímenes")[311].

El CDPI alemán[312] suprime la distinción tradicional y crea una "categoría de crímenes de conflictos armados", en la que toma en cuenta el estado actual del Derecho Consuetudinario Internacional y hace referencia en especial a las declaraciones pertinentes de algunos Estados en organizaciones internacionales, o a las que se expresan en manuales militares[313]. El capítulo 2 atiende a una diferenciación según los intereses legales u objetos jurídicamente protegidos: crímenes de guerra contra personas (§ 8)[314], contra la propiedad y otros derechos (§ 9), contra operaciones humanitarias y emblemas (§ 10), que consisten en la utilización de métodos de conducción de la guerra prohibidos (§ 11) y, por último, en el empleo de medios prohibidos en en la conducción de la guerra (§ 12). Este planteamiento refleja la distinción entre la protección de las personas

310 Véase Fischer. *Festschrift Ipsen*, 2000, pp. 77, 86 y ss.; también Sunga, *supra*, n. 8, p. 395; Askin. "Crimes within the jurisdiction of the ICC", en *Crim. L.F.*, núm. 10, 1999, pp. 33, 57; Condorelli, *supra*, n. 308, pp. 111 y ss.

311 En contra de este requisito para los crímenes de guerra: *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement of 7 May 1997 (IT-94-1-T), par. 573; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, par. 195; conc. *Prosecutor vs. Blaskic*, Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T), par. 70. Véase también Sunga, *supra*, n. 8, p. 392; Fenrick, en Triffterer (ed.). "Commentary on the Rome Statute of the ICC, Art. 8 mn. 4"; Fischer, *supra*, n. 310, p. 85; Ambos, *supra*, n. 71, p. 779. Para una explicación según el principio de complementariedad, ver Bothe. "War crimes", en Cassese et al. (eds.), *supra*, n. 2, pp. 379, 380–1.

312 Véase *supra*, n. 294.

313 Confróntense Motives, *supra*, n. 295, p. 51.

314 El inciso (6), núm. 1, define a las personas que han de ser protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en un conflicto armado internacional como sigue: "personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I [...], es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil."

y la propiedad, por un lado (Convenios de Ginebra), y la limitación del uso de ciertos métodos y medios empleados en la contienda militar (Convención de La Haya), por el otro[315]. Sin embargo, ahí donde el Derecho Consuetudinario no permite que se traten por igual los conflictos internacionales y los no internacionales, las diferencias se han conservado, incluyendo elementos especiales dentro de las diferentes parágrafos de la sección 2[316]. En tanto que los parágrafos 10 y 12 tratan los conflictos armados internacionales y no internacionales por igual, los parágrafos 8, 9 y 11 adoptan un enfoque diferente. Así, por ejemplo, los incisos (1) y (2) del parágrafo 8 se ocupan de los crímenes de guerra contra personas en relación tanto con un conflicto armado internacional, como con uno no internacional, mientras que el inciso (3) solamente penaliza los actos cometidos en un conflicto armado internacional.

La solución alemana es compatible con el Estatuto de Roma, en virtud de que, según el artículo 10 del Estatuto, "Nada (...) se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto." En otras palabras, los Estados Partes pueden incriminar ciertos actos cometidos durante los conflictos armados no internacionales como crímenes internacionales en concordancia con el Derecho Consuetudinario Internacional existente[317].

a.2) Existencia de un conflicto armado

No hay una definición positiva de "conflicto armado" en el Derecho Internacional, aunque existen algunos indicios. El artículo común 2 de los cuatro Convenios de Ginebra (en lo sucesivo "CG I-IV") aclara que existen otros conflictos armados además de los "casos de guerra declarada". De la famosa definición negativa del artículo 1 (2) del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 ("PA

315 Véanse *Motives*, *supra*, n. 290, p. 52.

316 Ibid.

317 Cf. Momtaz. "War crimes in non-international armed conflicts under the Statute of the International Criminal Court", en *Y.B. Int'l Humanit. L.*, núm. 2, 1999, pp. 177, 188. Ver asimismo Boot, *supra*, n. 22, par. 594.

II"), admitida en el artículo 8(2)(d) y (f) del Estatuto, se sigue que las "situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores" no llegan a constituir un conflicto armado.

La idea de "conflicto armado" presupone el recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores diferentes (estatales o no estatales)[318]. Para establecer una distinción entre esta situación y la criminalidad común, las insurrecciones desorganizadas y efímeras o actividades terroristas, es preciso evaluar la intensidad del conflicto y la organización de las partes[319]. La determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el mismo, pero debe valorarse objetivamente con base en las condiciones establecidas en el artículo común 3 y PA II[320]. Si la aplicación del Derecho Internacional Humanitario dependiera del juicio discrecional (subjetivo) de las Partes, en la mayor parte de los casos habría una tendencia a que se minimizara el conflicto, a fin de que no se aplicaran los principios humanitarios. A resultas de ello, no se lograría el objetivo mismo del Derecho Internacional Humanitario, es decir, la protección de las víctimas de conflictos armados[321].

Las partes en conflicto serán generalmente o el Gobierno enfrentándose a las fuerzas armadas disidentes, o el Gobierno que lucha contra grupos insurgentes armados y organizados. La expresión "fuerzas armadas" ha de definirse en un sentido amplio para abarcar todas las fuerzas armadas, tal como se describen en las legislaciones nacionales[322]. Las fuerzas armadas

318 *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 561; *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; conc. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra*, n. 187, par. 545; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 63. Ver asimismo *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, supra, n. 11, par. 620: "existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado" ["...existence of hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent"]. Véase asimismo Ipsen. *Völkerrecht*, 4ª ed., 1999, § 65, mn. 9, § 66, mn. 7; Greenwood, en Fleck (ed.). *Handbook of armed conflict*, núm. 202, pp. 35-36.

319 *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, pars. 620, 625; *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 562; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 256.

320 *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par. 603.

321 Idem.

322 *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par 625; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 256.

disidentes deben estar bajo un mando responsable, esto es, debe haber algún grado de organización, pero esto no necesariamente significa que deba haber un sistema jerárquico de organización militar semejante al de las fuerzas armadas regulares:

> Esto quiere decir que se trata de una organización capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantengan firmes continuamente y se pongan en marcha con un plan, y por el otro, que sea capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades de facto[323].

Las fuerzas armadas disidentes deben ser capaces, además, de ejercer el control sobre una parte importante del territorio para mantener operaciones militares prolongadas y concertadas y estar en condiciones de poner en ejecución el Protocolo[324].

En cuanto al período o marco temporal, el conflicto armado se inicia cuando se comienza a hacer uso de la fuerza armada y termina, cuando muy pronto, con el fin de las hostilidades. Mientras que esto se desprende del artículo 3(b) del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 ("PA I"), algunos autores exigen el restablecimiento de la situación previa (la situación pacífica)[325]. La Sala de Apelaciones *Tadic* extendió igualmente el periodo más allá del simple cese de hostilidades y exigió que se alcanzara "una conclusión general de la paz" o, en el caso de un conflicto no internacional, "un arreglo pacífico".

En cuanto a la extensión geográfica de las hostilidades, es suficiente con que se establezca la existencia del conflicto para toda una región integrada por ciertos municipios, sin la necesidad de tener un conflicto armado dentro de cada una de las municipalidades[326]. Si se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable en todo aquél, tenga o no tenga

323 ["It means an organization capable of, on the one hand, planning and carrying out sustained and concerted military operations- operations that are kept up continuously and that are done in agreement according to a plan, and on the other, of imposing discipline in the name of the de facto authorities"]. *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 257.

324 *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 258.

325 Ipsen, *supra*, n. 318, § 68, mn. 1 y ss., mn. 4 y ss.; Dochring. *Völkerrecht*, 1999, § 11 Rn. 646 y ss.

326 *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 311, par. 64.

lugar ahí el combate real[327]. No es necesario que todos los crímenes deban cometerse en la región geográfica exacta donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado[328].

Cabría preguntarse si esta determinación considerablemente liberal de los requisitos geográficos puede transferirse a grandes Estados Federales como Estados Unidos, México o Brasil. En otras palabras, si hubiera un conflicto armado en uno de los estados de una de estas Federaciones, ¿llegaría a convertirse éste en un conflicto armado en todo el Estado Federal? Supongamos, para abundar en el tema, que la situación en el estado mexicano de Chiapas llegara a ser un conflicto armado en el sentido del Derecho Humanitario, ¿podríamos decir en tal caso que en todo México existe un conflicto armado? Mi respuesta sería negativa y mi argumento principal sería que Chiapas es una parte demasiado pequeña de México para afirmar que todo el país se encuentra en una situación de conflicto armado. Aun así, queda no obstante sin responder la pregunta de si no sería razonable tener en cuenta la aplicación del Derecho Humanitario en este estado específico de la Federación, *i. e.*, una especie de aplicación parcial o geográficamente limitada del Derecho donde la situación lo requiera.

a.3) La "internacionalización" de un conflicto armado

Si bien es evidente que un conflicto armado es internacional si ocurre entre dos o más Estados, y que no es internacional si tiene lugar en el territorio de un solo Estado entre fuerzas pertenecientes a este último[329], no queda tan claro si una intervención o participación extranjera puede internacionalizar un conflicto en un territorio y de qué manera puede hacerlo. La respuesta correcta es que la internacionalización acontece si los actos de una de las partes en el conflicto deben atribuirse a un Estado

327 *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 311, par. 64.
328 *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, n. 311, par. 69.
329 *Cf.* Ambos. "Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt", en Hasse, Müller y Schneider (eds.). *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, pp. 331, 338.

extranjero, es decir, si los individuos o grupos que toman parte en tal conflicto son órganos de facto de ese Estado[330], o si su conducta puede imputarse a tal Estado mediante otros criterios. Sin embargo, dado que no se llega a un acuerdo respecto a estos últimos y aún se discuten acaloradamente, ofrecer un análisis profundo que fuera más allá de la presentación de las posiciones de las Salas del TPIY excedería los límites de este artículo[331].

La Sala de Primera Instancia *Tadic* siguió la prueba del control eficaz (*efective control*), tal como fue desarrollada por la CIJ en el caso Nicaragua[332], y exigió como requisito que el Estado extranjero ejerciera un control efectivo sobre un grupo, militar o paramilitar en lo concer-niente a las operaciones específicas de este grupo, y que emitiera instrucciones específicas[333]. La Sala de Primera Instancia *Celebici* y la Sala de Apelaciones *Tadic* rechazaron esta prueba, en virtud de que, *inter alia*, no la consideraron apropiada para ese asunto, esto es, para el problema de la responsabilidad penal individual, no la estatal[334]. En vez de ello, se hizo una distinción entre las personas o los grupos cuyo control desea el Estado extranjero. En el caso de los grupos militares o paramilitares, tal Estado no sólo necesita equipar y financiar el grupo, sino también coordinar o ayudar en la planeación general de su actividad militar, *i. e.*, es necesario un control general, pero también es suficiente. Particularmente, no es preciso que el Estado extranjero emita instrucciones específicas al dirigente o a los miembros del grupo[335]. En el caso de individuos o grupos organizados militarmente, el Estado extranjero debe dar instrucciones específicas u órdenes cuyo propósito sea la comisión de actos específicos, o bien aprobar públicamente que éstos se perpetren[336]. Además, también

330 *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, par. 104.
331 Para ese penetrante análisis, consúltese De Hoogh. "Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsability...", en *BYIL*, núm. 72, 2001/2002, pp. 255.
332 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgement, ICJ *Reports* 1986, p. 14 = International Law Reports, pp. 76, 349.
333 *ICJ, supra*, n. 332, par. 115; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 131, 137.
334 *Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, n. 268, pars. 262–263; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, par. 103.
335 *Prosecutor vs. Tadic*. A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 131, 137.
336 Ibid., pars. 132, 137.

puede suceder que ciertos individuos se asimilen a los órganos de un Estado extranjero en razón de su conducta real dentro de la estructura de éste (e independientemente de cualquiera de sus instrucciones) y que, como consecuencia, su conducta pueda atribuirse a ese Estado[337].

a.4) Diferentes formas de los conflictos armados no internacionales

Aparte de las limitaciones descritas en líneas anteriores (supra 1.), el Estatuto de la CPI introduce un nuevo tipo de conflicto no internacional para las "violaciones graves de las leyes y los usos aplicables" de guerra (art. 8 (2)(e)); en otros términos, exige que tales conflictos sean prolongados (art. 8 (2)(f)). De este modo, ha aparecido una nueva distinción en la que se traslapan los conflictos no internacionales "normales" y "prolongados". En el último tipo, tanto las violaciones graves del artículo común 3, como las graves violaciones de leyes y costumbres de guerra no deben considerarse crímenes de guerra. Esto se ha criticado como un *patent absurdity*[338], y es en verdad difícil entender por qué las agresiones a las unidades sanitarias, las violaciones colectivas, la deportación o la mutilación intencional constituirían crímenes de guerra sólo cuando el conflicto no internacional "se prolongue" y no cuando sea justamente un conflicto no internacional "normal". De hecho, la distinción trae a la memoria recuerdos desagradables sobre la diferenciación clásica entre crímenes acaecidos en conflictos internacionales y no internacionales, y merece por consiguiente la misma crítica de que es arbitrario y que contraviene la *raison d'être* del Derecho Internacional Humanitario y el Penal; en otros términos, la protección de todas las personas que no participan activamente en el conflicto.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el término "prolongado" no fue inventado por los redactores del Estatuto de Roma, sino que la primera en mencionarlo fue la Sala de Apelaciones *Tadic*, cuando determinó que un conflicto armado existe cuando hay "una violencia armada

337 Ibid., pars. 141 y ss.
338 *Cf.* Condorelli, *supra*, n. 308, p. 113.

prolongada (...) en un Estado"[339]. Puede decirse que el término tiene su fundamento en la idea de las "operaciones militares sostenidas y concertadas" tal como se hallan contenidas en el artículo 1(1) de PA II. Esto no implica, sin embargo, que las operaciones deban seguir continuamente, sino que más bien es suficiente, como lo pone en claro la versión francesa (*de manière prolongée*), que el conflicto armado se desarrolle durante algún tiempo[340]. Así, la diferencia entre un conflicto armado "normal" y uno "prolongado" se reduce en realidad a una simple diferencia temporal que, no obstante, no se define con suficiente precisión. Dada la arbitrariedad de la distinción, es necesario proporcionar una interpretación restringida del término "prolongado".

a.5) Relación entre el conflicto armado y los crímenes individuales, particularmente los requisitos mentales

Al igual que en el caso de los crímenes contra la humanidad, nos asalta la pregunta de cómo se relacionan los actos individuales o los crímenes con el elemento de contexto, es decir, con la existencia de un conflicto armado. La jurisprudencia exige de forma unánime que debe haber "un nexo evidente entre los supuestos crímenes y el conflicto armado en conjunto"[341]. Tal nexo existe si los crímenes estuvieran estrechamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto"[342]. No es necesario que los supuestos "crímenes" ocurran en medio de una batalla o que el "conflicto armado tuviera lugar en el tiempo

339 ["...protracted armed violence [...]within a State". *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; conc. *Prosecutor vs. Delalic, et al.*, *supra*, n. 268, par. 183; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, par. 59.
340 Zimmermann, *supra*, n. 305, Art., 8, mn. 334.
341 ["...evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole"]. *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 69.
342 ["...crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict".] *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; véase *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, pars. 572, 573; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 249, 252; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 192, 195; *Prosecutor vs. Fundzija*, *supra*, n. 267, par. 60; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 68.

y lugar exactos de los actos prohibidos"[343], pero es suficiente si puede establecerse una relación entre éstos y el conflicto[344].

Con todo, hay una cuestión mucho más compleja, pero que no se explica adecuadamente: de qué manera debe calificarse jurídicamente el elemento de contexto y qué consecuencias entraña ello para los posibles requisitos mentales. Si uno entiende el elemento de contexto como algo puramente objetivo, jurisdiccional, no es necesario incluirlo en la intención del autor. Pero si uno concibe este elemento como una circunstancia dentro del significado del artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, el autor debe saber de su existencia[345]. Cuando este problema eminentemente práctico se analizó por primera vez entre una y otra sesión en el curso de la reunión de la Comisión Preparatoria, realizada en Siracusa, Italia, en febrero de 2000, surgieron dos posiciones. La primera de ellas representa lo que podemos llamar enfoque del Derecho Internacional Público objetivo, y la segunda, el enfoque subjetivo del Derecho Penal (en lo sucesivo, enfoques "objetivo" y "subjetivo"). Quienes defendían el enfoque objetivo[346] argumentaron que la finalidad del Derecho Internacional Humanitario es contrarrestar el riesgo, que se ha incrementado, de que en realidad no se persigan penalmente los crímenes graves durante un conflicto armado y que se creara un sistema de Derecho Penal supranacional que reemplace las imperfectas persecuciones penales nacionales. Tal sistema del Derecho Humanitario, prosigue el argumento, constituye solamente un régimen paralelo de competencia en relación con el Derecho Nacional.

343 ["...armed conflict was occurring at the exact time and place of the proscribed acts..."] *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 573.

344 *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 69, al referirse al crimen de privación de la libertad.

345 Las siguientes consideraciones se basan en reflexiones anteriores; véase Ambos, *supra*, n. 71, pp. 778 y ss., y en Cassese. *Festschrift*, 2003 (de próxima aparición).

346 *Cf.*, por ejemplo, *Human Rights Watch*, "Commentary on the 4th Preparatory Commission meeting for the ICC", marzo de 2000, p. 3. También Fenrick está en favor de un "elemento jurisdiccional", *supra*, n. 311, Art. 8, mn. 4; ver en general Zimmermann, Triffterer (ed.), *supra*, n. 305, Art. 5, mn. 9. Véase asimismo Arsanjani. "The Rome Statute of the International Criminal Court, en AJIL, núm. 93, 1999, pp. 22, 33; Boot, en Klip y Sluiter (eds.). *Annotated Leading Cases*, vol. I, 1999, p. 452, esp. la 456, deja abierta la cuestión.

En concordancia con ello, en la actualidad, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* siempre ha concebido el conflicto armado como un simple "elemento jurisdiccional". Por último, los redactores del Estatuto de Roma no incluyeron un requisito de intención en el encabezado del artículo 8 del Estatuto, a diferencia del artículo 6 y, en particular, el artículo 7 del mismo Estatuto[347]. Por otra parte, el enfoque subjetivo invocó la naturaleza divergente de los crímenes comunes y los de guerra. El reproche más grande asociado con un crimen de guerra sólo puede justificarse si el autor también estaba consciente de que actuó en el contexto de un conflicto armado y, por consiguiente, que cometió un crimen de guerra. En realidad, el elemento de contexto es parte del *actus reus* y, por lo tanto, está comprendido en los requisitos normales de la *mens rea*. Como se sabe, el asunto no pudo resolverse en Siracusa[348].

Desde la perspectiva penal, el enfoque subjetivo es evidentemente preferible. El enfoque objetivo hace del "elemento contextual" una condición objetiva de punibilidad (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) y de ese modo entra en conflicto con el principio de culpabilidad[349]. La cuestión de si un elemento particular del *actus reus* requiere la intención del autor y, por lo tanto, no puede considerarse como condición objetiva de punibilidad, depende de la relevancia de esta condición respecto al injusto de la conducta (*Unrechtsrelevanz*) en cuestión[350]. Así, el asunto crucial es si el "elemento de contexto" del conflicto armado influye en el contenido del injusto (*Unrechtsgehalt*) de los crímenes de guerra conforme al artículo 8 del Estatuto. Si éste es el caso, *i. e.*, si este elemento

347 ICRC, Non Paper, 27 January 2000, 3; asimismo *HRW*, *supra*, n. 346, pp. 3-4.

348 El informe final dice: "Para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, se pondrá en la lista un elemento mental especial. Para los crímenes de guerra, no se asentará en tal registro ningún *elemento mental relativo al contexto*. La cuestión queda abierta [...]" ["For Genocide and Crimes against humanity, a particular mental element will be listed. For War crimes, *no mental element as to the context* will be listed. The issue is left open [...]"]. (PrepCom, Working Group on Elements of Crimes. Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Court held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000, PCNICC/2000/WGEC/INF/1, 9 de febrero de 2000, las cursivas son mías).

349 Igual que la tendencia tradicional del Derecho Penal estadounidense de interpretar la responsabilidad individual como "responsabilidad objetiva" ["strict-liability"].

350 *Cf.* Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingung der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, 1998, pp. 130 y ss.

incrementa el contenido del injusto de los actos en cuestión, la intención del autor debe estar relacionada también con él, si ha de impedirse una violación del principio de culpabilidad.

La respuesta a nuestra pregunta es resultado de una comparación de conductas punibles de acuerdo tanto con el Derecho Penal (Nacional) como con el artículo mencionado con anterioridad. Tómense como ejemplos el homicidio (art. 8(2)(a)(i), la destrucción y la apropiación de una propiedad (art. 8(2)(a)(iv)) y la violación (art. 8 (2)(b)(xxii)). La punibilidad de estos actos según el Derecho Penal general o el Derecho Penal Internacional depende, en términos objetivos, de la existencia de un conflicto armado y de la caracterización del objeto de los delitos como personas u objetos protegidos. De esta manera, tales elementos tienen el efecto de aumentar la ilicitud de los actos en cuestión, por lo menos si uno asume que un crimen de guerra posee un grado más alto de ilicitud que un crimen común comparable. Este efecto de la ilicitud incrementada (*wrongfulness-increasing effect*) vedaría por sí mismo la caracterización de los elementos citados como condiciones objetivas de punibilidad. En cuanto a la responsabilidad penal in concreto podemos distinguir entre tres situaciones:

- Los delitos ocurren en época de paz.
- Los delitos tienen lugar durante un conflicto armado, pero no están relacionados con este conflicto, es decir, ocurren solamente con ocasión del mismo.
- Los delitos se desarrollan durante un conflicto armado y están relacionados con éste.

Es obvio que en la primera situación sólo existe responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho Penal general. En la segunda y tercera situaciones, durante un conflicto armado podrían aplicarse tanto el Derecho Penal Nacional general como el Derecho Penal Internacional. Evidentemente, los crímenes comunes también pueden cometerse durante un conflicto armado. El sistema de justicia penal en tiempos de paz no se ve reemplazado por el sistema de la época de guerra, pero ambos existen simultáneamente, y así es como surge la cuestión de su

delimitación. Al respecto, los *Elementos* se concentran en si la conducta "haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado (internacional) (que no era de índole internacional) y haya estado relacionada con él"[351]. Así, parece haber acuerdo en que la mera comisión de un delito con ocasión de un conflicto armado no lo convierte en un crimen de guerra[352]. Si el autor utiliza el caos general provocado por el estallido de una guerra para "saldar viejas cuentas" y mata a su vecino, este delito, con toda seguridad no es un crimen de guerra por la razón más bien formal de que el vecino no es una persona protegida según el IV Convenio de Ginebra[353]; no obstante, tampoco es un crimen de guerra porque el acto no está relacionado con el conflicto armado, puesto que el autor quería matar a su vecino independientemente de la existencia del conflicto armado y así lo hizo[354]. Esto es aún más obvio en el siguiente caso: si un grupo de licenciosos *hooligans* destruye varios automóviles, este daño a la propiedad no se convierte en el crimen de guerra de destrucción de la propiedad previsto en el artículo 8(2)(a)(iv) del Estatuto de la CPI simplemente porque ocurre objetivamente durante un conflicto armado. De igual forma, una violación punible según el Derecho Penal general en tiempos de paz no se vuelve en un crimen de guerra de violación según el artículo 8(2)(b)(xxii) del Estatuto mencionado tan sólo porque la guerra estalló la noche anterior. En todos estos casos, el autor tan sólo llega a ser un "criminal de guerra" si su conducta, como lo exigen correctamente los *Elementos*, tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado. Con todo, este contexto no puede tan sólo determinarse de forma objetiva, sino que es consecuencia de la actitud del delincuente hacia el delito. Si el autor actúa con independencia del conflicto armado, si incluso no sabe que éste ocurre, entonces no lleva a cabo dentro del

351 Ver, por ejemplo, Elemento No. 4 del Art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI o del Art. 8(2)(c)(i)-1 del mismo Estatuto.

352 *Cf.* Kress, *supra*, n. 307, pp. 122-3

353 Según el Artículo 4 del IV. Convenio de Ginebra de 1949, están protegidos los civiles "que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas".

354 Bothe, *supra*, n. 311, p. 388: "un conflicto interpersonal rigurosamente privado" ["strictly private interpersonal conflict"].

contexto de este conflicto, y será una simple coincidencia que se presenten simultáneamente. Sin embargo, si el autor actúa con la conciencia del conflicto armado en curso y aun se beneficia del mismo, tal conciencia es el vínculo entre su conducta y el conflicto armado. De este modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en circunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que estuviera consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado; no sabe ni entiende las condiciones legales implícitas (esto es, los posibles elementos normativos del *actus reus*).

La introducción a los *Elementos de los Crímenes de guerra* indica: Únicamente se exige el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que hayan determinado la existencia de un *conflicto armado*, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de (...) y que haya estado relacionada con él"[355].

Asimismo, el requisito de la intención debe formularse en relación con la naturaleza del conflicto como internacional o no internacional, como quiera que hay líneas de conducta que hacen que una persona sea responsable penalmente en conflictos internacionales pero no en los no internacionales[356]. De esta manera, el castigo según una u otra categoría de "crímenes de guerra" sólo puede explicarse por el hecho de que el autor estaba consciente de que actuaba en uno u otro tipo de conflicto. No obstante, los *Elementos* omiten completamente el requisito de intención en este contexto. En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional[357].

Lo anterior tendría sentido si el artículo 8 del Estatuto no conservara la distinción entre crímenes cometidos en conflictos internacionales y no

355 *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24, p. 18.

356 Por ejemplo, el uso de veneno o de armas venenosas es punible en un conflicto internacional pero no en uno no internacional (Art. 8(2)(b)(xvii), Estatuto de la CPI). Otro ejemplo importante es el Art. 8(2)(b)(iv) del mismo Estatuto, en cuanto al perjuicio que puede hacerse al medio natural, ya que éste es un crimen que no es aplicable en un conflicto armado no internacional no sólo según el Estatuto de la CPI, sino también de acuerdo con el Derecho Consuetudinario Internacional existente.

357 *Elementos de los Crímenes, supra,* n. 24, p. 18.

internacionales. Siempre que exista esta distinción, debe tener un impacto en el requisito de la intención si es necesario el conocimiento basado en los hechos en cuanto a la existencia de un conflicto armado, como lo declaran correctamente los *Elementos*. Por otra parte, debe admitirse que la diferencia principal en lo referente al contenido del injusto estriba en si los crímenes fueron cometidos en tiempos de paz o con ocasión de un conflicto armado y los cometidos en el contexto de un conflicto armado; mientras que la diferencia entre crímenes cometidos en un conflicto internacional y los cometidos en uno no internacional es secundario. En lo referente a la *lex lata*, ésta se limita a los (pocos) crímenes punibles en un conflicto armado internacional, pero no en uno no internacional.

Una reflexión paralela sobre el elemento del delito en lo concerniente a personas u objetos jurídicamente protegidos indica también la necesidad de un requisito subjetivo. En términos generales, existe acuerdo en que el dolo debe referirse a las personas y objetos jurídicamente protegidos. En la terminología del artículo 30 del Estatuto, estos elementos constituyen una "circunstancia" de la que el autor debe estar consciente. Los *Elementos* correspondientes requieren que aquél esté consciente de las "circunstancias de hecho que establecían esa protección (como persona u objeto protegido)"[358]. No obstante, si se exige que el autor tenga conocimiento de las circunstancias reales, ello implica un conocimiento similar con referencia a la existencia de un conflicto armado, por cuanto las personas u objetos protegidos, como conceptos característicos de las leyes de guerra, sólo pueden existir durante semejante conflicto.

En resumen, el enfoque subjetivo es más convincente tocante a la interpretación del artículo 7 del Estatuto. En ambos artículos del Estatuto (el 7 y el 8), es necesario un contexto particular para la conducta mencionada, a fin de que se trate como crimen internacional. Ahí donde el artículo 7 mencionado se refiere a la acción "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil", el artículo 8 ubica la acción

358 *Elemento* 3 del Art. 8(2)(a(i) del Estatuto de la CPI, *supra* I.; véase asimismo, por ejemplo, el *Elemento* 5 del Art. 8(2)(a)(iv) del mismo Estatuto, en relación con la propiedad protegida.

en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Sería por lo tanto inconsistente si fuera necesario el dolo en un caso, mientras que en el otro ni siquiera se requiriera un conocimiento real de las circunstancias concomitantes.

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* no contradice esta interpretación. Ciertamente es correcto que el TPIY considere hasta el requisito del conflicto armado sólo como un "elemento jurisdiccional". Sin embargo, la jurisprudencia sólo analiza el problema dentro del marco de la jurisdicción del Tribunal[359] y establece solamente lo indisputable, a saber, que la conducta incriminadora debe presentarse en el contexto de un conflicto armado. El verdadero asunto polémico es si los elementos en cuestión pueden concebirse también como circunstancias concomitantes según el artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, más allá de su caracterización como "elementos jurisdiccionales", y de esa forma si se requiere su conocimiento. Sería necesario analizar este problema dentro del marco de la responsabilidad individual en los crímenes de guerra; en esta parte de los juicios, sin embargo, sólo puede encontrarse la discusión, si acaso se encuentra algo, de los requisitos objetivos y subjetivos de los delitos individuales contra las leyes de guerra[360]. En otras palabras: la jurisprudencia, igual no es que la Comisión Preparatoria, han dejado abierta esta problemática.

Sea como fuere, en la práctica de la persecución penal, el enfoque subjetivo –el conocimiento de las circunstancias verdaderas de la existencia de un conflicto armado (internacional o no internacional)– se distinguirá con dificultad del enfoque objetivo (la presunción de una condición objetiva de punibilidad). La razón es que la jurisprudencia internacional, deduce de cualquier manera la intención y, en particular, su elemento cognitivo (conocimiento) de hechos y circunstancias objetivamente determinados, es

359 Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 572: "Para que un crimen recaiga dentro de la jurisdicción del Tribunal Internacional [...]" ["For a crime to fall within the jursidiction of the International Tribunal[...]"].

360 *Cf. Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, n. 268, pars. 419 y ss.; *Prosecutor vs. Furundzija, supra*, n. 267, pars. 134 y ss. En cambio, esto no se analiza en *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311.

decir, utiliza la prueba circunstancial clásica[361]. Tal práctica judicial ha tenido influencia en los *Elementos*, cuya introducción general indica: "La existencia de la intención y el conocimiento puede inerirse de los hechos y las circunstancias del caso"[362]. No obstante, si en un caso particular la conducta se desarrolló en el contexto de un conflicto armado, porque era, por ejemplo, el o la comandante de un campo de prisioneros[363], o porque estaba involucrada en delitos en el centro de las operaciones militares, la objeción de que no tenía conocimiento de tal conflicto puede rechazarse como una declaración que tan sólo estará al servicio de sus fines personales. Aun si el enfoque subjetivo desembocara en problemas insuperables de persecución penal y prueba, como lo insinuaron *inter alia* algunas ONG[364], esto debe aceptarse en provecho de un Derecho Penal Internacional basado en el Estado de Derecho y en particular en el principio de culpabilidad. A la luz del dictamen legal del TMI (Tribunal Militar Internacional), según el cual "deben evitarse los castigos masivos"[365], y la siempre difícil tarea de separar a los culpables de los inocentes[366], el Derecho Penal Internacional

361 Ver *supra*, n. 116 y el texto.

362 *Cf. Elementos de los Crímenes, supra*, n. 24, p. 5.

363 *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 575; *Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, n. 268, pars. 196–7.

364 *Vid.*, por ejemplo, *HRW, supra*, n. 346, p. 4.

365 *The Trial of the major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, Londres, HMSO, 1950, p. 469. *Ibid.*, también se estableció que: "el Tribunal debe hacer esta declaración de criminalidad [de una organización o un grupo] hasta donde sea posible, de suerte tal que se garantice que no se castigará a personas inocentes..." ["the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organization or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished"].

366 Véase *U.S. vs. Krauch et al.* (caso 6), *VIII Trial of War Criminals*, US Government Printing Office, pp. 1081–1210, p. 1126: "[...] somos incapaces de encontrar, una vez que hemos estado bajo aquellos que han conducido a un país a una guerra de agresión, una manera racional que divida a los culpables de los inocentes. [...] El Honorable Tribunal ya la ha puesto en el proceso de los criminales internacionales. La colocó debajo de los autores intelectuales y los líderes [...], quienes fueron hallados culpables de emprender una guerra agresiva, y por encima de aquellos cuya participación fue menor y cuya actividad no asimió la forma de un plan o de guiar para la nación en lo concerniente a sus ambiciones agresivas. Encontrar culpables a los acusados de emprender una guerra agresiva requeriría que moviéramos tal marca sin que hallésemos un lugar firme en el cual volver a emplazarla. La hemos dejado donde la encontramos, muy satisfechos de que los autores intelectuales [...] la guerra agresiva deberan tenerse por culpables [...], pero no los que simplemente siguen a los líderes [...]" ["[...] we are unable to

contemporáneo no puede perseguir el objetivo de castigar a toda costa a todos los sospechosos posibles[367]. Como consecuencia, sólo podría cuestionarse el requisito subjetivo si se exigiera algo más que el simple conocimiento relativo a los hechos. No obstante, éste no es el caso, como puede verse claramente de los *Elementos* y todo el análisis anterior.

B. Crímenes individuales

b.1) En general

Los diferentes crímenes del artículo 8 del Estatuto de la CPI se han tomado de las prohibiciones de las Convenciones de La Haya y Ginebra; en otros términos, deben interpretarse según estas primeras normas primarias[368]. Tal dependencia de estas normas implica que no puede haber crímenes de guerra relativos a conductas no prohibidas por ellas. Por otra parte, no todas las prohibiciones iniciales pueden ser convertidas o transformadas en penalizaciones secundarias, *i. e.*, no todas las prohibiciones son delitos penales[369]. Ello es una consecuencia del ya mencionado sistema cerrado del artículo 8 del Estatuto: en tanto que el artículo 3 del Estatuto del TPIY se refiere a las "leyes o usos de la guerra", y con ello penaliza todas las primeras normas a que hemos hecho alusión, el artículo 8 del Estatuto de la CPI enumera explícitamente los crímenes y es naturalmente más restringido que el artículo 3 del Estatuto del TPIY. El mencionado artículo no penaliza explícitamente, por ejemplo, el uso

find once we have passed below those who have led a country into a war of Aggression, a rational mark dividing the guilty from the innocent. [...] The mark has already been set by the Honorable Tribunal in the trial of the international criminals. It was set below the planners and leaders [...] who were found guilty of waging aggressive war, and above those whose participation was less and whose activity took the form of neither planning nor guiding the nation in its aggressive ambitions. To find the defendants guilty of waging aggressive war would require us to move the mark without finding a firm place in which to reset it. We leave the mark where we find it, well satisfied that individuals who plan [...] an aggressive war should be held guilty [...], but not those who merely follow the leaders [...]"].

367 Particularmente las organizaciones de derechos humanos, que de lo contrario estarían en favor del principio del proceso justo, no deben ser culpables de utilizar criterios dobles.

368 Véase Bothe en relación con las normas primarias y secundarias (prohibiciones y crímenes) en este contexto, *supra*, n. 311, p. 381.

369 *Cf.* Bothe, *supra*, n. 311, p. 387.

de armas nucleares o biológicas, pero hace que su penalización dependa de una "prohibición comprensiva" que debe incluirse en un anexo del Estatuto (art. 8(2)(b)(xx)). Aparte de eso, el empleo de estas armas podría estar amparado por los incisos 2(b)(i), (ii) o (iv)[370].

b.2) Crímenes internacionales *versus* crímenes no internacionales

Una simple lectura del artículo 8 del Estatuto muestra que existen más actos punibles en los conflictos armados internacionales que en los no internacionales[371]. Con todo, hay que tener cuidado al comparar los incisos (a) y (b) con los (c) y (e) sólo literalmente. Si bien pueden encontrarse divergencias en la redacción de los crímenes, hay en esencia una similitud considerable, si no una identidad. Así, por ejemplo, el artículo (2)(b)(ii) de este Estatuto señalado castiga los ataques intencionales contra "objetos civiles", y estos últimos están enumerados en los incisos (e)(ii) y (iv), es decir, los mismos actos son punibles en un conflicto armado no internacional. Si tomamos esto en cuenta, pueden enumerarse a primera vista los siguientes crímenes que sólo son punibles en un conflicto armado internacional de acuerdo con el artículo 8 del Estatuto[372]:

- Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se prevea (art. 8(2)(b)(iv)).
- Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares (art. 8(2)(b)(v)).

370 Véase Bothe, *supra*, n. 311, pp. 396–7, 406 y ss.

371 Para mayores detalles, véase Condorelli, *supra*, n. 308, pp. 112–113; La Haye. "The elements of war crimes", en Lee (ed.), *supra*, n. 233, pp. 109 y ss, especialmente la 217.

372 Para un cuadro comparativo desde la perspectiva de los crímenes de conflictos no internacionales del inciso (2)(e), ver La Haye, *supra*, n. 371, p. 217.

• Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción (art. 8(2)(b)(vi)).

• Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves (art. 8(2)(b)(vii)).

• El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio (art. 8(2)(b)(viii)).

• Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga (art. 8(2)(b)(xiv)).

• Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra (art. 8(2)(b)(xv)).

• Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto (art. 8(2)(b)(xvi)).

• Emplear veneno o armas envenenadas (art. 8(2)(b)(xvii))

• Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo (art. 8(2)(b)(xviii)).

• Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones (art. 8(2)(b)(xix)).

• Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un

anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123 (art. 8(2)(b)(xx)).

• Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes (art. 8(2)(b)(xxi)).

• Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden immunes de operaciones militiares determinados puntos, zonas o fuerzas militares (art. 8(2)(b)(xxiii)).

• Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(b)(xxv)).

Si miramos más de cerca las deficiencias del artículo 8(2)(e) del Estatuto, es notable que la cantidad de *figurae crimines* para los conflictos armados no internacionales es limitada en comparación con las aplicables en los conflictos armados internacionales. El "uso de armas inhumanas", por ejemplo, no se toma en consideración en el contexto de conflictos armados no internacionales[373]. Ni tampoco la "inanición de la poblacion civil como método de hacer la guerra"[374], prohibida por el artículo 14 del

---

373 Condorelli, *supra*, n. 308, p. 112. Bothe, en *supra*, n. 311, p. 420, señala que "el uso de minas antipersonales y de armas químicas y biológicas no está previsto en la lista de ilícitos criminales del inciso (e), aun cuando su uso está claramente prohibido en el caso de conflictos armados no internacionales de acuerdo con los tratados pertinentes, así como según como lo propone, según el Derecho Consuetudinario Internacional. El Art. 1(2) del Protocolo II de la UN Weapons Convention establece expresamente que su prohibición se aplica también en situaciones a las hace referencia el Art. 3 común de los Convenios de Ginebra". ["...[t]he use of anti-personal mines and of chemical and biological weapons is not covered by the list of criminal acts in subparagraph (e), although their use is clearly prohibited in case of non-international armed conflicts under the relevant treaties as well as, it is submitted, under customary international law. Art. 1(2) of Protocol II to the UN Weapons Convention expressly provides that its prohibition apply also in situations referred to in Article 3 common to the Geneva Conventions"].

374 Boot *supra*, n. 21, par. 593, recuerda que "en 1992 el Consejo de Seguridad de las NNUU condenó enérgicamente la práctica de la inanición durante el conflicto somalí. No sólo se la consideró contraria al Derecho Internacional Humanitario, sino que el Consejo afirmó asimismo que las personas que la cometieron u ordenaron tal práctica se considerarían individualmente responsables por tales actos". ["...[i]n 1992, the UN Security Council strongly condemned the practices of starvation during the Somali conflict. Not only was starvation considered contrary to international Humanitarian law, but the

PA II[375], está comprendida en el artículo 8(2)(e) del Estatuto de la CPI[376]. Otros ejemplos no incorporados como crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales en el artículo 8(2)(e) del mismo Estatuto son los "castigos colectivos", los "actos de terrorismo", y la "esclavitud y el tráfico de esclavos"[377], todos ellos prohibidos por el artículo 4(2) del PA II[378]. Por último, el artículo 8(2)(e) del Estatuto no comprende ataques que causen un daño civil incidental desproporcionado como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional[379].

La no inclusión de estos crímenes en el artículo 8(2)(e) de dicho Estatuto se debe en parte al hecho de que algunos Estados han sostenido que estos crímenes no han alcanzado aún el nivel del Derecho Consuetudinario Internacional[380]. En particular, los "actos de terrorismo" no se han incluido porque no se ha llegado a un consenso entre los Estados sobre la definición de los actos que constituyen "terrorismo"[381]. Por otra parte, algunos Estados tienden a ver

---

Council also affirmed that persons who committed or ordered such practice would be held individually responsible for such acts."]. Sin embargo, "... la inanición de civiles como método de combate..." no se ha incluido como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional. Véase asimismo Bothe, *supra*, n. 311, p. 420.

375 El Art. 14 del PA II manifiesta que "Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohibe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego".

376 Kress, *supra*, n. 307, p. 134.

377 Kress, *supra*, n. 307, observa sin embargo en la p. 134 que "hasta cierto punto estas formas de conducta están [...] comprendidas [por] el Artículo 8(2)(c)(ii) al (iv) del Estatuto de la CPI" ["[t]o a certain extent these forms of conduct are [...] covered [by] [...] Article 8(2)(c)(ii) to (iv) of the ICC Statute"].

378 El Art. 4(2) de AP II señala que "the following acts [...] are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever: [...] (b) collective punishments; (c) taking of hostages; (d) acts of terrorism; [...] (f) slavery and the slave trade in all their forms;..." ["... los siguientes actos [...] están prohibidos, y lo seguirán estando en cualquier momento y lugar: [...] (b) castigos colectivos; (c) toma de rehenes; (d) actos de terrorismo; [...] (f) esclavitud y tráfico de esclavos en todas sus formas..."]

379 Kress, *supra*, n. 307, p. 135.

380 Véase Zimmermann, *supra*, n. 305, Art. 8, mn. 237; Kress, *supra*, n. 307, p. 134 (la penalización consuetudinaria según el Art. 4(2) del PA II no está enteramente libre de dudas).

381 Boot, *supra*, n. 22, par. 592; véase asimismo Kress, *supra*, n. 307, p. 134 (el crimen de los "actos de terrorismo" en una guerra civil suscita inquietudes en relación con la demanda de la certeza legal [civil war crime of "acts of terrorism" gives rise to concerns with a view to the demands of legal certainty]); Momtaz, *supra*, n. 317, p. 183, señala que "en cuanto a los actos

cualquier limitación de su competencia exclusiva en este campo como una amenaza a su soberanía[382]. Esto explica, asimismo, por qué el artículo 8 del citado Estatuto no tiene, como ya se mencionó, una fórmula de apertura[383].

b.3) Definición de crímenes de guerra

El artículo 8 que venimos analizando contiene 51 diferentes disposiciones con diversos elementos que entran en conflicto con el principio de legalidad, en particular su requisito de certeza (*nullum crimen sine lege certa*). Como se ha dicho antes, el artículo 8 del Estatuto copia básicamente las primeras disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra y en los PA, pero estas medidas no se han redactado con vistas al Derecho Penal[384]. Ésta es la razón principal de que no satisfagan sin más los requisitos del principio de la legalidad. Por motivos de espacio, se darán solamente algunos cuantos ejemplos que son no sólo sumamente controvertidos, sino también de la mayor importancia.

El Artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto penaliza

> Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea.

La norma combina las importantes fracturas contenidas en el artículo 85(3)(b) y (c) del PA I y agrega el daño al ambiente como un elemento específico que se basa en una combinación del artículo 35(3) PA I y el artículo 55 (1) PA I[385]. Si bien la sanción penal del daño ambiental puede

---

de terrorismo [...] podría justificarse que el Estatuto se rehúse a penalizarlos porque existe una carencia de definiciones generalmente aceptadas de tales actos según el Derecho Internacional Público general" ["...[r]egarding acts of terrorism, [...] one could justify the refusal of the Statute to criminalize them by the absence of generallly accepted definitions of such acts under general public international law"].

382 *Idem*. Ver también Boot, *supra*, n. 22, par. 594.

383 *Supra* I, n. 308.

384 *Cf.* Bothe, *supra*, n. 311, pp. 392–3.

385 Véase Hebel y Robinson. "crimes within the jurisdiction of the Court", en Lee (ed.). *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, pp. 79 (111). El Art. 35(3) de PA I indica: "Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños

considerarse un progreso[386], la codificación en conjunto constituye una limitación en comparación con las primeras normas. En lo concerniente al *actus reus*, la responsabilidad penal de acuerdo con el significado del inciso (2)(b)(iv) del Estatuto presupone que la ventaja militar sea "claramente excesiv(a)", tomando en consideración su impacto "general", *i. e.*, no sólo en referencia a la "la ventaja militar concreta y directa prevista" (art. 57(2)(a)(iii) PA I)[387], sino "a la ventaja del ataque considerado en conjunto"[388]. De este modo, el delicado equilibrio de intereses implícitos en la redacción de las primeras normas se modificó en favor de los intereses militares protegidos. La perspectiva militar se torna incluso más importante si uno adopta el punto de vista –en concordancia con el comité establecido por el fiscal del TPIY para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia– de que el proceso mismo de equilibrio debe llevarse a cabo desde la perspectiva de un "comandante militar razonable"[389]. En cuanto al elemento mental, se suscita la pregunta respecto a qué consecuencias acarrearía una evaluación errónea del comandante en lo referente a la proporcionalidad de la ventaja militar. En este caso, el comandante no actuaría con el conocimiento necesario e invocaría la defensa del error (art. 32 Estatuto). Así, debe uno establecer primero si es aplicable la norma sobre error de hecho o error de Derecho.

extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural." El Art. 55(1) señala: "En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población."

386 *Cf.* Bothe, *supra*, n. 311, p. 400.

387 El Art. 57(2)(a)(iii) PA I estipula que "Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: [...]quienes preparen o decidan un ataque deberán: [...]abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista." Véase también Fischer, *supra*, n. 310, p. 90.

388 [...to the advantage anticipated from the attack considered as a whole".] Declaración interpretativo al PA I de GB, citada según Bothe, *supra*, n. 311, p. 399.

389 ["...reasonable military commander".] Véase el *Final Report to the Prosecutor by the Commitee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>, par. 50, citado en Bothe, *supra*, n. 311, p. 399. Sobre el *Report*, véase también Quenivet, *Ind.J. Int'l L.*, núm., 41, 2001, p. 478.

El comandante no se equivocaría en circuns-tancias efectivas o en los llamados elementos descriptivos del *actus reus*, sino con respecto a la evaluación o determinación de sus elementos normativos. La resolución de que la ventaja militar es excesiva y, por consiguiente, no desproporcionada; tocante a los daños causados es un juicio de valor. De esta manera, al aplicar el artículo 32 del Estatuto mencionado, uno se pregunta si esta equivocación o error "niega el elemento mental". Mientras que esto no sucede normalmente con los errores en Derecho, *in casu* los *Elementos* suministran una excepción a la norma general de que un juicio de valor no debe ser hecho por el autor, y exigen "que el autor haga el juicio de valor" descrito en el inciso (2)(b)(iv) del Estatuto[390]. En otras palabras, si el autor hace un juicio de valor erróneo, esto negaría el elemento mental del inciso (2)(b)(iv) del Estatuto, ya que el conocimiento en esta cláusula exige que el autor haga un juicio de valor correcto. Una interpretación independiente de los *Elementòs* calificaría el error sobre la proporcionalidad del ataque como una equivocación respecto de los elementos normativos del *actus reus* (*normativer Tatbestandsirrtum*) y calificarlo como un error irrelevante de subsunción (*Subsumtionsirrtum*)[391]. Si bien este error, por ser irrelevante, no excluye el *actus reus*, puede influir en la culpabilidad del autor por cuanto que la conducta o resultado puede no achacársele, en vista de que él hizo una evaluación equivocada de la proporcionalidad implicada. El problema con esta manera de ver las cosas es que la distinción subyacente entre el elemento mental (el dolo) y la culpabilidad (el reproche) no está reconocida en el Estatuto. Éste último se funda en la distinción canónica clásica entre el lado externo e interno de la comisión de un crimen –*actus non facit reum nisi mens sit rea*[392]– y no incorpora tendencias más contemporáneas del Derecho Penal, especialmente el concepto finalista de un acto humano que llevó a la diferenciación entre el dolo, como parte del *actus reus*, y el reproche, como parte de la culpabilidad (*guilt or culpability*)[393].

390 *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 25.

391 Bothe, *supra*, n. 311, p. 400. Vid. en general Ambos, *supra*, n. 71, p. 788, con n. 167 y pp. 811 y ss.

392 Véase Gao, en Eser y Nishihara (ed.). *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. IV, 1995, 379, p. 383, con más referencias.

393 *Cf.* asimismo la crítica en *supra*, n. 281.

Otro ejemplo es el significado de un tribunal constituido regularmente en el artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto. Ni el artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto ni el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra proporcionan gran orientación sobre qué significan los conceptos de "un tribunal constitudido regularmente" y "las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables". Sin embargo, el texto del encabezado del artículo 6(2) PA II es esencialmente idéntico al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, así como al artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto de la CPI. La importancia del artículo 6(2) PA II, para la interpretación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, se subraya en el Commentario del la Cruz Roja Internacional *(ICRC Commentary) y* del artículo 6 AP II:

> El artículo 6 formula algunos principios de aplicación universal que cualquier cuerpo responsablemente organizado debe, y puede, respetar. Completa y desarrolla el Artículo común 3, párrafo 1, inciso (1)(d), que prohíbe pronunciar sentencias y realizar ejecuciones sin juicio previo dictados por un Tribunal constituido y debidamente auto-rizado, al mismo tiempo porque suministra regularmente, proveyendo de todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados. Esta misma norma requirió clarificación para fortalecer la prohibición de la justicia sumaria y de las condenas sin proceso, que actualmente ya tienen cubierta. El Artículo 6 reitera los principios contenidos en la Tercera y Cuarta Convenciones, y en lo que resta está basado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el Artículo 15, del que no se permite ninguna derogación, incluso en el caso de una emergencia pública que ponga en riesgo la vida del país[394].

394 ["Article 6 lays down some principles of universal application which every responsibly organized body must, and can, respect. It supplements and develops common Article 3, paragraph 1, sub-paragraph (1)(d), which prohibits the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. This very general rule required clarification to strengthen the prohibition of summary justice and of convictions without trial, which it already covers. Article 6 reiterates the principles contained in the Third and Fourth Conventions, and for the rest is largely based on the International Covenant on Civil and Political Rights, particularly Article 15, from which no derogation is permitted, even in the case of a public emergency threatening the life of the nation."] Comisión Preparatoria para la CPI, PCNICC/99/WGEC/INF.2, p. 91.

Puesto que el Estatuto ha conservado al pie de la letra la terminología del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, también los grupos armados disidentes están comprometidos a establecer "un Tribunal constituido regularmente" antes que se dicte sentencia. De esta forma, están prohibidos los Tribunales especiales instituidos sobre un fundamento *ad hod* por los grupos rebeldes. La independencia y la imparcialidad son los rasgos principales de un "Tribunal constituido regularmente". (*Cf.* art. 14(1) ICCPR, 6(1) CEDH, 8(1) CADH)[395]. Al determinar si un organismo puede considerarse independiente, el Tribunal tiene en cuenta la manera como se nombra a sus miembros y el tiempo que duran en sus cargos, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si un organísmo tiene la apariencia de ser independiente. El Tribunal es imparcial cuando los jueces se colocan por encima de las partes, fallan sin dejarse influir por razones personales y de manera objetiva y atienden solamente a su mejor conocimiento y conciencia óptimos. La imparcialidad significa igualmente falta de prejuicios y sesgos[396].

En conclusión, puede mensionarse el artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto, que se refiere a "las garantías *judiciales generalmente reconocidas como indispensables"*. Estas últimas, que se proporcionarán según el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra sólo se describen con la formulación "que los pueblos civilizados reconocen en general como indispensables" (*which are recognized as indispensable*

395 Ibid., p. 92.

396 Ibid., p. 94. Véase asimismo juicios del tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo al Art. 6 del Convenio Europeo prar la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, e.g., *Case of Kamasasinski vs. Austria*, Judgement of 19 December 1989(9/1988/153/207), pars,61 y 96; *Case of Kremsow vs. Austria*, Judgement of 21 September 1993(29/1992/374/445), pars. 43 y ss; *Case of Remli vs. France*, Judgement of 23 April 1996(4/1995/510/593), pars. 24,28 y ss, 44 y 48; *Case of Ferrantelli and Santangelo vs. Italy*, Judgement of 7 August 1996 (48/1995/554/640), pars. 37 y 54; *Case of Gregory vs. The United Kingdom*, Judgement of 25 February 1997 (111/1995/617/707), pars. 35, 38 y 49.

by civilized peoples)[397]. Con objeto de determinar las necesarias garantías judiciales, que en general se reconocen, las garantías judiciales particulares según el artículo 6 de PA II pueden servir de base para la interpretación. Tal como se indica con la expresión "en particular" a la cabeza de la lista, es ilustrativo que "sólo se enumeren criterios reconocidos universalmente"[398].

397Ibíd, *supra*, n. 394, p. 97.
398Ibíd.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto? *

Prof. Dr. Kai Ambos

Resumen

Este artículo analiza si el procedimiento penal internacional es "adversarial", "inquisitivo" o mixto. Examina las leyes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; en lo sucesivo, TPIY) y de la Corte Penal Internacional (CPI), incluyendo los precedentes pertinentes. Tales leyes se han desarrollado a partir de un procedimiento adversarial hasta llegar a la creación de uno verdaderamente mixto, gracias a las diversas enmiendas a las *Rules of Procedure and Evidence* (Normas de Procedimiento y de Prueba [NPP]) y al anteproyecto del

* Traducción de Marta Donís y revisión por Rodrigo Aldoney Ramírez. Versión revisada y ampliada de una ponencia presentada en el Coloquio Internacional del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (IMP) "Criminal Justice between Due Process and Crime Control", 1ª sesión "Overview of different types of procedure", Castillo Ringberg (Tegernsee, Baviera), del 8 al 11 de mayo de 2002. Estoy en deuda, por sus inapreciables comentarios, con el Dr. Carl Friedrich Stuckenberg (Universidad de Bonn, Alemania Federal), con el Dr. Michael Bohlander (Tribunal de Apelaciones de Jena, Alemania Federal) y con el Prof. Richard Vogler (Universidad de Sussex, Reino Unido). Agradezco a Tobias Wenning, investigador asociado del IMP, por verificar las referencias a pie de página.

Estatuto de Roma, en el que se han fusionado elementos del Derecho de tradición civil y del Common Law en un solo procedimiento internacional. Ya no es importante determinar si una norma es "adversarial" o "inquisitiva", sino si ayuda a los Tribunales a cumplir con su cometido y si observa los criterios fundamentales de un proceso justo. En cuanto a su eficiente supervisión, un Grupo de Expertos de Naciones Unidas invitó a los jueces a desempeñar un papel más activo, en particular con respecto a la conducción del procedimiento y a la recolección de pruebas. En este contexto, se propone que un Derecho de tradición civil, semejante a un procedimiento dirigido por los Jueces, puede evitar demoras generadas en el libre intercambio de las partes. Sin embargo, el funcionamiento fluido de un sistema judicial depende, en última instancia, de sus actores, en virtud de que las normas procesales suministran solamente un marco general. Un procedimiento verdaderamente mixto requiere de fiscales, abogados defensores y jueces que conozcan tanto el Common Law como el de tradición civil y que sean capaces de ver más allá de sus propios sistemas jurídicos.

Observaciones preliminares

Mientras que el Estatuto del TPIY, al igual que el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés; en lo sucesivo, TPIR), sólo está integrado por unas cuantas disposiciones más bien generales de Derecho Procesal y su "código procesal" se fundamenta en las "*Rules of Procedure and Evidence*" ("Normas de Procedimiento y de Prueba"; en lo sucesivo, "Reglas")[1] creado jurisprudencialmente, el "Código" de la CPI está contenido en el tratado internacional adoptado en Roma en 1998 (a partir de aquí: "Roma" o "Estatuto de la CPI")[2] y ha recibido una gran influencia de las leyes y la práctica de los Tribunales

1 Normas de Procedimiento y Prueba, según las enmiendas al TPIY del 11 y 12 de julio de 2002, IT/32/Rev. 24, www.un.org/icty/basic.htm. La última enmienda de la Reglas es del 17 de julio de 2003 = IT/32/Rev.28.

2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN-Doc. A/CONF, 183/9, de acuerdo con las correcciones del procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998 y de 12 de julio de 1999, www.un.org.law/icc

Ad Hoc. Las Normas de la CPI, finalmente acordadas por la Comisión Preparatoria en noviembre de 2000[3] y aceptadas formalmente por la primera Asamblea de Estados Partes en septiembre de 2002 (art. 112 del Estatuto de la CPI), sirven no sólo como una clarificación, sino como un complemento de la estructura procesal establecida en este último Estatuto (art. 51). Después habrá un tercer instrumento, a saber, las Regulaciones que el propio Tribunal adoptará (art. 52 del Estatuto). Resulta innecesario decir cuán difícil fue desembrollar estos tres conjuntos de preceptos en las negociaciones que desembocaron en el Estatuto de Roma[4]. De esta manera, la diferencia principal entre el TPIY y la CPI radica en que sólo el primero ha aplicado hasta ahora sus Normas en la práctica y puede, por consiguiente, suministrarnos una guía más concreta y precisa tocante a qué modelo, si lo hay, ha de preferirse en el ámbito internacional[5].

Antes de ocuparse del análisis del TPIY y de las normas de la CPI para responder a la pregunta formulada al principio, es necesario hacer una "aclaración terminológica"[6]. El término inglés "inquisitorial" (inquisitorio), como normalmente lo utilizan los abogados formados en el Common Law para describir los sistemas jurídicos "civiles" de la Europa continental, es bastante desafortunado, ya que recuerda las épocas más oscuras de la Edad Media, cuando la persecución penal y la sentencia de un caso se concentraban en una institución, el juez como activo investigador

3 Reporte de la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Intenracional, , Addendum, parte I, Borrador final de las Normas de Procedimiento y Prueba (PCNICC/2000/1/Add. 1, 2.11.2000); www.un.org.law/icc.

4 A fin de tener una idea de la dificultad de las negociaciones para deslindar el Estatuto, las Normas y las Regulaciones del Tribunal, véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Process of Negotiation*, en LEE (ed.). *The ICC. The Making of the Rome Statute...*, 1999, pp. 217-227, pp. 224-226.

5 Para conocer la práctica de los Tribunales de la segunda posguerra mundial, véase MAY y WIERDA, *Trends in international criminal Evidence: Nuremberg, Tokio, La Haya y Arusha*, en *Col. J. of Transnational Law*, núm. 37, 1999, pp. 725-764; WALLACK, *The Procedural and Evidentiary Rules of the Post-World War II War Crimes Trials...*, en ibid., pp. 851-882.

6 Este punto se trató asimismo durante la discusión en el coloquio citado. Véase ESER/ RABENSTEIN (eds.). *Strafjustiz im Spannungsfeld von Fairness und Effizienz konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozeßrecht*, Internationales Kolloquium auf Schloss Ringberg, del 8 al 11 de mayo de 2002 (a publicarse en 2003).

(*inquisitio*: averiguación, indagatoria), mientras que el procedimiento se llevaba exclusivamente por escrito y en secreto y la tortura era un medio legítimo para obtener confesiones[7]. Desde la perspectiva de un historiador del Derecho, la expresión "procedimiento inquisitivo" se reserva en general para el tipo de procedimiento disciplinario, y asimismo penal, instituido por el papa Inocencio III en el siglo XIII, que después dio lugar tanto al Derecho canónico como al Derecho secular y perduró hasta bien entrado el siglo XIX[8]. La connotación despectiva del vocablo "inquisitorial" proviene, no tanto de los abusos y excesos posteriores del procedimiento regular de igual calificativo, sino más bien de su analogía terminológica con el tipo de procedimiento sumario e irregular utilizado para la persecución de herejes (*inquisitio haereticae pravitatis*) en el continente europeo, especialmente durante el apogeo del "Oficio de la Santa Inquisición", mientras que los abogados practicantes del Common Law tienden a pensar en los infames procesos políticos del *Star Chamber*[9]. Sin embargo, el procedimiento inquisitivo, en el sentido de la *inquisitio*, fue de hecho abandonado durante la Revolución Francesa (1789) y durante el Procedimiento Penal Alemán Reformado (*Reformiertes Strafverfahren*), establecido después de la "revolución" alemana de 1848[10]. Como consecuencia de ello, los procedimientos "inquisitivos" contemporáneos se caracterizan por separar responsabilidades por la fase de investigación o previa al juicio dirigida por la fiscalía acusadora y/o el *juge d'instruction* (juez de instrucción) y por el juicio mismo dirigido por un juez de primera instancia o por un tribunal. En este sentido, uno puede incluso decir

7 Sobre este significado tradicional, véase SAFFERLING, C, *Towards an international criminal Procedure*, 2001, pp. 6-7; TULKENS, F., *Criminal procedure: main comparable features...*, en DELMAS MARTY (ed.). *The criminal Process and human Rights*, núm. 5, 1995, pp. 8-9.

8 Aunque su verdadero origen no queda claro. *Cfr.* SCHULZ, L., *Normiertes Misstrauen*, 2001, pp. 49 y ss. Existe una relación histórica en DAMASKA, *Tivo Faces of Justice and State Authority*, 1986, p. 3.

9 Sobre la (inquisición) inglesa, véase BÖSE, M. Die verfassungrechtlichen Grundlagen des Satzes '*Nemo tenetur se ipsum accusare*', en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), núm. 149, 2002, pp. 98,108 y ss. (El *Star Chamber*, Tribunal inglés que operaba en Westminster, fue establecido formalmente por Enrique VII en 1487. Podía imponer cualquier castigo con excepción de la muerte. Sus juicios eran sumarios y a menudo inicuos, sus castigos arbitrarios y crueles. Fue abolido por el Parlamento en 1641)

10 *Cfr.* SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 8-9; BÖSE, M., *supra* n. 9, pp. 113 y ss.

que tanto el sistema adversarial como el "inquisitorial" son ambos inquisitivos, puesto que el Estado, en el sentido de la policía y la fiscalía[11], inician y dirigen el proceso en la fase previa al juicio. De igual forma, ambos sistemas son "acusatorios", porque la persecución penal y la "acusación" están en manos de una institución diferente del juez encargado de la fase previa al juicio (la fiscalía o el *juge d'instruction*)[12]. El significado original del *processus per accusationem*, como causa iniciada por un ciudadano privado[13], ya no es válido. Así, es engañoso llamar "acusatorio" *únicamente* al sistema adversarial[14], ya que ello implica que el proceso de tradición civil actual no actúa de forma acusatoria a través de una autoridad encargado de la persecución penal. En resumen, la división entre inquisitivo-adversarial solamente tiene significado, si es que lo tiene, en términos históricos, prerrevo-lucionarios[15]. Actualmente el procedimiento penal está regido por los principios de oralidad e inmediación. En otras palabras, el único elemento que podría explicar el término "inquisitivo", para este tipo de procedimiento, es su naturaleza de ir tras la verdad. En tanto que en el sistema adversarial tal búsqueda de la verdad (procesal) está, si acaso, en manos de las partes y en consecuencia su conflicto se encuentra en el centro de los procedimientos ("enfoque de los dos casos"), en un sistema "inquisitivo" la responsabilidad recae en los organismos estatales a cargo de la persecución penal ("enfoque de un solo caso")[16].

11 *Cfr.* SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 55.

12 Efectivamente con el Procedimiento Penal Alemán Reformado se introdujo el procedimiento acusatorio o *Angklageprozeß* (Art. X, § 179, de la Constitución de Francfort del Reich de 1848). Véase al respecto BÖSE, *supra* n. 9, pp. 113 y ss. (115); para una diferenciación correcta consúltese asimismo KREß, *Witnesses in proceedings before the ICC...*, en FISCHER, KREß y LÜDER (eds.). *International and national Prosecution of Crimes under international Law*, 2001, pp. 309-383, p. 308, n. 1.

13 DAMASKA, *supra* n. 8, p. 3.

14 Sin embargo, así lo utiliza ROBINSON, *Ensuring fair and expeditious trials at the ICTY*, en *EJIL*, núm. 11, 2000, pp. 569-589 y p. 574; ORIE, *Accusatorial vs. inquisitorial approach in international criminal proceedings...*, en CASSESE, GAETA y JONES (eds.). *The Rome Statute...*, 3 vols., 2002, pp. 1439-1495, p. 1440.

15 Véase en tal sentido el estudio clásico de MERRYMAN, J.H. *The civil law tradition*, 1969, pp. 134 y ss.; también parece emplearlo de igual modo AMANN, D.M. *Harmonic convergence? Constitutional criminal procedure in an international context*, en *Indiana law Journal*, núm. 75, 2000, pp. 809-873, pp. 816-817.

16 Para obtener una buena explicación de los rasgos principales véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1443 y ss.

En este sentido, el modelo de tradición jurídico civil puede describirse de una forma más precisa como "dirigido por un juez" (*instruktorisch*) o, si seguimos el enfoque más estructuralista de DAMASKA, como "jerárquico", mientras que el modelo del Common Law es "adversarial", en la medida en que la fiscalía y la defensa son "adversarios", o bien es "coordinado"[17]. Otro término engañoso es el de procedimiento "angloamericano", pues parece implicar que existe un procedimiento penal *común* para Gran Bretaña y Estados Unidos, cuando de hecho los procedimientos "británicos" (ingleses, escoceses e irlandeses) difieren entre sí, así como en relación con los estadounidenses, que a su vez son distintos en los diversos estados de la Unión. En todo caso, es aún peor atribuir un significado incorrecto o inadecuado a un vocablo que usarlo de manera engañosa. Por desgracia, esto ocurre con mucha frecuencia entre los juristas del Common Law, quienes a veces escriben sobre el Derecho de tradición civil apoyándose exclusivamente en fuentes del Common Law[18] y toman el modelo francés del Juez instructor como el único modelo del Derecho de tradición civil[19], si bien debiera, al menos, distinguirse entre este modelo y el acusatorio (de origen alemán)[20]. Si se mira más de cerca la diversidad de los sistemas de justicia penal en la Europa de la Unión Europea y, con mayor razón, del Consejo Europeo, de ninguna manera pueden darse automáticamente por supuestas la armonización y la convergencia[21]. Con todas estas reservas, los términos "adversarial" e

17 DAMASKA, *supra* n. 8, pp. 16 y ss.

18 Un ejemplo reciente representa MAY/WIERDA, *supra* n. 5, p. 727, quienes utilizan no sólo la dicotomía clásica (adversarial) e (inquisitivo), sino que también afirman, por ejemplo, y de forma incorrecta, que en el sistema del Derecho de tradición Civil el alcance de la prueba no queda restringido, invocando como referencia un artículo del *Am.J.Crim.L.*; sin embargo, véase el § 245, par. 2, del StPO [Ordenanza Procesal Penal, N.T.] Alemán, según el cual el juez que preside puede rechazar las mociones probatorias por diversas razones.

19 A manera de ejemplo, consúltese a ROBINSON, *supra* n. 14, p. 575, quien, aparentemente, sólo conoce el sistema francés, al decir que "en el sistema inquisitivo hay un juez investigador". Excepciones como la de RICHARD VOGLER confirman la regla. Véase su excelente estudio sobre el procedimiento francés en HATCHARD, HUBER y VOGLER (eds.). *Comparative criminal Procedure*, 1996.

20 Para más detalles véase AMBOS, *The status, role and accountability of the prosecutor of the ICC*, en *Eur. J. Crime Cr. L.Cr. J.*, núm. 8, 2000, pp. 89-90.

21 Sin embargo, ésta es la impresión creada por AMANN, *supra* n. 15, pp. 810, 825 y ss., cuando habla de la "integración europea en la vanguardia de la convergencia".

"inquisitivo" se utilizarán aquí sólo en el sentido general descrito, con objeto de reflejar la división aún existente entre el Common Law y el Derecho de tradición civil[22]. Después de todo, sigue siendo cierto que la "tipología llega a ser embarazosa y difícil de emplear como instrumento de análisis"[23] cuando hablamos de problemas procesales concretos y de normas específicas.

Regresando a nuestro asunto, hoy en día existe un acuerdo general de que el procedimiento anterior al TPIY y a la CPI es mixto, puesto que contiene elementos estructurales o bloques de construcción de los sistemas "adversarial" e "inquisitivo"[24]. No obstante, no debe pasarse por alto que únicamente las tendencias recientes han fortalecido los elementos del Derecho de tradición Civil en el procedimiento penal internacional. Originalmente, las leyes de los Tribunales *Ad Hoc* fueron redactadas por juristas del Common Law y el Anteproyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional para una CPI[25] estipulaba un procedimiento

22 Aparentemente en un mismo sentido ORIE, *supra* n. 14, pp. 1440 y ss., con varias referencias.

23 DAMASKA, *supra* n. 8, p. 5.

24 Para el TPIY y el TPIR, véase DIXON, R. *Developing international rules of evidence for the Yugoslav and Rwanda tribunals*, en *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* núm. 7, 1997, pp. 81 y 83; VOHRAH, L.C. *Vol. I Commentary*, en McDONALD y SWAAK-GOLDMANN, *Substantive and procedural Aspects of international criminal Law*, 2000, pp. 479-545, p. 545; McDONALD, en *ibid.*, pp. 547-622, p. 558; OBOTE-ODORA, *Drafting of indictments for the ICTR, CLF*, núm. 12, 2001, pp. 335-358 (335); MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 735; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1463 y ss. (1464, 1492); MARCHESIELLO, *Proceedings before the pre-trial Chamber*, en ibid., pp. 1231-1246, p. 1233; TERRIER, Powers *of the Trial Chamber*, en ibid., pp. 1259-1276, p. 1271; *id., Procedure before the trial Chamber*, en ibid., pp. 1277-1318, p. 1296; WLADIMIROFF, *Challenges for defence lawyers taking cases for an international tribunal, Verteidigung vor den internationalen Strafgerichtshöfen*", ponencia presentada en el 53° Deutscher Anwaltstag, del 9 al 11 de mayo de 2002, p. 2; SAFFERLING no es muy claro al respecto cuando analiza el papel de los diferentes actores en *supra* n. 7, pp. 218-219, 223. En cuanto a la CPI, véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI. *The Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence*, en Lee (ed.). *ICC. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, 235-257, p. 251; FRIMAN. *The Rules of procedure and evidence in the investigative stage*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 191-217, pp. 214, 217; HARHOFF, en ibid., pp. 645-660, p. 650; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1475 y ss. (1493-1494); ESER, *Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof...*, Festschrift Spinellis, Atenas, 2001, pp. 339-369, p. 365.

25 Reporte de la ILC en su 46a. sesión, Estatuto borrador para una CPI, 2 de mayo de 1994-22 de julio de 1994, GA, 49ª sesión, sup. núm. 10, UN-Doc. A/49/10.

adversarial[26]. Pese a que una de las Cámaras del TPIY declaró en 1996 que el procedimiento anterior a este Tribunal desarrolló una "amalgama única de características del 'Common Law' y del de tradición Civil" y "no se apega estrictamente al procedimiento del Derecho de tradición Civil o del Common Law"[27], en aquella etapa la práctica de los tribunales adoptó todavía una perspectiva en gran parte adversarial[28]. En consecuencia, el *1999* Informe de Expertos comprobó que el sistema adversarial "se reflejaba extensamente en los Estatutos"[29]. Sólo con las diversas enmiendas de las Normas del TPIY –la última revisión (la número 24) data del 24 de agosto de 2002– el procedimiento, en buena

26 *Cfr.* BITTI, *Two bones of contention between civil and common law: the record of the proceedings and the treatment of concursus delictorum*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 273-288, p. 273; TOCHILOVSKY, *Legal systems and cultures in the ICC: the experience from the ICTY*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 627-644, pp. 628-629; GUARIGLIA, *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* n. 4, pp. 227-238, p. 234.

27 *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Defence Motion on Hearsay, 5 de agosto de 1996 (IT-94-1-T), par. 14, reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.). *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. I, 1999, p. 193 (196). De igual forma, *Prosecutor vs Delalic et al.*, Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the accused Esad Landzo, 1 de mayo de 1997 (IT-96-21-T), par. 15: una "amalgama de elementos tanto del 'Common Law' como del Derecho de tradición Civil que la hace sui generis".

28 Véase *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, 27 de noviembre de 1996 (IT-94-1-T), con opinión particular del Juez Stephen "el procedimiento del Tribunal Internacional es, en cuanto a su carácter, esencialmente adversarial..."; el Juez Vohrah coincide con la misma. *Cfr.* asimismo CASSESE, *First annual report of the ICTY, Yb 1994*, p. 99; MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 737: "en esencia son aplicables los principios adversariales y los del 'Common Law'" (en lo referente a la presentación de pruebas), véase también la p. 739; VOHRAH, *supra* n. 24, p. 526: "en gran mediada de naturaleza adversarial"; BOAS, *Admissibility of evidence under the RPE of the ICTY: Development of the 'flexibility principle'*, en MAY *et al.* (eds.). *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk Mc Donald*, 2001, pp. 263-274, p. 266; GUARIGLIA. *The Rules of Procedure and Evidence for the ICC*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1111-1133 (en la p. 1112 se refiere a la versión inicial de las NPP); ORIE, *supra* n. 14, pp. 1463-1464; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1267; BOHLANDER, *Anspruch und Wirklichkeit...*, en HAEDRICH y EICHENHOFER (eds.). *Staatswissenschaften im Dialog - Schillerhausgespräche*, 2000/2001, Berlín, 2002, obra en la que el autor demuestra que las fuentes del "Common Law" se citan más del doble de veces en los precedentes que las fuentes del Derecho de tradición Civil. Respecto de Nuremberg y Tokio, que fueron incluso más adversariales, véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1456 y ss, p. 1492.

29 Report of the Expert Group to conduct a Review of the effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, 22 de noviembre de 1999, UN Doc. A/54/634, par. 67; véase asimismo par. 82: "que refleja el sistema adversarial del 'Common Law' ...".

medida inspirado por el Informe mencionado[30], evolucionó hacia uno mixto, de modo que en la actualidad puede hablarse justificadamente de un modelo *sui generis*[31]. En cuanto a la CPI, el inicio de las deliberaciones del Comité Preparatorio de 1995 estuvo dominado por el Common Law a tal grado que el delegado francés Gilbert Bitti resolvió "advertir" a su gobierno "que era necesario reaccionar enérgicamente a fin de evitar un sistema puro de 'Common Law'"[32]. Aun cuando no falta quien califique lo anterior como una (típica) exageración de los franceses, a quienes por cierto han acusado de retrasar las negociaciones[33], lo cierto es que el llamado "Anteproyecto Francés" presentado en 1996[34] fue decisivo para suscitar un verdadero debate entre el Common Law y el Derecho de tradición Civil, que finalmente llevó a la convergencia de ambos sistemas en el Estatuto de la CPI y las Reglas[35]. Miremos ahora más de cerca las leyes y la práctica del TPIY y de la CPI en lo concerniente a las etapas procesales del procedimiento internacional, vale decir, la investigación, la fase previa al juicio y la fase de juicio[36].

30 En el que se pedía que los Jueces "intervinieran mucho más", *supra* n. 29, pars. 75-78 y la recomendación 9. En el "Report on the Operation of the ICTY", presentado por el Juez Jorda en representación de todos los Jueces el 12 de mayo de 2000, se declara que "el Tribunal demostró su determinación de hacer uso de todas las recomendaciones..." (introducción, trasfondo).

31 De modo parecido se expresa ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 569, 588 y *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra* n. 27.

32 BITTI, *supra* n. 26, p. 274. Sobre la historia del anteproyecto véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, pp. 217 y ss.

33 BITTI, *supra* n. 26, p. 274; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, p. 221, que expresa que la existencia del Anteproyecto Francés alternativo "hizo extremadamente difíciles las discusiones".

34 UN Doc A/AC.249/L.3 (1996).

35 Incluso FERNÁNDEZ DE GURMENDI, presidenta argentina del grupo de trabajo sobre Cuestiones Procesales y bastante crítica respecto del Anteproyecto Francés (*supra* n. 33), admite que sólo hacia fines de 1997, es decir, más de un año después que se presentó el anteproyecto, los delegados "habían terminado por aceptar que los procedimientos futuros de la Corte no reflejarían, ni podrían hacerlo, las opiniones nacionales particulares, sino que debían ser híbridos" (*supra* n. 4, p. 220). Véase también a KREß en GRÜTZNER, PÖTZ y KREß. *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2ª edición de hojas insertables, vol. 4, entrega 56, Barcelona, 2002, III 26, mn. 95.

36 Para esta misma (triple) distinción, consúltese SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 54, 172, 207; véase asimismo la estructura del Comentario editado por CASSESE *et al.*, *supra* n. 14, pp. 1111 y ss. (sección 6).

I. La fase de la investigación

En ambos Tribunales la *Oficina de la Acción Penal*, supuestamente fuerte e independiente, inicia y dirige la investigación. El Fiscal determina si hay un caso *prima facie*[37] que requiera una investigación ulterior. Puede simplemente llevar a cabo medidas de investigación que no infrinjan los derechos individuales, como citar e interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, así como "recabar" cualquier otra prueba (art. 18 (2) del TPIY, Norma 39 (i); art. 54 (3) del Estatuto de la CPI). No obstante, requiere autorización judicial para aplicar medidas coercitivas, como arrestar a un sospechoso (Normas 54 y ss; art. 57 (3) del Estatuto de la CPI). La primera diferencia importante entre el TPIY y la CPI tiene que ver con los límites y el tiempo de control y de supervisión del Fiscal. Mientras que el del TPIY decide de manera formalmente independiente si archiva un sumario o deja un caso y sólo se encuentra sujeto a una "revisión" subsecuente del sumario (arts. 18 (4) y 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), en el caso de la CPI el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender una investigación por un período (renovable) de doce meses (art. 16 del Estatuto de la CPI) y la Sala de Cuestiones Preliminares interviene cuando el Fiscal decide si existe o no un "fundamento razonable" para iniciar el procedimiento, vale decir mucho antes que se redacte la acusación formal (arts. 15 (3) y 53 del Estatuto de la CPI)[38]. Sin embargo, lo que puede concluirse de esta diferencia en lo referente a nuestro asunto es muy poco, si es que puede sacarse algo en limpio. La injerencia judicial, antes que acaso pueda redactarse una acusación formal, se opone tanto a los métodos procesales adversariales como a los inquisitivos, en virtud

37 Sobre este criterio véase el excelente análisis comparativo de HUNT, *The meaning of a "prima facie case" for the purposes of confirmation*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 137-149; asimismo VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 491-492; TURONE, *Powers and duties of the prosecutor*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, p. 1173.

38 Crit. BERGSMO, CISSÉ y STAKER, en ARBOUR, ESER, AMBOS y SANDERS (eds.). *The Prosecutor of a Permanent ICC*, 2000, p. 121, p. 142; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 81, 177; TURONE, *supra* n. 37, p. 1160. Sobre la relación entre los Arts. 15 y 53 del Estatuto de la CPI, véase FRIMAN. *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* n. 24, pp. 494-96; *id.*, *supra* n. 24, pp. 193-194; TURONE, *op. cit.*, pp. 1147 y ss. Extenso sobre la historia de la negociación de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, GURIGLIA, *supra* n. 26, pp. 233 y ss.

de que ambos modelos dejan que el Fiscal adopte él solo esta medida[39]. Es evidentemente incorrecto considerar que el fiscal del TPIY y de la CPI, tan fuerte e independiente, es una expresión del sistema del Common Law, en vista de que la creación de una autoridad de persecución penal responsable de la investigación fue uno de los grandes logros de la reforma "acusatoria"[40] al antiguo sistema inquisitivo. Alguien podría, sin embargo, sostener que, en conjunto, la idea del control o la supervisión judicial previa al proceso respecto del Fiscal, a título de una especie de procedimiento intermedio y de una Sala de Cuestiones Preliminares, es una mezcla de las influencias francesa y alemana y que, como tal, representa una "clara característica inquisitiva" de la fase de antejuicio ante la CPI[41]. Efectivamente, durante las negociaciones los delegados del Common Law de los países "de pensamiento similar" (proclives a la CPI) consideraron que cualquier intervención judicial en el curso de la investigación, exceptuando la emisión de órdenes de arresto y otras actividades semejantes, podría comprometer la independencia del Fiscal[42]; pero muy pronto tuvieron que percatarse de que la opción propuesta por países hostiles a la idea de un Fiscal independiente implicaba el control político por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir, por cinco Estados, dos de los cuales son hostiles (EE.UU y China) y otro que, en el mejor de los casos, es neutral (Rusia) a la idea de una Corte Penal Internacional[43]. Así, finalmente el grupo con intereses afines se sintió obligado a respaldar en conjunto la existencia de

39 Desde una perspectiva comparada, confróntese ARBOUR *et al.*, *supra* n. 38; AMBOS, *supra* n. 20, 89 y ss.

40 Para el significado correcto de este término, véase *supra* n. 12 y ss (y el texto).

41 FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; asimismo *id.*, *supra* n. 24, p. 192; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, p. 223: *Propuestas del Derecho de tradición Civil*; GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 228; SADAT y CARDEN, *The new ICC: an uneasy revolution*, en *Georgetown Law Journal*, núm. 88, 2000, p. 381, p. 399; TURON, p. 1157; KREß, *supra* n. 35, nn. 108.

42 *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 228.

43 La hostilidad del Consejo de Seguridad hacia la CPI quedó demostrada recientemente por la Resolución 1422 (2002) que, reinterpretando el Art. 16 del Estatuto de la Corte, concede una inmunidad renovable a los "ex funcionarios o al personal de un ... Estado no Parte del Estatuto de Roma respecto de actos u omisiones relacionados con una operación establecida o autorizada por Naciones Unidas ... por un periodo de doce meses a partir del 1 de julio de 2002". He comentado lo anterior en el periódico alemán Süddeutsche Zeitung de 16 de julio de 2002, p. 13 (la versión en inglés puede encontrarse en <www.germanlawjournal.com>, publicada en octubre de 2002).

un Fiscal independiente sujeto al control judicial, con lo que se dejó atrás la división entre el Derecho de tradición civil y el Common Law. En este contexto, es interesante observar que la decisión de Estados Unidos de notificar al Secretario General de las Naciones Unidas que su país ya no se siente ligado a la firma de la administración Clinton (para "desfirmar" el tratado de la CPI) la justificó aduciendo, entre otras razones, que el Estatuto de Roma contempla "un sistema de persecución penal que es un poder carente de control"[44]. Acabamos de ver que lo contrario es verdad, por lo que resulta deprimente advertir a qué grado la administración estadounidense actual está dispuesta oscurecer la verdad en sus intentos por desacreditar a la CPI.

Regresemos a las funciones del Fiscal. Su imparcialidad, la obligación de establecer la verdad y presentar pruebas no sólo acusatorias sino también exculpatorias, explícitamente reconocidas por una Cámara del TPIY[45] y en los artículos 54 (1) (a) y 67 (2) del Estatuto de la CPI, pueden tenerse por un rasgo característico del procedimiento del Derecho de tradición civil[46]. Aun cuando también en el sistema adversarial se exija al fiscal que se adhiera a los principios de verdad y objetividad[47], el sistema del Derecho de tradición civil es estructuralmente diferente por cuanto no opera en función de un caso de persecución y defensa y, por lo

44 GROSSMAN, Marc, *Under Secretary for Political Affairs (Subsecretario de Asuntos Políticos), "American foreign policy and the International Criminal Court", Remarks to the Center for Strategic and International Studies*, Washington, DC, 6 de mayo de 2002: "El Estatuto de Roma crea un sistema de persecución penal con poderes sin control". Véase también Statement of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld ante el Senate Appropriations Committe Defense Subcomité de 21 de mayo de 2002: "falta de controles y equilibrios adecuados en los poderes del fiscal de la CPI y (¡*sic*!) de los Jueces..."

45 *Prosecutor vs. Kupreskic*, Decision on Communications between the Parties and their Witnesses, 21 de septiembre de 1998 (IT 95-16-T): "...el Fiscal del Tribunal no es parte - o no lo es solamente - de los procedimientos adversariales, sino un órgano del Tribunal y un órgano de la justicia penal internacional cuyo objetivo es, además de afirmar una convicción, presentar el caso a la parte acusadora, lo que incluye tanto pruebas inculpatorias como exculpatorias, con objeto de ayudar a la Cámara a descubrir la verdad en un ámbito judicial...".

46 Para obtener una visión general véase ZAPPALÀ, *The rights of the accused*, en CASSESE *et al.*, *supra* n. 14, 1359-1354, pp. 1352-1353; crítico desde una perspectiva práctica KAY/ SWART, *The role of the defence*, en CASSESE *et al.*. (eds), *op. cit.*, p. 1425.

47 SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 221-222.

tanto, el Fiscal se considera como un agente independiente más que como parte[48]. Por otro lado, él tiene una amplia facultad discrecional en lo tocante a la decisión de iniciar una investigación que, en última instancia, depende de "los intereses de la justicia" (arts. 53 (1) (c) y 2 (c) del Estatuto de la CPI)[49] e incluso puede entablar convenios con Estados, organizaciones intergubernamentales o personas privadas con vista a su cooperación (art. 54 (3) (d))[50]. Para los abogados de tradición civil, estas formulaciones muestran similitudes inquietantes con el acuerdo de la reducción de la pena entre acusado y Fiscal[51], es decir, una característica clásica del Common Law.

II. La fase de antejuicio

Aun cuando ni el procedimiento del TPIY ni el de la CPI tienen en cuenta una separación formal entre la fase de investigación y la de antejuicio, es posible trazar una línea divisoria entre la presentación del *indictment* (acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal) (TPIY) y los cargos formulados por la Fiscalía (CPI). En este momento termina la investigación y comienza la fase de antejuicio[52]. Aquí descubrimos nuevamente importantes diferencias entre ambos Tribunales. Mientras que la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal del TPIY está sólo sujeta al ya mencionado

48 Véase asimismo FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; *id.*, *supra* n. 24, p. 195; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 637; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 79, 86.

49 La referencia a los "intereses de la justicia" puede encontrarse asimismo en otras normas; por ejemplo, en las 71 y 5 (A) del TPIY. *Crit.* TURONE, *supra* n. 37, pp. 1173 y ss; FOURMY, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1207-1230, pp. 1217-1218.

50 Crit. TURONE, *supra* n. 37, pp. 1169-1170.

51 FRIMAN, *supra* n. 24, p. 201.

52 Según VOHRAH, *supra* n. 24, p. 485, esta fase sólo comienza con la confirmación del Juez de la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del Fiscal (y termina con la presentación de las pruebas en el proceso por el Fiscal enel juicio). Esto significaría, sin embargo, que el tiempo entre la presentación de tal acusación formal y la confirmación judicial pertenecerían a la fase de investigación, aunque normalmente la Fiscalia sólo estaría a la espera de la resolución judicial durante el lapso indicado. En todo caso, ésta es solamente una cuestión formal sin implicaciones materiales. Para la fase de antejuicio, véase MARCHESIELLO, quien aborda el asunto desde una perspectiva comparada, *supra* n. 24, pp. 1231 y ss., y traza una línea divisoria con la primera aparición del acusado (p. 1239).

procedimiento de revisión por un solo juez (art. 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), los cargos de la CPI deben ser confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares en la denominada *audiencia de confirmación* (art. 61 del Estatuto de la CPI); en cambio, el *indictment* puede confirmarse sin el acusado y éste puede incluso ser sometido al famoso procedimiento *in absentia*[53] de la Norma 61 (art. 61 (1), 21ª cl. del Estatuto de la CPI), los "cargos" pueden confirmarse por regla general[54] si el acusado está presente (art. 61 (1), 2ª cl., Estatuto de la CPI)[55]. Sea como fuere, la audiencia de confirmación ha recibido un apoyo general[56] y puede adecuarse en verdad tanto en del modelo "adversarial" como en el esquema "inquisitivo". En otros términos puede considerarse, como en general lo hacen los abogados que practican el Common Law, como una especie de filtro que garantiza que sólo los casos verdaderamente importantes irán a juicio[57] o, como lo creen los abogados formados en el Derecho de tradición civil, especialmente los franceses (que lo "inventaron")[58], como un proceso previo bastante largo cuyo objeto es "confirmar" o verificar los cargos y evitar disputas demorosas sobre la revelación de pruebas en la etapa del

53 Si bien "es difícil concluir que el procedimiento de la norma 61 equivale a un proceso *in absentia*..." (Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 57; asimismo VOHRAH, *supra* n. 24, p. 504; McDONALD, *supra* n. 24, p. 556; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1283), es de todas maneras un *procedimiento in absentia*. (de igual modo ORIE, *supra* n. 14, at 1467). En todo caso, también el Grupo de Expertos reconce que "se podría abandonar sin ninguna disminución significativa en la efectividad del tribunal..." (Ibíd., para. 60). Véase sobre ese procedimiento también SAFFERING, *supra* n. 7, at 243; VOHRAH, supra n. 24, 503 y ss.; McDONALD, *supra* n. 24, pp. 555 y ss..

54 Véanse en el Art. 61 (2) las excepciones en lo referente a una audiencia *in absentia*.

55 *Cfr.* HARHOFF, *supra* n. 24, pp. 648-649; MARCHESIELLO, *supra* n. 24, pp. 123 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1283. En cuanto a la presencia durante el proceso, véase el Art. 63.

56 *Ver FERNÁNDEZ DE GURMENDI, supra n. 24, p. 251; BRADY, Disclosure of evidence, en LEE, supra n. 24, 403-426, p. 423, rechaza la opinión de que la audiencia de confirmación (Art. 61) se parece al juge d'instruction "en un sistema inquisitivo"; asimismo id. Setting the record straight: A short note on disclosure and 'the record of the proceedings', en FISCHER, KREß y LÜDER, supra n. 14, pp. 261-272, p. 265.*

57 *Cfr.* FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; MARCHESIELLO, *supra* n. 24, p. 1238; véase asimismo la descripción bastante adversarial de LEWIS, *The Rules of Procedure and Evidence of the ICC: Confirmation hearing to trial*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, 219-234, pp. 223-225.

58 Anteproyecto francés, *supra* n. 34, Art. 48. Véase también el Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. II (compilación de propuestas), GA, 51st session, supp. 22A, UN-Doc A/51/22, pp. 119-125.

proceso[59]. En este sentido compárese con el procedimiento francés en el caso de los "crímenes" ante la *Chambre d'accusation* o, como se propuso en la reciente reforma del *Code de Procédure Pénale*, en la *Chambre de l'instruction criminelle* (art. 191-230 CPP)[60]. Cualquiera que fuese el caso, semejante procedimiento de "filtro" fue propuesto en diciembre de 1998 en los Tribunales *Ad Hoc* con las *Pre-Trial and Pre-Defence Conferences* (Reuniones Preprocesales y previas a la Defensa) (Normas 73 *bis* y 73ª del TPIY), aunque ya se había tomado en consideración en las *Status Conferences* (Reuniones en torno a la Naturaleza Jurídica) (Norma 65 *bis* del TPIY)[61]. La propuesta de un Juez de antejuicio (Norma 65ª del TPIY) fortalece la intervención judicial en la etapa anterior al proceso según el modelo del Derecho de tradición civil, pese a que este Juez tiene funciones sólo de coordinación y no de investigación[62].

Otra zona de conflicto entre el Common Law y el Derecho de tradición civil tiene que ver con la *presentación de los cargos* por parte del Fiscal. Si bien existen precedentes abundantes de los Tribunales *Ad Hoc* sobre la forma del *indictment* (art. 18 (4) del Estatuto del TPIY, Norma 47) que requiere una formulación precisa de los hechos imputada al acusado y de su calificación jurídica[63], no queda muy claro si las acusaciones de la persecución penal tienen un efecto obligatorio en las etapas subsiguientes. En términos generales, hay claridad en cuanto a

59 Véase BITTI, *supra* n. 26, p. 276; FOURMY, *supra* n. 49, p. 1225 ("organismo preparatorio"); crit. BRADY, *supra* n. 56 (ajuste), p. 264.

60 Loi n. 2000-516 del 15 junio.

61 *Cfr.* VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 541 y ss.; FOURMY, *supra* n. 49, p. 1229.

62 *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1465.

63 Véase *Prosecutor vs. Kunarac & Kovac*, Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT), par. 6: la acusación debe dejar en claro la naturaleza de la supuesta responsabilidad, es decir, la disposición en que se hallaba el acusado cuando cometió los delitos y los hechos materiales para establecer la responsabilidad; asimismo, debe especificar el lugar y el tiempo de los delitos y de otras personas que hayan tomado parte en el mismo. - *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Preliminary Motion on Form of Attended Indictment, 11 February 2000 (IT-97-25-PT), par. 60: alegato general con respecto a la responsabilidad como superior, responsabilidad personal o por cooperación e instigación "probablemente causará ambigüedad..."; es preferible "indicar precisa y expresamente, respecto de cada imputación individual, la naturaleza específica de la responsabilidad." En particular, cuando hay diferencias en lo concerniente a la responsabilidad, "no debe dejarse al acusado concluir a partir de la ausencia de

que, después de la confirmación de los cargos, una enmienda requiere autorización judicial; por otra parte, si se concede tal autorización, la enmienda real es tarea del Fiscal[64]. En *Kupreskic* una de las Salas permitió reformar la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del Fiscal únicamente cuando los delitos fueran menos graves o se denegasen. En lo tocante a los delitos más graves o de índole diferente, la Sala tiene la obligación de convocar al Fiscal para modificar la acusación formal mencionada[65]. Por su parte la CPI, en su calidad de tribunal, debe basar su juicio, en atención al artículo 74 (2), cláusula 2 del Estatuto, "en los hechos y circunstancias descritos en los cargos y cualesquiera enmiendas a estos últimos"; sin embargo, no queda claro si tales cargos siguen siendo los originales, tal como los redactó el Fiscal, o si la Sala de Cuestiones Preliminares tiene el derecho de enmendarlos *motus proprius* en

hechos" que no se persigue determinada responsabilidad. En *Prosecutor vs. Dosen* y *Kolundzija*, Decision on Preliminary Motions, 10 February 2000 (IT-95-8-PT), pars. 8-15, se hacen afirmaciones semejantes a las anteriores. *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Form of Second Amended Indictment, 11 May 2000 (IT-97-25-PT), par. 16: En cuanto a la responsabilidad basada en la finalidad común como parte de una actividad criminal conjunta, la acusación formal debe indicar la "la naturaleza o finalidad de la actividad criminal conjunta" (su "esencia"), el tiempo durante en el cual existió tal actividad, la identidad de los que tomaron parte en ella, al menos en referencia a su categoría como grupo, así como la naturaleza de la participación del acusado en la misma. Para consultar otros requisitos relacionados con el caso de la Fiscalía, especialmente en lo concerniente al elemento mental, véase *Prosecutor vs. Brdjanin* y *Talic*, Decision on Form of Further Attended Indictment and Prosecution Application to amend, 26 June 2001 (IT-99-36-PT), pars. 41-43, 46 y ss.; véase también *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement, 23 October 2001 (IT-95-16-A), pars. 79 y ss. y 306 y ss., entre los que se incluyen los precedentes mencionados y las críticas a las acusaciones contra Z y M. Kupreskic y Josipovic, en virtud de que no son suficientemente precisas (par. 88: "los suficientes detalles para informar claramente al acusado acerca de los cargos..." ; "alegar con suficiente detalle contra el aspecto esencial del caso de la Fscalía"). Con lo anterior se relaciona el problema de *la formulacion de cargos acumulativa*. Según la Cámara de Apelaciones, "debe admitirse a la luz del hecho de que, antes de la presentación de las pruebas, no es posible determinar con certeza qué cargos... se probarán" (*Prosecutor vs. Delalic et al.*, Judgement 20 February 2001 (IT-96-21-A), par. 400; conc. *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, Judgement 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 167); *Prosecutor vs. Krstic*, Judgment 2 August 2001 (IT-98-33-T), par. 559. Confróntese asimismo *Prosecutor vs. Kunarac & Kovac*, Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT): se permite que se acumulen diferentes delitos para los mismos hechos; la acumulación de cargos sólo es relevante para la sentencia. *Cfr.* igualmente VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 490, 537 y ss.

64 Ver para el TPIY VOHRAH, *supra* n. 24, p. 493.

65 *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement, 14 January 2000 (IT-95-16-T), pars. 728 y ss. (744 y ss.).

la audiencia de confirmación. El Common Law preferiría el planteamiento anterior, puesto que en su tradición el tribunal está sujeto a la calificación jurídica de los cargos formulados por el Fiscal. El último enfoque se asemeja más al Derecho de tradición civil, en vista de que el Tribunal puede reformar, de propio derecho, los cargos y no sólo aceptarlos o descartarlos, de acuerdo con el principio *iura novit curia*[66]. A primera vista, el Estatuto de la CPI parece seguir el planteamiento del Common Law, pues la Cámara puede solamente confirmar o rechazar los cargos (art. 61 (7) (a), (b)) o aplazar la audiencia y "solicitar al fiscal que considere" (art. 61 (7) (c)), proporcionar más pruebas (i) o modificar un cargo por motivo de una calificación jurídica diferente (ii). Por otra parte, dados los amplios poderes de la Sala de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Audiencias, es posible afirmar que tienen el poder intrínseco de corregir las acusaciones con tal que los derechos de la defensa no se violen, vale decir, siempre que la defensa tenga el tiempo suficiente para reaccionar a tal reforma[67]. En realidad, la falta de claridad al respecto en el Estatuto de la CPI obedece a que, durante las negociaciones, no hubo acuerdo entre los juristas del Common Law y los del Derecho de tradición Civil. La cuestión se dejó, como tantas otras, evidentemente abierta[68].

Nuevos problemas se suscitan en torno a las *disclosure rules* (normas de revelación)[69]. En ambos Tribunales, el fiscal está obligado a dar a conocer la mayoría de las pruebas (incriminatorias) a la defensa ya sea *motu proprius*, o a solicitud (ICTY Rules 66 [Norma 66 del TPIY]; art. 61

66 Véase FRIMAN, *supra* n. 38, pp. 208-209; Bitti, *supra* n. 26, p. 282. Ver asimismo *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra* n. 65, pars. 723, 733 y ss. (con reservas en cuanto a la aplicabilidad del principio en los procesos penales internacionales).

67 Esta "solución del Derecho de tradición Civil" es aplicable a Kosovo de acuerdo con el Art. 337 del Criminal Procedure Act of the SFRY. Sin embargo, para los problemas de los fiscales según el "Common Law", UNMIK ha propuesto un Art. 374 en su Draft Procedural Code for Kosovo (fechado en septiembre de 2001, el cual sólo permite rectificar las acusaciones).

68 Véase FRIMAN, *supra* n. 38, pp. 208-210; BITTI, *supra* n. 26, pp. 280-281, 284-288.

69 Para un análisis más detallado en torno al TPIY, véase PRUITT, *Discovery: mutual disclosure, unilateral disclosure and non-disclosure...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 305-314; MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 756 y ss.; sobre el TPIY y la SPI en general, ORIE, *supra* n. 14, pp. 1449-1450, 1469-1470, 1483-1484.

(3) del Estatuto de la CPI, Normas 76, 77, 121 (2))[70]. En cuanto a las pruebas exculpatorias, deben darse a conocer "tan pronto como sea posible". (Norma 68 del TPIY; art. 67 (2) del Estatuto de la CPI, Norma 83))[71]. Un representante de la persecución penal debe certificar que se ha llevado a cabo un examen cabal de todo el material pertinente[72]. La revelación de pruebas debe ser específica. En lo concer-niente a los testigos, por ejemplo, deben darse a conocer fecha y lugar de nacimiento, sexo y lugar de residencia (no la dirección), en virtud de que una defensa idónea "revela más que un careo a ciegas en una sala del tribunal"[73]. Sin embargo, un careo a ciegas puede ser consecuencia de la necesidad de proteger a ciertos testigos y garantizarles el anonimato (art. 22 del Estatuto del TPIY, Normas 69, 75; art. 68 del Estatuto de la CPI, Normas 87 y 88)[74]. Si bien esta posibilidad afecta, en principio, tanto a los testigos de la Fiscalía como de la defensa, será más frecuente que limite el derecho del acusado al careo y ello habrá de influir, por consiguiente, en un difícil

70 *Prosecutor vs. Furundžija*, Decision 16 July 1998 (IT-95-17/1-T), reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.). *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. III, 2001, pp. 223 (226); par. 19: el Art. 20 del Estatuto asume una situación de descubrimiento cabal, pertinente y oportuno por parte de la Fiscalía.

71 Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Krajisnik & Plavsic*, Decision on Prosecution Motion for Clarification in Respect of Application of Rules 65, 66(B) and 67(C), 1 August 2001 (IT-00-39 & 40 PT), par. 10: "La Fiscalía debe revelar *todas* las presentaciones de pruebas con las que se propone contar, por lo menos en el momento en que archive el documento previo al proceso". (Cursivas agregadas; la Fiscalía sugirió que no estaba obligada a revelar los 400 documentos que quedaban de un total de 800.) Al respecto, puede consultarse también a VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 519-520; PRUITT, *supra* n. 69, pp. 309 y ss. Sobre la definición del "material exculpatorio" y otros problemas no resueltos en este contexto, véase HARMON y KARAGIANNAKIS. *The disclosure of exculpatory material...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 315-328.

72 *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Motion by Prosecution to Modify Order for Compliance with Rule 68, 1 November 1999 (IT-97-25-PT).

73 *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on the Defense Motion to Compel the Discovery of Identity and Location of Witnesses, 18 March 1997 (IT-96-21), pars. 17, 19 y 20.

74 Ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995 (IT-94-1-T), reimpreso en KLIP y SLUITER, *supra* n. 27, p. 155, pars. 4, 55 y ss., argumentando en favor del anonimato absoluto y desarrollando cinco condiciones (pars. 62-66); voto dicidente del Juez Stephen, opinión separada, 10 Aug. 1995, pp. 11, 15 y *passim*; conc. *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Application of the Prosecutor dated 17 October 1996, etc. 5 November 1996 (IT-95-14), par. 34 (sin conceder las medidas de protección *in casu*, par. 45). El acuerdo de la resolución *Tadic*, de que los testigos fueran totalmente anónimos, se ha considerado en general

equilibrio entre este derecho y la protección de los testigos[75]. La defensa sólo tiene obligaciones específicas de información en casos especiales, como cuando existe una coartada (Norma 67 del TPIY, Normas 78 y 79 de la CPI)[76]. No puede obligársele a dar a conocer pruebas inculpatorias, ya que ello violaría la prerrogativa del acusado a la no autoincriminación (art. 67 (1) (g) del Estatuto de la CPI)[77] y asimismo el principio general de igualdad de armas, dada la superioridad de recursos de la Fiscalía[78]. Sin embargo, la Norma 73 del TPIY, estipula que debe haber una Reunión previa a la Defensa, lo que implica la revelación de los testigos de la defensa (¡y no de sus declaraciones!)[79], con lo cual busca evitar largos interrogatorios durante la etapa del proceso[80]. La revelación se halla limitada en lo referente a informes, memoranda u otros documentos internos

como violatoria del debido proceso legal. Véase al respecto LEIGH, *Editorial comment*, en *AJIL*, núm. 91, 1997, p. 80; igualmente McDONALD, *op. cit.*, pp. 562 y 568: anonimato como "anatema"; MUMBA, *Ensuring a fair trial while protecting victims and witnesses – balancing of interests?*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 359-371, pp. 368 y ss. (quien sigue fundamentalmente al Juez Stephen); GUARIGLIA, *supra* n. 28, pp. 1125-1126; ZAPPALÀ, *supra* n. 46, p. 1333. Crit. también CRETA, *The search for justice in the former Yugoslavia and beyond analyzing the rights of the accused...*, en *Hous.J.Int'l L.* núm. 20, 1998, pp. 381-418, pp. 394 y ss.

75 Los redactores del Estatuto de la CPI estaban al tanto de este problema, estipulando en la última cláusula del Art. 68 (1) que las medidas de protección a la víctima "no debieran ser perjudiciales o contradictorios con los derechos del acusado y con un proceso justo e imparcial." Para un análisis detallado en relación con el punto anterior, véase DEFRANCIA, *Due process in international criminal courts: Why procedure matters*, en *Virginia Law Review*, núm. 87, 2001, pp. 1381-1439, pp. 1410 y ss., quien argumenta en favor de un "derecho atenuado al careo" p. 14179; MUMBA, *supra* n. 74, pp. 361 y ss.; véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 277 y ss., pp. 374-375, que defiende "un sistema combinado en el que el Juez y el abogado trabajan conjuntamente para establecer la verdad" (p. 286) y una "combinación de una estructura adversarial basada en la formulación de repreguntas, por una parte, y un sistema inquisitivo con un Juez activo, por la otra..." (p. 288). Cfr. igualmente McDONALD, *supra* n. 24, pp. 558, p. 562 y ss.; ZAPPALÀ, *supra* n. 46, pp. 1330 y ss.; JONES, *Protection of victims and witnesses*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1355-1370, pp. 1364 y ss.

76 Véase también el Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 89, con la recomendación 12; VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 516-517.

77 BRADY, *supra* n. 56, p. 414. Sobre el difícil problema del derecho de los testigos a la no autoincriminación, consúltese AMBOS, *EJIL*, núm. 15, 2002, pp. 155-177, donde expongo que la Norma 74 de la CPI sigue el "Common Law" (p. 166 y *passim*).

78 MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 760-761; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 194, 202 y 374.

79 Esto contravendría la prerrogativa de la relación abogado-cliente en cuanto al secreto profesional, reconocido en el modelo del Derecho de tradición Civil. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 28; asimismo ORIE, *supra* n. 14, p. 1470, n. 130.

80 MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 761; ver también VOHRAH, *supra* n. 24, p. 542.

(Norma 70 del TPIY, Norma 81 de la CPI)[81]. Por lo demás, queda a decisión de la Sala de Audiencias si se lleva a cabo la revelación o no (Norma 66 (C) del TPIY)[82], actuando como árbitro entre las partes[83]. De esta manera, la revelación es un proceso continuo[84] que implica una "obligación permanente" que se extiende hasta la etapa posterior al proceso, inclu-yendo las apelaciones[85]. Desde un punto de vista conceptual, las citadas normas de revelación son una clara expresión del modelo adversarial, en virtud de que su "enfoque de los dos casos" hace que la revelación (mutua) se vuelva necesaria para garantizar que ambas partes tengan el mismo nivel de información[86]. En cambio, son superfluas en el sistema del Derecho de tradición Civil en el que, según el "enfoque de un solo caso"[87], la investigación queda en manos del Fiscal y éste investiga tanto las pruebas incriminatorias como las exoneradoras. En estas circunstancias, es suficiente con que se conceda a la defensa acceso al *dosssier* (expediente) del Fiscal en determinado momento antes del inicio del proceso[88]. En cierto sentido, el *dossier* cumple la función de las normas de revelación del Common Law[89]. De hecho, la Norma 121 (2) (c) de la CPI vincula las normas de revelación al *dossier* y requiere que todas las pruebas reveladas sean comunicadas a la Sala de Cuestiones Preliminares[90]. Es cierto que la diferencia conceptual entre revelación y *dossier* puede tener menos validez

81 Sobre la índole excepcional de la Norma 70 (B), véase *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on Joint Motion by Momcilo Krajinsk and Biljana Plavsic for Access to Trial Transcripts of Both Open and Closed Session and Documents and Things Filed under Seal, 13 March 2002 (IT-99-36-PT), par. 19.

82 Para una visión general de la historia de la redacción de estas Normas, véase BRADY, *supra* n. 56, pp. 403-426; ver asimismo LEWIS, *supra* n. 57, pp. 226-227.

83 MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 758.

84 *Cfr.* BRADY, *supra* n. 56, p. 422; Pruitt, *supra* n. 69, p. 308.

85 *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Appellant's Motion for the Production of Material, Suspension or Extension of the Briefing Schedule, and Additional Filings, 26 September 2000 (IT-95-14-A), pars. 29 y ss (42).

86 *Cfr.* SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 198; véase también ORIE, *supra* n. 14, p. 1469, quien observa la semejanza con las US Federal Rules of Criminal Procedure.

87 Sobre esta terminología, véase *supra* n. 16 y texto.

88 Ver asimismo FRIMAN *supra* n. 24, p. 213; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, pp. 640-641; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1450-1451.

89 *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1484.

90 Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1484, quien considera que esta disposición altera el carácter de la revelación.

en la práctica, en la que podemos detectar una evidente convergencia de los sistemas, ya que la Fiscalía investiga básicamente su propio caso y trata de mantener en secreto las pruebas el mayor tiempo posible. Incluso un juez activo del Derecho de tradición Civil difícilmente puede igualar las ventajas de la Fiscalía que surgen durante la fase de investigación. Por consiguiente, desde la perspectiva de los derechos humanos, sólo las normas amplias de revelación salvaguardan adecuadamente el derecho de la defensa. Esto se aplica no sólo a un procedimiento adversarial. Así el planteamiento adoptado por las Normas de la CPI (especialmente la Normas 70, 77 y 78), de que "todas las cartas deben estar sobre la mesa" es bienvenido[91].

En cuanto a los intereses potenciales de seguridad nacional, puede formularse una triple norma: la información común y corriente debe darse a conocer al acusado; la confidencial sólo a su abogado y aquélla perteneciente a la seguridad nacional no debe revelarse en absoluto[92].

Mucho más indicativo de que las normas actuales del TPIY y de la CPI tienen un carácter de componenda es el desarrollo de una *guilty plea (declaración de culpabilidad por parte del acusado)* o, como se la conoce en el artículo 65 del Estatuto de la CPI, "procedimiento de la 'admisión de culpabilidad'"[93]. Originalmente las Normas 62 (iii) (v) del TPIY proporcionaban un procedimiento directo de declaración de culpabilidad por parte del acusado del Common Law que llevaba el proceso directamente a la etapa de la sentencia si el acusado formulaba una declaración[94]. En tal caso se realizaba una audiencia de imposición de sentencia por separado, es decir, se llevaban por separado el procedimiento para establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado y la resolución respecto de la sentencia[95]. Este sistema se desmembró muy

91 GUARIGLIA, *supra* n. 28, p. 1127.

92 SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 196. Para un análisis general, véase MALANCZUK, *Protection of national security interests*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1371-1386.

93 Ver también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, pp. 638-640; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 272 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1286 y ss.; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1480-1481; BOHLANDER, *Plea-Bargaining befote the ICTY*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, 151-163 (con una buena explicación en las pp. 159 y ss., de la postura alemana).

94 *Cfr.* VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 511 y ss.

95 Sobre una visión general de esta separación, ver *infra*, n. 223 y texto.

rápidamente con el proceso *Erdemovic*, en el que el acusado, a quien se defendió inadecuadamente, "confesó" haber matado a civiles bajo coacción[96]. Su confesión se aceptó primero como una declaración de culpabilidad válida por parte de una de las Salas de Audiencias[97], pero posteriormente la Cámara de Apelaciones anuló esta resolución[98]. Posteriormente estableció cuatro requisitos para una declaración de culpabilidad por parte del acusado, que ahora pueden encontrarse en la Norma 62 *bis*: la declaración debe ser voluntaria, informada, no ser equívoca y es necesario que exista una base suficiente y fundada en hechos sobre la consumación del delito y la participación del acusado en él. Solamente si se cumplen estas condiciones puede la Sala de Audiencias presentar un veredicto de culpabilidad y establecer una fecha para la audiencia de la sentencia (Normas 62 *bis* y 100). La Norma 62ª se encarga, además, del procedimiento para un acuerdo respecto de la declaración[99] entre el Fiscal y el acusado, cuya característica más importante en nuestro contexto es que no es obligatorio para la Sala de Audiencias.

Esta última no está limitada a la consideración de los hechos, tal como lo han acordado la Fiscalía y la defensa "porque su obligación principal es asegurarse de que hay un fundamento verdadero suficiente para el delito y la participación del acusado en él"[100]. Sólo si la Cámara inscribe un veredicto de culpabilidad, deberá, por regla general, apoyarse

96 ICTY Trial Chamber I, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic* Sentencing Judgement, 29 November 1996, caso núm. IT-96-22-T, par. 10: "Señoría, tuve que hacerlo. Si me hubiera negado, me habrían matado junto con las víctimas. Cuando me rehusé a asesinarlos, me dijeron: 'Si sientes pena por ellos, párate, fórmate de su lado y también morirás'. No lo siento por mí, sino por mi familia, mi esposa y mi hijo, que en ese tiempo tenía nueve meses. Y no pude negarme porque entonces me habrían matado". Este caso fue analizado en diversas ocasiones; véase, por ejemplo, McDONALD, *supra* n. 24, pp. 574 y ss.; BOHLANDER, *supra* n. 93, pp. 153 y ss.

97 *Prosecutor vs. Erdemovic*, *supra* n. 96.

98 ICTY – Appeals Chamber, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*, Judgement, 7 October 1997 (IT-96-22-A); reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.), *supra* n. 27, p. 537 y McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* n. 24, vol. II, parte 2, p. 1421.

99 Ver, por ejemplo, los acuerdos sobre la defensa en *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Judgement 13 November 2001 (IT-95-8-S), pars. 17 y ss.

100 Ibíd., par. 48.

en los hechos acordados para imponer sentencia[101]. De igual manera, el artículo 65 del Estatuto de la CPI y la Norma 139, fuertemente influídas por el desastre *Erdemovic*[102], dejan que la Sala de Audiencias adopte completamente sus resoluciones respecto de la validez de la "admisión de culpabilidad", tomando en cuenta los criterios antes mencionados. Puede bien registrar una condena, o bien ordenar la continuación del proceso. Además, cualquier acuerdo o trato entre el Fiscal y el acusado –el Estatuto de la CPI habla de "discusiones"– no es obligatorio para la Sala de Audiencias (Norma 62 (C)) del TPIY, art. 65(5) del Estatuto de la CPI). De esta manera, aun cuando se reconoció la necesidad de que hubiese discusiones entre las partes, ello no tuvo como objeto impedir que las víctimas y el testigo hablaran de la "verdad histórica" en sesión del Tribunal[103]. Difícilmente puede decirse que esta disposición sea una "componenda"[104], sino que muestra la fuerza de la influencia adquirida por el Derecho de tradición Civil y, en este caso, su escepticismo en relación con la idea de mecanismos de negociación en procesos penales. En realidad, puede decirse que la "sobrerregulación" de la declaración de culpabilidad por parte del acusado socava su finalidad misma, a saber, acortar los procedimientos[105]; su efecto se convierte en una simple confesión[106].

Este tipo de declaración de culpabilidad por parte del acusado puede llevar a una gran frustración entre los juristas del Common Law. El presente autor presenció un proceso llevado a cabo en el Timor Oriental bajo la Regulación 15/2000 de la UNTAET (United Nations

101 *Prosecutor vs. Jelisic*, Judgement 5 July 2001 (IT-95-10-A), par. 87; asimismo *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, *supra* n. 99, par. 49.

102 *Cfr.* BEHRENS, *The trial proceedings*, en LEE, *supra* n. 4, pp. 241-242.

103 *Cfr.* BEHRENS, *supra* n. 102, p. 242. Sobre la función de búsqueda de la verdad del TPIY, véase MAY y PIERDA, *Evidence befote the ICTY*, en MAY *et al.* (eds.)., *supra*, n. 28, pp. 249-261, pp. 252-253; RODRIGUES y TOURNAYE, *Hearsay evidence*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 291-303, pp. 296-297.

104 *Supra* n. 4, p. 223.

105 *Cfr.* CRETA, *supra* n. 74, p. 407.

106 Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1481, quien se muestra complacido con lo anterior y considera que el Estatuto de la CPI cumple con los requisitos de la justicia mejor que el del TPIY.

Transitional Administration for East Timor), que en esencia es una copia del Estatuto de la CPI, en el que un acusado inscribió una declaración de culpabilidad con base en un acuerdo de declaración con el Fiscal (británico), siguiendo la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*[107]. Él deseaba obviamente que terminara su proceso, pero fue interrogado tan intensamente por un grupo de tres Jueces practicantes del Derecho de tradición Civil (dos internacionales provenientes de Italia y Benin y uno de Timor Oriental) que finalmente desistió de tratar de convencerlos, especialmente al africano, que efectivamente había hecho su declaración de una manera voluntaria, informada e inequívoca. El final de la historia fue que su declaración no fue aceptada y el proceso continuó de forma ordinaria por un buen tiempo.

En resumen, las actuales medidas respecto de la declaración de culpabilidad por parte del acusado son un buen ejemplo de las reformas excesivas de Derecho de tradición Civil a las instituciones ya establecidas del Common Law. Esto le facilita a los juristas del Derecho de tradición Civil (véase el ejemplo del Timor Oriental) rechazar incluso declaraciones de culpabilidad "limpias", mientras que los juristas del Common Law tienen que hacer frente a normas inoperantes completamente ajenas a su práctica normal.

III. La fase principal del juicio

1. Presentación del caso

Se ha dicho con razón[108] que el período de prueba es la etapa procesal en la que más se contraponen los principios del Common Law y del Derecho de tradición Civil. En este caso podemos identificar nuevamente, en diversos campos, reformas del Derecho de tradición Civil, dentro de una estructura del Common Law, el primero de los cuales se refiere a la *presentación del caso* (Normas 82 y ss. del TPIY). A primera vista, las

107 Cfr. *supra* n. 99.
108 SAFFERLING, *supra* n. 99.

Normas del TPIY parecen asemejarse a un procedimiento adversarial ("inclinación adversarial")[109] en lo referente a los alegatos de apertura de la fiscalía, la persecución penal y la defensa (Norma 84); a la presentación de pruebas por parte de la fiscalía y la defensa, seguida de la réplica y la dúplica (Norma 85 (A)); al "primer interrogatorio", a la "formulación de repreguntas" y al "reexamen" de los testigos (Norma 85 (B)). No obstante, una mirada más de cerca revela que la Sala de Audiencias puede modificar el curso de los acontecimientos "en interés de la justicia" (Norma 85 (A))[110] y ordenar pruebas adicionales *motu proprio* (Normas 85 (A) (v) en relación con la 98). Por otra parte, la Norma 84 *bis* permite que el acusado emita su alegato de apertura después de las declaraciones de las partes "bajo el control de la Sala de Audiencias". De esta manera, por lo menos conceptualmente, el acusado se convierte de un simple objeto del proceso, como se conoce del procedimiento adversarial, en una parte activa, como se conoce delprocedimiento del Derecho de tradición Civil[111]. Asimismo puede también aparecer como testigo en su propia defensa (Norma 85 (C))[112] y de esa manera obtener la condición de que gozaría en el Common Law[113]. La diferencia entre estas normas estriba en el hecho que el alegato de apertura no poseen el mismo valor probatorio que el interrogatorio al acusado como testigo, ya que sólo en tal caso se toma la declaración bajo juramento y se prueba mediante la formulación de repreguntas. En todo caso, los elementos del Derecho de tradición Civil se han "introducido sigilosamente" con el tiempo[114] y en 1998 una de las

109 DIXON, *supra* n. 24, p. 98; MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 249; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1464, 1465, 1472.
110 Para el significado de la cláusula "interés de la justicia" en la Norma 115 (B), véase *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra* n. 63, pars. 52-54, 61-69.
111 Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1468. Lo mismo puede decirse de la posición de la víctima ante la CPI: si bien no es parte del juicio en sentido formal (como una *partie civile* o *Nebenkläger*), puede estar activamente implicada en el proceso (ver Art. 68 (3), 82 (4), Normas 89 y ss.; *Cfr.* asimismo GUARIGLIA, *supra* n. 28, pp. 1127-1128: "Tribunal orientado hacia la víctima"; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1478, 1487, 1491; en términos generales JORDA y DE HEMPTINNE, *The status and role of the victim*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, 1387-1420, p. 1399: "asunto potencial".
112 Ver MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 742; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1307-1308.
113 *Cfr.* KREß, *supra* n. 14, pp. 321-322; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1308; ORIE, *supra* n. 14, p. 1468. Sobre la posición en general del acusado en ambos sistemas, véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1448-1449.
114 *Cfr.* BASSIOUNI y MANIKAS. *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 1996, p. 955 ("incorporan de un modo selectivo los conceptos del Derecho de tradición Civil en una estructura en el que predomina el «Common Law»); de igual modo, TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1295-1296; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1464, 1492.

Cámaras del TPIY incluso sostuvo que, una vez que el testigo hubiese hecho la declaración solemne, es decir, que prestara juramento, se convierte en un "testigo de la verdad" y deja de ser "un testigo de cualquiera de las partes"[115]. Lo anterior implica evidentemente que ya no existe un proceso puramente adversarial. En *Blaskic* la Sala de Audiencias citó una y otra vez a los testigos bajo la Norma 98 y especificó que primero testificarían libremente y sólo después serían interrogados por las partes[116]. En cuanto al principio del juicio justo, vale la pena mencionar que se ha sostenido que una formulación de repreguntas a un testigo por una de las partes violaría el principio de igualdad de armas contenido en la Norma 85 (A)[117].

En los procedimientos de la CPI, el papel de la Sala de Audiencias es aún más dominante. La Cámara es "responsable" de la conducción de los procedimientos (art. 64 (6) (a) en relación con el art. 61 (11) del Estatuto de la CPI), puede exigir la producción de pruebas (art. 64 (6) (b), (d)) y "dirimir cualesquiera otras cuestiones pertinentes" (art. 64 (6) (f)). El Juez Presidente dirige las actuaciones (Art. 64 (8)). Sólo si declina hacerlo es que la Fiscalía y la defensa pueden "convenir en el orden y la manera en que las pruebas serán sometidas a consideración" (Norma 140 (1) de la CPI). Este papel dominante de la Sala de Audiencias y del Juez Presidente ha dado lugar a amargas disputas entre abogados del Derecho de tradición Civil y los formados en el Common Law. Ello ha tenido lugar no sólo en Roma, sino también después en Nueva York, en la Preparatory Commission, cuando se negociaron las Normas. Los observadores hablaron de un "choque de culturas entre el Derecho de tradición Civil y el 'Common Law'"[118], en el que el primero estaría a

115 *Prosecutor vs. Kupreskic, supra* n. 45, consideración 3 (iii): "...un testigo, sea de la Fiscalía o de la defensa, una vez que ha prestado la declaración solemne según la Norma 90 (B) de las Normas de Procedimiento y de Prueba, es un testigo de la verdad ante el Tribunal y, en la medida en que se le requiere para contribuir al establecimiento de la verdad, no es estrictamente un testigo para ninguna de las partes"; véase asimismo TOCHILOVSKY, *supra* n. 265, p. 631.

116 JOHN R. W. D. JONES, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2a ed., 2000, p. 431; véase asimimso KREß, *supra* n. 14, p. 351.

117 *Prosecutor vs Delalic et al., supra* n. 27, pars. 28 y 29. Ver igualmente MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 739-740.

118 LEWIS, *supra* n. 208, pp. 547-550; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 24, p. 252; KREß, *supra* n. 14, p. 352.

favor de un Juez fuerte dirigiendo el proceso, mientras que el último se inclinaría por un Juez neutral que deje la conducción de aquél esencialmente a las partes y, en particular, les permita formular libremente las repreguntas a los testigos[119]. El acuerdo final puede encontrarse en la Norma 140 (2), según la cual un testigo puede ser interrogado por la Fiscalía y por la defensa sin la intervención de la Sala de Audiencias, que puede interrogarlo sólo antes o después que las partes lo hayan hecho. Así, la posibilidad de formular repreguntas ha sido reconocida implícitamente y dependerá finalmente de los protagonistas del procedimiento si se utiliza esta posibilidad y bajo qué modalidad[120]. Es muy interesante observar que expresiones como "formulación de repreguntas" y otras propias del medio ("palabras pegadizas"), tanto en el Common Law como en el Derecho de tradición Civil, están notoriamente ausentes del Estatuto y de las Normas. Los redactores querían dejar en claro que lo que se buscaba era realmente un procedimiento mixto[121].

2. Normas probatorias

A) Aspectos Generales

Las normas jurídicas que rigen la prueba otorgan más poder aún a las Salas de Audiencias, tanto del TPIY como de la CPI. En términos generales, depende de la Sala resolver respecto de la "admisibilidad", "pertinencia" y "valor probatorio" de las pruebas (Norma 89 (C) del TPIY; art.64 (9), 69 (4) del Estatuto de la CPI y Norma 63 (2))[122]. La Sala de Audiencias tiene una "amplia facultad discrecional" –para utilizar

119 Sobre la importancia de la formulación de repreguntas para el modelo adversarial, véase asimismo KREß, *supra* n. 14, p. 347; para una crítica desde el interior del «Common Law», *id.*, pp. 349-350.

120 Tal puede ser la razón de por qué LEWIS, *supra* n. 57, pp. 231-233, hable todavía en un tono adversarial del caso de la Fiscalía y la defensa, casi pasando por alto el papel dominante de la Sala de Audiencias. Véase también GUARIGLIA, *supra* n. 28, p. 1133, quien percibe dificultades prácticas en la aplicación de la Norma 140.

121 *Cfr.* KREß, *supra* n. 14, p. 352; ORIE, *supra* n. 14, p. 1480, n. 161, p. 1488, n. 175.

122 Para la historia de la negociación del Art. 69 del Estatuto de la CPI, véase BEHRENS, *supra* n. 102, pp. 242 y ss.

las palabras de la Cámara de Apelaciones en *Aleksovski*[123], cuando toma en consideración "una justa determinación del asunto ante ella", "el espíritu del Estatuto y los principios generales del Derecho", y "la necesidad de garantizar un proceso justo" (Norma 89 (D) del TPIY))[124]. Sin embargo, las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos humanos quedan descartadas *a limine* (ex Norma 95 del TPIY; art. 69 (7) del Estatuto de la CPI)[125]. La Sala puede, asimismo, solicitar la presentación de pruebas adicionales que considere necesarias para la "averiguación" o "determinación de la verdad" (Norma 90 (G)(i) del TPIY, art. 69 (3) del Estatuto de la CPI)[126]. Si bien esto indica la influencia del Derecho de tradición Civil, existe un concepto erróneo entre los abogados formados en esta rama del Derecho al considerar que el procedimiento adversarial no persigue la verdad. En realidad, la búsqueda de la verdad es una característica que comparten ambos sistemas[127], los que sólo difieren en el método para llegar a ella. Uno puede sostener que el Common Law sigue un concepto más liberal de la verdad, una especie

123 *Prosecutor vs, Aleksovski*, Decision on the Prosecutor's Appeal on the Admisión of Evidence, 16 February 1999 (IT-95-14/1-AR73), par. 15; confirmada en *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness, 21 July 2000 (IT-95-14/2-AR73.5), par. 20. Véase también *Prosecutor vs. Aleksovski*, Judgement 24 March 2000 (IT-95-14/1-A), par. 63: "margen de deferencia respecto de la evaluación de las pruebas por la Sala de Audiencias...". La Cámara de Apelaciones puede echar por tierra los veredictos de la Sala de Audiencias únicamente cuando las pruebas "no hayan podido ser aceptadas por cualquier Tribunal justo o cuando la evaluación de las mismas sea totalmente errónea".

124 La referencia a la imparcialidad también puede encontrarse en la Norma 5 (C) del TPIY.

125 La Norma 95 del TPIY es *lex specialis* respecto de la Norma 89 (D) y puede considerarse la única Norma de exclusión *strictu sensu* (*Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1472; VISEUR SELLERS, *Rule 89 (C) and (D): At odds or overlapping with Rule 96 and Rule 95?*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 275-290, pp. 276, 288; véase también *infra*, n. 144 y texto). SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 294-295, 302, 313-314, arguye en favor de una exclusión general de las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos humanos y una "Norma de exclusión" para la CPI; de igual modo se expresa BEHRENS, *Investigation, trial and appeal in the ICC Statute*, en *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, núm 6, 1998, 429, pp. 435-436; PIRAGOFF, en TRIFFTERER (ed.). *ICC Commentary*, 1999, Art. 69, mns. 76-80.

126 *Cfr.* TERRIER, *supra* n. 24, p. 1273. Crit. respecto a los derechos del acusado DEFRANCIA, *supra* n. 75, p. 1430.

127 SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 18-19; BEHRENS y PIRAGOFF, en TRIFFTERER, *supra* n. 125, Art. 69, mn. 5.

de verdad procesal más que una verdad material[128]. En todo caso, la búsqueda de la verdad no es incompatible con un sistema de Common Law, en la medida en que consista solamente en un derecho a (art. 69 (3) del Estatuto de la CPI: *have the authority* ("tienen la facultad") y no, como originalmente propuso Alemania[129], en un deber.

La Sala de Audiencias controla la manera y el orden en que se debe interrogar a los testigos (Norma 90 (F) del TPIY; art. 69 (2) del Estatuto de la CPI). No debe, sin embargo, como hemos visto con anterioridad, interrumpir el interrogatorio del testigo por las partes, sino que sólo puede interrogarlos antes o después de que las partes lo hayan hecho (Norma 140 (2) (c) de la CPI). En tanto que la última norma contiene solamente una referencia implícita a la posibilidad de formulación de repreguntas (ver asimismo Normas 67 (1) y 68 de la CPI), esta posibilidad se menciona explícitamente en la Norma 90 (H) del TPIY. La formulación de repreguntas se limita, no obstante, "al objeto de las pruebas principales y a las cuestiones que influyan en la credibilidad del testigo y (...) en el asunto del caso". De esta manera, el TPIY sigue el precedente de Tokio y las US Federal Rules[130]. Además, la Sala de Audiencias del TPIY puede "tomar notificación judicial de hechos adjudicados y pruebas documentales de otros procedimientos del Tribunal en relación con los asuntos en cuestión en los procedimientos actuales" (Norma 94 (B))[131]. En otros términos, tales hechos no necesitan ser probados dos veces. En tanto que esto puede ser tolerado a la luz de la similitud de los procedimientos que surgen de un contexto político o militar específico

128 Sobre este concepto, véase VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Constanza, 1980, pp. 15-18; sobre la distinción entre la verdad material y la procesal, véase la obra reciente de GUSY, *Verfassungsfragen des Strafprozessrechts, Strafverteidiger*, 2002, 153, p. 155.

129 Véase BEHRENS, *supra* n. 102, p. 244; KREß, *supra* n. 14, pp. 351-352.

130 MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 739. Sobre el origen del "Common Law" de la Norma 90 (H), véase *Prosecutor vs. Brdanin and Talic*, Decision on "Motion to Declare Rule 90 (H) (ii) Void to the Extent it is in Violation of Art. 21 of the Statute of the International Tribunal" by the Accused R. Brdanin and on "Rule 90 (H) (ii) submissions" by the Accused M. Talic, 22 March 2002 (IT-99-36-T), par. 12; resumido en el *Judicial Supplement* núm. 31bis, p. 9.

131 Recomendado por el Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 85 con la recomendación 11. Para un análisis más detallado, véase O'SULLIVAN, *Judicial notice*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 329-339.

–y lo mismo es aplicable a las pruebas respecto de una pauta consistente de conducta (Norma 93)–, es sumamente problemático que las normas pongan las pruebas orales y escritas de los testigos en pie de igualdad. Regresaremos a este punto posteriormente. Por último, existen normas específicas en relación con las pruebas en casos de violencia sexual (Norma 96); en particular, no es necesaria una corroboración del testimonio de la víctima (96 (i), ver también Normas 70-72 de la CPI)[132]. En general, estas disposiciones tienden hacia un enfoque flexible del Derecho de tradición Civil (en el sentido de un "principio de flexibilidad")[133], con una amplia facultad discrecional del Tribunal, en vez del enfoque más bien estricto del Common Law de un sistema de normas de exclusión[134]. En particular, la Norma 89 (B) del TPIY se ha interpretado en el sentido de invitar al enfoque del "sentido común" y al enfoque "equitativo"[135], al permitir la "oportunidad única de crear un régimen viable y sólo procesal y probatorio que favorecerá los intereses de la justicia internacional"[136].

B) Admisibilidad de diferentes formas de pruebas

Una consecuencia importante del "principio de flexibilidad" es que la *hearsay evidence*, es decir, "las pruebas aportadas por cualquier testigo de lo que dijo otra persona (ya verbalmente, por escrito o de otra manera"[137], en general, se admiten[138].

132 Para más detalles, PIRAGOFF, *Procedural justice related to crimes of sexual violence*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, 385-421 (pp. 389 y ss); VISEUR SELLERS, *supra* n. 125, pp. 279 y ss (sobre la Norma 96 del TPIY). El requisito de corroboración no se extiende a otros crímenes, ver TERRIER, *supra* n. 24, p. 1298.

133 BOAS, *supra* n. 28, p. 264.

134 Véase PIRAGOFF, *Evidence*, en LEE, *supra* n. 24, 349-401, pp. 351-354; ver también MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 745: "enfoque liberal, sin ataduras del 'Common Law'"; ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 576 y ss. (p. 579: "enfoque liberal, relajado"; DEFRANCIA, *supra* n. 103, pp. 295 y ss.; desde una perspectiva comparada, ORIE, *supra* n. 14, pp. 1452-1453.

135 *Cfr.* DIXON, *supra* n. 24, p. 100.

136 D. NTANDA NSEREKO, *Rules of Procedure and Evidence of the ICTY*, en *CLF*, núm. 5, 1994, pp. 507, 554.

137 P. MURPHY, *A practical Approach to Evidence, 6.1.*, 4a ed. 1992. Sobre la (imprecisa) terminología, véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 292; BOAS, *supra* n. 28, p. 270; RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, p. 291.

138 *Cfr.* DIXON, *supra* n. 24, pp. 91-92; HARHOFF, *supra* n. 24, p. 654; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1297-1298; RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n.103, pp. 297 y ss.; GUARIGLIA, *The admission of documentary evidence and of alternative means to witness testimony...*, en

Ésta ha sido la práctica establecida en las Salas de Audiencias del TPIY desde la resolución respecto del testimonio *hearsay* en *Tadic*[139] y fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en 1999[140]. Ello parece particularmente importante a la luz del hecho de que en el Common Law las pruebas basadas en este tipo de testimonios se permiten solo excepcionalmente[141]. Con todo, no debe pasarse por alto que la aceptación de este y otro tipo de pruebas no es ilimitada, sino que depende de su pertinencia y "valor probatorio" (Norma 89 (C) del TPIY)[142]. Esto último depende, a su vez, de la confiabilidad de las pruebas, que está determinada sobre todo por la formulación de las repreguntas. En el caso de la *hearsay evidence*, el valor probatorio o peso es menor, en general, que el de las pruebas directas[143].

Por último, aunque no menos importante, las pruebas de cualquier tipo, como se indicó antes, deben dejarse de lado "si su valor probatorio se ve excedido considerablemente por la necesidad de garantizar un proceso justo" (Norma 89 (D) del TPIY) o si se obtienen mediante métodos que arrojan "serias dudas acerca de su confiabilidad" (Norma 95 del TPIY, art. 69 (7) (a) del Estatuto de la CPI). En cuanto a la integridad de los procedimientos como un todo, la Norma 95 del TPIY debe leerse en conjunción con la Norma 42, que tiene que ver con los

FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 665-680, pp. 666-671; MAY y WIERDA, *supra* n. 28, p. 270; ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 577-578; para una visión más crítica, WLADIMIROFF, *supra* n. 24, pp. 8-9. Del mismo modo, la *hearsay* no queda descartada por el concepto teórico del testimonio; ver al respecto KREß, *supra* n. 14, p. 317.

139 *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 7, 13 y ss. (voto disidente del Juez Stephen); *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Defence Motion to Compel the Disclosure of Rule 66 and 68 Material to Statements Made by a Person Known as "X", 15 July 1998 (IT-95-14-T), pars. 10-12.

140 *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, par. 15.

141 Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 8 y ss.; y la opinión disidente del Juez Stephen. Véase asimismo MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 745, donde se hace referencia a la opinión disidente del Juez Pal en los Juicios de Tokio y Nuremberg; igualmente SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 292, 306; BOAS, *supra* n. 28, p. 269. En cuanto al punto de vista del Derecho de tradición Civil, véase la resolución del Tribunal Constitucional Alemán en *Strafverteidiger*, 1997, I, pp. 2-3. RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, pp. 292 y ss, identifican una fusión de ambos sistemas basándose en un análisis comparado.

142 Sobre la importancia de la relevancia, confróntese particularmente MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 252. Sobre la importancia del peso (o valor probatorio) de las pruebas, véase BOAS, *supra* n. 28, pp.l 271 y ss.

143 *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, par. 15: "el peso o valor probatorio que se brinda a esa prueba ... sea en general menor que aquel dado al testimonio de un testigo...". Véase también BOAS, *supra* n. 28, p. 271.

derechos del sospechoso durante la investigación. Una de las Salas la ha caracterizado como una "estipulación residual de exclusión"[144] y complementa la Norma genral exclusoria 89 (D) al requerir una "confiabilidad de fuentes" específica[145]. En vista de que el valor probatorio y su efecto de proceso justo en el sentido de la Norma 89 (D) puede a menudo sólo ser evaluado después del examen de las pruebas, también es posible admitir primero ciertas pruebas y desecharlas posteriormente[146].

En la resolución sobre el *hearsay Tadic*, una de las Salas de Audiencias reconoció que la confiabilidad es "un componente de la admisibilidad" y desarrolló ciertos "indicios de confiabilidad"[147]. En *Kordic and Cerkez* una de las Salas de Audiencias rechazó la admisión de declaraciones de testigos en testimonios de la Fiscalía, ya que esto "equivaldría a la aceptación absoluta de las pruebas *hearsay* sin verificarlas con la formulación de repreguntas (...) y carecería de valor probatorio"[148]. Dicho en términos positivos, la formulación de repreguntas es el remedio más eficiente contra las pruebas indignas de confianza[149]. De igual modo, la Sala de Apelaciones dejó fuera la declaración de un testigo fallecido porque no era digna de confianza: "Una prueba puede ser tan precaria, en términos de indicios de confiabilidad, que no es 'probatoria' ni, por consiguiente, admisible"[150]. La Sala fundamentó el examen de la no confiabilidad, *inter alia*, en la ausencia de formulación de repreguntas al testigo y en la deficiente calidad de las pruebas basadas en la *hearsay* que

144 *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on Zdravko Mucic's Motion for the Exclusión of Evidence, 2 September 1997 (IT-96-21-T), par. 44, reimpreso en KLIP y SLUITER, *supra* n. 27, pp. 227 (236). Véase ya *supra* n. 125.

145 Ver el profundo análisis de VISEUR SELLERS, *supra* n. 125, pp. 289-290.

146 *Prosecutor vs. Tadic*, Transcript of the Hearing of 20 May 1996 (IT-94-1-T), pp. 836 y ss, p. 928; crit. DIXON, *supra* n. 24, pp. 94-95.

147 *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 15 y 16: "si la declaración es voluntaria, veraz y fidedigna...".

148 *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on the Prosecution Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, 29 July 1999 (IT-95-14/2), par. 23.

149 *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on Objection to Rule 92bis Procedure and Motion to Quash and Exclude all Rule 92bis Statements' Filed by Radoslav Brdjanin on 13 December 2001 (IT-99-36), 18 January 2002, par. 8: si Brdjanin está preocupado de que el contenido de la declaración esté influido por el investigador que la anotó, su remedio es hacer que el testigo en cuestión sea llamado para la formulación de repreguntas.

150 *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 24. Véase también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 635.

no eran "de primera mano", "sino dudosas"[151] y, además, diluídas por diversas traducciones[152]. Aun cuando la Sala no deseaba que su resolución fuese entendida como "desconcertante" para el principio general de aceptación de pruebas *hearsay*[153], limitó considerablemente el empleo de las pruebas de este último tipo, y la decisión fue incluso interpretada en el sentido de invocar las clásicas excepciones del Common Law a la norma de la *hearsay*[154]. Finalmente, la Cámara de Apelaciones *Kupreskic* pidió una "precaución extrema al valorar la identificación del acusado por un testigo hecha bajo circunstancias difíciles"[155].

En cuanto a las pruebas documentales, una de las Salas de Apelaciones resolvió acerca de la "admisibilidad" de ciertos documentos sobre la base de su valor probatorio y su confiabilidad[156].

Mientras que, por ejemplo, los informes militares y un diario de guerra tienen su "propia autenticidad" y "hablan por sí mismos" y, en consecuencia, son normalmente admisibles[157], documentos tales como los informes de inteligencia basados "en fuentes anónimas o declaraciones *hearsay* (...) imposibles de verificarse actualmente mediante la formulación de repreguntas" son inadmisibles, en virtud de que su valor probatorio está reducido a tal punto que se ven considerablemente rebasados por la necesidad de garantizar un proceso justo" en el sentido de la Norma 89 (D)[158].

151 *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 23 (en referencia a la resolución *Aleksovski*, *supra* n. 123).

152 *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par 27: "...Múltiples traducciones en un ambiente informal crean un potencial mucho mayor de imprecisión que cuando tanto el declarante como el testigo hablan el mismo idioma o cuando la declaración original se rinde en el Tribunal con una traducción simultánea doblemente corroborada".

153 Ibid., par. 23 con n. 21.

154 GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 670.

155 *Prosecution vs. Kupreskic et al.*, *supra* n. 63, par. 39.

156 *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on Prosecutor's submissions concerning 'Zagreb Exhibits' and Presidencial Transcripts, 1 December 2000 (IT-95-14/1), par. 40. Véase en general MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 257 y ss.; BOAS, *supra* n. 28, pp. 271 y ss.

157 *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 156, pars. 43-44.

158 Ibid., pars. 43-44.

A mayor abundamiento, la Sala de Audiencias concluyó que la posibilidad de formulación de repreguntas por parte de la defensa, esto es, en este caso hacerlo con cualquier testigo en relación con los documentos, era un requisito fundamental para garantizar un proceso justo[159]. Esto no significa, sin embargo, que sólo puedan presentarse documentos por medio de un testigo con objeto de autentificarlos, tal como lo exigiría el Common Law[160], sino que confirma el derecho humano general del acusado a "examinar o haber examinado a los testigos en su contra", tal como lo reconocen los artículos 14 (3) (e) del Pacto Intenracional de Derechos Políticos y Civiles, el 6 (3) (d) Corte Europea de Derechos Humanos y como lo ha adoptado el artículo 21 (4) (e) del Estatuto del ICTY[161].

Los criterios de un proceso justo rigen igualmente la postura del TPIY en lo tocante a la aceptación de transcripciones y "declaraciones juradas"[162]. Mientras que la Norma 94 relativa a este problema[163] fue suprimida durante la enmienda a las normas llevada a cabo en diciembre de 2000 (véase más abajo), la aceptación de las transcripciones de otros procedimientos continúa siendo de importancia. Lo mismo puede decirse en lo concerniente a la utilización de pruebas de deposición según la Norma 71, en sentido que puede tener un efecto semejante, en la medida en que reemplaza la audiencia inmediata del testimonio durante el proceso[164].

159 Ibid. pars. 40-41.
160 *Cfr.* MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 257; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1308.
161 Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 23. Véase asimismo *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on Motion on Prosecution for Admissibility of Evidence, 19 January 1998 (IT-96-21-T), par. 22. Véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 283 y ss.; TERRIER, *supra*, n. 24, pp. 1300, 1303; también *infra*, n. 206 y texto.
162 Para un análisis detallado, véase GUARIGLIA, *supra* n. 138, pp. 674-676; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1309; MAY y WIERDA abordan la cuestión desde una perspectiva histórica, *supra* n. 5, pp. 749 y ss.
163 Para un análisis de esta Norma, véase DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1496 y ss.; ORIE, *supra*, n. 14, p. 1472.
164 Véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 259-260.

La Cámara de Apelaciones aceptó la transcripción de un testimonio del almirante Domazet en el caso *Blaskic* como una *hearsay* en los procedimientos siguientes contra *Aleksovski*, ya que la posibilidad de formular repreguntas al testigo ya existía en los procedimientos *Blaskic* y no había ninguna "línea en particular de formulación de repreguntas que hubiera sido no sólo importante sino también significativa para el proceso Aleksovski y que hubiera sido también tanto importante como significativa para el proceso Blaskic"[165]. Esta práctica ha sido seguida por la Sala de Audiencias *Kordic*, que aceptó varias transcripciones de testimonios de los proce-dimientos *Blaskic*, en virtud de que la defensa repreguntóa los testigos, quienes tenían un "interés en común" con la defensa en el caso *Kordic*[166]. Por otro lado, en *Delalic et al.* se adoptó la resolución de que la entrevista policial, practicada por la policía austríaca, a uno de los acusados no podría aceptarse como prueba, en vista de que las normas procesales austríacas de aquel entonces "contradecían de manera directa" el artículo 18 del Estatuto del TPIY, así como también la Norma 42 en lo que respecta al derecho a contar con un abogado[167]. En virtud de la Norma 5, esta entrevista debe considerarse nula en los procedimientos ante el TPIY[168]. La resolución anterior refleja, en última instancia, la fuerza que tiene la posición del proceso justo ante este Tribunal Penal Internacional y puede vincularse directamente a la Norma 95, que ya se mencionó anteriormente[169].

c) La creciente importancia de las pruebas escritas

Si bien toda las resoluciones descritas hasta ahora tuvieron como punto de partida el principio del testimonio vivo, tal como se asentó en la antigüa Norma 90 (A)[170], esta última fue suprimida con la decimonovena

165 *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, pars. 14 y ss. (20).
166 *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 144, pars. 46 y ss. (50).
167 *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra* n. 144, pars. 46 y ss (5).
168 Ibid. , par. 55.
169 *Cfr.* MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 762.
170 Véase *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses and on the Living Evidence by Video-Link, 25 June 1996 (IT-94-1-T), par. 19: "No

modificación a las Normas en diciembre de 2000. Como consecuencia, la norma sobre el testimonio por video-enlace se ha hecho menos rigurosa[171] y, lo que es más importante aún, se ha implantado la Norma 89 (F), lo cual faculta a la Sala de Audiencias "a recibir las pruebas de un testigo oralmente o, cuando los intereses de la justicia lo permiten, de forma escrita". La Norma anterior se halla complementada por la Norma *92 bis (A)*. Según esta última, una "declaración escrita" puede aceptarse "en lugar del testimonio oral" si "sirve como prueba de una cuestión diferente a los actos y la conducta del acusado"[172]. La Norma proporciona, además, una lista no excluyente de factores que propician la aceptación de pruebas escritas y establece un conjunto sistemático de normas sobre tal admisibilidad de pruebas escritas que siguen fundamentalmente los precedentes del TPIY citados con anterioridad (ver, por ejemplo, la Norma *92 bis (D)* referente a las transcripciones). No obstante, tales modificaciones han recibido severas críticas, especialmente por parte de los abogados del Common Law. Así, la ex Jueza del TPIY Patricia M. Waid las calificó como "un giro de 180 grados respecto al énfasis que se daba anteriormente al 'principio' del testimonio vivo"[173]. Por otra parte, esta misma Jueza consideró que incluso antes de estas modificaciones "las Normas del TPIY representaban una desviación del punto de partida desde las normas relativas a las pruebas del Common Law[174], y describe lo que ocurrió en diciembre de 2000 como "el predominio emergente del testimonio escrito[175].

puede recalcarse suficientemente el hecho de que la regla general es que un testigo debe estar físicamente presente en la sede del Tribunal Internacional..."; reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.), *supra* n. 27, p. 217 (221) con un comentario de KLIP.

171 Mientras que la antigua Norma 90 (A) permitía el testimonio por video-enlace sólo "en circunstancias excepcionales", la Norma 71 *bis* hace que su uso dependa *exclusivamente* de una petición de las partes y de "los intereses de la justicia". De este modo, los estrechos criterios establecidos por *Tadic (supra* n. 170) para utilizar tales pruebas y el menor peso adjudicado a las mismas ya no pueden considerarse válidos (véase para estos criterios *infra*, n. 204 y texto; asimismo MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 255-256).

172 Cursivas del autor.

173 PATRICIA M. WAID: *To "establish incredible events by credible evidence": The use of affidavit testimony in Yugoslavia War Crimes Tribunal Proceedings*, en *Harvard International Law Journal*, núm. 42, 2001, 535, p. 548.

174 Ibíd., p. 545.

175 Ibíd., p. 545. Coincide DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1424 y ss., quien pide una "defensa mayor" en favor del modelo adversarial (p. 1425).

Pese a que no puede negarse que la supresión del principio del testimonio vivo (Norma 90 (A)) y la aceptación del testimonio escrito en interés de la justicia (Norma 89 (F)) implican un cambio normativo relevante, la situación es mucho menos dramática de cómo lo presentan los colegas formados en el Common Law. Es verdad, por ejemplo, que la línea divisoria entre las pruebas relativas a los asuntos generales y los actos y conducta del acusado puede hacerse borrosa en casos específicos[176], en particular en lo referente a la responsabilidad del superior[177]. Con todo, también se deduce claramente del texto de la Norma *92 bis (A)* que una declaración escrita no puede aceptarse para probar la responsabilidad individual del acusado tocante a los cargos específicos en la acusación "prueba de una cuestión diferente de los actos y la conducta del acusado". En resumen, el testimonio vivo continúa siendo indispensable para probar la culpabilidad individual del acusado[178]. Tal punto de vista se ha confirmado en una resolución reciente de la Sala de Audiencias en el caso *Naletilic & Martinovic*[179], en la cual la Sala sostuvo, además, que el requisito del encabezado de la Norma *92 bis (A)* debe extenderse mediante la interpretación teleológica de la Norma *91 bis (C)* que toma en consideración el testimonio escrito, como se reconoce en el Derecho Comparado[180], en caso de muerte u otra incapacidad del testigo para asistir al proceso[181]. Como consecuencia de lo anterior, el testimonio escrito sólo puede aceptarse en estas circunstancias, si no se refiere a los actos y la conducta del acusado. Esto se aplica generalmente a todas las formas de testimonio escrito según la Norma *92 bis (*de hecho, el parágrafo (D) de esta Norma contiene la misma fórmula. Además,

176 WAID, *supra* n. 550.

177 Véase *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on 'Objection and/or Consent to Rule 92 *bis* Admission of Witness Statements Number One' Filed by Brdjanin on 16 January 2002'.

178 *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 678.

179 *Prosecutor vs Naletilic & Martinovic*, Decision on the Prosecutor's Request for Public Versión of Trial Chamber's ' Decisión on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness (...)' of 22 January 2002, 27 February 2002 (IT-99-34-T).

180 Ver el Art. 195 del Código Italiano de Procedimiento Penal, sección 23 de la UK Criminal Justice Act 1988 y § 251 de la Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal, N.d.Tr.) alemana.

181 *Prosecutor vs Naletilic & Martinovic, supra* n. 181, consideración 8.

los precedentes del TPIY, que se basan en el artículo 21 (4) (e) del Estatuto y en la Norma 89 (B)-(D), han desarrollado, como hemos visto en líneas previas, estrictos criterios que buscan garantizar un proceso justo para el acusado, especialmente para el examen de la confiabilidad de las pruebas[182]. Los criterios indicados limitan igualmente el uso del testimonio escrito. La Norma *91 bis* no los sustituye ni tampoco los modifica[183]. En el juicio *Milosevic* se restringió, en términos cuantitativos, la aceptación de las declaraciones escritas de 23 testigos presentados por la Fiscalía y se solicitó que asistieran al Tribunal aquellos que habían sido aceptados para formularles repreguntas. En caso de que un testigo no concurra, no se aceptará su declaración por escrito[184]. A pesar de que la Sala consideraba que las declaraciones debían recaer sobre el encabezado de la Norma *9 bis* (A), en sentido que debían referirse a la comprobación de asuntos diferentes de los actos del acusado[185], "se relacionan con un elemento crítico de la causa de la persecución penal"[186], y por consiguiente "los requisitos de un proceso justo exigen que se le dé al acusado el derecho" a formularle repreguntas[187]. En todo caso, si llegan a aceptarse las pruebas escritas, éstas carecerán del "mismo valor probatorio *per se*" que posee el testimonio vivo[188]. Si hay una contradicción entre las declaraciones escritas y orales de un testigo, las partes pueden pedirle a éste "que explique la discrepancia, inconsistencia o contradicciones" al Tribunal, el cual determinará posteriormente su valor probatorio[189].

182 Véase asimismo *id.*, consideraciones 11 y 14.

183 *Prosecutor vs. Sikirica et al*, Decisión on Prosecution's Application to Admit Transcnpts under Rule *92bis*, 23 May 2001 (IT-95-08-T), par. 3.

184 *Prosecutor vs Milosevic*, Decisión on Prosecution's Request to Have Written Statements Admitted under Rule *92bis*, 21 March 2002 (IT-01-47-T), par. 27.

185 Ibíd., par. 22: "Actos y conducta del acusado" se define como los "..hechos y conducta del acusado", sin que importen los actos de otros partícipes.

186 Ibid., par. 24.

187 Ibid., par.25.

188 *Prosecutor vs. Naletilic & Martinovic*, Decisión on the Admission of Witness Statements into Evidence, 14 November 2001 (IT-98-34-T), consideración 3. Las "declaraciones testimoniales mediante entrevista", establecidas sin control judicial, no se aceptaron como pruebas.

189 *Prosecutor vs. Kayishema and Ruzindana*, Order on the Probative Valué of Alleged Contradiction between the Real and Written Statement of a Witness during Examination, 17 April 1997 (ICTR-95-1-T).

Hay que recordar que, en un nivel politico más general, las enmiendas de diciembre de 2000 fueron una reacción a la crítica general de la duración de los juicios ante el Tribunal[190]. Esta duración –que va de 10 a 224 días (en el caso *Milosevic* la la estimación de la Fiscalía para un proceso acumulado de las tres acusaciones fue de aproximadamente tres años)[191]– se debe en gran medida a la gran cantidad de testigos vivos, entre 100 y 200 (en *Milosevic*, entre 380 y 600 aproximadamente) y a que el testimonio de cada uno de ellos toma en promedio un día de proceso[192]. La dependencia de de los testimonios distingue los procesos actuales de los de Nuremberg y Tokio, donde la causa de la Fiscalía se construyó sobre pruebas documentales[193]. Si bien esto puede cambiar en los procesos contra líderes militares y políticos que no llevaron a cabo, personalmente, ("con sus propias manos") ningún acto de violencia, sino que su participación fue tras bambalinas y que, por tanto, sólo pueden ser condenados por medio de pruebas documentales y circunstanciales[194], los testimonios continuarán siendo cruciales por la sencilla razón de que los dictadores actuales no necesariamente llevan un registro detallado de sus atrocidades, en razón de las acciones penales que habrán de emprenderse en su contra. De este modo, el Reporte del Grupo de Expertos de 1999 recomendó que se utilizara otro tipo de pruebas, en particular el "testimonio preparado" escriturado[195]. Tal flexibilidad se

190 Véase también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 632; GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 677; McDONALD, *supra* n. 24, p. 615, donde señala que el objetivo principal de las modificaciones de diciembre de 1998 fue hacer más expeditos los procesos y mejorar la gestión de los casos. De manera similar se expresan MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 259, 261, quienes además defienden las pruebas escritas con el fin de acelerar los procedimientos; ver asimismo RODRIGUES y TOUE, *supra* n. 103, p. 302.

191 *Prosecutor vs. Milosevic*, Decisión on Prosecution's Motion for Joinder, 13 December 2001 IT-99-37-PT/IT/-01-50-PT/IT-01-51-PT, par. 47.

192 Para otros casos, véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 250.

193 MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 743-744; *id.*, *supra* n. 103, p.257; ORIE, *supra* n. 14, p. 1460, RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, p. 296.

194 Sobre la importancia de las pruebas documentales, véase TERRIER, *supra* n. 24, p. 1308; sobre las pruebas circunstanciales (o indirectas), véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 256.

195 Report Expert Group, *supra* n. 29, par. 85 y ss, 88 con la recomendación 12: "testimonio escrito que se presenta por anticipado en forma de preguntas y respuestas, dándose la oportunidad a la otra parte de impugnar posteriormente las preguntas y haciendo que el testigo esté disponible posteriormente para repreguntas"; "preparación de un expediente ... que contenga

justifica igualmente por la naturaleza de los crímenes a perseguir ante los Tribunales Penales Internacionales. Éstos normalmente no son delitos nacionales comunes, sino delitos internacionales, que tienen lugar en cierto contexto histórico y político[196]. Es preciso entender e investigar primero este contexto, a fin de imputar, de manera apropiada, la responsabilidad individual a los diversos sospechosos implicados en actividades criminales. Para probar este contexto, debe darse cabida a métodos diferentes y más flexibles, como se expresa, por ejemplo, en la Norma 93 del TPIY, que se refiere, a las pruebas de una pauta consistente de conducta y en la Norma 94, la que se ocupa de la constancia judicial[197]. Por último, los temores de los abogados del Common Law respecto de la tendencia "inquisitiva" de un procedimiento conducido por un Juez pueden contestarse argumentando que tales miedos están mucho más justificados en un proceso ante partícipes legos, como son los integrantes del jurado. A nivel internacional se espera contar con un estrado de Jueces profesionales con la suficiente experiencia para calibrar las pruebas, tomando en cuenta las consideraciones necesarias de justicia y, en particular, los derechos del acusado[198].

El Reporte del Grupo de Expertos afirmó, por otro lado, que los Jueces "expresaron el convencimiento que el carácter prolongado de las actuaciones ante el Tribunal podría atribuirse (...) a un control insuficiente (...) sobre los procedimientos por parte de los Jueces"[199]. En otros términos, la duración de los juicios se toma como argumento para un procedimiento de carácter más "inquisitivo" que se apoye más en la dirección judicial que en el libre juego entre las partes. No obstante, las exigencias de que los procesos sean más expeditos, se toparán, con toda seguridad, con

declaraciones de testigos ... para permitir a la Sala de Audiencias elegir testigos apropiados que rindan un testimonio oral y para aceptar ciertas declaraciones de testigos como pruebas documentales...".

196 Cfr. al respecto McDONALD, *supra* n. 24, p. 621; de igual modo, MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 240-250.

197 Cfr. DIXON, *supra* n. 24, pp. 87 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1293-1294.

198 Véase también SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 285-286, 308, 371, 375. Para un análisis general de los derechos de los acusados, consúltese ZAPPALÁ, *supra* n. 46, pp. 1319 y ss.

199 Report Expert Group, *supra* n. 29.par.77.

los oídos sordos de los abogados del Common Law, ya que, al mismo tiempo, el método clásico de este tipo de Derecho para llegar a semejante resultado, es decir la aceptación de la culpabilidad por parte del acusado, se ha restringido a tal punto que ya no puede ejercer esta función como, en cambio, sí la ejerce en un proceso adversarial. Sea como fuere, el debate acerca de la duración de los juicios internacionales no tiene que ver tan sólo con la eficacia, sino también con los derechos humanos, ya que el derecho a un proceso ágil está reconocido en todos los instrumentos importantes de derechos humanos[200]. Ciertamente un proceso rápido interesa al acusado con tal que no obstaculice su derecho a una defensa apropiada.

Volviendo a la Corte Penal Internacional (CPI), el principio es que el testimonio sea vivo, "en persona"[201]. La Corte puede no obstante permitir el testimonio oral o grabado mediante tecnologías de video o audio y la presentación de documentos o transcripciones escritas (art. 69 (2), Normas 67, 68). Las partes pueden (¡de una forma adversarial!) estar de acuerdo sobre ciertos hechos, pero (¡y en ello ha influido el Derecho de tradición civil!) semejante acuerdo no es obligatorio para la Sala, pues ésta puede, no obstante, considerar que el hecho no está aún demostrado y requerir oír más pruebas (Norma 69)[202]. Existen también normas específicas en relación con las pruebas en los casos de violencia sexual (Normas 70 - 72)[203]. El uso de tecnologías de audio o video, que se utilizan mucho en los Tribunales *Ad Hoc*, implica la aceptación de pruebas grabadas previamente y conlleva, de este modo, una desviación del principio de inmediación. Es por ello que el TPIY ha desarrollado criterios estrictos para el uso de tales tecnologías.: El testimonio debe ser considerablemente importante, el testigo debe estar renuente o incapacitado para asistir al Tribunal y debe reservarse el derecho del acusado al careo[204]. La utilización de transcripciones escritas es

200 Cfr. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 250 y ss.

201 Véase el ya citado *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 170.

202 Véase asimismo ORIE, *supra* n. 14, p. 1487.

203 Véase *supra* n. 132.

204 Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 170, par. 19; para el tercer criterio, ver *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decisión on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give their

ciertamente más peligrosa, en virtud de que no sólo influye en el principio de inmediación, sino también en el de oralidad. Por tal motivo, hay que recibir con agrado el hecho de que la CPI haya elegido un enfoque más restrictivo que el TPIY al exigir que las partes tengan la posibilidad de examinar al testigo en cierto momento del juicio (Norma 68)[205]. Este planteamiento toma en cuenta el artículo 6 (3) (d) de la Corte Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, según la cual un derecho efectivo de defensa exige que el acusado tenga, al menos en cierto momento durante el juicio, la posibilidad de interrogar al testigo[206].

Por otro lado, según la Norma 121 (10) de la CPI, el *Registry* mantendrá "un registro completo y preciso de todos los procedimientos ante la Sala de Cuestiones Preliminares" (ver también la Norma 131 (1)), en sentido que las pruebas presentadas a la Sala de Cuestiones Preliminares en la audiencia de confirmación (normas de revelación) deben, en esencia, quedar documentadas[207]. Este registro será enviado a la Sala de Audiencias (Norma 130). Si bien las Normas dejan claramente abierta ("constructiva-mente ambigua") la cuestión de si la Sala inspeccionará o podrá inspeccionar el registro –la Norma 131 sólo se refiere al Fiscal, la defensa, los representantes estatales y las víctimas–[208], su simple existencia (pese a que puede no ser tan completa como un *dossier* francés)[209] conlleva, desde la perspectiva del Common Law, el riesgo de que la Sala de Audiencias confíe en él en vez de decidir sobre la base de las pruebas que recibe en el proceso

Testimony by means of a Video-Link Conference, 28 May 1997 (IT-96-21-T), par. 15. Ver también VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 534-535; crit. McDONALD, *supra* n. 24, p. 569.

205 Véase también GUARIGLIA, pp. 1130-1131.

206 *Cfr. Van Mechelen et al vs. Netherlands*, Judgement 23 April 1997, Reports 1997-III, par. 51; *Lüdi vs. Switzerland*, Judgement 15 June 1992, Series A-238, par. 49; *P.S. vs. Germany*, Judgement 20 December 2001, No. 33900/96, par. 21. Ver *supra* n. 161. Para un análisis, AMBOS, *Europarechtliche Vorgaben für das deutsche Strafverfahren*, en *NStZ* 2002, 628 y 2003, 14; versión en castellano publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004 (Fundacion Konrad Adenauer) y también en este libro.

207 Para la práctica similar de los Tribunales *Ad Hoc*, ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Akayesu*, Decision by the Tribunal on its Request to the Prosecutor to Submit the Written Witness Statements, 28 January 1997 (ICTR-96-4-T): "...todas las declaraciones de ese tipo se aceptarán como pruebas y forman parte del registro".

208 Véase asimismo BITTI, *supra* n. 26, p. 278.

209 *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1485; también sobre el expediente del TPIY pp. 1470-1471.

actual[210]. La interpretación correcta depende evidentemente también de la función y el papel del Juez presidente durante el proceso. Si realmente quiere dirigirlo, tal como se lo permite el artículo 64 (8) del Estatuto de la CPI, puede necesitar el conocimiento del registro para hacerlo eficazmente[211]; si deja la conducción del proceso a las partes de una forma adversarial, no necesita este cono-cimiento. En última instancia, como lo ha mostrado la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*[212], los Jueces bien pueden tomar la opción que mejor conocen de sus sistemas nacionales[213]. El límite está claramente asentado en el artículo 74 (2) del Estatuto de la CPI, según el cual la sentencia debe basarse "únicamente en pruebas sometidas a consideración y analizadas (...) en el proceso". En tal sentido, el registro puede, tan sólo, puede desempeñar una función de respaldo, la que podrá, no obstante, ser siempre necesaria dadas las complejidades jurídicas y fácticas implicadas en los procesos de los crímenes de guerra[214].

En suma, es justo decir que las normas de prueba adoptan, pese a los amplios poderes de la Sala de Audiencias, un enfoque mixto al combinar rasgos del Derecho de tradición Civil y del Common Law. La aplicación práctica de estas normas dependerá, en última instancia, de la formación jurídica de los Jueces, a quienes se otorga la suficiente facultad discrecional para conducir los procesos de acuerdo con sus preferencias[215].

3. Otros aspectos

En ambos Tribunales la sentencia debe ir acompañada de una opinión razonada (art. 23 (2) del Estatuto del TPIY, Norma 98 (C); art. 74 (5)

210 Para la "división entre el Derecho de tradición Civil y el "Common Law"" respecto de este tema, ver BRADY, *supra* n. 56, pp. 424-426; *id.*, *supra* n. 56 (ajuste), pp. 269-271; asimismo LEWIS, *Trial procedure*, en LEE, *supra* n. 24, pp. 539-553, p. 540; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 634, con n. 26.

211 *Prosecutor vs. Dokmanovic*, Order of 28 November 1997, IT-95-13a-PT: "Examen de tales documentos por la Sala de Audiencias tiene principalmente el fin de fomentar una mayor comprensión de los problemas y una dirección más eficaz del proceso...".

212 Véanse los ejemplos de HARHOFF, *supra* n. 24, pp. 653-654.

213 En esa medida, incluso BRADY, *supra* n. 56 (ajuste), p. 272, y BITTI, *supra* n. 26, p. 279, están de acuerdo.

214 SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 188.

215 Para la misma conclusión concerniente al registro de los procedimientos, véase *supra* n. 213; con relación al régimen de testigos y la búsqueda de la verdad, véase KREß, *supra* n. 14, pp. 353, 382 "estructura procesal abierta".

del Estatuto de la CPI), desconocida en los procesos del Common Law, que se realizan con un jurado[216].

En cuanto al procedimiento de apelaciones[217], tanto el TPIY como la CPI permiten una apelación del Fiscal contra la absolución (art. 25 (1) del Estatuto del TPIY; art. 81 (1) (a) del Estatuto de la CPI). En los sistemas del Common Law no existe semejante derecho automático de apelación contra el fallo absolutorio[218], pues, para la mayoría de los abogados del Common Law, constituye un hecho profundamente inquietante, sino enteramente incivilizado, someter a un acusado a un proceso criminal por segunda vez por el mismo acto; ello constituye una violación de la norma contra el doble enjuiciamiento (*ne*[219] *bis in ídem*)[220]. Si bien el generoso campo de acción del derecho de apelación se asemeja al Derecho de tradición Civil, el procedimiento de apelaciones se basa en el Common Law, en virtud de que no permite un proceso *de novo*, sino solamente una revisión de la resolución relativa a cuestiones de hecho y jurídicas claramente identificadas y con oportunidades limitadas para nuevas pruebas[221].

216 ROBINSON pasa esto por alto, *supra* n. 14, p. 575, si considera una opinión razonada por escrito como una característica de ambos sistemas.

217 Para un análisis detallado del régimen de la CPI, ver BRADY, *The Rules of Procedure and Evidence on the Appeal*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 235-259; ROTH y HENZELIN, *The appeal procedure of the ICC* en CASSESE *et al.*, (eds.), *supra n.* 14, pp. 1535-1558.

218 George C. THOMAS III, *Double Jeopardy*, 1998, pp. 216 y ss; STUCKENBERG, *Double Jeopardy*, 2001, pp.13 y ss. ORIE, *supra* n. 14, p. 1455; OBOTE-ODORA, *supra* n. 24, p. 335.

219 "Ne", no *"non"* de acuerdo con la regla gramatical que rige las órdenes prohibitivas; por ejemplo, *ne dubitaveris* (no vaciles). Véase BAYER-LINDHAMMER, *Lateinische Grammatik*, 2a ed., 1990, p. 200; <www.facstaff.bucknell.edu/gretaham/Teaching/latin102>.

220 *Cfr.* THOMAS III, *supra* n. 218, pp. 229 y ss.; STUCKENBERG, *supra* n. 218, pp. 15-16; BRADY y JENNINGS, *Appeal and revision*, en LEE, *supra* n. 4, 294-304, p. 297; ROTH y HENZELIN, *supra* n. 217, p. 1543; CRETA, *supra* n. 74, pp. 411-412, quien exige que se modifique el Estatuto del TPIY y las Normas en este aspecto. Véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 332-333, quien sostiene que una apelación contra la absolución no está prohibida por los derechos humanos. Según BEHRENS, *supra* n. 125, p. 440, esta prohibición (del "Common Law") no se aplica a un proceso sin jurado (*cfr.* HATCHARD, HUBER y VOGLER, *supra* n. 19, p. 237).

221 ORIE, *supra* n. 14, pp. 1474, 1490. En cuanto a la aceptación de pruebas adicionales, según la Norma 15 del TPIY se han desarrollado diferentes criterios en los precedentes, que, en cualquier caso, dejan una gran facultad discrecional a la Cámara de Apelaciones (*Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra* n. 63, pars. 42 y ss. (76) con referencia al enfoque del Derecho de tradición Civil y el "Common Law" y los precedentes anteriores).

El planteamiento de los dos actos o las dos etapas del sistema adversarial con relación al pronunciamiento de un fallo (veredicto de culpabilidad) y de la sentencia[222], fue originalmente propuesto en el TPIY, pero posteriormente ambos actos se fusionaron, nuevamente por razones de eficacia, merced a la Norma 87 (C). El Estatuto de la CPI deja la resolución en una audiencia separada de imposición de sentencia básicamente en manos de los Jueces (art. 76 (2); Norma 143)[223].

En lo concerniente al efecto vinculante de las resoluciones de la Cámara de Apelaciones sobre las Salas de Audiencias –que en el Common Law se reconocen generalmente según la doctrina del precedente vinculante–, la Cámara de Apelaciones dispuso en *Aleksovski* que la *ratio decidendi* de su resolución es vinculante[224], con lo que hizo suyo el enfoque del Common Law. Es posible encontrar un plantea-miento más flexible en el artículo 21 (2) del Estatuto de la CPI, de acuerdo con el cual "la Corte *puede* aplicar principios y normas del Derecho, tal como éstos se han interpretado en sus resoluciones anteriores"[225], en sentido que la Corte no está obligada a seguir las resoluciones mencionadas, sino que tiene, al respecto, una amplia facultad discrecional para hacerlo o no[226].

La posibilidad de sancionar a los abogados de la defensa mediante procedimientos de desacato (Norma 77 del TPIY, art. 70 y 71 del Estatuto de la CPI) es un mecanismo tradicional del Common Law que es más bien ajeno al Derecho de tradición Civil[227]. Según la Cámara de Apelaciones, el poder de sancionar el desacato es una "competencia inherente del Tribunal" y su propósito es garantizar que no se frustre el

222 Para un mayor detalle véase SAFFERLING, supra n 7, pp. 269 y ss., p. 372 argumentando de modo convincente, desde una perspectiva de derechos humanos, enfavor de esta separación.

223 *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, pp. 1454, 1473, 1489-1490.

224 *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123 (Judgement), par. 113; coincide *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawai of a Judge, 18 MAY 2000 (IT-99-36-PT), par. 6. Para un análisis detallado, véase HARRIS, *Precedent in the practice oft he ICTT* en MAY *et al.*, (eds.), *supra* n. 28, pp. 341-356.

225 Cursivas del autor.

226 *Cfr.* McAULIFFE DE GUZMAN, en TRIFFTERER, *supra* n. 125, Art. 21-22, mn.

227 Ver en general OOSTHUIZEN, *Of misconduct, contempt, false testimony, rule mutations...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 387-402; KAY y SWART, *supra* n. 46, pp. 1432 y ss., sobre los delitos específicos, véase TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1309 y ss.

ejercicio de la jurisdicción y queden salvaguardadas sus funciones jurisdiccionales fundamentales[228]. La adopción de reglas para perseguir faltas de dasacato cae dentro de los "otros asuntos relativos al caso" en el sentido del artículo 15 del Estatuto del TPIY[229].

Conclusiones

En el plano de los procedimientos penales internacionales, la tradicional división entre Derecho de tradición civil y Common Law ha sido superada. A pesar de que es posible rastrear el origen de tradición civil o Common Law respecto de la mayoría de las normas, éstas se han vuelto *sui generis* y únicas en su aplicación ante los tribunales de Derecho Penal Internacional[230]. De modo que no es importante si una norma es adversarial o "inquisitiva", sino si ayuda "al tribunal a llevar a cabo sus tareas"[231] y si obedece a un estándar básico de juicio justo[232]. Dada la extendida crítica a este respecto[233], es necesario recordar que la Corte europea de derechos humanos ha reconocido que el procedimiento ante el TPIY ofrece todas las garantías necesarias para un debido proceso, incluyendo la de la imparcialidad e independencia del tribunal[234]. Aunque

228 *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement on Allegations of Contempt against prior Counsel, Milán Yujin, 31 January 2000 (IT-94-1-A-R77), pars. 17-19; coincide *Prosecutor vs. B. Simic, M. Simic, Tadic, Todorovic & Zaric*, Judgement in the Matter of contempt Allegations against an Accused and his Counsel, 30 June 2000 (IT-95-9-PT), par. 91.

229 *Prosecutor v. Tadic*, Appeals Judgement of Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 27 February 2001 (IT-94-1-A-AR77), consideration 12; crit. BOHLANDER, *supra* n. 28, III. y con mayor detalle en 12 CLF, 91-111 (2001).

230 *Prosecutor v. Delalic et al.*, *supra* n. 27, para. 15: "Una norma puede tener un origen de tradición civil o de 'Common Law', pero el resultado final puede ser una amalgama de ambos..., llegando a ser *sui generis*." Conc. ROBINSON, *supra* n. 14, p. 580; también DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1390, 1436.

231 DIXON, *supra* n. 24, p. 98.

232 *Cfr.* también MAY/WIERDA, *supra* n. 5, pp. 753 y ss, 764. De forma similar ROBINSON, *supra* n. 14, p. 569 y *passim*: trato justo como un "requisito global." Así también la aproximación desde una perspectiva de los derechos humanos de SAFFERING, *supra* n. 7, pp. 2, 20-1 y *passim*.

233 Véase por ejemplo DEFRANCIA, *supra* n. 75, p. 1401 ("prioridad...para una protección del debdo proceso") y *passim*; KATZ, *supra* n. 240, pp. 116 y ss., argumentando a favor de estándares más estrictos de un proceso justo.

234 *Naletilic v. Croacia*, Decision of 4 may 2000, complaint 51891/99, 1.b) = 21 HRLJ 450 (2000) = EuGRZ 2002, p. 143. Véase sobre esa decisión y en relación entre tribunales penales internacionales y la Corte europea de derechos humanos CAFLISCH, 25 HRLJ 1, pp. 9 y ss. (2002).

es cierto que existen "problemas sustanciales de coherencia y garantía legal" en los procedimientos penales internacionales, "ya que cada sistema (Derecho de tradición civil y Common Law) representa un equilibrio cuidadosamente estructurado entre los derechos de las partes del proceso"[235], no constituye ninguna solución a estos problemas el establecimiento Salas de Derecho de tradición civil y de Common Law, como fue propuesto recientemente por algunos colegas del Common Law[236]. Esto profundizaría las diferencias entre los dos sistemas en vez de utilizar la posibilidad de desarrollar un verdadero procedimiento penal internacional mixto que merezca ser llamado *sui generis*[237].

En vez de evaluar si un sistema es más conveniente que el otro para su aplicación a los procedimientos penales internacionales, se debiera distinguir entre la fase de antejuicio y la de juicio en los procedimientos, siguiendo una aproximación orientada hacia el resultado[238]. En ese sentido, la aproximación desde el Derecho de tradición civil parece ser más apropiado en relación a la igualdad de armas entre la Fiscalía y la defensa. La experiencia de los tribunales *Ad-Hoc* demuestran que la defensa –sin considerar la circunstancia que entra al caso en una etapa (de antejuicio) muy tardía– nunca tiene iguales, ni similares, posibilidades que la Fiscalía para preparar la causa[239]. Eso se debe en parte a la falta de recursos humanos, lo que hace imposible enviar a personas a la lugares de los crímenes para realmente "investigar" el caso; mayor importancia tiene, sin embargo, la dependencia respecto de la cooperación estatal en la reunión de pruebas. Mientras resulta difícil para la Fiscalía entrar al territorio de un Estado en particular con fines investigativos, esto resulta

235 Cfr. HARHOFF, *supra* n. 24, p. 650; de manera similar ORIE, *supra* n. 14, pp. 1453, pp. 1494-95 observando, *inter alia*, que las normas de prueba "están íntimamente vinculadas al sistema procesal en el que funcionan."

236 Crit. BITTI, *supra* n. 26, p. 288.

237 Véase *supra* n. 27.

238 *Cfr.* DAMASKA, *supra* n. 8, p. 5. El fundamento de esta aproximación es observar los resultados en vez de la terminología o ideología. Véase la discución en torno a lo inquisitivo/adversarial al comienzo de este trabajo.

239 *Cfr.* WLADIMIROFF, *supra* n. 24, pp. 4-5, 7; id., en *McDONALD/SWAAK-GOLDMAN*, *supra* n. 24, pp. 415-450, pp. 439 y ss., p. 442 (2000); KAY/SWART, *supra* n. 46, pp. 1424 y ss.

generalmente imposible del todo para la defensa, si el Estado se niega a cooperar. Hay varias causas en que a abogados de la defensa les fue denegado el permiso de ingreso a la República de Bosnia-Herzegóvina o de Ruanda[240]. En un caso como el de *Milosevic*, en el que la Fiscalía depende fuertemente de información de inteligencia, ¿alguién creería seriamente que la CIA u otro servicio secreto cooperaría voluntariamente con abogados privados de la defensa? De este modo, la única posibilidad de la defensa para obtener la información necesaria para la preparación de su caso, es que la Fiscalía investigue en ambas direcciones y revele su información a la defensa. De hecho esa es la razón para la estrictas obligaciones de revelación impuestas a la Fiscalía[241]. Se podrá argumentar que, desde una perspectiva conceptual, un Fiscal imparcial, como está previsto en el sistema de tradición civil, garantiza al menos una cierta protección para el acusado, y podrá, si está dispuesto a hacerlo, asegurar que los derechos del acusado sean respetados. Este punto fue destacado durante las negociaciones del Comité Preparatorio antes de la Conferencia de Roma[242].

Observando los procedimientos como un todo y el juicio en particular, un rol más activo –para usar las palabras del Grupo de Expertos– o "intervencionista" de parte los jueces pareciera asegurar una administración más eficiente del juicio y de ese modo contribuir a acortar los procesos. Aunque el Reporte del Grupo de Expertos no sugirió explícitamente "que las mejoras en la administración de los casos no se pueden hacer en un sistema 'Common Law' adversarial"[243], sus

240 *Véase* HARHOFF, *supra* n. 24, p. 656; KAY/SWART, *supra* n. 46, p. 1424. Para una discución general respecto de las limitaciones de la defensa con referencias sobre el Derecho de precedentes del TPIY *véase* KATZ, *International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospect*, 27 Yale Journal of International Law (2002), 111-140, pp. 121 y ss.

241 En *Prosecutor v. Krajisnik & Plavsic*, *supra* n. 71, la Sala invocó el principio de la igualdad de armas en favor de la revelación. Para una discución general *véase Prosecutor v. Tadic*, Judgement, 15 July 1999 (IT-94-1-A), para. 43 y ss. Para un argumento similar *véase Prosecutor v. Brdjanin & Talic*, *supra* n. 81, para. 10

242 *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 234.

243 Expert Group Report, *supra* n. 29, para. 77.

análisis y recomendaciones[244] claramente argumentan en favor de un procedimiento liderado por jueces en el sentido del Derecho de tradición civil[245]. De hecho no se puede negar que el juicio dirigido y administrado por un juez experimentado puede evitar demoras producidas por la libre e incontrolada interacció entre las partes. Lo mismo vale para la fase de antejuicio coordinada por el juez del antejuicio (Norma 65 del TPIY)[246]. Por otra parte, acuerdos entre la Fiscalía y la defensa alcanzados bajo la supervisión de un juez no debieran ser rechazados *a limine* por los abogados del Derecho de tradición civil, ya que son un importante elemento para acortar los procedimientos[247].

No debe olvidarse, no obstante, que las normas de procedimiento solamente proveen un marco general, su funcionamiento fluido depende en definitiva de los protagonistas procesales, especialmente de los jueces[248]. Un procedimiento realmente mixto, *sui generis*, requiere Fiscales, abogados de la defensa y jueces que tengan conocimientos tanto del sistema de tradición civil como del Common Law y sean capaces de mirar más allá de sus propios sistemas legales[249]. Aunque las normas procesales existentes dejan suficiente espacio para que los juristas de ambos sistemas puedan conducir los procesos de acuerdo a su propio derecho nacional, la práctica ante los tribunales *Ad-Hoc*, especialmente el TPIY, demuestran que los límites nacionales en cuanto a los procedimientos penales debieran verse superados con una creciente experiencia y práctica en el marco de un sistema de justicia penal internacional que se dirige hacia una convergencia armónica de ambos sistemas. En el futuro constiuirá un problema mucho mayor darle cabida a sistemas legales que no se basan en tradiciones occidentales, como por ejemplo el Derecho islámico[250].

244 Ibid., para. 75-7 y recomendaciones 7 a 9.

245 Incluso abogados del "Common Law" reconocen esto, véase por ejemplo McDONALD, *supra* n 24, p. 616 argumentando en favor de un rol más activo de los jueces a fin de hacer los juicios más expeditos.

246 *Véase* ya más arriba n. 62 y texto.

247 *Véase* ya *Prosecutor v. Erdemovic*, *supra* n. 98 (opinión separada conjunta de McDONALD/VOHRAH), para. 2: "La institución del 'Common Law' de la confesión de culpabilidad debiera...encontrar un espacio receptivo".

248 De modo similar ORIE, *supra* n. 14, pp. 1493, 1494.

249 *Véase* también HARHOFF, *supra* n. 24, p. 654.

250 *Cfr.* AMANN, *supra* n. 15, p. 851 y ss. Ya hemos mencionado a China como un sistema *sui generis* en AMBOS, *supra* n. 20, p. 90.

ANEXOS

Elementos de los Crímenes*

Introducción general

1. De conformidad con el artículo 9, los siguientes Elementos de los Crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto. Serán aplicables a los Elementos de los Crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III.

2. Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace referencia en los Elementos de los Crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. A continuación se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia.

3. La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.

4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos "inhumanos" o "graves", por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa.

5. Los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o a su inexistencia[1].

6. El requisito de ilicitud establecido en el Estatuto o en otras normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional humanitario, no está en general especificado en los Elementos de los Crímenes.

7. La estructura de los Elementos de los Crímenes sigue en general los principios siguientes:

- Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden.
- Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente.
- Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar.

8. El término "autor", tal y como se emplea en los Elementos de los Crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los Elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables, *mutatis mutandis*, a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículos 25 y 28 del Estatuto.

---

* Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional

1 Este párrafo se entenderá sin perjuicio de la obligación que tiene el Fiscal con arreglo al párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto..

9. Una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes.

10. La utilización de expresiones abreviadas para designar a los crímenes en los títulos no surtirá ningún efecto jurídico.

Artículo 6. Genocidio

Introducción

Con respecto al último de los elementos de cada crimen:

- La expresión "en el contexto de" incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse;
- La expresión "manifiesta" es una calificación objetiva;
- Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.

Artículo 6 a).
Genocidio mediante matanza
Elementos

1. Que el autor haya dado muerte[2] a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 6 b).
Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental
Elementos

1. Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas[3].

2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

2 La expresión "dado muerte" es intercambiable con la expresión "causado la muerte".

3 Esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.

Artículo 6 c).
Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física
Elementos

1. Que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia.

2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

4. Que las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo[4].

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 6 d).
Genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos
Elementos

1. Que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

4. Que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 6 e).
Genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños
Elementos

1. Que el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas[5].

2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

4 La expresión "condiciones de existencia" podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

5 La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra, o aprovechando un entorno de coacción.

3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

4. Que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo.

5. Que los trasladados hayan sido menores de 18 años.

6. Que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados eran menores de 18 años.

7. Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Artículo 7.
Crímenes de lesa humanidad
Introducción

1. Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.

2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

3. Por "ataque contra una población civil" en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la "política (...) de cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil[6].

6 La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.

Artículo 7 1) a).
Crimen de lesa humanidad de asesinato
Elementos

1. Que el autor haya dado muerte[7] a una o más personas.

2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) b).
Crimen de lesa humanidad de exterminio
Elementos

1. Que el autor haya dado muerte[8], a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población[9].

2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte[10] de esa matanza.

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) c).
Crimen de lesa humanidad de esclavitud
Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad[11].

2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

7 La expresión "dado muerte" es intercambiable con la expresión "causado la muerte". Esta nota será aplicable a todos los elementos en que se emplee uno de los dos conceptos.

8 La conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente.

9 La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas.

10 La expresión "como parte de" comprendería la conducta inicial en una matanza.

11 Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 71) d).
Crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población
Elementos

1. Que el autor haya deportado o trasladado[12] por la fuerza[13], sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar.

2. Que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia.

4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) e).
Crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física
Elementos

1. Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física.

2. Que la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta.

4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

12 "Deportado o trasladado por la fuerza" es intercambiable con "desplazado por la fuerza".

13 La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción.

Artículo 7 1) f).
Crimen de lesa humanidad de tortura[14]
Elementos

1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.

2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control.

3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas.

4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) g)–1.
Crimen de lesa humanidad de violación
Elementos

1. Que el autor haya invadido[15] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento[16].

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) g)–2.
Crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual[17]
Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad[18].

14 Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen.

15 El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

16 Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. La presente nota se aplica también a los elementos correspondientes del artículo 7 1) g)–3, 5 y 6.

17 Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común.

2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) g)–3.
Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada
Elementos

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) g)–4.
Crimen de lesa humanidad de embarazo forzado
Elementos

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

18 Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

Artículo 7 1) g)–5.
Crimen de lesa humanidad de esterilización forzada
Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica[19].

2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento[20].

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) g)–6.
Crimen de lesa humanidad de violencia sexual
Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta.

4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) h).
Crimen de lesa humanidad de persecución
Elementos

1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional[21].

19 Esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

20 Se entiende que "libre consentimiento" no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño.

21 Este requisito se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de la introducción general a los elementos de los crímenes.

2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.

3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

4. Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte[22].

5. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) i).
Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas[23]
Elementos

1. Que el autor:

a) Haya aprehendido, detenido[24] o secuestrado a una o más personas; o

b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.

2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o

b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

3. Que el autor haya sido consciente de que[25]:

a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas[26]; o

b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.

22 Se entiende que en este elemento no es necesario ningún otro elemento de intencionalidad además del previsto en el elemento 6.

23 Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común. El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.

24 La palabra "detenido" incluirá al autor que haya mantenido una detención existente. Se entiende que, en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales.

25 Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes.

26 Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar.

4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.

6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

7. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) j).
Crimen de lesa humanidad de *apartheid*
Elementos

1. Que el autor haya cometido un acto inhumano contra una o más personas.

2. Que ese acto fuera uno de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o fuera de carácter semejante a alguno de esos actos[27].

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

4. Que la conducta se haya cometido en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales.

5. Que con su conducta el autor haya tenido la intención de mantener ese régimen.

6. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 7 1) k).
Crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos
Elementos

1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto[28].

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

27 Se entiende que "carácter" se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto.

28 Se entiende que "carácter" se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto.

4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Artículo 8.
Crímenes de guerra
Introducción

Los elementos de los crímenes de guerra de que tratan los apartados c) y e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto están sujetos a las limitaciones indicadas en los apartados d) y f) de ese párrafo, que no constituyen elementos de crímenes.

Los elementos de los crímenes de guerra de que trata el párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto serán interpretados en el marco establecido del derecho internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar.

Con respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen:

- No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;
- En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;
- Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de (...) y que haya estado relacionada con él".

Artículo 82) a)
Artículo 82) a) i).
Crimen de guerra de homicidio intencional
Elementos

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas[29].

2 Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección[30].

29 La expresión "haya dado muerte" es intercambiable con "haya causado la muerte". Esta nota es aplicable a todos los elementos en que se utilice uno de esos conceptos.

30 Este elemento de intencionalidad reconoce la relación entre los artículos 30 y 32. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 8 2) a) y a los elementos de otros crímenes comprendidos en el artículo 8 2), relativo a la conciencia de circunstancias de hecho que establezcan la condición de personas o bienes protegidos en virtud de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados. Con respecto a la nacionalidad queda entendido que el autor únicamente tiene que saber que la

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él[31].

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) ii)–1.
Crimen de guerra de tortura
Elementos[32]

1. Que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

2. Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.

3. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) ii)–2.
Crimen de guerra de tratos inhumanos
Elementos

1. Que el autor haya infligido grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

víctima pertenecía a la otra parte en el conflicto. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 82) a).

31 El término "conflicto armado internacional" incluye la ocupación militar. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 82) a).

32 Habida cuenta de que, según el elemento 3, todas las víctimas deben "haber estado protegidas" en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949, estos elementos no incluyen el requisito de custodia o control que se encuentra en los elementos del artículo 71) f).

Artículo 8 2) a) ii)–3.
Crimen de guerra de someter a experimentos biológicos
Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un determinado experimento biológico.

2. Que el experimento haya puesto en grave peligro la salud física o mental o la integridad de la persona o personas.

3. Que el experimento no se haya realizado con fines terapéuticos, no estuviera justificado por razones médicas ni se haya llevado a cabo en interés de la persona o personas.

4. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) iii).
Crimen de guerra de causar deliberadamente grandes sufrimientos
Elementos

1. Que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales o haya atentado gravemente contra la integridad física o la salud de una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) iv).
Crimen de guerra de destrucción y apropiación de bienes
Elementos

1. Que el autor haya destruido bienes o se haya apropiado de ellos.

2. Que la destrucción o la apropiación no haya estado justificada por necesidades militares.

3. Que la destrucción o la apropiación se haya cometido a gran escala y arbitrariamente.

4. Que los bienes hayan estado protegidos en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) v).
Crimen de guerra de obligar a servir en fuerzas enemigas
Elementos

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas de esa persona o personas, o a servir en las fuerzas de una potencia enemiga.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) vi).
Crimen de guerra de denegación de un juicio justo
Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de un juicio justo e imparcial al denegarles las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) vii)–1.
Crimen de guerra de deportación o traslado ilegales
Elementos

1. Que el autor haya deportado o trasladado a una o más personas a otro Estado o a otro lugar.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) vii)–2.
Crimen de guerra de detención ilegal
Elementos

1. Que el autor haya detenido o mantenido detenidas en determinado lugar a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) a) viii).
Crimen de guerra de toma de rehenes
Elementos

1. Que el autor haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas.

2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas.

3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.

4. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b)
Artículo 8 2) b) i).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el ataque haya sido dirigido contra una población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participaban directamente en las hostilidades.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) ii).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos de carácter civil
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque hayan sido bienes de carácter civil, es decir, bienes que no fuesen objetivos militares.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales bienes de carácter civil.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) iii).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque haya sido personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tal personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en la misión.

4. Que el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos mencionados hayan tenido derecho a la protección otorgada a personas civiles o bienes de carácter civil con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) iv).
Crimen de guerra de causar incidentalmente muertes, lesiones o daños excesivos
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el ataque haya sido tal que causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista[33].

3. Que el autor haya sabido que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea[34].

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) v).
Crimen de guerra de atacar lugares no defendidos[35]
Elementos

1. Que el autor haya atacado una o más ciudades, aldeas, viviendas o edificios.

2. Que las ciudades, las aldeas, las viviendas o los edificios hayan estado abiertos a la ocupación sin resistencia.

3. Que las ciudades, las aldeas, las viviendas o los edificios no hayan constituido objetivos militares.

33 La expresión "ventaja militar concreta y directa de conjunto" se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *jus ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado.

34 A diferencia de la regla general que se enuncia en el párrafo 4 de la introducción general, este elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella. La evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto.

35 La presencia en una localidad de personas especialmente protegidas con arreglo a los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía destinadas al único objeto de mantener el orden público, por sí sola, no convierte a esa localidad en un objetivo militar.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) vi).
Crimen de guerra de causar la muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate
Elementos

1. Que el autor haya causado la muerte o lesiones a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate.

3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían esa condición.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) vii)–1.
Crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera blanca
Elementos

1. Que el autor haya utilizado una bandera blanca.

2. Que el autor haya hecho tal utilización para fingir una intención de negociar cuando no tenía esa intención.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido utilizar la bandera blanca de esa forma[36].

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a una o más personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a una o más personas.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) vii)–2.
Crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera, insignia o uniforme del enemigo
Elementos

1. Que el autor haya utilizado una bandera, insignia o uniforme del enemigo.

36 Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras "estaba prohibido" denotan ilegalidad.

2. Que el autor haya hecho tal utilización en forma prohibida por el derecho internacional de los conflictos armados, mientras llevaba a cabo un ataque.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido utilizar la bandera, insignia o uniforme de esa forma[37].

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a una o más personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a una o más personas.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) vii)–3.
Crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera, una insignia o un uniforme de las Naciones Unidas

Elementos

1. Que el autor haya utilizado una bandera, una insignia o un uniforme de las Naciones Unidas.

2. Que el autor haya hecho tal utilización en forma prohibida por el derecho internacional de los conflictos armados.

3. Que el autor haya sabido que estaba prohibido utilizar la bandera, la insignia o el uniforme de esa forma[38].

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a una o más personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a una o más personas.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) vii)–4.
Crimen de guerra de utilizar de modo indebido los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra

Elementos

1. Que el autor haya utilizado los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra.

37 Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras "estaba prohibido" denotan ilegalidad.

38 Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. El criterio de que el autor "debiera haber sabido", aplicable a los demás crímenes tipificados en el artículo 8 2) b) vii), no lo es aquí porque las prohibiciones correspondientes son de índole reglamentaria y variable.

2. Que el autor haya hecho tal utilización para fines de combate[39] en forma prohibida por el derecho internacional de los conflictos armados.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido utilizar los emblemas de esa forma[40].

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a una o más personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a una o más personas.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) viii).
El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio

Elementos

1. Que el autor haya:

a) Trasladado[41], directa o indirectamente, parte de su propia población al territorio que ocupa; o

b) Deportado o trasladado la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) ix).
Crimen de guerra de atacar bienes protegidos[42]

Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos

39 Por "fines de combate" en estas circunstancias se entiende un propósito directamente relacionado con las hostilidades, y no se incluyen las actividades médicas, religiosas o similares.

40 Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras "estaba prohibido" denotan ilegalidad.

41 El término "trasladar" debe interpretarse con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario.

42 La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía mantenidas con el único fin de preservar el orden público no convierte a la localidad, por ese solo hecho, en un objetivo militar.

históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) x)–1.
Crimen de guerra de mutilaciones
Elementos

1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.

2. Que la conducta haya causado la muerte a esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental.

3. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés[43].

4. Que esa persona o personas estén en poder de una parte adversa.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) x)–2.
Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos
Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un experimento médico o científico.

2. Que el experimento haya causado la muerte de esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental o su integridad.

3. Que la conducta no estuviera justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.

4. Que esa persona o personas se encontraran en poder de una parte adversa.

43 El consentimiento no es una eximente de este crimen. La disposición sobre este crimen prohíbe todo procedimiento médico que no esté indicado por el estado de salud de la persona afectada y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas análogas a personas que sean nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de su libertad. Esta nota también se aplica al mismo elemento del artículo 8 2) b) x)–2.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xi).
Crimen de guerra de matar o herir a traición
Elementos

1. Que el autor se haya ganado la confianza de una o más personas y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlas en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.

2. Que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza.

3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas.

4. Que el autor al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado.

5. Que esa persona o personas hayan pertenecido a una parte enemiga.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xii).
Crimen de guerra de no dar cuartel
Elementos

1. Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese supervivientes.

2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera de que no quedasen sobrevivientes.

3. Que el autor estuviera en situación de mando o control efectivos respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xiii).
Crimen de guerra de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo
Elementos

1. Que el autor haya destruido un bien o se haya apoderado de un bien.

2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.

3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la condición del bien.

5. Que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xiv).
Crimen de guerra de denegar derechos o acciones a los nacionales de la parte enemiga
Elementos

1. Que el autor haya abolido, suspendido o declarado inadmisibles ante un tribunal ciertos derechos o acciones.

2. Que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad hayan estado dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.

3. Que el autor haya tenido la intención de que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad estuvieran dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xv).
Crimen de guerra de obligar a participar en operaciones bélicas
Elementos

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas contra su propio país o sus propias fuerzas.

2. Que esa persona o personas hayan sido nacionales de una parte enemiga.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xvi).
Crimen de guerra de saquear
Elementos

1. Que el autor se haya apropiado de un bien.

2. Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal[44].

3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xvii).
Crimen de guerra de emplear veneno o armas envenenadas
Elementos

1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso.

2. Que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xviii).
Crimen de guerra de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos
Elementos

1. Que el autor haya empleado un gas u otra sustancia o dispositivo análogo.

2. Que el gas, la sustancia o el dispositivo haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas[45].

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xix).
Crimen de guerra de emplear balas prohibidas
Elementos

1. Que el autor haya empleado ciertas balas.

2. Que las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.

---

44 Como indica la acepción de la expresión "uso privado o personal", la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo.

45 Nada de lo dispuesto en este elemento se interpretará como limitación o en perjuicio de las normas del derecho internacional vigentes o en desarrollo acerca de la elaboración, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas químicas.

3. Que el autor haya sido consciente de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xx).
Crimen de guerra de emplear armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra enumerados en el anexo del Estatuto
Elementos

(*Los elementos se redactarán cuando se hayan indicado en un anexo del Estatuto las armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra*).

Artículo 8 2) b) xxi).
Crimen de guerra de cometer atentados contra la dignidad personal
Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad[46].

2. Que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxii)–1.
Crimen de guerra de violación
Elementos

1. Que el autor haya invadido[47] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra

46 Para los efectos de este crimen, el término "personas" puede referirse a personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser consciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

47 El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género.

persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento[48].

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxii)–2.
Crimen de guerra de esclavitud sexual[49]
Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad, o cualquiera de dichos atributos[50].

2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxii)–3.
Crimen de guerra de prostitución forzada
Elementos

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

48 Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8 2) b) xxii)–3, 5 y 6.

49 Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrán ser dos o más personas con un propósito delictivo común.

50 Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxii)–4.
Crimen de guerra de embarazo forzado
Elementos

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxii)–5.
Crimen de guerra de esterilización forzada
Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica[51].

2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento[52].

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxii)–6.
Crimen de guerra de violencia sexual
Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

51 Este acto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

52 Se entiende que la expresión "libre consentimiento" no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño.

2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxiii).
Crimen de guerra de utilizar a personas protegidas como escudos
Elementos

1. Que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera.

2. Que el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entrabar operaciones militares.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxiv).
Crimen de guerra de atacar bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra
Elementos

1. Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.

2. Que el autor haya tenido la intención de atacar a esas personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban esa identificación.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxv).
Crimen de guerra de hacer padecer hambre como método de guerra
Elementos

1. Que el autor haya privado a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia.

2. Que el autor haya tenido la intención de hacer padecer hambre a personas civiles como método de guerra.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) b) xxvi).
Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas
Elementos

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.

2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c)
Artículo 8 2) c) i)–1.
Crimen de guerra de homicidio
Elementos

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso[53] que no tomaban parte activa en las hostilidades.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

53 En la expresión "personal religioso" se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga.

Artículo 8 2) c) i)–2.
Crimen de guerra de mutilaciones
Elementos

1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.

2. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.

3. Que la persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c) i)–3.
Crimen de guerra de tratos crueles
Elementos

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c) i)–4.
Crimen de guerra de tortura
Elementos

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

2. Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.

3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c) ii).
Crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal
Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad[54].

2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal.

3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c) iii).
Crimen de guerra de toma de rehenes
Elementos

1. Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.

2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.

3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.

4. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

54 Para los efectos de este crimen, el término "personas" puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c) iv).
Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales
Elementos

1. Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas[55].

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

4. Que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional[56].

5. Que el autor haya sabido que no había habido un juicio previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e)
Artículo 8 2) e) i).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque haya sido una población civil en cuanto tal o personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto a tal o contra personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

55 Los elementos establecidos en estos documentos no se refieren a las diferentes formas de responsabilidad penal individual que establecen los artículos 25 y 28 del Estatuto.

56 Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) ii).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra
Elementos

1. Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.

2. Que el autor haya tenido la intención de atacar esas personas, edificios, unidades o vehículos u otros objetos que utilizaban esa identificación.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) iii).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque haya sido personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos participantes en la misión.

4. Que el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos mencionados hayan tenido derecho a la protección otorgada a las personas civiles o a los bienes de carácter civil con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) iv).
Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos[57]
Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) v).
Crimen de guerra de saquear
Elementos

1. Que el autor se haya apropiado de un bien.

2. Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal[58].

3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vi)–1.
Crimen de guerra de violación
Elementos

1. Que el autor haya invadido[59] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación,

---

57 La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía con el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar.

58 Como indica la acepción de la expresión "uso privado o personal", la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo.

59 El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género.

la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento[60].

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vi)–2.
Crimen de guerra de esclavitud sexual[61]
Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad[62].

2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vi)–3.
Crimen de guerra de prostitución forzada
Elementos

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

60 Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8 2) e) vi)–3, 5 y 6.

61 Habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común.

62 Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vi)–4.
Crimen de guerra de embarazo forzado
Elementos

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vi)–5.
Crimen de guerra de esterilización forzada
Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica[63].

2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento[64].

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vi)–6.
Crimen de guerra de violencia sexual
Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

63 Este acto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

64 Se entiende que la expresión "libre consentimiento" no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño.

2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) vii).
Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños
Elementos

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.

2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) viii).
Crimen de guerra de desplazar a personas civiles
Elementos

1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.

2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.

3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) ix).
Crimen de guerra de matar o herir a traición
Elementos

1. Que el autor se haya ganado la confianza de uno o más combatientes adversarios y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.

2. Que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza.

3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas.

4. Que el autor, al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado.

5. Que esa persona o personas haya pertenecido a una parte adversa.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) x).
Crimen de guerra de no dar cuartel
Elementos

1. Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese supervivientes.

2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para conducir las hostilidades de manera de que no hubiesen supervivientes.

3. Que el autor haya estado en situación de mando o control efectivos respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) xi)–1.
Crimen de guerra de mutilaciones
Elementos

1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurando o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.

2. Que la conducta haya causado la muerte a esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental.

3. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés[65].

4. Que esa persona o personas hayan estado en poder de otra parte en el conflicto.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

65 El consentimiento no es una eximente de este crimen. La disposición sobre este crimen prohíbe todo procedimiento médico que no sea indicado por el estado de salud de la persona afectada y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas análogas a personas que sean nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de su libertad. Esta nota también se aplica al mismo elemento del artículo 8 2) e) xi)–2.

Artículo 8 2) e) xi)–2.
Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos
Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un experimento médico o científico.

2. Que el experimento haya causado la muerte de esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud o integridad física o mental.

3. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.

4. Que esa persona o personas hayan estado en poder de otra parte en el conflicto.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) e) xii).
Crimen de guerra de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo
Elementos

1. Que el autor haya destruido un bien o se haya apoderado de un bien.

2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.

3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias que establecían la condición del bien.

5. Que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Reglas de Procedimiento y prueba*

Capítulo 1
Disposiciones generales

Regla 1. Términos empleados

En el presente documento:
- Por "artículo" se entenderán los artículos del Estatuto de Roma;
- Por "Sala" se entenderá una Sala de la Corte;
- Por "Parte" se entenderán las Partes en el Estatuto de Roma;
- Por "Magistrado Presidente" se entenderá el Magistrado que presida una Sala;
- Por "Presidente" se entenderá el Presidente de la Corte;
- Por "Reglamento" se entenderá el Reglamento de la Corte;
- Por "Reglas" se entenderán las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Regla 2. Textos auténticos

Las Reglas han sido aprobadas en los idiomas oficiales de la Corte de conformidad con el párrafo 1 del artículo 50. Todos los textos son igualmente auténticos.

Regla 3. Enmiendas

1. Las enmiendas a las Reglas que se propongan de conformidad con el párrafo 2 del artículo 51 serán transmitidas al Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes.

2. El Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados partes hará traducir las propuestas de enmiendas a los idiomas oficiales de la Corte y las transmitirá a los Estados Partes.

3. El procedimiento descrito en las subreglas 1 y 2 será aplicable también a las reglas provisionales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 51.

der Universität Göttingen

Capítulo 2
De la composición y administración de la Corte

Sección I
Disposiciones generales relativas a la composición y administración de la Corte

Regla 4. Sesiones plenarias

1. Los magistrados se reunirán en sesión plenaria antes de transcurridos dos meses a partir de la fecha de su elección. En esa primera sesión plenaria, tras formular la declaración solemne de conformidad con la regla 5, los magistrados:

a) Elegirán al Presidente y a los Vicepresidentes;

b) Asignarán magistrados a las secciones.

2. Posteriormente los magistrados se reunirán en sesión plenaria por lo menos una vez al año para ejercer sus funciones de conformidad con el Estatuto, las Reglas y el Reglamento y, de ser necesario, en sesiones plenarias extraordinarias convocadas por el Presidente de oficio o a petición de la mitad de los magistrados.

3. El quórum para cada sesión plenaria estará constituido por dos tercios de los magistrados.

4. Salvo cuando se disponga otra cosa en el Estatuto o las Reglas, en las sesiones plenarias las decisiones serán adoptadas por mayoría de los magistrados presentes. En caso de empate en una votación, el Presidente o el magistrado que actúe en su lugar emitirá el voto decisivo.

5. El Reglamento será aprobado lo antes posible en sesión plenaria.

Regla 5. Promesa solemne con arreglo al artículo 45

1. De conformidad con el artículo 45 y antes de asumir funciones con arreglo al Estatuto, se hará la siguiente promesa solemne:

a) En el caso de los magistrados:

"Prometo solemnemente que desempeñaré mis funciones y ejerceré mis facultades como magistrado de la Corte Penal Internacional de manera honorable, fiel, imparcial y con plena conciencia y que respetaré el carácter confidencial de las investigaciones y el procesamiento, así como el secreto de las deliberaciones.";

b) En el caso del fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto de la Corte:

"Prometo solemnemente que desempeñaré mis funciones y ejerceré mis facultades como (cargo) de la Corte Penal Internacional de manera honorable, fiel, imparcial y con plena conciencia y que respetaré el carácter confidencial de las investigaciones y el procesamiento".

2. La promesa, firmada por quien la haga y con el testimonio del Presidente o de un Vicepresidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes, será depositada en la Secretaría y formará parte de los archivos de la Corte.

Regla 6. Promesa solemne del personal de la Fiscalía y de la Secretaría y de los intérpretes y traductores

1. Al tomar posesión de su cargo, los funcionarios de la Fiscalía y de la Secretaría harán la promesa siguiente:

"Prometo solemnemente que desempeñaré mis funciones y ejerceré mis facultades como (cargo) de la Corte Penal Internacional de manera honorable, fiel e imparcial y con plena conciencia y que respetaré el carácter confidencial de las investigaciones y el procesamiento".

La promesa, firmada por quien la haga y con el testimonio, según proceda, del fiscal, el fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto, será depositada en la Secretaría y formará parte de los archivos de la Corte.

2. Antes de tomar posesión de su cargo, cada intérprete o traductor hará la siguiente promesa:

"Declaro solemnemente que desempeñaré mis funciones de manera fiel e imparcial y con pleno respeto del deber de confidencialidad".

La promesa, firmada por quien la haga y con el testimonio del Presidente de la Corte o de su representante, será depositada en la Secretaría y formará parte de los archivos de la Corte.

Regla 7. Magistrado único, con arreglo al párrafo 2 b) iii) del artículo 39

1. La Sala de Cuestiones Preliminares, cuando designe a un magistrado en calidad de magistrado único de conformidad con el párrafo 2 b) iii) del artículo 39, lo hará sobre la base de criterios objetivos previamente establecidos.

2. El magistrado designado tomará las decisiones que correspondan acerca de las cuestiones respecto de las cuales ni el Estatuto ni las Reglas dispongan expresamente que ha de hacerlo la Sala en pleno.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares, de oficio o, según proceda, a solicitud de una parte, podrá decidir que la Sala en pleno ejerza las funciones del magistrado único.

Regla 8. Código de conducta profesional

1. La Presidencia, a propuesta del Secretario y previa consulta al Fiscal, elaborará un proyecto de código de conducta profesional de los abogados. Al preparar la propuesta, el Secretario procederá a las consultas previstas en la subregla 3 de la regla 20.

2. A continuación, el proyecto de código será transmitido a la Asamblea de los Estados Partes, para su aprobación, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 112.

3. El Código contendrá disposiciones relativas a su enmienda.

Sección II
La Fiscalía

Regla 9. Funcionamiento de la Fiscalía

En el desempeño de sus funciones de gestión y administración de la Fiscalía, el Fiscal dictará reglamentaciones para el funcionamiento de ésta. Al preparar o enmendar

esas reglamentaciones, el Fiscal consultará al Secretario sobre cualquier asunto que pueda afectar al funcionamiento de la Secretaría.

Regla 10. Conservación de la información y las pruebas

El Fiscal estará encargado de la conservación, el archivo y la seguridad de la información y las pruebas materiales que se obtengan en el curso de las investigaciones de la Fiscalía y de velar por su seguridad.

Regla 11. Delegación de las funciones del Fiscal

El Fiscal o un Fiscal Adjunto podrá autorizar a los funcionarios de la Fiscalía, salvo aquéllos a que se hace referencia en el párrafo 4 del artículo 44, para que lo representen en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las atribuciones propias del Fiscal que se indican en el Estatuto, entre otras las descritas en los artículos 15 y 53.

Sección III
La Secretaría

Subsección 1
Disposiciones generales relativas a la Secretaría

Regla 12. Elección del Secretario y el Secretario Adjunto y condiciones que deben reunir

1. Inmediatamente después de su elección, la Presidencia preparará una lista de los candidatos que reúnan las condiciones enunciadas en el párrafo 3 del artículo 43 y la transmitirá a la Asamblea de los Estados Partes, a la que pedirá sus recomendaciones al respecto.

2. Cuando reciba las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes, el Presidente transmitirá sin demora la lista y las recomendaciones a la Corte reunida en sesión plenaria.

3. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 43, la Corte, reunida en sesión plenaria, elegirá lo antes posible al Secretario por mayoría absoluta de votos teniendo en cuenta las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes. En caso de que ningún candidato obtenga la mayoría absoluta en la primera votación, se procederá a votaciones sucesivas hasta que uno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta de votos.

4. Si fuere necesario nombrar a un Secretario Adjunto, el Secretario podrá formular una recomendación al respecto al Presidente. El Presidente convocará a la Corte en sesión plenaria para decidir el asunto. Si la Corte, reunida en sesión plenaria, decide por mayoría absoluta de votos que ha de elegir un Secretario Adjunto, el Secretario presentará a la Corte una lista de candidatos.

5. El Secretario Adjunto será elegido por la Corte en sesión plenaria de la misma forma que el Secretario.

Regla 13. Funciones del Secretario

1. Sin perjuicio de las atribuciones que en virtud del Estatuto incumben a la Fiscalía de recibir, obtener y suministrar información y establecer conductos de comunicación a tal efecto, el Secretario hará las veces de conducto de comunicación de la Corte.

2. El Secretario estará encargado además de la seguridad interna de la Corte en consulta con la Presidencia y el Fiscal, así como con el Estado anfitrión.

Regla 14. Funcionamiento de la Secretaría

1. En el cumplimiento de sus funciones de organización y administración, el Secretario dictará reglamentaciones para el funcionamiento de la Secretaría. Cuando prepare o enmiende esas instrucciones, el Secretario consultará al Fiscal sobre todo asunto que pueda afectar al funcionamiento de la Fiscalía. Las instrucciones serán aprobadas por la Presidencia.

2. Las instrucciones contendrán disposiciones para que los abogados defensores tengan acceso a la asistencia administrativa de la Secretaría que corresponda y sea razonable.

Regla 15. Registros

1. El Secretario mantendrá una base de datos con todos los pormenores de cada causa sometida a la Corte, con sujeción a la orden de un magistrado o de una Sala en que se disponga que no se revele un documento o una información y a la protección de datos personales confidenciales. La información contenida en las bases de datos estará a disposición del público en los idiomas de trabajo de la Corte.

2. El Secretario llevará asimismo los demás registros de la Corte.

Subsección 2
Dependencia de Víctimas y Testigos

Regla 16. Obligaciones del Secretario en relación con las víctimas y los testigos

1. En relación con las víctimas, el Secretario será responsable del desempeño de las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

a) Enviar avisos o notificaciones a las víctimas o a sus representantes legales;

b) Ayudarles a obtener asesoramiento letrado y a organizar su representación y proporcionar a sus representantes legales apoyo, asistencia e información adecuados, incluidos los servicios que puedan ser necesarios para el desempeño directo de sus funciones, con miras a proteger sus derechos en todas las fases del procedimiento de conformidad con las reglas 89 a 91;

c) Ayudarles a participar en las distintas fases del procedimiento, de conformidad con las reglas 89 a 91;

d) Adoptar medidas que tengan en cuanta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.

2. Con respecto a las víctimas, los testigos y demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, el Secretario desempeñará las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

a) Informarles de los derechos que les asisten con arreglo al Estatuto y las Reglas y de la existencia, funciones y disponibilidad de la Dependencia de Víctimas y Testigos;

b) Asegurarse de que tengan conocimiento oportuno, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad, de las decisiones de la Corte que puedan afectar a sus intereses.

3. A los efectos del desempeño de sus funciones, el Secretario podrá llevar un registro especial de las víctimas que hayan comunicado su intención de participar en una causa determinada.

4. El Secretario podrá negociar con los Estados, en representación de la Corte, acuerdos relativos a la instalación en el territorio de un Estado de víctimas traumatizadas o amenazadas, testigos u otras personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos y a la prestación de servicios de apoyo a esas personas. Estos acuerdos podrán ser confidenciales.

Regla 17. Funciones de la Dependencia

1. La Dependencia de Víctimas y Testigos ejercerá sus funciones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 43.

2. La Dependencia de Víctimas y Testigos desempeñará, entre otras, las funciones que se indican a continuación de conformidad con el Estatuto y las Reglas y, según proceda, en consulta con la Sala, el Fiscal y la defensa:

a) Con respecto a todos los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, de conformidad con sus necesidades y circunstancias especiales:

i) Adoptará medidas adecuadas para su protección y seguridad y formulará planes a largo y corto plazo para protegerlos;

ii) Recomendará a los órganos de la Corte la adopción de medidas de protección y las comunicará además a los Estados que corresponda;

iii) Les ayudará a obtener asistencia médica, psicológica o de otra índole que sea apropiada;

iv) Pondrá a disposición de la Corte y de las partes capacitación en cuestiones de trauma, violencia sexual, seguridad y confidencialidad;

v) Recomendará, en consulta con la Fiscalía, la elaboración de un código de conducta en que se destaque el carácter fundamental de la seguridad y la confidencialidad para los investigadores de la Corte y de la defensa y para todas las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que actúen por solicitud de la Corte, según corresponda;

vi) Cooperará con los Estados, según sea necesario, para adoptar cualesquiera de las medidas enunciadas en la presente regla;

b) Con respecto a los testigos:

i) Les asesorará sobre cómo obtener asesoramiento letrado para proteger sus derechos, en particular en relación con su testimonio;

ii) Les prestará asistencia cuando tengan que testimoniar ante la Corte;

iii) Tomarán medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.

3. La Dependencia, en el ejercicio de sus funciones, tendrá debidamente en cuenta las necesidades especiales de los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad. A fin de facilitar la participación y protección de los niños en calidad de testigos, podrá asignarles, según proceda y previo consentimiento de los padres o del tutor, una persona que les preste asistencia durante todas las fases del procedimiento.

Regla 18. Obligaciones de la Dependencia

La Dependencia de Víctimas y Testigos, a los efectos del desempeño eficiente y eficaz de sus funciones:

a) Velará por que sus funcionarios salvaguarden la confidencialidad en todo momento;

b) Reconociendo los intereses especiales de la Fiscalía, la defensa y los testigos, respetará los intereses de los testigos, incluso, en caso necesario, manteniendo una separación apropiada entre los servicios para los testigos de cargo y de descargo y actuará imparcialmente al cooperar con todas las partes y de conformidad con las órdenes y decisiones de las Salas;

c) Pondrá asistencia administrativa y técnica a disposición de los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos en todas las fases del procedimiento y en lo sucesivo, según razonablemente corresponda;

d) Hará que se imparta capacitación a sus funcionarios con respecto a la seguridad, la integridad y la dignidad de las víctimas y los testigos, incluidos los asuntos relacionados con la sensibilidad cultural y las cuestiones de género;

e) Cuando corresponda, cooperará con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Regla 19. Peritos de la Dependencia

Además de los funcionarios mencionados en el párrafo 6 del artículo 43, y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 44, la Dependencia de Víctimas y Testigos podrá estar integrada, según corresponda, por personas expertas en las materias siguientes, entre otras:

a) Protección y seguridad de testigos;

b) Asuntos jurídicos y administrativos, incluidas cuestiones de derecho humanitario y derecho penal;

c) Administración logística;

d) Psicología en el proceso penal;

e) Género y diversidad cultural;

f) Niños, en particular niños traumatizados;

g) Personas de edad, particularmente en relación con los traumas causados por los conflictos armados y el exilio;

h) Personas con discapacidad;

i) Asistencia social y asesoramiento;

j) Atención de la salud;

k) Interpretación y traducción.

Subsección 3
Abogados defensores

Regla 20. Obligaciones del Secretario en relación con los derechos de la defensa

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 43, el Secretario organizará el personal de la Secretaría de modo que se promuevan los derechos de la defensa de manera compatible con el principio de juicio imparcial definido en el Estatuto. A tales efectos el Secretario, entre otras cosas:

a) Facilitará la protección de la confidencialidad, definida en el párrafo 1 b) del artículo 67;

b) Prestará apoyo y asistencia y proporcionará información a todos los abogados defensores que comparezcan ante la Corte y según proceda, el apoyo a los investigadores profesionales que sea necesario para una defensa eficiente y eficaz;

c) Prestará asistencia a los detenidos, a las personas a quienes sea aplicable el párrafo 2 del artículo 55 y a los acusados en la obtención de asesoramiento letrado y la asistencia de un abogado defensor;

d) Prestará asesoramiento al Fiscal y a las Salas, según sea necesario, respecto de cuestiones relacionadas con la defensa;

e) Proporcionará a la defensa los medios adecuados que sean directamente necesarios para el ejercicio de sus funciones;

f) Facilitará la difusión de información y de la jurisprudencia de la Corte al abogado defensor y, según proceda, cooperará con colegios de abogados, asociaciones nacionales de defensa o el órgano representativo independiente de colegios de abogados o asociaciones de derecho a que se hace referencia en la subregla 3 para promover la especialización y formación de abogados en el derecho del Estatuto y las Reglas.

2. El Secretario desempeñará las funciones previstas en la subregla 1, incluida la administración financiera de la Secretaría, de manera tal de asegurar la independencia profesional de los abogados defensores.

3. A los efectos de la gestión de la asistencia judicial de conformidad con la regla 21 y la formulación de un código de conducta profesional de conformidad con la regla 8, el Secretario consultará, según corresponda, a un órgano representativo independiente de colegios de abogados o a asociaciones jurídicas, con inclusión de cualquier órgano cuyo establecimiento facilite la Asamblea de los Estados Partes.

Regla 21. Asignación de asistencia letrada

1. Con sujeción al párrafo 2 c) del artículo 55 y el párrafo 1 d) del artículo 67, los criterios y procedimientos para la asignación de asistencia letrada serán enunciados en el Reglamento sobre la base de una propuesta del Secretario previa consulta con el órgano representativo independiente de asociaciones de abogados o jurídicas a que se hace referencia en la subregla 3 de la regla 20.

2. El Secretario confeccionará y mantendrá una lista de abogados que reúnan los criterios enunciados en la regla 22 y en el Reglamento. Se podrá elegir libremente un abogado de esta lista u otro abogado que cumpla los criterios exigidos y esté dispuesto a ser incluido en la lista.

3. Se podrá pedir a la Presidencia que revise la decisión de no dar lugar a la solicitud de nombramiento de abogado. La decisión de la Presidencia será definitiva. De no darse lugar a la solicitud, se podrá presentar al Secretario una nueva en razón de un cambio en las circunstancias.

4. Quien opte por representarse a sí mismo lo notificará al Secretario por escrito en la primera oportunidad posible.

5. Cuando alguien aduzca carecer de medios suficientes para pagar la asistencia letrada y se determine ulteriormente que ese no era el caso, la Sala que sustancie la causa en ese momento podrá dictar una orden para que se reintegre el costo de la prestación de asesoramiento letrado.

Regla 22. Nombramiento de abogados defensores y condiciones que deben reunir

1. Los abogados defensores tendrán reconocida competencia en derecho internacional o en derecho y procedimiento penal, así como la experiencia pertinente necesaria, ya sea en calidad de juez, fiscal, abogado u otra función semejante en juicios penales. Tendrán un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte. Podrán contar con la asistencia de otras personas, incluidos profesores de derecho, que tengan la pericia necesaria.

2. Los abogados contratados por una persona que ejerza su derecho de nombrar abogado defensor de su elección con arreglo al Estatuto depositarán ante el Secretario su patrocinio y poder en la primera oportunidad posible.

3. En el cumplimiento de sus funciones, los abogados defensores estarán sujetos al Estatuto, las Reglas, el Reglamento, el código de conducta profesional de los abogados aprobado de conformidad con la regla 8 y los demás documentos aprobados por la Corte que puedan ser pertinentes al desempeño de sus funciones.

Sección IV
Situaciones que puedan afectar al funcionamiento de la Corte

Subsección 1
Separación del cargo y medidas disciplinarias
Regla 23. Principio general

Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto serán separados del cargo o sometidos a medidas disciplinarias en los casos y con las garantías establecidos en el Estatuto y en las Reglas.

Regla 24. Definición de falta grave e incumplimiento grave de las funciones

1.A los efectos del párrafo 1 a) del artículo 46, se considerará "falta grave" todo acto:

a) Cometido en el ejercicio del cargo, que sea incompatible con las funciones oficiales y que cause o pueda causar graves perjuicios a la correcta administración de justicia ante la Corte o al funcionamiento interno de la Corte, como:

i) Revelar hechos o datos de los que se haya tenido conocimiento en el ejercicio de las funciones o sobre temas que están *sub judice*, cuando ello redunde en grave detrimento de las actuaciones judiciales o de cualquier persona;

ii) Ocultar información o circunstancias de naturaleza suficientemente grave como para impedirle desempeñar el cargo;

iii) Abusar del cargo judicial para obtener un trato favorable injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales; o

b) Cometido al margen de las funciones oficiales, que sea de naturaleza grave y cause o pueda causar perjuicios al buen nombre de la Corte.

2. A los efectos del párrafo 1 a) del artículo 46, existe un "incumplimiento grave" cuando una persona ha cometido negligencia grave en el desempeño de sus funciones o, a sabiendas, ha contravenido estas funciones. Podrán quedar incluidas, en particular, situaciones en que:

a) No se observe el deber de solicitar dispensas a sabiendas de que existen motivos para ello;

b) Se cause reiteradamente un retraso injustificado en la iniciación, tramitación o resolución de las causas o en el ejercicio de las atribuciones judiciales.

Regla 25. Definición de falta menos grave

1. A los efectos del artículo 47, se considerará "falta menos grave" toda conducta que:

a) De producirse en el desempeño de funciones oficiales, cause o pueda causar perjuicios a la correcta administración de justicia ante la Corte o al funcionamiento interno de la Corte, como:

i) Interferir en el ejercicio de las funciones de una de las personas a que hace referencia el artículo 47;

ii) No cumplir o desatender reiteradamente solicitudes hechas por el magistrado que preside o por la Presidencia en el ejercicio de su legítima autoridad;

iii) No aplicar las medidas disciplinarias que corresponden al Secretario, a un secretario adjunto o a otros funcionarios de la Corte cuando un magistrado sepa o deba saber que han incurrido en incumplimiento grave; o

b) De no producirse en el desempeño de funciones oficiales, cause o pueda causar perjuicios al buen nombre de la Corte.

2. Nada de lo dispuesto en esta regla excluye la posibilidad de que la conducta a que se hace referencia en la subregla 1 a) constituya "falta grave" o "incumplimiento grave" a los efectos del párrafo 1 a) del artículo 46.

Regla 26. Presentación de denuncias

1. A los efectos del párrafo 1 del artículo 46 y del artículo 47, la denuncia relativa a una conducta definida en las reglas 24 y 25 deberá consignar los motivos, la identidad del denunciante y las pruebas correspondientes, si las hubiere. La denuncia tendrá carácter confidencial.

2. La denuncia será comunicada a la Presidencia, que podrá asimismo iniciar actuaciones de oficio y que, de conformidad con el Reglamento, desestimará las denuncias anónimas o manifiestamente infundadas y transmitirá las restantes al órgano competente. En esta tarea, la Presidencia contará con la colaboración de uno o más magistrados, designados según una rotación automática de conformidad con el Reglamento.

Regla 27. Disposiciones comunes sobre los derechos de la defensa

1. Cuando se considere la posibilidad de la separación del cargo, de conformidad con el artículo 46, o de aplicar medidas disciplinarias, de conformidad con el artículo 47, se notificará por escrito al titular del cargo.

2. El titular del cargo tendrá plena oportunidad de presentar y obtener pruebas, de presentar escritos y de responder a preguntas.

3. El titular del cargo podrá estar representado por un abogado durante el procedimiento iniciado de conformidad con esta regla.

Regla 28. Suspensión en el cargo

El titular de un cargo que sea objeto de una denuncia suficientemente grave podrá ser suspendido en el ejercicio de ese cargo hasta que el órgano competente adopte una decisión definitiva.

Regla 29. Procedimiento en caso de solicitud de separación del cargo

1. Cuando se trate de un magistrado, del secretario o del secretario adjunto, la cuestión de la separación del cargo será sometida a votación en sesión plenaria.

2. La Presidencia transmitirá por escrito al Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes la recomendación adoptada cuando se trate de un magistrado y la decisión adoptada cuando se trate del secretario o de un secretario adjunto.

3. Cuando se trate de un fiscal adjunto, el Fiscal transmitirá por escrito al Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes la recomendación que formule.

4. De constatarse que la conducta no es constitutiva de falta grave o de incumplimiento grave, se podrá decidir, de conformidad con el artículo 47, que el titular del cargo ha incurrido en falta menos grave e imponer una medida disciplinaria.

Regla 30. Procedimiento en caso de solicitud de adopción de medidas disciplinarias

1. Cuando se trate de un magistrado, del secretario o de un secretario adjunto, la decisión de imponer una medida disciplinaria será adoptada por la Presidencia.

2. Cuando se trate del Fiscal, la decisión de imponer una medida disciplinaria será adoptada por mayoría absoluta de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Cuando se trate de un fiscal adjunto:

a) La decisión de imponer una amonestación será adoptada por el Fiscal;

b) La decisión de imponer una sanción pecuniaria será adoptada por mayoría absoluta de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes, previa recomendación del Fiscal.

4. Las amonestaciones serán consignadas por escrito y transmitidas al Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes.

Regla 31Separación del cargo

La decisión de separar del cargo, una vez adoptada, se hará efectiva de inmediato. El sancionado dejará de formar parte de la Corte, incluso respecto de las causas en cuya sustanciación estuviese participando.

Regla 32. Medidas disciplinarias

Las medidas disciplinarias que pueden imponerse son las siguientes:

a) Amonestación; o

b) Una sanción pecuniaria que no podrá ser superior a seis meses del sueldo que perciba en la Corte el titular del cargo.

Subsección 2
Dispensa, recusación, fallecimiento y dimisión

Regla 33. Dispensa de un magistrado, del fiscal o de un fiscal adjunto

1. Un magistrado, el fiscal o un fiscal adjunto que desee ser dispensado de una función presentará una petición por escrito a la Presidencia indicando los motivos de la dispensa.

2. La Presidencia preservará el carácter confidencial de la petición y no dará a conocer públicamente los motivos de su decisión sin el consentimiento de quien haya presentado la petición.

Regla 34. Recusación de un magistrado, del fiscal o de un fiscal adjunto

1. Además de las enunciadas en el párrafo 2 del artículo 41 y en el párrafo 7 del artículo 42 serán causales de recusación de un magistrado, el fiscal o el fiscal adjunto, entre otras, las siguientes:

a) Tener un interés personal en el caso, entendiéndose por tal una relación conyugal, parental o de otro parentesco cercano, personal o profesional o una relación de subordinación con cualquiera de las partes;

b) Haber participado, a título personal y antes de asumir el cargo, en cualquier procedimiento judicial iniciado antes de su participación en la causa o iniciado por él posteriormente en que la persona objeto de investigación o enjuiciamiento haya sido o sea una de las contrapartes;

c) Haber desempeñado funciones, antes de asumir el cargo, en el ejercicio de las cuales cabría prever que se formó una opinión sobre la causa de que se trate, sobre las partes o sobre sus representantes que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida;

d) Haber expresado opiniones, por conducto de los medios de comunicación, por escrito o en actos públicos que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 41 y en el párrafo 8 del artículo 42, la petición de recusación se hará por escrito tan pronto como se tenga conocimiento de las razones en que se base. La petición, que será motivada y a la que se adjuntarán las pruebas pertinentes, será transmitida al titular del cargo, quien podrá formular observaciones al respecto por escrito.

3. Las cuestiones relacionadas con la recusación del fiscal o de un fiscal adjunto serán dirimidas por mayoría de los magistrados de la Sala de Apelaciones.

Regla 35. Obligación de un magistrado, el fiscal o un fiscal adjunto de solicitar la dispensa

El magistrado, fiscal o fiscal adjunto que tenga motivos para creer que existe una causal de recusación a su respecto presentará una petición de dispensa y no esperará

hasta que se pida la recusación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 41 o el párrafo 7 del artículo 42 y con la regla 34. La petición será hecha y tramitada por la Presidencia de conformidad con la regla 33.

Regla 36. Fallecimiento de un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto

La Presidencia comunicará por escrito al Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes el fallecimiento de un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto.

Regla 37. Dimisión de un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto

1. El magistrado, fiscal, fiscal adjunto, secretario o secretario adjunto comunicará por escrito su decisión de dimitir a la Presidencia, la cual lo comunicará, también por escrito, al Presidente de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes.

2. El magistrado, fiscal, fiscal adjunto, secretario o secretario adjunto procurará dar aviso, con por lo menos seis meses de antelación, de la fecha en que entrará en vigor su dimisión. Antes de que entre en vigor su dimisión, el magistrado hará todo lo posible por cumplir sus funciones pendientes.

Subsección 3
Sustituciones y magistrados suplentes

Regla 38. Sustituciones

1. Un magistrado podrá ser sustituido por motivos objetivos y justificados, entre ellos:

a) Dimisión;

b) Dispensa aceptada;

c) Recusación;

d) Separación del cargo;

e) Fallecimiento.

2. La sustitución se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento preestablecido en el Estatuto, en las Reglas y en el Reglamento.

Regla 39. Magistrados suplentes

El magistrado suplente asignado por la Presidencia a una Sala de Primera Instancia de conformidad con el párrafo 1 del artículo 74 asistirá a todas las actuaciones y deliberaciones de la causa, pero no podrá participar en ella ni ejercer ninguna de las funciones de los miembros de la Sala que conozcan de ella, a menos que deba sustituir a un miembro de ella que no pueda seguir estando presente. Los magistrados suplentes serán designados de conformidad con un procedimiento previamente establecido por la Corte.

Sección V
Publicación, idiomas y traducción

Regla 40. Publicación de las decisiones en los idiomas oficiales de la Corte

1. A los efectos del párrafo 1 del artículo 50, se considerará que las decisiones siguientes resuelven cuestiones fundamentales:

a) Todas las decisiones de la Sección de Apelaciones;

b) Todas las decisiones de la Corte respecto de su competencia o de la admisibilidad de una causa de conformidad con los artículos 17, 18, 19 y 20;

c) Todas las decisiones de una Sala de Primera Instancia acerca de la culpabilidad o inocencia, la condena y la reparación que se haya de hacer a las víctimas de conformidad con los artículos 74, 75 y 76;

d) Todas las decisiones de una Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57;

2. Las decisiones sobre la confirmación de los cargos de conformidad con el párrafo 7 del artículo 61 y sobre los delitos contra la administración de justicia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 70 serán publicadas en todos los idiomas oficiales de la Corte cuando la Presidencia determine que resuelven cuestiones fundamentales.

3. La Presidencia podrá decidir que se publiquen otras decisiones en los idiomas oficiales cuando se refieran a cuestiones importantes relacionadas con la interpretación o la aplicación del Estatuto o a una cuestión importante de interés general.

Regla 41. Idiomas de trabajo de la Corte

1. A los efectos del párrafo 2 del artículo 50, la Presidencia autorizará el uso como idioma de trabajo de la Corte de un idioma oficial cuando:

a) Ese idioma sea comprendido y hablado por la mayoría de quienes participan en una causa de que conozca la Corte y lo solicite alguno de los participantes en las actuaciones; o

b) Lo soliciten el Fiscal y la defensa.

2. La Presidencia podrá autorizar el uso de un idioma oficial de la Corte como idioma de trabajo si considera que ello daría mayor eficiencia a las actuaciones.

Regla 42. Servicios de traducción e interpretación

La Corte adoptará disposiciones para que se presten los servicios de traducción e interpretación necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Estatuto y a las presentes Reglas.

Regla 43. Procedimiento aplicable a la publicación de los documentos de la Corte

La Corte se asegurará de que en todos los documentos que hayan de publicarse de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas se respete la obligación de proteger la confidencialidad de las actuaciones y la seguridad de las víctimas y los testigos.

Capítulo 3
De la competencia y la admisibilidad

Sección I
Declaraciones y remisiones relativas a los artículos 11, 12, 13 y 14

Regla 44. Declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12

1. El Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto o que se haya hecho Parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12.

2. Cuando un Estado presente al Secretario, o le comunique su intención de presentarle, una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 o cuando el Secretario actúe conforme a lo dispuesto en la subregla 1, el Secretario informará al Estado en cuestión de que la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación y serán aplicables las disposiciones de la Parte IX, así como las reglas correspondientes a esa Parte que se refieran a los Estados Partes.

Regla 45. Remisión de una situación al Fiscal

La remisión de una situación al Fiscal se hará por escrito.

Sección II
Inicio de una investigación de conformidad con el artículo 15

Regla 46. Información suministrada al Fiscal con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 15

Cuando se presente información con arreglo al párrafo 1 del artículo 15 o cuando se reciba en la sede de la Corte testimonio oral o por escrito con arreglo al párrafo 2 del artículo 15, el Fiscal protegerá la confidencialidad de esa información y testimonio o adoptará todas las demás medidas que sean necesarias de conformidad con sus deberes con arreglo al Estatuto.

Regla 47. Testimonio en virtud del párrafo 2 del artículo 15

1. Las disposiciones de las reglas 111 y 112 serán aplicables, mutatis mutandis, al testimonio que reciba el Fiscal con arreglo al párrafo 2 del artículo 15.

2. El Fiscal, cuando considere que existe un riesgo grave de que no sea posible que se rinda el testimonio posteriormente, podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que adopte las medidas que sean necesarias para asegurar la eficacia y la integridad de las actuaciones y, en particular, que designe a un abogado o un magistrado de la Sala de Cuestiones Preliminares para que esté presente cuando se tome el testimonio a fin de proteger los derechos de la defensa. Si el testimonio es presentado posteriormente en el proceso, su admisibilidad se regirá por el párrafo 4 del artículo 69 y su valor probatorio será determinado por la Sala competente.

Universität Göttingen

Regla 48. Determinación del fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15

El Fiscal, al determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, tendrá en cuenta los factores indicados en el párrafo 1 a) a c) del artículo 53.

Regla 49. Decisión e información con arreglo al párrafo 6 del artículo 15

1. El Fiscal se asegurará con prontitud de que se informe de las decisiones adoptadas con arreglo al párrafo 6 del artículo 15, junto con las razones a que obedecen, de manera que se evite todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidad de quienes le hayan suministrado información con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 15 o para la integridad de las investigaciones o actuaciones.

2. La notificación indicará además la posibilidad de presentar información adicional sobre la misma situación cuando haya hechos o pruebas nuevos.

Regla 50. Procedimiento para que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de la investigación

1. El Fiscal, cuando se proponga recabar autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, lo comunicará a las víctimas de las que él o la Dependencia de Víctimas y Testigos tenga conocimiento o a sus representantes legales, a menos que decida que ello puede poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos. El Fiscal podrá también recurrir a medios generales a fin de dar aviso a grupos de víctimas si llegase a la conclusión de que, en las circunstancias especiales del caso, ello no pondría en peligro la integridad o la realización efectiva de la investigación ni la seguridad y el bienestar de las víctimas o los testigos. El Fiscal, en ejercicio de estas funciones, podrá recabar la asistencia de la Dependencia de Víctimas y Testigos según corresponda.

2. La solicitud de autorización del Fiscal deberá hacerse por escrito.

3. Tras la información proporcionada de conformidad con la subregla 1, las víctimas podrán presentar observaciones por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares dentro del plazo fijado en el Reglamento.

4. La Sala de Cuestiones Preliminares, al decidir qué procedimiento se ha de seguir, podrá pedir información adicional al Fiscal y a cualquiera de las víctimas que haya presentado observaciones y, si lo considera procedente, podrá celebrar una audiencia.

5. La Sala de Cuestiones Preliminares dictará una decisión, que será motivada, en cuanto a si autoriza en todo o en parte la solicitud del Fiscal de que se inicie una investigación con arreglo al párrafo 4 del artículo 15. La Sala notificará la decisión a las víctimas que hayan hecho observaciones.

6. El procedimiento que antecede será aplicable también en los casos en que se presente a la Sala de Cuestiones Preliminares una nueva solicitud con arreglo al párrafo 5 del artículo 15.

Sección III
Impugnaciones y decisiones preliminares con arreglo a los artículos 17, 18 y 19

Regla 51. Información presentada con arreglo al artículo 17

La Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 17 y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 17 ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento.

Regla 52. Notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 18

1. Con sujeción a las limitaciones establecidas en el párrafo 1 del artículo 18, la notificación contendrá información sobre los actos que puedan constituir los crímenes a que se refiere el artículo 5 y que sea pertinente a los efectos del párrafo 2 del artículo 18.

2. Un Estado podrá solicitar del Fiscal información adicional que le sirva para aplicar el párrafo 2 del artículo 18. Esa solicitud no modificará el plazo de un mes previsto en el párrafo 2 del artículo 18 y será respondida de manera expedita por el Fiscal.

Regla 53. Inhibición del Fiscal según el párrafo 2 del artículo 18

El Estado que pida una inhibición con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 lo hará por escrito y, teniendo en cuenta esa disposición, suministrará información relativa a la investigación a que esté procediendo. El Fiscal podrá recabar de ese Estado información adicional.

Regla 54. Petición del Fiscal con arreglo al párrafo 2 del artículo 18

1. La petición hecha por el Fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 se hará por escrito e indicará sus fundamentos. El Fiscal comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares la información suministrada por el Estado de conformidad con la regla 53.

2. El Fiscal informará por escrito a ese Estado cuando presente una petición a la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 e incluirá un resumen del fundamento de la petición.

Regla 55. Actuaciones relativas al párrafo 2 del artículo 18

1. La Sala de Cuestiones Preliminares decidirá qué procedimiento se habrá de seguir y podrá adoptar medidas adecuadas para la debida sustanciación de las actuaciones. Podrá celebrar una audiencia.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares examinará la petición del Fiscal y las observaciones presentadas por el Estado que haya pedido la inhibición con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 y tendrá en cuenta los factores indicados en el artículo 17 al decidir si autoriza una investigación.

3. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares y sus fundamentos serán comunicados tan pronto como sea posible al Fiscal y al Estado que haya pedido la inhibición.

Regla 56. Petición del Fiscal tras el examen hecho con arreglo al párrafo 3 del artículo 18

1. El Fiscal, tras proceder al examen a que se refiere el párrafo 3 del artículo 18, podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que autorice la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 de ese artículo. La petición a la Sala de Cuestiones Preliminares se hará por escrito e indicará sus fundamentos.

2. El Fiscal comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares toda información adicional suministrada por el Estado con arreglo al párrafo 5 del artículo 18.

3. Las actuaciones se sustanciarán de conformidad con la subregla 2 de la regla 54 y la regla 55.

Regla 57. Medidas provisionales con arreglo al párrafo 6 del artículo 18

La petición hecha por el Fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares en las circunstancias a que se refiere el párrafo 6 del artículo 18 será examinada *ex parte* y a puerta cerrada. La Sala de Cuestiones Preliminares se pronunciará en forma expedita respecto de la petición.

Regla 58. Actuaciones con arreglo al artículo 19

1. La petición hecha con arreglo al artículo 19 se hará por escrito e indicará sus fundamentos.

2. La Sala a la que se presente una impugnación o una cuestión respecto de su competencia o de la admisibilidad de una causa con arreglo a los párrafos 2 ó 3 del artículo 19 o que esté actuando de oficio con arreglo al párrafo 1 de ese artículo decidirá qué procedimiento se habrá de seguir y podrá adoptar las medidas que correspondan para la debida sustanciación de las actuaciones. La Sala podrá celebrar una audiencia. Podrá aplazar la consideración de la impugnación o la cuestión hasta las actuaciones de confirmación de los cargos o hasta el juicio, siempre que ello no cause una demora indebida, y en tal caso deberá en primer lugar considerar la impugnación o la cuestión y adoptar una decisión al respecto.

3. La Corte transmitirá la petición que reciba con arreglo a la subregla 2 al Fiscal y a la persona a que se refiere el párrafo 2 del artículo 19 que haya sido entregada a la Corte o haya comparecido voluntariamente o en respuesta a una citación y les permitirá presentar por escrito observaciones al respecto dentro del plazo que fije la Sala.

4. La Corte se pronunciará en primer lugar respecto de las impugnaciones o las cuestiones de competencia y, a continuación, respecto de las impugnaciones o las cuestiones de admisibilidad.

Regla 59. Participación en las actuaciones de conformidad con el párrafo 3 del artículo 19

1. El Secretario, a los efectos del párrafo 3 del artículo 19, informará de las cuestiones o impugnaciones de la competencia o de la admisibilidad que se hayan planteado de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 19 a:

a) Quienes hayan remitido una situación de conformidad con el artículo 13;

b) Las víctimas que se hayan puesto ya en contacto con la Corte en relación con esa causa o sus representantes legales.

2. El Secretario proporcionará a quienes se hace referencia en la subregla 1, en forma compatible con las obligaciones de la Corte respecto del carácter confidencial de la información, la protección de las personas y la preservación de pruebas, un resumen de las causales por las cuales se haya impugnado la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa.

3. Quienes reciban la información de conformidad con la subregla 1 podrán presentar observaciones por escrito a la Sala competente dentro del plazo que ésta considere adecuado.

Regla 60. Órgano competente para recibir las impugnaciones

La impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa presentada después de confirmados los cargos, pero antes de que se haya constituido o designado la Sala de Primera Instancia, será dirigida a la Presidencia, que la remitirá a la Sala de Primera Instancia en cuanto ésta haya sido constituida o designada de conformidad con la regla 130.

Regla 61. Medidas provisionales con arreglo al párrafo 8 del artículo 19

Cuando el Fiscal haga una petición a la Sala competente en las circunstancias a que se refiere el párrafo 8 del artículo 19, será aplicable la regla 57.

Regla 62. Actuaciones con arreglo al párrafo 10 del artículo 19

1. El Fiscal, si presenta una petición con arreglo al párrafo 10 del artículo 19, la dirigirá a la Sala que se hubiera pronunciado en último término sobre la admisibilidad. Será aplicable lo dispuesto en las reglas 58, 59 y 61.

2. El Estado o los Estados cuya impugnación de la admisibilidad de conformidad con el párrafo 2 del artículo 19 haya dado origen a la decisión de inadmisibilidad a que se refiere el párrafo 10 de ese artículo serán notificados de la petición del Fiscal y se fijará un plazo para que presenten sus observaciones.

Capítulo 4
Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento

Sección I
La prueba

Regla 63. Disposiciones generales relativas a la prueba

1. Las reglas probatorias enunciadas en el presente capítulo, junto con el artículo 69, serán aplicables en las actuaciones que se substancien ante todas las Salas.

2. La Sala, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 64, tendrá facultades discrecionales para valorar libremente todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad con arreglo al artículo 69.

3. La Sala se pronunciará sobre las cuestiones de admisibilidad fundadas en las causales enunciadas en el párrafo 7 del artículo 69 que plantee una de las partes o ella misma de oficio de conformidad con el párrafo 9 a) del artículo 64.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

5. Las Salas no aplicarán las normas de derecho interno relativas a la prueba, salvo que lo hagan de conformidad con el artículo 21.

Regla 64. Procedimiento relativo a la pertinencia o a la admisibilidad de la prueba

1. Las cuestiones de pertinencia o admisibilidad deberán plantearse en el momento en que la prueba sea presentada ante una de las Salas. Excepcionalmente, podrán plantearse inmediatamente después de conocida la causal de falta de pertinencia o inadmisibilidad cuando no se haya conocido al momento en que la prueba haya sido presentada. La Sala podrá solicitar que la cuestión se plantee por escrito. La Corte transmitirá el escrito a todos los que participen en el proceso, a menos que decida otra cosa.

2. La Sala expondrá las razones de los dictámenes que emita sobre cuestiones de prueba. Se dejará constancia de esas razones en el expediente del proceso, en caso de que no se hayan consignado en él durante el juicio, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 64 y la subregla 1 de la regla 137.

3. La Sala no tendrá en cuenta las pruebas que declare no pertinentes o inadmisibles.

Regla 65. Obligación de los testigos de prestar declaración

1. A menos que se disponga otra cosa en el Estatuto y en las Reglas, particularmente en las reglas 73, 74 y 75, la Corte podrá obligar al testigo que comparezca ante ella a prestar declaración.

2. La regla 171 será aplicable al testigo que comparezca ante la Corte y esté obligado a prestar declaración de conformidad con la subregla 1.

Regla 66. Promesa solemne

1. Salvo lo dispuesto en la subregla 2, los testigos, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69, harán la siguiente promesa solemne antes de rendir su testimonio:

"Declaro solemnemente que diré la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad".

2. La Sala podrá autorizar a rendir testimonio sin esta promesa solemne al menor de 18 años de edad o a la persona cuya capacidad de juicio esté disminuida y que, a su parecer, no comprenda la naturaleza de una promesa solemne cuando considere que esa persona es capaz para dar cuenta de hechos de los que esté en conocimiento y comprende el significado de la obligación de decir verdad.

3. Antes de comenzar la declaración, el testigo será informado acerca del delito previsto en el párrafo 1 a) del artículo 70.

Regla 67. Testimonio prestado en persona por medios de audio o vídeo

1. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 69, la Sala podrá permitir que un testigo preste testimonio oralmente por medios de audio o vídeo, a condición de que esos medios permitan que el testigo sea interrogado por el Fiscal, por la defensa y por la propia Sala, en el momento de rendir su testimonio.

2. El interrogatorio de un testigo en virtud de esta regla tendrá lugar de conformidad con lo dispuesto en las reglas pertinentes del presente capítulo.

3. La Sala, con la asistencia de la Secretaría, se cerciorará de que el lugar escogido para prestar el testimonio por medios de audio o vídeo sea propicio para que el testimonio sea veraz y abierto y para la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad del testigo.

Regla 68. Testimonio grabado anteriormente

Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no haya adoptado medidas con arreglo al artículo 56, la Sala de Primera Instancia podrá, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 69, permitir que se presente un testimonio grabado anteriormente en audio o vídeo o la transcripción de ese testimonio u otro documento que sirva de prueba de él, a condición de que:

a) Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente no está presente en la Sala de Primera Instancia, tanto el Fiscal como la defensa hayan tenido ocasión de interrogarlo en el curso de la grabación; o

b) Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente está presente en la Sala de Primera Instancia, no se oponga a la presentación de ese testimonio, y el Fiscal, la defensa y la Sala tengan ocasión de interrogarlo en el curso del proceso.

Regla 69. Acuerdos en cuanto a la prueba

El Fiscal y la defensa podrán convenir en que un supuesto hecho que conste en los cargos, en el contenido de un documento, en el testimonio previsto de un testigo o en otro medio de prueba no será impugnado y, en consecuencia, la Sala podrá considerarlo probado a menos que, a su juicio, se requiera en interés de la justicia, en particular el de las víctimas, una presentación más completa de los hechos denunciados.

Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual

Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

Regla 72. Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas

1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa.

2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del Fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima.

3. La Sala, cuando determine que la prueba a que se refiere la subregla 2 es admisible en el proceso, dejará constancia en el expediente de la finalidad concreta para la que se admite. Al valorar la prueba en el curso del proceso, la Sala aplicará los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70.

Regla 73. Comunicaciones e información privilegiadas

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del artículo 67, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de la relación profesional entre una persona y su abogado se considerarán privilegiadas y, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación, a menos que esa persona:

a) Consienta por escrito en ello; o

b) Haya revelado voluntariamente el contenido de la comunicación a un tercero y ese tercero lo demuestre.

2. En cuanto a la subregla 5 de la regla 63, las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de una categoría de relación profesional u otra relación confidencial se considerarán privilegiadas y, en consecuencia, no estarán sujetas a divulgación en las mismas condiciones que en las subreglas 1 a) y 1 b) si la Sala decide respecto de esa categoría que:

a) Las comunicaciones que tienen lugar en esa categoría de relación forman parte de una relación confidencial que suscita una expectativa razonable de privacidad y no divulgación;

b) La confidencialidad es esencial para la índole y el tipo de la relación entre la persona y su confidente; y

c) El reconocimiento de ese carácter privilegiado promovería los objetivos del Estatuto y de las Reglas.

3. La Corte, al adoptar una decisión en virtud de la subregla 2, tendrá especialmente en cuenta la necesidad de reconocer el carácter privilegiado de las comunicaciones en el contexto de la relación profesional entre una persona y su médico, psiquiatra, psicólogo

o consejero, en particular cuando se refieran a las víctimas o las involucren, o entre una persona y un miembro del clero; en este último caso, la Corte reconocerá el carácter privilegiado de las comunicaciones hechas en el contexto del sacramento de la confesión cuando ella forme parte de la práctica de esa religión.

4. La Corte considerará privilegiados y, en consecuencia, no sujetos a divulgación, incluso por conducto del testimonio de alguien que haya sido o sea funcionario o empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la información, los documentos u otras pruebas que lleguen a manos de ese Comité en el desempeño de sus funciones con arreglo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o como consecuencia del desempeño de esas funciones, a menos que:

a) El Comité, tras celebrar consultas de conformidad con la subregla 6, no se oponga por escrito a la divulgación o haya renunciado de otra manera a este privilegio; o

b) La información, los documentos o las otras pruebas consten en declaraciones y documentos públicos del Comité.

5. Nada de lo dispuesto en la subregla 4 se entenderá en perjuicio de la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente distinta del Comité y sus funcionarios o empleados cuando esa fuente haya obtenido la prueba con independencia del Comité y de sus funcionarios o empleados.

6. La Corte, si determina que la información, los documentos u otras pruebas en poder del Comité revisten gran importancia para una determinada causa, celebrará consultas con el Comité a fin de resolver la cuestión mediante la cooperación, teniendo presentes las circunstancias de la causa, la pertinencia de la prueba, la posibilidad de obtenerla de una fuente distinta del Comité, los intereses de la justicia y de las víctimas y el desempeño de sus funciones y las del Comité.

Regla 74. Autoinculpación de un testigo

1. A menos que un testigo haya sido notificado con arreglo a la regla 190, la Sala le notificará las disposiciones de esta regla antes de que rinda su testimonio.

2. La Corte, cuando determine que procede dar seguridades con respecto a la autoinculpación a un testigo determinado, le dará las seguridades previstas en el apartado c) de la subregla 3, antes de que comparezca, directamente o atendiendo a una solicitud formulada con arreglo al párrafo 1 e) del artículo 93.

3. a) Un testigo podrá negarse a hacer una declaración que pudiera tender a incriminarlo;

b) Cuando el testigo haya comparecido tras recibir seguridades con arreglo a la subregla 2, la Corte le podrá ordenar que conteste una o más preguntas;

c) Tratándose de los demás testigos, la Sala podrá ordenarles que contesten una o más preguntas, tras asegurarles que la prueba constituida por la respuesta a las preguntas:

i) Tendrá carácter confidencial y no se dará a conocer al público ni a un Estado; y

ii) No se utilizará en forma directa ni indirecta en su contra en ningún procedimiento ulterior de la Corte, salvo con arreglo a los artículos 70 y 71.

4. Antes de dar esas seguridades, la Sala recabará la opinión del Fiscal, *ex parte*, para determinar si procede hacerlo.

Göttingen Universität der Universität Göttingen Göttingen Universität der Universität Göttingen Göttingen Universität der Universität Göttingen

5. Para determinar si ha de ordenar al testigo que conteste, la Sala considerará:

a) La importancia de la prueba que se espera obtener;

b) Si el testigo habría de proporcionar una prueba que no pudiera obtenerse de otra manera;

c) La índole de la posible inculpación, en caso de que se conozca; y

d) Si, en las circunstancias del caso, la protección para el testigo es suficiente.

6. La Sala, si determina que no sería apropiado dar seguridades al testigo, no le ordenará que conteste la pregunta. Si decide no ordenar al testigo que conteste, podrá de todos modos continuar interrogando al testigo sobre otras cuestiones.

7. Para dar efecto a esas seguridades, la Sala deberá:

a) Ordenar que la declaración del testigo se preste a puerta cerrada;

b) Ordenar que no se den a conocer en forma alguna ni la identidad del testigo ni el contenido de su declaración y disponer que el incumplimiento de esa orden dará lugar a la aplicación de sanciones con arreglo al artículo 71;

c) Informar concretamente al Fiscal, al acusado, al abogado defensor, al representante legal de la víctima y a todos los funcionarios de la Corte que estén presentes de las consecuencias del incumplimiento de la orden impartida con arreglo al apartado precedente;

d) Ordenar que el acta de la diligencia de la actuación se guarde en sobre sellado; y

e) Disponer medidas de protección en relación con su decisión de que no se den a conocer ni la identidad del testigo ni el contenido de la declaración que haya prestado.

8. El Fiscal, de saber que la declaración de un testigo puede plantear cuestiones de autoinculpación, deberá solicitar que se celebre una audiencia a puerta cerrada para informar de ello a la Sala, antes de que el testigo preste declaración. La Sala podrá disponer las medidas indicadas en la subregla 7 para toda la declaración de ese testigo o para parte de ella.

9. El acusado, el abogado defensor o el testigo podrán informar al Fiscal o a la Sala de que el testimonio de un testigo ha de plantear cuestiones de autoinculpación antes de que el testigo preste declaración y la Sala podrá tomar las medidas indicadas en la subregla 7.

10. La Sala, de plantearse una cuestión de autoinculpación en el curso del procedimiento, suspenderá la recepción del testimonio y ofrecerá al testigo la oportunidad de recabar asesoramiento letrado si así lo solicita a los efectos de la aplicación de la regla.

Regla 75. Inculpación por familiares

1. El testigo que comparezca ante la Corte y sea cónyuge, hijo o padre o madre de un acusado no podrá ser obligado por la Sala a prestar una declaración que pueda dar lugar a que se inculpe al acusado. Sin embargo, el testigo podrá hacer voluntariamente esa declaración.

2. Al evaluar un testimonio, la Sala podrá tener en cuenta si el testigo a que se hace referencia en la subregla 1 se negó a responder una pregunta formulada con el propósito de que se contradijera de una declaración anterior o si optó por elegir qué preguntas respondería.

Sección II
Divulgación de documentos o información

Regla 76. Divulgación, antes del juicio, de información relativa a los testigos de cargo

1. El Fiscal comunicará a la defensa los nombres de los testigos que se proponga llamar a declarar en juicio y le entregará copia de las declaraciones anteriores de éstos. Este trámite se efectuará con antelación suficiente al comienzo del juicio, a fin de que la defensa pueda prepararse debidamente.

2. Ulteriormente, el Fiscal comunicará a la defensa los nombres de los demás testigos de cargo y le entregará copia de sus declaraciones una vez se haya tomado la decisión de hacerlos comparecer.

3. Las declaraciones de los testigos de cargo deberán ser entregadas en el idioma original y en un idioma que el acusado entienda y hable perfectamente.

4. La presente regla se entenderá sin perjuicio de la protección de la seguridad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como de la información confidencial, según lo dispuesto en el Estatuto y en las reglas 81 y 82.

Regla 77. Inspección de objetos que obren en poder del Fiscal o estén bajo su control

El Fiscal, con sujeción a las limitaciones previstas en el Estatuto y en las reglas 81 y 82, permitirá a la defensa inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles que obren en su poder o estén bajo su control y que sean pertinentes para la preparación de la defensa o que él tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio o se hayan obtenido del acusado o le pertenezcan.

Regla 78. Inspección de objetos que obren en poder de la defensa o estén bajo su control

La defensa permitirá al Fiscal inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles que obren en su poder o estén bajo su control y que tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio.

Regla 79. Divulgación de información por la defensa

1. La defensa notificará al Fiscal su intención de hacer valer:

a) Una coartada, en cuyo caso en la notificación se indicará el lugar o lugares en que el imputado afirme haberse encontrado en el momento de cometerse el presunto crimen y el nombre de los testigos y todas las demás pruebas que se proponga presentar para demostrar su coartada;

b) Una de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal previstas en el párrafo 1 del artículo 31, en cuyo caso en la notificación se indicarán los nombres de los testigos y todas las demás pruebas que el acusado se proponga hacer valer para demostrar la circunstancia eximente.

2. Teniendo debidamente en cuenta los plazos fijados en otras reglas, la notificación a que se refiere la subregla 1 se practicará con antelación suficiente para que el Fiscal pueda preparar en debida forma su respuesta. La Sala que conozca de la causa podrá

conceder al Fiscal un aplazamiento de la audiencia para responder a la cuestión planteada por la defensa.

3. El hecho de que la defensa no haga la comunicación prevista en esta regla no limitará su derecho a plantear las cuestiones a que se refiere la subregla 1 y a presentar pruebas.

4. Lo dispuesto en la presente regla no impedirá a una Sala ordenar la divulgación de otras pruebas.

Regla 80. Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31

1. La defensa comunicará a la Sala de Primera Instancia y al Fiscal su propósito de hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31. La comunicación se hará con antelación suficiente al comienzo del juicio, a fin de que el Fiscal pueda prepararse debidamente.

2. Una vez hecha la comunicación prevista en la subregla 1, la Sala de Primera Instancia escuchará al Fiscal y a la defensa antes de decidir si el defensor puede hacer valer la circunstancia eximente de responsabilidad penal.

3. Si se autoriza a la defensa a hacer valer la circunstancia eximente, la Sala de Primera Instancia podrá conceder al Fiscal un aplazamiento de la audiencia para considerar esa circunstancia.

Regla 81. Restricciones a la divulgación de documentos o información

1. Los informes, memorandos u otros documentos internos que hayan preparado una parte, sus auxiliares o sus representantes en relación con la investigación o la preparación de la causa no estarán sujetos a divulgación.

2. El Fiscal, cuando obren en su poder o estén bajo su control documentos o informaciones que deban divulgarse de conformidad con el Estatuto, pero cuya divulgación pueda redundar en detrimento de investigaciones en curso o futuras, podrá pedir a la Sala que conozca de la causa que dictamine si los documentos o las informaciones han de darse a conocer a la defensa. La Sala celebrará una vista *ex parte* para tratar la cuestión. No obstante, el Fiscal no podrá hacer valer como prueba esos documentos o informaciones en la audiencia de confirmación de los cargos o el juicio sin antes darlos a conocer al acusado.

3. Cuando se hayan tomado medidas para proteger el carácter confidencial de la información con arreglo a los artículos 54, 57, 64, 72 y 93, y la seguridad de los testigos y las víctimas y sus familiares con arreglo al artículo 68, esta información no deberá darse a conocer si no es de conformidad con lo dispuesto en estos artículos. Cuando la divulgación de esa información pueda ocasionar un riesgo para la seguridad del testigo, la Corte tomará medidas para comunicárselo con antelación.

4. La Sala que conozca de la causa podrá, de oficio o a solicitud del Fiscal, el acusado o cualquier Estado, tomar las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, con arreglo a los artículos 54, 72 y 93 y, con arreglo al artículo 68, proteger la seguridad de los testigos y de las víctimas y sus familiares, incluso autorizar a que no se divulgue su identidad antes del comienzo del juicio.

5. Cuando obren en poder del Fiscal o estén bajo su control documentos o informaciones que no se hayan divulgado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 68, tales documentos o informaciones no podrán hacerse valer posteriormente como

prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o el juicio sin antes darlos a conocer de manera debida al acusado.

6. Cuando obren en poder de la defensa, o bajo su control, documentos o informaciones que estén sujetos a divulgación, la defensa podrá negarse a divulgarlos si concurren circunstancias análogas a las que permitirían al Fiscal hacer valer lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 68, y presentar en cambio un resumen de dichos documentos o informaciones. La defensa no podrá hacer valer tales documentos o informaciones como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio sin antes darlos a conocer de manera debida al Fiscal.

Regla 82. Restricciones a la divulgación de documentos o información protegidos por las disposiciones del párrafo 3 e) del artículo 54

1. Cuando obren en poder del Fiscal o estén bajo su control documentos o informaciones protegidos con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 54, el Fiscal no podrá hacerlos valer posteriormente como prueba en el juicio sin el consentimiento previo de quien los haya suministrado, ni sin antes darlos a conocer de manera debida al acusado.

2. Si el Fiscal presentare como prueba documentos o informaciones protegidos con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 54, la Sala no podrá ordenar que se presenten pruebas adicionales recibidas de la persona que haya suministrado los documentos o informaciones iniciales, ni tampoco podrá, con miras a obtener por sí misma esas otras pruebas, citar a dicha persona o a un representante suyo como testigo ni ordenar su comparecencia.

3. Si el Fiscal llamare a un testigo para que presente como prueba documentos o informaciones protegidos con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 54, la Sala que conozca de la causa no podrá obligar a ese testigo a responder pregunta alguna que se refiera a los documentos o las informaciones, ni a su origen si se negara a hacerlo aduciendo razones de confidencialidad.

4. El derecho del acusado a impugnar pruebas protegidas con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 54 no se verá afectado y estará sujeto únicamente a las limitaciones previstas en las subreglas 2 y 3.

5. La Sala que conozca de la causa podrá ordenar, previa solicitud de la defensa y en interés de la justicia, que los documentos o las informaciones que obren en poder del acusado, le hayan sido suministrados en las condiciones indicadas en el párrafo 3 e) del artículo 54 y deban presentarse como pruebas queden sujetos, mutatis mutandis, a lo dispuesto en las subreglas 1, 2 y 3.

Regla 83. Dictamen sobre la existencia de pruebas eximentes o atenuantes de la culpabilidad de conformidad con el párrafo 2 del artículo 67

El Fiscal podrá pedir que se celebre a la mayor brevedad posible una vista *ex parte* en la Sala que conozca de la causa a fin de que ésta emita un dictamen de conformidad con el párrafo 2 del artículo 67.

Regla 84. Divulgación de documentos o información y presentación de pruebas adicionales

A fin de que las partes puedan prepararse para el juicio y facilitar el curso justo y expedito de las actuaciones, la Sala de Primera Instancia, de conformidad con los

párrafos 3 c) y 6 d) del artículo 64 y el párrafo 2 del artículo 67, y con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 68, deberá dictar las providencias necesarias para que se divulguen los documentos o la información que no hayan sido divulgados previamente y se presenten pruebas adicionales. Con objeto de evitar demoras y lograr que el juicio comience en la fecha fijada, en dichas providencias se establecerán plazos estrictos que se mantendrán bajo la revisión de la Sala de Primera Instancia.

Sección III
Víctimas y testigos

Subsección 1
Definición de víctimas y principio general aplicable

Regla 85. Definición de víctimas

Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

Regla 86. Principio general

Una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos de conformidad con el artículo 68, en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género.

Subsección 2
Protección de las víctimas y los testigos

Regla 87. Medidas de protección

1. La Sala, previa solicitud del Fiscal o de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, podrá, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo. La Sala, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.

2. La solicitud que se presente en virtud de la subregla 1 se regirá por la regla 134, salvo que:

a) Esa solicitud no será presentada *ex parte*;

b) La solicitud que presente un testigo o una víctima o su representante legal, de haberlo, será notificada tanto al Fiscal como a la defensa y ambos tendrán la oportunidad de responder;

c) La solicitud que se refiera a un determinado testigo o una determinada víctima será notificada a ese testigo o víctima o a su representante legal, de haberlo, así como a la otra parte, y se dará a todos ellos oportunidad de responder;

d) Cuando la Sala actúe de oficio se notificará al Fiscal y a la defensa, así como al testigo o la víctima que hayan de ser objeto de la medida de protección o su representante legal, de haberlo, a todos los cuales se dará oportunidad de responder; y

e) Podrá presentarse la solicitud en sobre sellado, caso en el cual seguirá sellada hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes presentadas en sobre sellado serán presentadas también en sobre sellado.

3. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada con arreglo a la subregla 1, la cual se realizará a puerta cerrada, a fin de determinar si ha de ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por uno o más testigos, o el lugar en que se encuentre; esas medidas podrán consistir, entre otras, en que:

a) El nombre de la víctima, el testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala;

b) Se prohiba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar esa información a un tercero;

c) El testimonio se preste por medios electrónicos u otros medios especiales, con inclusión de la utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, la utilización de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado, y la utilización exclusiva de medios de transmisión de la voz;

d) Se utilice un seudónimo para una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; o

e) La Sala celebre parte de sus actuaciones a puerta cerrada.

Regla 88. Medidas especiales

1. Previa solicitud del Fiscal, de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual. La Sala, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.

2. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada en virtud de la subregla 1, de ser necesario a puerta cerrada o *ex parte*, a fin de determinar si ha de ordenar o no una medida especial de esa índole, que podrá consistir, entre otras, en ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un sicólogo o un familiar.

3. Las disposiciones de los apartados b) a d) de la subregla 2 de la regla 87 serán aplicables, mutatis mutandis, a las solicitudes *inter partes* presentadas en virtud de esta regla.

4. Las solicitudes presentadas en virtud de esta regla podrán hacerse en sobre sellado, caso en el cual seguirán selladas hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes *inter partes* presentadas en sobre sellado serán también presentadas de la misma forma.

5. La Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, controlará diligentemente la forma de interrogarlo a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual.

Subsección 3
Participación de las víctimas en el proceso

Regla 89. Solicitud de que las víctimas participen en el proceso

1. Las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda. Con sujeción a lo dispuesto en el Estatuto, en particular en el párrafo 1 del artículo 68, el Secretario proporcionará una copia de la solicitud al Fiscal y a la defensa, que tendrán derecho a responder en un plazo que fijará la propia Sala. Con sujeción a lo dispuesto en la subregla 2, la Sala especificará entonces las actuaciones y la forma en que se considerará procedente la participación, que podrá comprender la formulación de alegatos iniciales y finales.

2. La Sala, de oficio o previa solicitud del Fiscal o la defensa, podrá rechazar la solicitud si considera que no ha sido presentada por una víctima o que no se han cumplido los criterios enunciados en el párrafo 3 del artículo 68. La víctima cuya solicitud haya sido rechazada podrá presentar una nueva solicitud en una etapa ulterior de las actuaciones.

3. También podrá presentar una solicitud a los efectos de la presente regla una persona que actúe con el consentimiento de la víctima o en representación de ella en el caso de que sea menor de edad o tenga una discapacidad que lo haga necesario.

4. Cuando haya más de una solicitud, la Sala las examinará de manera que asegure la eficacia del procedimiento y podrá dictar una sola decisión.

Regla 90. Representantes legales de las víctimas

1. La víctima podrá elegir libremente un representante legal.

2. Cuando haya más de una víctima, la Sala, a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría, que nombren uno o más representantes comunes. La Secretaría, para facilitar la coordinación de la representación legal de las víctimas, podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados, que ella misma llevará, o sugerir uno o más representantes comunes.

3. Si las víctimas no pudieren elegir uno o más representantes comunes dentro del plazo que fije la Sala, ésta podrá pedir al Secretario que lo haga.

4. La Sala y la Secretaría tomarán todas las medidas que sean razonables para cerciorarse de que, en la selección de los representantes comunes, estén representados los distintos intereses de las víctimas, especialmente según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 68, y se eviten conflictos de intereses.

5. La víctima o el grupo de víctimas que carezca de los medios necesarios para pagar un representante legal común designado por la Corte podrá recibir asistencia de la Secretaría e incluida, según proceda, asistencia financiera.

6. El representante legal de la víctima o las víctimas deberá reunir los requisitos enunciados en la subregla 1 de la regla 22.

Regla 91. Participación de los representantes legales en las actuaciones

1. La Sala podrá modificar una decisión anterior dictada de conformidad con la regla 89.

2. El representante legal de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90. Ello incluirá la participación en las audiencias a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de opinión de que la intervención del representante legal deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito haga el representante legal de las víctimas.

3.a) El representante legal que asista al proceso y participe en él de conformidad con la presente regla y quiera interrogar a un testigo, incluso en virtud de las reglas 67 y 68, a un perito o al acusado, deberá solicitarlo a la Sala. La Sala podrá pedirle que presente por escrito las preguntas y, en ese caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala.

b) La Sala fallará luego la solicitud teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre el procedimiento, los derechos del acusado, los intereses de los testigos, la necesidad de un juicio justo, imparcial y expedito y la necesidad de poner en práctica el párrafo 3 del artículo 68. La decisión podrá incluir instrucciones acerca de la forma y el orden en que se harán las preguntas o se presentarán documentos en ejercicio de las atribuciones que tiene la Sala con arreglo al artículo 64. La Sala, si lo considera procedente, podrá hacer las preguntas al testigo, el perito o el acusado en nombre del representante legal de la víctima.

4. Cuando se trate de una vista dedicada exclusivamente a una reparación con arreglo al artículo 75, no serán aplicables las restricciones a que se hace referencia en la subregla 2 para que el representante legal de la víctima haga preguntas. En ese caso, el representante legal, con la autorización de la Sala, podrá hacer preguntas a los testigos, los peritos y la persona de que se trate.

Regla 92. Notificación a las víctimas y a sus representantes legales

1. La presente regla relativa a la notificación a las víctimas y a sus representantes legales será aplicable a todas las actuaciones ante la Corte, salvo aquellas a que se refiere la Parte II.

2. A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate. La Sala podrá decretar que se tomen las medidas indicadas en la subregla 8 si lo considera adecuado en las circunstancias del caso.

3. A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará su decisión de celebrar una

audiencia para confirmar los cargos de conformidad con el artículo 61. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la causa de que se trate.

4. Cuando se haya hecho la notificación a que se hace referencia en las subreglas 2 y 3, la notificación ulterior a que se hace referencia en las subreglas 5 y 6 será hecha únicamente a las víctimas o sus representantes legales que puedan participar en las actuaciones de conformidad con una decisión adoptada por la Sala en virtud de la regla 89 o con una modificación de esa decisión.

5. El Secretario con arreglo a la decisión adoptada de conformidad con las reglas 89 a 91, notificará oportunamente a las víctimas o a sus representantes legales que participen en actuaciones y en relación con ellas:

a) Las actuaciones de la Corte, con inclusión de la fecha de las audiencias o su aplazamiento y la fecha en que se emitirá el fallo;

b) Las peticiones, escritos, solicitudes y otros documentos relacionados con dichas peticiones, escritos o solicitudes.

6. En caso de que las víctimas o sus representantes legales hayan participado en una cierta fase de las actuaciones, el Secretario les notificará a la mayor brevedad posible las decisiones que adopte la Corte en esas actuaciones.

7. Las notificaciones a que se hace referencia en las subreglas 5 y 6 se harán por escrito o, cuando ello no sea posible, en cualquier otra forma adecuada. La Secretaría llevará un registro de todas las notificaciones. Cuando sea necesario, el Secretario podrá recabar la cooperación de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 1 d) y l) del artículo 93.

8. En el caso de la notificación a que se hace referencia en la subregla 3 o cuando lo pida una Sala, el Secretario adoptará las medidas que sean necesarias para dar publicidad suficiente a las actuaciones. En ese contexto, el Secretario podrá recabar de conformidad con la Parte IX la cooperación de los Estados Partes que corresponda y la asistencia de organizaciones intergubernamentales.

Regla 93. Observaciones de las víctimas o sus representantes legales

Una Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91 sobre cualquier cuestión, incluidas aquellas a que se hace referencia en las reglas 107, 109, 125, 128, 136, 139 y 191. Podrá, además, recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda.

Subsección 4
Reparación a las víctimas

Regla 94. Procedimiento previa solicitud

1. La solicitud de reparación que presente una víctima con arreglo al artículo 75 se hará por escrito e incluirá los pormenores siguientes:

a) La identidad y dirección del solicitante;

b) Una descripción de la lesión o los daños o perjuicios;

c) El lugar y la fecha en que haya ocurrido el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por la lesión o los daños o perjuicios;

d) Cuando se pida la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles, una descripción de ellos;

e) La indemnización que se pida;

f) La rehabilitación o reparación de otra índole que se pida;

g) En la medida de lo posible, la documentación justificativa que corresponda, con inclusión del nombre y la dirección de testigos.

2. Al comenzar el juicio, y con sujeción a las medidas de protección que estén vigentes, la Corte pedirá al Secretario que notifique la solicitud a la persona o personas identificadas en ella o en los cargos y, en la medida de lo posible, a la persona o los Estados interesados. Los notificados podrán presentar al Secretario sus observaciones con arreglo al párrafo 3 del artículo 75.

Regla 95. Procedimiento en caso de que la Corte actúe de oficio

1. La Corte, cuando decida proceder de oficio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 75, pedirá al Secretario que lo notifique a la persona o las personas contra las cuales esté considerando la posibilidad de tomar una decisión, y, en la medida de lo posible, a las víctimas y a las personas y los Estados interesados. Los notificados presentarán al Secretario sus observaciones de conformidad con el párrafo 3 del artículo 75.

2. Si, como resultado de la notificación a que se refiere la subregla 1:

a) Una de las víctimas presenta una solicitud de reparación, esta será tramitada como si hubiese sido presentada en virtud de la regla 94;

b) Una de las víctimas pide que la Corte no ordene una reparación, ésta no ordenará una reparación individual a su favor.

Regla 96. Publicidad de las actuaciones de reparación

1. Sin perjuicio de las demás disposiciones relativas a la notificación de las actuaciones, el Secretario, en la medida de lo posible, notificará a las víctimas o sus representantes legales y a la persona o las personas de que se trate. El Secretario, teniendo en cuenta la información que haya presentado el Fiscal, tomará también todas las medidas que sean necesarias para dar publicidad adecuada de las actuaciones de reparación ante la Corte, en la medida de lo posible, a otras víctimas y a las personas o los Estados interesados.

2. La Corte, al tomar las medidas indicadas en la subregla 1, podrá recabar de conformidad con la Parte IX la cooperación de los Estados Partes que corresponda y la asistencia de organizaciones intergubernamentales a fin de dar publicidad a las actuaciones ante ella en la forma más amplia y por todos los medios posibles.

Regla 97. Valoración de la reparación

1. La Corte, teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión, podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas.

2. La Corte podrá, previa solicitud de las víctimas, de su representante legal o del condenado, o de oficio, designar los peritos que corresponda para que le presten asistencia a fin de determinar el alcance o la magnitud de los daños, perjuicios o lesiones causados a las víctimas o respecto de ellas y sugerir diversas opciones en cuanto a los tipos y las modalidades de reparación que procedan. La Corte invitará, según corresponda, a las víctimas o sus representantes legales, al condenado y a las

Universität Göttingen

personas o los Estados interesados a que formulen observaciones acerca de los informes de los peritos.

3. La Corte respetará en todos los casos los derechos de las víctimas y del condenado.

Regla 98. Fondo Fiduciario

1. Las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado.

2. La Corte podrá decretar que se deposite en el Fondo Fiduciario el monto de una orden de reparación dictada contra un condenado si, al momento de dictarla, resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima. El monto de la reparación depositado en el Fondo Fiduciario estará separado de otros recursos de éste y será entregado a cada víctima tan pronto como sea posible.

3. La Corte podrá decretar que el condenado pague el monto de la reparación por conducto del Fondo Fiduciario cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo.

4. La Corte, previa consulta con los Estados interesados y con el Fondo Fiduciario, podrá decretar que el monto de una reparación sea pagado por conducto del Fondo Fiduciario a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.

5. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas.

Regla 99. Cooperación y medidas cautelares a los efectos de un decomiso en virtud del párrafo 3 e) del artículo 57 y el párrafo 4 del artículo 75

1. La Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el párrafo 3 e) del artículo 57, o la Sala de Primera Instancia, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 75, podrá, de oficio o previa solicitud del Fiscal o de las víctimas o sus representantes legales que hayan pedido una reparación o indicado por escrito su intención de hacerlo, determinar si se ha de solicitar medidas.

2. No se requerirá notificación a menos que la Corte determine, en las circunstancias del caso, que ello no ha de redundar en detrimento de la eficacia de las medidas solicitadas. En este último caso, el Secretario notificará las actuaciones a la persona respecto de la cual se haga la petición y, en la medida de lo posible, a las personas o los Estados interesados.

3. Si se dicta una orden sin notificarla, la Sala de que se trate pedirá al Secretario que, tan pronto como sea compatible con la eficacia de las medidas solicitadas, notifique a la persona respecto de la cual se haya hecho la petición y, en la medida de lo posible, a las personas o los Estados interesados y les invite a formular observaciones acerca de si la orden debería ser revocada o modificada.

4. La Corte podrá dictar las decisiones en cuanto a la oportunidad y la substanciación de las actuaciones que sean necesarias para dirimir esas cuestiones.

Sección IV
Disposiciones diversas

Regla 100. Lugar del juicio

1. La Corte, en una determinada causa en la cual considere que redundaría en interés de la justicia, podrá decidir que ha de sesionar en un Estado distinto del anfitrión.

2. El Fiscal, la defensa o una mayoría de los magistrados de la Corte podrá, en cualquier momento después de iniciada la investigación, solicitar o recomendar que se cambie el lugar en que sesiona la Corte. La solicitud o recomendación irá dirigida a la Presidencia, será hecha por escrito y especificará en qué Estado sesionaría la Corte. La Presidencia recabará la opinión de la Sala de que se trate.

3. La Presidencia consultará al Estado en que la Corte se propone sesionar y, si éste estuviera de acuerdo en que la Corte puede hacerlo, la decisión correspondiente deberá ser adoptada por los magistrados en sesión plenaria y por una mayoría de dos tercios.

Regla 101. Plazos

1. La Corte, al dictar providencias en que fije plazos para la realización de una diligencia, tendrá en cuenta la necesidad de facilitar un proceso justo y expedito, teniendo presentes en particular los derechos de la defensa y de las víctimas.

2. Teniendo en cuenta los derechos del acusado, en particular los que le reconoce el párrafo 1 c) del artículo 67, todos los que participen en las actuaciones en las que se dicte la providencia tratarán de actuar en la forma más expedita posible dentro del plazo fijado por la Corte.

Regla 102. Comunicaciones que no consten por escrito

Quien no pueda, en razón de una discapacidad o de su analfabetismo, hacer por escrito una petición, solicitud, observación u otra comunicación en la Corte, podrá hacerlo por medios de audio o vídeo o por cualquier otro medio electrónico.

Regla 103. *Amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones

1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente.

2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1.

3. La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones.

Capítulo 5
De la investigación y el enjuiciamiento

Sección I
Decisión del Fiscal respecto del inicio de una investigación de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 53

Regla 104. Evaluación de la información por el Fiscal

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 53, el Fiscal, cuando evalúe la información que haya recibido, determinará su veracidad.

2. Para estos efectos, el Fiscal podrá recabar información complementaria de Estados, órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que estime adecuadas y podrá recibir declaraciones escritas u orales de testigos en la sede de la Corte. La práctica de este testimonio se regirá por el procedimiento descrito en la regla 47.

Regla 105. Notificación de la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación

1. El Fiscal, cuando decida no abrir una investigación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 53 del Estatuto, lo notificará inmediatamente por escrito al Estado o Estados que le hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de una de las situaciones previstas en el apartado b) del artículo 13.

2. Cuando el Fiscal decida no someter a la Sala de Cuestiones Preliminares una solicitud de autorización de investigación será aplicable lo dispuesto en la regla 49.

3. La notificación a que se hace referencia en la subregla 1 contendrá la conclusión del Fiscal, teniendo en cuenta el párrafo 1 del artículo 68, e indicará las razones de ella.

4. El Fiscal, cuando decida no abrir una investigación exclusivamente en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 c) del artículo 53 del Estatuto, lo comunicará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares inmediatamente después de adoptada la decisión.

5. La notificación contendrá la conclusión del Fiscal e indicará las razones de ella.

Regla 106. Notificación de la decisión del Fiscal de no proceder al enjuiciamiento

1. El Fiscal, cuando decida que no hay fundamento suficiente para proceder al enjuiciamiento de conformidad con el párrafo 2 del artículo 53 del Estatuto, lo notificará inmediatamente por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares, así como al Estado o Estados que hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de una de las situaciones previstas en el apartado b) del artículo 13.

2. La notificación a que se hace referencia en la disposición precedente contendrá la conclusión del Fiscal y, teniendo en cuenta el párrafo 1 del artículo 68, indicará las razones de ella.

Sección II
Procedimiento de revisión de conformidad con el párrafo 3 del artículo 53

Regla 107. Solicitud de revisión de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 53

1. La solicitud de revisión de una decisión del Fiscal de no iniciar una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el párrafo 3 del artículo 53 será presentada por escrito, acompañada de una exposición de motivos, dentro de los 90 días siguientes a la notificación prevista en las reglas 105 ó 106.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá pedir al Fiscal que le transmita la información o los documentos de que disponga, o resúmenes de éstos, que la Sala considere necesarios para la revisión.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares tomará las medidas del caso de conformidad con los artículos 54, 72 y 93 para proteger la información y los documentos mencionados en la disposición precedente y, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 68, para proteger la seguridad de los testigos y las víctimas y sus familiares.

4. Cuando un Estado o el Consejo de Seguridad presente una de las solicitudes a que se refiere la subregla 1, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá pedirle observaciones complementarias.

5. Cuando se suscite una cuestión de competencia o de admisibilidad de la causa, será aplicable lo dispuesto en la regla 59.

Regla 108. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al párrafo 3 a) del artículo 53

1. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al párrafo 3 a) del artículo 53 deberá ser adoptada por mayoría de los magistrados que la componen e indicar sus razones. La decisión será comunicada a quienes hayan participado en la reconsideración.

2. Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares pida al Fiscal que reconsidere, parcial o totalmente, su decisión de no iniciar una investigación o no proceder al enjuiciamiento, éste deberá hacerlo lo antes posible.

3. El Fiscal, cuando adopte una decisión definitiva, la comunicará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares. Esta notificación contendrá la conclusión del Fiscal e indicará sus razones. La decisión será comunicada a quienes hayan participado en la reconsideración.

Regla 109. Revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53

1. La Sala de Cuestiones Preliminares, dentro de los 180 días siguientes a la notificación prevista en las reglas 105 ó 106, podrá revisar de oficio una decisión adoptada por el Fiscal exclusivamente en virtud de los párrafos 1 c) o 2 c) del artículo 53. La Sala informará al Fiscal de su intención de revisar su decisión y le fijará un plazo para presentar observaciones y otros antecedentes.

2. Cuando sea un Estado o el Consejo de Seguridad el que haya presentado una solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares, será también informado y podrá hacer observaciones de conformidad con la regla 107.

Regla 110. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53

1. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de confirmar o no una decisión adoptada por el Fiscal exclusivamente en virtud de los párrafos 1 c) o 2 c) del artículo 53 deberá ser adoptada por mayoría de los magistrados que la componen e indicar sus razones. La decisión será comunicada a quienes hayan participado en la revisión.

2. Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no confirme la decisión del Fiscal a que se hace referencia en la disposición precedente, éste deberá iniciar una investigación o proceder al enjuiciamiento.

Sección III
Reunión de pruebas

Regla 111. Levantamiento de actas de los interrogatorios en general

1. Se levantará acta de todas las declaraciones formales que haga quien sea interrogado en el curso de una investigación o un enjuiciamiento. El acta será firmada por quien la levante y proceda al interrogatorio y por el interrogado, así como por su abogado, si estuviera presente, y, en su caso, por el Fiscal o el magistrado que se encuentre presente. En el acta se harán constar la fecha, la hora y el lugar del interrogatorio y el nombre de todos los presentes en él. Se indicará también si alguien no ha firmado, así como sus razones para no hacerlo.

2. Cuando el Fiscal o las autoridades nacionales interroguen a alguien se tendrá debidamente en cuenta lo previsto en el artículo 55. Cuando se informe a alguien de los derechos que le incumben en virtud del párrafo 2 del artículo 55, se dejará constancia en el acta de ello.

Regla 112. Grabación del interrogatorio en ciertos casos

1. Cuando el Fiscal proceda a un interrogatorio y sea aplicable el párrafo 2 del artículo 55, o el interrogado sea objeto de una orden de detención o de comparecencia en virtud del párrafo 7 del artículo 58, se hará una grabación en audio o vídeo del interrogatorio, con arreglo al procedimiento siguiente:

a) Se comunicará al interrogado, en un idioma que entienda y hable perfectamente, que el interrogatorio se va a grabar en audio o en vídeo y que puede oponerse a ello si lo desea. Se dejará constancia en el acta de que se ha hecho esa comunicación y de la respuesta del interrogado, el cual, antes de responder, podrá hablar en privado con su abogado, si estuviese presente. Si el interrogado se negara a que se grabe el interrogatorio en audio o en vídeo, se procederá de conformidad con la regla 111;

b) Se dejará constancia escrita de la renuncia del derecho a ser interrogado en presencia del abogado y, en lo posible, se hará también una grabación en audio o vídeo;

c) Si se suspendiera el interrogatorio, se dejará constancia de ello y de la hora en que se produjo antes de que termine la grabación, así como de la hora en que se reanude el interrogatorio;

d) Al terminar el interrogatorio, se ofrecerá al interrogado la posibilidad de aclarar lo que dijo o decir algo más. Se hará constar la hora de terminación del interrogatorio;

e) El contenido de la grabación será transcrito lo antes posible en cuanto termine el interrogatorio y se entregará copia de la transcripción al interrogado. También se entregará al interrogado una copia de la cinta grabada o, si se hubiera utilizado un aparato de grabación múltiple, de una de las cintas originales grabadas;

f) La cinta original grabada o una de ellas, de ser varias, será sellada en presencia del interrogado y de su abogado, si estuviere presente, y con la firma del Fiscal y del interrogado y de su abogado, si estuviere presente.

2. El Fiscal hará todo lo que sea razonablemente posible para que el interrogatorio sea grabado de conformidad con la disposición precedente. A título excepcional, cuando las circunstancias lo impidan, podrá procederse al interrogatorio sin que éste sea grabado en audio o en vídeo. En ese caso se harán constar por escrito los motivos por los que no se haya hecho la grabación y será aplicable el procedimiento enunciado en la regla 111.

3. Cuando, con arreglo a las subreglas 1 a) o 2, no se deje constancia grabada en audio o en vídeo del interrogatorio, se dará al interrogado copia de su declaración.

4. El Fiscal podrá optar por el procedimiento previsto en la presente regla cuando se interrogue a una persona distinta de las mencionadas en la subregla 1, especialmente cuando la aplicación de ese procedimiento en la práctica del testimonio pueda servir para reducir la posibilidad de trauma ulterior de la víctima del acto de violencia sexual o de género, de un niño o de una persona con discapacidad. El Fiscal podrá presentar una solicitud a la Sala que corresponda.

5. La Sala de Cuestiones Preliminares, en aplicación del párrafo 2 del artículo 56, podrá disponer que el procedimiento previsto en la presente regla sea aplicable al interrogatorio de cualquier persona.

Regla 113. Obtención de información relativa al estado de salud

1. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá ordenar, de oficio o a solicitud del Fiscal, el interesado o su abogado, que una persona a quienes asistan los derechos enunciados en el párrafo 2 del artículo 55 sea objeto de un reconocimiento médico, psicológico o psiquiátrico. Al adoptar su decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares considerará el carácter y la finalidad del reconocimiento y si la persona consiente en que sea practicado.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares designará a uno o más peritos de la lista aprobada por el Secretario o a uno aprobado por ella a solicitud de una de las partes.

Regla 114. Oportunidad única de proceder a una investigación de conformidad con el artículo 56

1. La Sala de Cuestiones Preliminares, al recibir una comunicación del Fiscal con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 56, entablará a la mayor brevedad posible consultas con el Fiscal y, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 c) de ese artículo, con el detenido o con quien haya comparecido en virtud de una citación y su abogado, a fin de determinar qué medidas ha de tomar y en qué forma, incluidas las destinadas a preservar el derecho a comunicarse con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 67.

2. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de tomar medidas con arreglo al párrafo 3 del artículo 56 deberá ser adoptada por mayoría de sus miembros y previa consulta con el Fiscal. En las consultas, el Fiscal podrá indicar a la Sala de Cuestiones Preliminares que las medidas previstas podrían comprometer el buen curso de la investigación.

Regla 115. Reunión de pruebas en el territorio de un Estado Parte de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57

1. El Fiscal, cuando considere que es aplicable el párrafo 3 d) del artículo 57, podrá pedir por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para adoptar ciertas medidas en el territorio del Estado Parte de que se trate. La Sala, al recibir la petición y de ser posible, informará a ese Estado y recabará sus observaciones.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares, al decidir si se justifica la petición, tendrá en cuenta las observaciones que formule el Estado Parte. La Sala podrá también decidir, de oficio o previa solicitud del Fiscal o del Estado Parte, que se celebre una audiencia.

3. La autorización prevista en el párrafo 3 d) del artículo 57 se dictará en forma de providencia y contendrá sus razones, teniendo en cuenta los criterios enunciados en ese párrafo. En la providencia se podrán indicar los procedimientos que se habrán de seguir al reunir esas pruebas.

Regla 116. Reunión de pruebas a solicitud de la defensa de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 57

1. La Sala de Cuestiones Preliminares dictará una orden o solicitará cooperación con arreglo al párrafo 3 b) del artículo 57 cuando considere que:

a) Esa orden facilitaría la obtención de pruebas que pudiesen ser pertinentes para establecer debidamente las cuestiones que se han de dirimir o necesarias para la preparación apropiada de la defensa;

b) Si se trata de uno de los casos de cooperación previstos en la Parte IX, se ha presentado información suficiente para cumplir con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 96.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares, antes de adoptar la decisión de dictar una orden o solicitar cooperación con arreglo al párrafo 3 b) del artículo 57, podrá recabar las observaciones del Fiscal.

Sección IV

Procedimientos relativos a la restricción y privación de la libertad

Regla 117. Detención en un Estado

1. La Corte tomará medidas para cerciorarse de ser informada de una detención que haya solicitado en virtud de los artículos 89 ó 92. Una vez informada, la Corte hará que el detenido reciba una copia de la orden de detención dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares con arreglo al artículo 58 y las disposiciones pertinentes del Estatuto. Los documentos serán puestos a disposición del detenido en un idioma que entienda y hable perfectamente.

2. En cualquier momento después de la detención, el detenido podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que se designe un abogado para que le preste asistencia en las actuaciones ante la Corte y la Sala decidirá qué curso dará a esa solicitud.

3. Si se impugna la regularidad de la orden de detención con arreglo al párrafo 1 a) y b) del artículo 58, se presentará un escrito a esos efectos a la Sala de Cuestiones Preliminares, indicando los causales de la impugnación. La Sala, tras recabar la opinión del Fiscal, se pronunciará sin demora.

4. Cuando la autoridad competente del Estado de detención notifique a la Sala de Cuestiones Preliminares que el detenido ha presentado una solicitud de libertad, la Sala, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 59, hará una recomendación dentro del plazo fijado por el Estado de detención.

5. La Sala de Cuestiones Preliminares, al ser informada de que la autoridad competente del Estado de detención ha otorgado la libertad provisional al detenido, indicará al Estado de detención cómo y cuándo querría recibir informes periódicos sobre la situación de la libertad provisional.

Regla 118. Detención previa al juicio en la sede de la Corte

1. Si la persona entregada a la Corte solicita la libertad provisional en espera de juicio, ya sea en su primera comparecencia en virtud de la regla 121 o con posterioridad, la Sala de Cuestiones Preliminares se pronunciará sobre la solicitud sin demora, tras recabar observaciones del Fiscal.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares revisará su providencia sobre la libertad o detención de una persona con arreglo a lo previsto en el párrafo 3 del artículo 60 por lo menos cada 120 días y podrá hacerlo en cualquier momento a solicitud del interesado o del Fiscal.

3. Después de la primera comparecencia, la solicitud de libertad provisional deberá hacerse por escrito y será notificada al Fiscal. La Sala de Cuestiones Preliminares se pronunciará al respecto después de recibir observaciones por escrito del Fiscal y el detenido. La Sala podrá decidir que se celebre una audiencia, a petición del Fiscal o del detenido o de oficio, y celebrará por lo menos una cada año.

Regla 119. Libertad condicional

1. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá imponer una o más condiciones restrictivas de la libertad de una persona, incluidas las siguientes:

a) No poder viajar más allá de los límites territoriales fijados por la Sala sin el consentimiento expreso de ésta;

b) No poder ir a los lugares ni asociarse con las personas que indique la Sala;

c) No poder ponerse en contacto directa ni indirectamente con víctimas o testigos;

d) No poder realizar ciertas actividades profesionales;

e) Tener que residir en determinada dirección fijada por la Sala;

f) Tener que responder cuando la cite una autoridad o una persona autorizada designada por la Sala;

g) Tener que depositar una fianza o dar garantías reales o personales, cuya cuantía, plazos y modalidades de pago determinará la Sala;

h) Tener que entregar al Secretario de la Corte todos los documentos de identidad, en particular el pasaporte.

2. A solicitud de la persona o del Fiscal, o de oficio, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá en todo momento modificar las condiciones fijadas con arreglo a la disposición precedente.

3. Antes de imponer o modificar condiciones restrictivas de la libertad, la Sala de Cuestiones Preliminares consultará al Fiscal, al interesado, a los Estados que corresponda y a las víctimas que se hayan puesto en contacto con la Corte en esa causa y que, a juicio de la Sala, podrían correr peligro como resultado de la puesta en libertad o la modificación de las condiciones.

4. La Sala de Cuestiones Preliminares, si estuviere convencida de que la persona ha dejado de cumplir una o varias de las obligaciones impuestas podrá, por ese motivo, y a petición del Fiscal o de oficio, dictar una orden de detención en su contra.

5. La Sala de Cuestiones Preliminares, cuando dicte una orden de comparecencia con arreglo al párrafo 7 del artículo 58 y decida imponer condiciones restrictivas de la libertad, se cerciorará de las disposiciones pertinentes de la legislación nacional del Estado que la haya de recibir. La Sala de Cuestiones Preliminares, actuando de conformidad con la legislación nacional del Estado destinatario, procederá en la forma indicada en las subreglas 1, 2 y 3. La Sala, si recibe información en el sentido de que no se han cumplido las condiciones impuestas, procederá de conformidad con la subregla 4.

Regla 120. Instrumentos para limitar los movimientos

No se utilizarán instrumentos para limitar los movimientos excepto como recaudo contra la fuga, para proteger al detenido a disposición de la Corte o a otras personas o por razones de seguridad. Dichos instrumentos se quitarán al momento de la comparecencia ante una Sala.

Sección V
Procedimiento de confirmación de los cargos de conformidad con el artículo 61

Regla 121. Procedimiento previo a la audiencia de confirmación

1. Quien haya sido objeto de una orden de detención o de comparecencia en virtud del artículo 58 deberá comparecer ante la Sala de Cuestiones Preliminares, en presencia del Fiscal, inmediatamente después de su llegada a la Corte. Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 60 y 61, gozará de los derechos enunciados en el artículo 67. La Sala de Cuestiones Preliminares fijará en la primera comparecencia la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos y dispondrá que se dé la publicidad adecuada a esa fecha, al igual que a los aplazamientos previstos en la subregla 7.

2. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 61, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptará las decisiones necesarias para que el Fiscal ponga las pruebas y la información que obre en su poder en conocimiento de quien haya sido objeto de una orden de detención o de comparecencia. Durante la divulgación de pruebas e información:

a) El imputado podrá contar con la asistencia o la representación del abogado que haya elegido o le haya sido asignado;

b) La Sala de Cuestiones Preliminares celebrará consultas con el imputado y el Fiscal para cerciorarse de que esa diligencia tenga lugar en condiciones satisfactorias. En cada caso se designará a un magistrado de la Sala de Cuestiones Preliminares encargado de organizar esas consultas ya sea de oficio o por solicitud del Fiscal o del imputado;

c) Todas las pruebas que el Fiscal haya puesto en conocimiento del imputado a los efectos de la audiencia de confirmación serán comunicadas a la Sala de Cuestiones Preliminares.

3. El Fiscal proporcionará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de la audiencia de confirmación de los

cargos, una descripción detallada de éstos, junto con una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en la audiencia.

4. El Fiscal, cuando tenga la intención de modificar los cargos de conformidad con el párrafo 4 del artículo 61, comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado, con una antelación mínima de 15 días a la fecha de la audiencia, los cargos modificados y una lista de las pruebas que se propone presentar en la audiencia para corroborarlos.

5. El Fiscal, cuando tenga la intención de presentar nuevas pruebas en la audiencia, proporcionará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado una lista de dichas pruebas con una antelación mínima de 15 días a la fecha de la audiencia.

6. El imputado, si tuviera la intención de presentar pruebas de conformidad con el párrafo 6 del artículo 61, entregará una lista de ellas a la Sala de Cuestiones Preliminares con una antelación mínima de 15 días a la fecha de la audiencia. La Sala transmitirá sin demora la lista al Fiscal. El imputado deberá proporcionar una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en caso de modificación de los cargos o de que el Fiscal presente una nueva lista de pruebas.

7. El Fiscal o el imputado podrán pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que aplace la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos. Asimismo, la Sala podrá de oficio aplazar la audiencia.

8. La Sala de Cuestiones Preliminares no tendrá en cuenta los cargos y las pruebas presentados una vez expirado el plazo o una prórroga de éste.

9. El Fiscal y el imputado podrán presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares, con una antelación mínima de tres días a la fecha de la audiencia, escritos sobre elementos de hecho y de derecho, incluidas las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal a que hace referencia el párrafo 1 del artículo 31. Se transmitirá de inmediato copia de esos escritos al Fiscal o al imputado, según corresponda.

10. El Secretario constituirá y mantendrá un expediente de las actuaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares, que incluirá todos los documentos transmitidos a la Sala de conformidad con la presente regla. Con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de información que afecte a la seguridad nacional, podrán consultar el expediente el Fiscal, el imputado y las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91.

Regla 122. Procedimiento de la audiencia de confirmación en presencia del imputado

1. El magistrado que presida la Sala de Cuestiones Preliminares pedirá al funcionario de la Secretaría asignado a la Sala que dé lectura a los cargos presentados por el Fiscal y, a continuación, determinará el procedimiento para la audiencia y, en particular, el orden y las condiciones en que se han de exponer las pruebas que figuran en el expediente.

2. En caso de que se presente una impugnación o una cuestión respecto de la compe-tencia o la admisibilidad, será aplicable la regla 58.

3. Antes de considerar el fondo del asunto, el magistrado que presida la Sala de Cuestiones Preliminares preguntará al Fiscal y al imputado si tienen la intención de formular objeciones u observaciones que tengan que ver con la regularidad de las actuaciones antes de la audiencia de confirmación de los cargos.

Göttingen der Universität Jurisdiction Seminar

4. Posteriormente, ni en las diligencias de confirmación ni en el juicio se podrán hacer o repetir las objeciones u observaciones a que se refiere la subregla 3.

5. Si se presentan las objeciones u observaciones a que hace referencia la subregla 3, el magistrado que presida la Sala de Cuestiones Preliminares invitará a las personas mencionadas en esa disposición a presentar sus argumentos en el orden que él mismo fije. El imputado tendrá derecho de réplica.

6. Si las objeciones formuladas o las observaciones hechas son aquellas a que hace referencia la subregla 3, la Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si ha de acumular las cuestiones al examen de los cargos y las pruebas o separarlas, en cuyo caso aplazará la audiencia de confirmación de los cargos y dictará una providencia acerca de las cuestiones planteadas.

7. Durante la audiencia del fondo del asunto, el Fiscal y el imputado harán sus alegatos de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 5 y 6 del artículo 61.

8. La Sala de Cuestiones Preliminares permitirá hacer observaciones finales al Fiscal y al imputado, en ese orden.

9. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 61, en la audiencia de confirmación de los cargos será aplicable, mutatis mutandis, el artículo 69.

Regla 123. Medidas para asegurar la presencia del imputado en la audiencia de confirmación de los cargos

1. Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares haya dictado respecto de un imputado una orden de detención o de comparecencia con arreglo al párrafo 7 del artículo 58 y éste sea detenido o le sea notificada la orden de comparecencia, la Sala dispondrá que sea notificado de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 61.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá celebrar consultas con el Fiscal, a petición de éste o de oficio, con el fin de determinar si hay razones para celebrar una audiencia de confirmación de los cargos con arreglo a las condiciones indicadas en el párrafo 2 b) del artículo 61. Si el imputado estuviere asistido por un abogado conocido por la Corte, las consultas se celebrarán en presencia de éste, a menos que la Sala decida otra cosa.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares se cerciorará de que se haya dictado orden de detención contra el imputado y, si la orden no se hubiera ejecutado una vez transcurrido un plazo razonable desde que se dictara, hará que se adopten todas las medidas razonables para localizar y detener al imputado.

Regla 124. Renuncia al derecho a estar presente en la audiencia de confirmación de los cargos

1. El imputado, si estuviera a disposición de la Corte pero quisiera renunciar a su derecho a estar presente en la audiencia de confirmación de los cargos, lo solicitará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares que podrá consultar al Fiscal y al propio imputado asistido o representado por su abogado.

2. Se celebrará una audiencia de confirmación de los cargos con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 61 únicamente cuando la Sala de Cuestiones Preliminares esté convencida de que el imputado entiende que tiene derecho a estar presente en la audiencia y las consecuencias de renunciar a ese derecho.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares podrá autorizar al imputado a observar la audiencia desde fuera de la Sala mediante el uso de tecnologías de la comunicación y, en su caso, tomar las disposiciones que sean necesarias a ese fin.

4. La renuncia del derecho a estar presente en la audiencia no obstará para que la Sala de Cuestiones Preliminares reciba observaciones por escrito del imputado acerca de cuestiones de las que esté conociendo.

Regla 125. Decisión de celebrar una audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado

1. Tras haber celebrado las consultas previstas en las reglas 123 y 124, la Sala de Cuestiones Preliminares decidirá si existe razón para celebrar una audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado y, en caso afirmativo, si el imputado puede estar representado por un abogado. La Sala fijará, en el momento oportuno, una fecha para la audiencia y la anunciará públicamente.

2. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares será comunicada al Fiscal y, de ser posible, al imputado o a su abogado.

3. Si la Sala de Cuestiones Preliminares decidiera no celebrar la audiencia en ausencia del imputado y éste no estuviera a disposición de la Corte, la confirmación de los cargos no podrá efectuarse hasta que el imputado haya sido puesto a disposición de la Corte. La Sala, a petición del Fiscal o de oficio, podrá reconsiderar en cualquier momento esa decisión.

4. La Sala de Cuestiones Preliminares, si decidiera no celebrar la audiencia en ausencia del imputado y éste estuviera a disposición de la Corte, ordenará su comparecencia.

Regla 126. Audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado

1. Las disposiciones de las reglas 121 y 122 serán aplicables mutatis mutandis, a la preparación y la celebración de la audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado.

2. Si la Sala de Cuestiones Preliminares admitiere la participación del abogado del imputado en las actuaciones, éste ejercerá en representación del imputado todos los derechos que le asisten.

3. Cuando un imputado que hubiere huido fuera detenido posteriormente y la Corte hubiere confirmado los cargos sobre cuya base el Fiscal se propone sustanciar el proceso, el imputado será puesto a disposición de la Sala de Primera Instancia constituida con arreglo al párrafo 11 del artículo 61. El imputado podrá pedir por escrito que la Sala de Primera Instancia remita a la Sala de Cuestiones Preliminares las cuestiones que sean necesarias para su funcionamiento eficaz e imparcial con arreglo al párrafo 4 del artículo 64.

Sección VI
Conclusión de la fase previa al juicio

Regla 127. Procedimiento que se ha de seguir en caso de dictarse decisiones diferentes sobre cargos múltiples

La Sala de Cuestiones Preliminares, cuando esté en condiciones de confirmar algunos de los cargos pero suspenda la audiencia sobre otros de conformidad con el párrafo 7 c) del artículo 61, podrá decidir que la comparecencia del interesado ante la Sala de Primera Instancia, sobre la base de los cargos que está en condiciones de confirmar, quede en suspenso a la espera de la

Göttingen Universität der Juristischen Seminar

continuación de la audiencia. A continuación, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá fijar un plazo al Fiscal para que éste proceda de conformidad con el párrafo 7 c) i) o ii) del artículo 61.

Regla 128. Modificación de los cargos

1. El Fiscal, si tuviere la intención de modificar cargos ya confirmados antes de que comience el juicio, de conformidad con el artículo 61, lo solicitará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares, que notificará de la solicitud al acusado.

2. Antes de decidir si autorizará o no la modificación, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá pedir al acusado y al Fiscal que presenten observaciones por escrito sobre ciertas cuestiones de hecho o de derecho.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares, si estima que las modificaciones propuestas por el Fiscal constituyen cargos nuevos o cargos más graves, procederá, según sea el caso, de conformidad con las reglas 121 y 122 o las reglas 123 a 126.

Regla 129. Notificación de la decisión sobre la confirmación de los cargos

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la confirmación de los cargos y la comparecencia del acusado ante la Sala de Primera Instancia será notificada, de ser posible, al Fiscal, y al imputado y su abogado. La decisión y el expediente de las actuaciones de la Sala de Cuestiones Preliminares serán transmitidos a la Presidencia.

Regla 130. Constitución de la Sala de Primera Instancia

La Presidencia, cuando constituya la Sala de Primera Instancia y le remita la causa, le transmitirá la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares y el expediente de las actuaciones. La Presidencia podrá también remitir la causa a una Sala de Primera Instancia constituida anteriormente.

Capítulo 6
Del procedimiento en el juicio

Regla 131. Expediente de las actuaciones transmitido por la Sala de Cuestiones Preliminares

1. El Secretario llevará el expediente de las actuaciones procesales que haya transmitido la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con la subregla 10 de la regla 121.

2. Con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de la información relativa a la seguridad nacional, podrán consultar el expediente el Fiscal, la defensa, los representantes de Estados que participen en el proceso y las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91.

Regla 132. Reuniones con las partes

1. Tan pronto como sea posible después de constituirse, la Sala de Primera Instancia celebrará una reunión con las partes a fin de fijar la fecha del juicio. La Sala podrá, de oficio o a solicitud del Fiscal o de la defensa, aplazar esa fecha. La Sala notificará la fecha del juicio a quienes participan en el proceso. La Sala de Primera Instancia se asegurará de que esta fecha y cualquier aplazamiento sean hechos públicos.

2. A fin de facilitar el curso justo y expedito del proceso, la Sala de Primera Instancia podrá celebrar reuniones con las partes cuando sea necesario.

Regla 133. Impugnación de la admisibilidad o de la competencia

La impugnación de la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa al iniciarse el juicio, o posteriormente con la autorización de la Corte, será dirimida por el magistrado que presida y por la Sala de Primera Instancia de conformidad con la regla 58.

Regla 134. Peticiones relacionadas con la sustanciación del juicio

1. Antes del comienzo del juicio, la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal o la defensa, podrá dirimir cualquier cuestión relativa a la sustanciación de la causa. Las solicitudes que presente el Fiscal o la defensa constarán por escrito y, a menos que sean *ex parte*, serán notificadas a la otra parte. En caso de peticiones que no se presenten para un procedimiento *ex parte*, la otra parte tendrá la oportunidad de responder.

2. Al comienzo del juicio, la Sala de Primera Instancia preguntará al Fiscal y a la defensa si tienen alguna objeción u observación respecto de la sustanciación de la causa que haya surgido después de la confirmación de los cargos. Tales objeciones u observaciones no podrán formularse ni reiterarse posteriormente en el juicio sin autorización de la Sala de Primera Instancia que lo sustancie.

3. Una vez iniciado el juicio, la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal o de la defensa, podrá dirimir cualquier cuestión que se plantee en su curso.

Regla 135. Reconocimiento médico del acusado

1. La Sala de Primera Instancia podrá, a los efectos de cumplir con sus obligaciones en virtud del párrafo 8 a) del artículo 64 o por cualquier otro motivo, o a petición de una de las partes, disponer que se someta al acusado a un reconocimiento médico, psiquiátrico o psicológico en las condiciones establecidas en la regla 113.

2. La Sala de Primera Instancia hará constar en el expediente los motivos de esa decisión.

3. La Sala de Primera Instancia designará a uno o más peritos de la lista aprobada por el Secretario o a uno aprobado por ella a petición de una de las partes.

4. La Sala de Primera Instancia, de estar convencida de que el acusado no está en condiciones de ser sometido a juicio, dispondrá la suspensión del proceso. La Sala, de oficio o a petición del Fiscal o la defensa, podrá revisar el caso y, de cualquier manera, lo revisará cada 120 días, a menos que haya razones para proceder de otro modo. La Sala podrá disponer, si lo considera necesario, que se someta al acusado a nuevos reconocimientos. La Sala, cuando considere que el acusado está en condiciones de ser sometido a juicio, procederá de conformidad con la regla 132.

Regla 136. Acumulación y separación de autos

1. Los autos de quienes hayan sido acusados conjuntamente serán acumulados, a menos que la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal o la defensa, disponga su separación para evitar graves perjuicios al acusado, para proteger los intereses de la justicia o porque uno de los acusados ha admitido su culpabilidad y puede ser procesado de conformidad con el párrafo 2 del artículo 65.

2. En caso de acumulación de autos, cada acusado tendrá los mismos derechos que si estuviere siendo procesado por separado.

Regla 137. Expediente de las actuaciones del juicio

1. De conformidad con el párrafo 10 del artículo 64, el Secretario adoptará las medidas necesarias para que se abran y mantengan expedientes completos y fieles de todas las actuaciones, incluidas las transcripciones y las grabaciones de audio y de vídeo u otros medios de registrar imágenes o sonidos.

2. La Sala de Primera Instancia podrá disponer que se divulgue la totalidad o parte del contenido del expediente relativo a las diligencias practicadas a puerta cerrada cuando no existan ya los motivos por los que se dispuso que no se divulgara.

3. La Sala de Primera Instancia podrá autorizar a personas distintas del Secretario a tomar fotografías, hacer grabaciones de vídeo y de audio o registrar imágenes o sonido por cualquier otro medio.

Regla 138. Custodia de las pruebas

El Secretario guardará y preservará, según sea necesario, todas las pruebas y otras piezas presentadas durante la audiencia, con sujeción a las providencias que dicte la Sala de Primera Instancia.

Regla 139. Decisión sobre la declaración de culpabilidad

1. Tras haber procedido de conformidad con el párrafo 1 del artículo 65, la Sala de Primera Instancia, para decidir si ha de proceder de conformidad con el párrafo 4 del artículo 65, podrá invitar al Fiscal y a la defensa a formular observaciones.

2. Seguidamente, la Sala de Primera Instancia adoptará su decisión sobre la declaración de culpabilidad e indicará sus motivos, de los que quedará constancia en el expediente.

Regla 140. Instrucciones para las diligencias de prueba y el testimonio

1. Si el magistrado que preside la Sala de Primera Instancia no imparte instrucciones con arreglo al párrafo 8 del artículo 64, el Fiscal y la defensa llegarán a un acuerdo sobre el orden y la forma en que se presentarán las pruebas a la Sala. De no llegarse a un acuerdo, el magistrado que presida la Sala de Primera Instancia impartirá las instrucciones del caso.

2. En todos los casos, con sujeción a lo dispuesto en los párrafos 8 b) y 9 del artículo 64, el párrafo 4 del artículo 69 y la subregla 5 de la regla 88, un testigo podrá ser interrogado de la siguiente forma:

a) La parte que presente prueba testimonial de conformidad con el párrafo 3 del artículo 69 tendrá derecho a interrogar al testigo;

b) El Fiscal y la defensa tendrán derecho a interrogar al testigo sobre cuestiones relacionadas con su testimonio y su fiabilidad, la credibilidad del testigo y otras cuestiones pertinentes;

c) La Sala de Primera Instancia tendrá derecho a interrogar al testigo antes o después de que éste sea interrogado por uno de los participantes mencionados en las subreglas 2 a) o b);

d) La defensa tendrá derecho a interrogar al testigo en último lugar.

3. A menos que la Sala de Primera Instancia disponga otra cosa, el testigo que no sea un perito ni un investigador, de no haber rendido su testimonio aún, no se encontrará presente cuando otro testigo lo esté rindiendo. No obstante, el testigo que haya escuchado el testimonio de otro no será descalificado como testigo por esa sola razón. Cuando el testigo declare después de haber escuchado el testimonio de otro, se dejará constancia en las actas de este hecho, que será tenido en cuenta por la Sala de Primera Instancia al evaluar las pruebas.

Regla 141. Cierre del período de prueba y alegatos finales

1. El magistrado que presida la Sala declarará cerrado el período de prueba.

2. El magistrado que presida la Sala invitará al Fiscal y a la defensa a hacer sus alegatos finales. La defensa siempre tendrá la oportunidad de hablar en último lugar.

Regla 142. Deliberaciones

1. Después de los alegatos finales, la Sala de Primera Instancia se retirará a deliberar a puerta cerrada. La Sala comunicará a quienes hayan participado en el proceso la fecha en que dará a conocer su fallo. El fallo será dictado dentro de un plazo razonable después de que la Sala se haya retirado a deliberar.

2. Cuando haya más de un cargo, la Sala de Primera Instancia fallará por separado cada uno de ellos. Cuando haya más de un acusado, la Sala fallará por separado los cargos contra cada acusado.

Regla 143. Audiencias adicionales sobre cuestiones relativas a la imposiciónde la pena o la reparación

Con arreglo a los párrafos 2 y 3 del artículo 76, a los efectos de celebrar una nueva audiencia sobre asuntos relacionados con la imposición de la pena y, en su caso, la reparación, el magistrado que presida la Sala fijará la fecha de la nueva audiencia. Esta podrá ser aplazada, en circunstancias excepcionales, por la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal, la defensa o los representantes legales de las víctimas que participen en las actuaciones con arreglo a lo dispuesto en las reglas 89 a 91 y, en el caso de la audiencia relativa a la reparación, las víctimas que hayan presentado una solicitud de conformidad con la regla 94.

Regla 144. Anuncio de las decisiones de la Sala de Primera Instancia

1. Las decisiones de la Sala de Primera Instancia relativas a la admisibilidad de una causa, la competencia de la Corte, la responsabilidad penal del acusado, la imposición de la pena o la reparación serán dictadas públicamente y, siempre que sea posible, en presencia del acusado, el Fiscal, las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91 y los representantes de los Estados que hayan participado en las actuaciones.

2. Se hará llegar lo antes posible copias de las decisiones indicadas a:

a) Quienes hayan participado en las actuaciones, en uno de los idiomas de trabajo de la Corte;

b) El acusado, en un idioma que entienda o hable perfectamente, cuando sea necesario, para satisfacer los requisitos de equidad previstos en el párrafo 1 f) del artículo 67.

Göttingen Universität der Universität Göttingen Juristisches Seminar

Capítulo 7
De las penas

Regla 145. Imposición de la pena

1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78:

a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal;

b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen;

c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.

2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda:

a) Circunstancias atenuantes como las siguientes:

i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción;

ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte;

b) Como circunstancias agravantes:

i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;

ii) El abuso de poder o del cargo oficial;

iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;

iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;

v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21;

vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes.

Regla 146. Imposición de multas con arreglo al artículo 77

1. Para resolver si impone una multa con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 y fijar su cuantía, la Corte considerará si la pena de reclusión es suficiente. La Corte tendrá debidamente en cuenta la capacidad financiera del condenado, considerando entre otras cosas si se ha decretado un decomiso con arreglo al párrafo 2 b) del artículo 77 y, cuando proceda, una reparación con arreglo al artículo 75. La Corte tendrá en cuenta, además de los factores que se indican en la regla 145, si el crimen estuvo motivado por el afán de lucro personal y en qué medida.

2. Las multas impuestas con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 77 serán de una cuantía adecuada. A tal efecto, la Corte, además de los factores antes indicados, tendrá en cuenta, en particular, los daños y perjuicios causados y los correspondientes beneficios derivados del crimen que perciba el autor. Bajo ninguna circunstancia la cuantía total excederá del 75% del valor de los haberes y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que sirva para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo.

3. Cuando imponga una multa, la Corte deberá fijar un plazo razonable al condenado para pagarla. La Corte podrá decidir que el pago se efectúe de una sola vez o en varias cuotas, durante el plazo fijado.

4. Cuando imponga una multa, la Corte podrá, a título opcional, calcularla con arreglo a un sistema de días–multa. En tal caso, la duración mínima será de 30 días y la máxima de cinco años. La Corte decidirá la cuantía total de la multa de conformidad con las subreglas 1 y 2 y determinará la suma diaria que deba pagarse teniendo en cuenta las circunstancias individuales del condenado, incluidas las necesidades financieras de sus familiares a cargo.

5. Si el condenado no paga la multa impuesta en las condiciones antes indicadas, la Corte podrá tomar las medidas que procedan en cumplimiento de las reglas 217 a 222 y de conformidad con el artículo 109 De persistir el condenado en su actitud deliberada de no pagar y si la Presidencia, de oficio o a petición del Fiscal, llega a la conclusión de que se han agotado todas las medidas de ejecución aplicables, podrá como último recurso prolongar la reclusión por un período no superior a una cuarta parte de la pena y que no exceda de cinco años. Al determinar la prolongación, la Presidencia tendrá en cuenta la cuantía de la multa impuesta y pagada. La prolongación no será aplicable cuando se trate de una pena de reclusión a perpetuidad. La prolongación no podrá hacer que el período de reclusión sea superior a 30 años.

6. Para resolver si ordena una prolongación, y la duración de ésta, la Presidencia convocará una reunión a puerta cerrada a fin de escuchar al condenado y al Fiscal. El condenado tendrá derecho a la asistencia de un letrado.

7. La Corte, cuando imponga una multa, advertirá al condenado de que, en caso de no pagarla en las condiciones indicadas se podrá prolongar la duración de su reclusión según lo dispuesto en esta regla.

Regla 147. Órdenes de decomiso

1. De conformidad con los párrafos 2 y 3 del artículo 76 y con las reglas 63.1 y 143, en las audiencias relativas a una orden de decomiso la Sala recibirá pruebas en cuanto a la identificación y la ubicación del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente del crimen.

2. La Sala, si en el curso de la audiencia o antes de ella toma conocimiento de la existencia de un tercero de buena fe que parezca tener interés en el producto, los bienes o los haberes de que se trate, le hará una notificación.

3. El Fiscal, el condenado y el tercero de buena fe que tenga interés en el producto, los bienes o los haberes de que se trate podrán presentar pruebas relativas a la cuestión.

4. La Sala, tras examinar la- s pruebas presentadas, podrá dictar una orden de decomiso del producto, los bienes o los haberes si se ha cerciorado de que proceden directa o indirectamente del crimen.

Regla 148. Orden de transferencia de las multas o decomiso al Fondo Fiduciario

Antes de dictar una orden de conformidad con el párrafo 2 del artículo 79, la Sala podrá pedir a los representantes del Fondo que le presenten observaciones escritas u orales.

Capítulo 8
De la apelación y la revisión

Sección I
Disposiciones generales

Regla 149. Reglas relativas al procedimiento en la Sala de Apelaciones

Los capítulos 5 y 6 y las reglas relativas al procedimiento y la presentación de pruebas en la Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Primera Instancia, serán aplicables, mutatis mutandis, al procedimiento en la Sala de Apelaciones.

Sección II
Apelación de la sentencia condenatoria o absolutoria, de la pena o de la decisión de otorgar reparación

Regla 150. Apelación

1. Con sujeción a la subregla 2, la sentencia condenatoria o absolutoria dictada con arreglo al artículo 74, la pena impuesta con arreglo al artículo 76 o la decisión de otorgar una reparación dictada con arreglo al artículo 75 podrán ser apelados dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el apelante sea notificado del fallo, la pena o la decisión.

2. De haber fundamento suficiente y previa solicitud de la parte que quiera apelar, la Sala de Apelaciones podrá prorrogar el plazo fijado en la subregla 1.

3. La apelación será presentada al Secretario.

4. Si la apelación no se interpone en la forma indicada en las subreglas 1 a 3, el fallo, la pena o la decisión de la Sala de Primera Instancia cobrarán carácter definitivo.

Regla 151. Procedimiento para la apelación

1. Una vez interpuesta una apelación con arreglo a la regla 150, el Secretario transmitirá el expediente del proceso a la Sala de Apelaciones.

2. El Secretario notificará a todas las partes que hayan participado en las actuaciones ante la Sala de Primera Instancia que se ha interpuesto una apelación.

Regla 152. Desistimiento de la apelación

1. El apelante podrá desistir de la apelación en cualquier momento antes de que se dicte la sentencia. En ese caso, comunicará por escrito el desistimiento al Secretario, el cual lo notificará a las demás partes.

2. El Fiscal, de haber interpuesto una apelación en representación de un condenado de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 81, antes de presentar un escrito de

desistimiento de la apelación comunicará al condenado que se propone hacerlo, a fin de que éste tenga la posibilidad de continuar la apelación.

Regla 153. Sentencia de la apelación de una decisión relativa a la reparación

1. La Sala de Apelaciones podrá confirmar, dejar sin efecto o modificar una reparación dictada con arreglo al artículo 75.

2. La Sala de Apelaciones dictará su decisión de conformidad con los párrafos 4 y 5 del artículo 83.

Sección III
Apelación de otras decisiones

Regla 154. Apelaciones para las cuales no se requiere autorización de la Corte

1. Las decisiones a que se hace referencia en el párrafo 3) c) ii) del artículo 81 o en el párrafo 1 a) o b) del artículo 82 podrán ser apeladas dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su notificación.

2. Las decisiones a que se hace referencia en el párrafo 1 c) del artículo 82 podrán ser apeladas dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

3. Lo dispuesto en las subreglas 3 y 4 de la regla 150 será aplicable a las apelaciones interpuestas de conformidad con las subreglas precedentes.

Regla 155. Apelaciones para las cuales se requiere autorización de la Corte

1. La parte que quiera apelar de una decisión con arreglo al párrafo 1 d) del artículo 82 o al párrafo 2 del mismo artículo presentará, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que sea notificada, una solicitud escrita a la Sala que la haya dictado, en la que indicará los motivos por los cuales pide autorización para apelar.

2. La Sala dictará una decisión y la notificará a todas las partes en el procedimiento en que se haya dictado la decisión a que se hace referencia en la subregla 1.

Regla 156. Procedimiento de la apelación

1. Tan pronto como se haya interpuesto una apelación de conformidad con la regla 154 o se haya concedido autorización para apelar de conformidad con la regla 155, el Secretario transmitirá a la Sala de Apelaciones el expediente de las actuaciones de la Sala que haya dictado la decisión apelada.

2. El Secretario notificará la apelación a todas las partes en las actuaciones ante la Sala que haya dictado la decisión apelada, a menos que la Sala ya lo haya hecho de conformidad con la subregla 2 de la regla 155.

3. La apelación se tramitará por escrito, a menos que la Sala de Apelaciones decida celebrar una audiencia.

4. La apelación será tramitada en la forma más expedita posible.

5. La parte que interponga la apelación podrá pedir al hacerlo que ésta tenga efecto suspensivo de conformidad con el párrafo 3 del artículo 82.

Regla 157. Desistimiento de la apelación

Quien haya interpuesto una apelación de conformidad con la regla 154 o haya obtenido autorización de la Sala para apelar de una decisión de conformidad con la regla

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

155 podrá desistir de ella en cualquier momento antes de que se dicte sentencia. En ese caso, comunicará por escrito el desistimiento al Secretario, el cual lo notificará a las demás partes.

Regla 158. Sentencia de la apelación

1. La Sala de Apelaciones que conozca de una de las apelaciones a las que se refiere la presente sección podrá confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada.

2. La Sala de Apelaciones dictará su sentencia de conformidad con el párrafo 4 del artículo 83.

Sección IV
Revisión de la sentencia condenatoria o de la pena

Regla 159. Solicitud de revisión

1. La solicitud de revisión a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 84 será presentada por escrito y con indicación de sus causas. En la medida de lo posible, estará acompañada de antecedentes que la justifiquen.

2. La determinación de si se dará curso a la solicitud será adoptada por mayoría de los magistrados de la Sala de Apelaciones, que dejarán constancia por escrito de las razones en que se funda.

3. La determinación será notificada al solicitante y, en la medida de lo posible, a todas las partes que hayan participado en las actuaciones relacionadas con la decisión inicial.

Regla 160. Traslado a los fines de la revisión

1. A los efectos de la vista a que se hace referencia en la regla 161, la Sala competente dictará una providencia con suficiente antelación para que el condenado pueda ser trasladado a la sede de la Corte según proceda.

2. La decisión de la Corte será comunicada sin demora al Estado de ejecución.

3. Será aplicable lo dispuesto en la subregla 3 de la regla 206.

Regla 161. Determinación relativa a la revisión

1. La Sala celebrará una audiencia, en una fecha que ella misma fijará y notificará al solicitante y a quienes hayan sido notificados de conformidad con la subregla 3 de la regla 159 para determinar si procede o no revisar el fallo condenatorio o la pena.

2. A los efectos de la audiencia, la Sala ejercerá, mutatis mutandis, todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia de conformidad con la Parte VI y las reglas relativas al procedimiento y la presentación de pruebas en la Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Primera Instancia.

3. La sentencia relativa a la revisión se regirá por las disposiciones aplicables del párrafo 4 del artículo 83.

Capítulo 9
Delitos contra la administración de justicia y faltas de conducta en la Corte

Sección I
Delitos contra la administración de justicia con arreglo al artículo 70

Regla 162. Ejercicio de la jurisdicción

1. La Corte, antes de decidir si ha de ejercer su jurisdicción, podrá consultar con los Estados Partes que puedan tener jurisdicción respecto del delito.

2. Al decidir si ha o no de ejercer su jurisdicción, la Corte podrá tener en cuenta, en particular:

a) La posibilidad y eficacia del enjuiciamiento en un Estado Parte;

b) La gravedad de un delito;

c) La posibilidad de acumular cargos presentados con arreglo al artículo 70 con cargos presentados con arreglo a los artículos 5 a 8;

d) La necesidad de agilizar el procedimiento;

e) Los vínculos con una investigación o un juicio en curso ante la Corte; y

f) Consideraciones de prueba.

3. La Corte dará consideración favorable a la solicitud del Estado anfitrión de que renuncie a su facultad para ejercer la jurisdicción en los casos en que el Estado anfitrión considere que la renuncia revista especial importancia.

4. Si la Corte, decide no ejercer su jurisdicción, podrá solicitar de un Estado Parte que lo haga de conformidad con el párrafo 4 del artículo 70.

Regla 163. Aplicación del Estatuto y de las Reglas

1. A menos que en las subreglas 2 y 3, en la regla 162 o en las reglas 164 a 169 se disponga otra cosa, el Estatuto y las Reglas serán aplicables, mutatis mutandis, a la investigación, el enjuiciamiento y el castigo por la Corte de los delitos indicados en el artículo 70.

2. Las disposiciones de la Parte II del Estatuto y las reglas relacionadas con ellas no serán aplicables, con la excepción del artículo 21.

3. Las disposiciones de la Parte X del Estatuto y las reglas relacionadas con ellas no serán aplicables, con la excepción de los artículos 103, 107, 109 y 111.

Regla 164. Plazos de prescripción

1. Si la Corte, ejerce la jurisdicción de conformidad con la regla 162, aplicará los plazos de prescripción fijados en la presente regla.

2. Los delitos indicados en el artículo 70 prescribirán en cinco años contados a partir de la fecha en que se hayan cometido, a condición de que durante ese plazo no se haya iniciado la investigación o el enjuiciamiento. El plazo de prescripción quedará interrumpido si durante su curso la Corte o un Estado Parte que tuviere jurisdicción en la causa de conformidad con el párrafo 4 a) del artículo 70 hubiere iniciado la investigación o el enjuiciamiento.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

3. Las penas impuestas respecto de los delitos indicados en el artículo 70 prescribirán en diez años contados a partir de la fecha en que la sentencia haya quedado ejecutoriada. El plazo de prescripción quedará interrumpido si el condenado es detenido o mientras no se encuentre en el territorio de ningún Estado Parte.

Regla 165. La investigación, el enjuiciamiento y el proceso

1. El Fiscal podrá iniciar y hacer de oficio investigaciones en relación con los delitos indicados en el artículo 70 sobre la base de información transmitida por una Sala o por una fuente fidedigna.

2. No serán aplicables los artículos 53 y 59, ni las reglas relacionadas con ellos.

3. A los efectos del artículo 61, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá hacer cualquiera de las determinaciones indicadas en ese artículo sobre la base de presentaciones escritas, sin proceder a una vista, a menos que ésta sea necesaria en interés de la justicia.

4. La Sala de Primera Instancia, podrá, cuando proceda y teniendo en cuenta los derechos de la defensa, disponer que se acumulen los cargos en virtud del artículo 70 y los cargos en virtud de los artículos 5 a 8.

Regla 166. Sanciones con arreglo al artículo 70

1. Si la Corte aplica sanciones con arreglo al artículo 70, se aplicará la presente regla.

2. No serán aplicables el artículo 77 ni las reglas relacionadas con él, con la excepción del decomiso con arreglo al párrafo 2 b) del artículo 77 que podrá ser ordenado además de la reclusión, la multa o ambas cosas.

3. Cada delito podrá ser penado con una multa separada y las multas podrán acumularse. Bajo ninguna circunstancia la cuantía total excederá del 50% del valor de los activos y bienes identificables, líquidos o realizables del condenado, previa deducción de una cantidad adecuada que serviría para atender a las necesidades económicas del condenado y de sus familiares a cargo.

4. Cuando imponga una multa, la Corte deberá fijar un plazo razonable al condenado para pagarla. La Corte podrá decidir que el pago se efectúe de una sola vez o en varias cuotas, durante el plazo fijado.

5. Si el condenado no paga la multa impuesta en las condiciones indicadas en la subregla 4, la Corte podrá tomar las medidas que procedan en cumplimiento de las reglas 217 a 222 y de conformidad con el artículo 109. De persistir el condenado en su actitud deliberada de no pagar y la Corte, de oficio o a petición del Fiscal, llegue a la conclusión de que se han agotado todas las medidas de ejecución aplicables, podrá como último recurso imponer una pena de reclusión con arreglo al párrafo 3 del artículo 70. Al determinar el período de la reclusión, la Corte tendrá en cuenta la cuantía de la multa impuesta y pagada.

Regla 167. Cooperación internacional y asistencia judicial

1. Con respecto a los delitos indicados en el artículo 70, la Corte podrá pedir a un Estado que proporcione cooperación internacional o asistencia judicial en cualquier forma que corresponda a las previstas en la Parte IX del Estatuto. Al hacer esa petición, la Corte indicará que ella tiene como fundamento la investigación o el enjuiciamiento de un delito con arreglo al artículo 70.

2. Las condiciones para proporcionar a la Corte cooperación internacional o asistencia judicial respecto de un delito indicado en el artículo 70 serán las enunciadas en el párrafo 2 de ese artículo.

Regla 168. Cosa juzgada

Con respecto a los delitos indicados en el artículo 70 del Estatuto, ninguna persona será sometida a juicio ante la Corte por una conducta que haya constituido la base de un delito por el que ya haya sido condenada o absuelta por la Corte o por otro tribunal.

Regla 169. Detención inmediata

En el caso de que se cometa en presencia de una Sala un delito de los indicados en el artículo 70, el Fiscal podrá pedir verbalmente a la Sala que decrete la detención inmediata del autor.

Sección II
Faltas de conducta en la Corte con arreglo al artículo 71

Regla 170. Alteración del orden en las actuaciones de la Corte

El magistrado que presida la Sala que conozca de una causa podrá, teniendo presente el párrafo 2 del artículo 63 y tras formular una advertencia:

a) Ordenar que quien altere el orden en las actuaciones de la Corte salga de ella voluntariamente o por la fuerza; o,

b) En caso de falta de conducta reiterada, ordenar que se prohiba su presencia en dichas aclaraciones.

Regla 171. Negativa a cumplir una orden de la Corte

1. Cuando la falta de conducta consista en la negativa deliberada a cumplir una orden escrita u oral de la Corte a la que no sea aplicable la regla 170 y la orden vaya acompañada de la advertencia de imponer una pena en caso de no ser acatada, el magistrado que presida la Sala que conozca de la causa podrá ordenar que se prohiba la asistencia del autor a las actuaciones durante un período de no más de 30 días o, si la falta de conducta fuere más grave, podrá imponerle una multa.

2. Si quien comete la falta de conducta indicada en el apartado precedente es un funcionario de la Corte, un abogado defensor o un representante legal de las víctimas, el magistrado que presida la Sala que conozca de la causa podrá también ordenar que quede inhabilitado del ejercicio de sus funciones ante la Corte durante un período no superior a 30 días.

3. Si el magistrado que presida la Sala en los casos a que se refieren las subreglas 1 y 2 considera que procede fijar un período de inhabilitación más largo, remitirá el asunto a la Presidencia, que podría celebrar una vista para determinar si la prohibición o inhabilitación ha de ser más prolongada o permanente.

4. La multa impuesta con arreglo a la subregla 1 no excederá de 2.000 euros o su equivalente en otra moneda, salvo que, cuando la falta de conducta persista, podrá imponerse una nueva multa por cada día en que persista y las multas podrán acumularse.

5. El autor de la falta de conducta tendrá la oportunidad de defenderse antes de que se imponga una pena con arreglo a la presente regla.

Regla 172. Conducta a que se refieren los artículos 70 y 71

Si la conducta a que se refiere el artículo 71 constituye también uno de los delitos indicados en el artículo 70, la Corte procederá de conformidad con el artículo 70 y con las reglas 162 a 169.

Capítulo 10
Indemnización del detenido o condenado

Regla 173. Solicitud de indemnización

1. Quien quiera obtener una indemnización por alguna de las razones indicadas en el artículo 85 presentará una solicitud por escrito a la Presidencia, la cual designará una Sala integrada por tres magistrados para que conozca de ella. Ninguno de los magistrados deberá haber participado en un fallo anterior de la Corte que se refiera al solicitante.

2. La solicitud de indemnización será presentada a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el solicitante haya sido notificado de la decisión de la Corte relativa a:

a) La ilegalidad de la detención o la reclusión de conformidad con el párrafo 1 del artículo 85;

b) La anulación de la condena de conformidad con el párrafo 2 del artículo 85;

c) La existencia de un error judicial grave y manifiesto de conformidad con el párrafo 3 del artículo 85.

3. La solicitud indicará sus fundamentos y el monto de la indemnización que se pida.

4. Quien solicite indemnización tendrá derecho a asistencia letrada.

Regla 174. Procedimiento para solicitar indemnización

1. La solicitud de indemnización y las observaciones escritas formuladas por el solicitante serán transmitidas al Fiscal, que tendrá ocasión de responder por escrito. Las observaciones del Fiscal serán transmitidas al solicitante.

2. La Sala designada de conformidad con la subregla 1 de la regla 173 celebrará una vista o dictará una decisión sobre la base de la solicitud y de las observaciones escritas que presenten el Fiscal y el solicitante. Deberá celebrarse una vista si lo piden el Fiscal o la persona que desea obtener indemnización.

3. La decisión será adoptada por mayoría de los magistrados y será notificada al Fiscal y al solicitante.

Regla 175. Monto de la indemnización

Al fijar el monto de una indemnización de conformidad con el párrafo 3 del artículo 85, la Sala designada de conformidad con la subregla 1 de la regla 173 tendrá en cuenta las consecuencias que haya tenido el error judicial grave y manifiesto para la situación personal, familiar, social o profesional del solicitante.

Capítulo 11
De la cooperación internacional y la asistencia judicial

Sección I
Solicitudes de cooperación con arreglo al artículo 87

Regla 176. Órganos de la Corte encargados de transmitir y recibir comunicaciones relativas a la cooperación internacional y la asistencia judicial

1. Una vez establecida la Corte, el Secretario obtendrá del Secretario General de las Naciones Unidas las comunicaciones hechas por Estados con arreglo a los párrafos 1 a) y 2 del artículo 87.

2. El Secretario transmitirá las solicitudes de cooperación hechas por las Salas y recibirá las respuestas, la información y los documentos que presenten los Estados requeridos. La Fiscalía transmitirá las solicitudes de cooperación hechas por el Fiscal y recibirá las respuestas, la información y los documentos que presenten los Estados requeridos.

3. El Secretario recibirá las comunicaciones que hagan los Estados en relación con cambios ulteriores en la designación de los conductos nacionales encargados de recibir las solicitudes de cooperación, así como de cambios en el idioma en que deben hacerse las solicitudes de cooperación y, previa solicitud, pondrá esa información a disposición de los Estados Partes que proceda.

4. Las disposiciones de la subregla 2 serán aplicables mutatis mutandis, a los casos en que la Corte solicite información, documentos u otras formas de cooperación o asistencia de una organización intergubernamental.

5. La Secretaría transmitirá las comunicaciones a que se hace referencia en las subreglas 1 y 3 y la subregla 2 de la regla 177, según proceda, a la Presidencia, a la Fiscalía o a ambas.

Regla 177. Conductos de comunicación

1. En las comunicaciones relativas a la autoridad nacional encargada de recibir las solicitudes de cooperación hechas a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión figurará toda la información pertinente acerca de esa autoridad.

2. Cuando se pida a una organización intergubernamental que preste asistencia a la Corte con arreglo al párrafo 6 del artículo 87, el Secretario, de ser necesario, identificará su conducto de comunicación designado y obtendrá toda la información relativa a él.

Regla 178. Idioma elegido por un Estado Parte con arreglo al párrafo 2 del artículo 87

1. El Estado Parte requerido que tenga más de un idioma oficial podrá indicar a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que las solicitudes de cooperación y los documentos que los justifiquen podrán estar redactados en cualquiera de sus idiomas oficiales.

2. Cuando el Estado Parte requerido no haya escogido a la fecha de la ratificación, aceptación, adhesión o aprobación un idioma para las comunicaciones con la Corte, la solicitud de cooperación será hecha en uno de los idiomas de trabajo de la Corte

con arreglo al párrafo 2 del artículo 87 o estará acompañada de una traducción a uno de esos idiomas.

Regla 179. Idioma de las solicitudes dirigidas a Estados que no sean partes en el Estatuto

Cuando un Estado que no sea parte en el Estatuto haya convenido en prestar asistencia a la Corte con arreglo al párrafo 5 del artículo 87 y no haya elegido un idioma para las solicitudes de cooperación, éstas serán hechas en uno de los idiomas de trabajo de la Corte o estarán acompañadas de una traducción a uno de esos idiomas.

Regla 180. Cambios en los conductos de comunicación o en el idioma de las solicitudes de cooperación

1. Los cambios relativos al conducto de comunicación o al idioma elegido por un Estado con arreglo al párrafo 2 del artículo 87 serán comunicados por escrito al Secretario a la brevedad posible.

2. Esos cambios entrarán en vigor respecto de las solicitudes de cooperación hechas por la Corte en el plazo en que convengan la Corte y el Estado o, de no haber acuerdo, 45 días después de la fecha en que la Corte haya recibido la comunicación y, en todos los casos, sin perjuicio de las solicitudes en curso o en trámite.

Sección II
Entrega, tránsito y solicitudes concurrentes con arreglo a los artículos 89 y 90

Regla 181. Impugnación de la admisibilidad de una causa ante un tribunal nacional

En las situaciones a que se refiere el párrafo 2 del artículo 89, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 y en las reglas 58 a 62 acerca del procedimiento aplicable a las impugnaciones de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de una causa y de no haberse tomado todavía una decisión sobre la admisibilidad, la Sala de la Corte que conozca de la causa adoptará medidas para obtener del Estado requerido toda la información pertinente acerca de la impugnación que se haya presentado aduciendo el principio de cosa juzgada.

Regla 182. Solicitud de autorización de tránsito con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 89

1. En las situaciones a que se refiere el párrafo 3 e) del artículo 89, la Corte podrá transmitir la solicitud de autorización de tránsito por cualquier medio capaz de dejar una constancia escrita.

2. Cuando haya vencido el plazo previsto en el párrafo 3 e) del artículo 89 y se haya puesto en libertad al detenido, ello se entenderá sin perjuicio de que sea detenido ulteriormente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 o en el artículo 92.

Regla 183. Posible entrega temporal

Una vez celebradas las consultas a que se refiere el párrafo 4 del artículo 89, el Estado requerido podrá entregar temporalmente a la persona buscada en las condiciones que hayan decidido el Estado requerido y la Corte. En tal caso, esa

persona permanecerá detenida mientras sea necesaria su presencia en la Corte y será transferida al Estado requerido cuando esa presencia ya no sea necesaria y, a más tardar, cuando hayan concluido las actuaciones.

Regla 184. Trámites para la entrega

1. El Estado requerido informará de inmediato al Secretario cuando la persona que busca la Corte esté en condiciones de ser entregada.

2. La persona será entregada a la Corte en la fecha y el modo que hayan convenido las autoridades del Estado requerido y el Secretario.

3. Si las circunstancias impiden la entrega de la persona en la fecha convenida, las autoridades del Estado requerido y el Secretario acordarán la nueva fecha de la entrega y el modo en que deberá efectuarse.

4. El Secretario se mantendrá en contacto con las autoridades del Estado anfitrión en relación con los trámites para la entrega de la persona a la Corte.

Regla 185. Puesta en libertad de una persona a disposición de la Corte por razones distintas del cumplimiento de la sentencia

1. Con sujeción a lo dispuesto en la subregla 2, cuando la persona entregada a la Corte quede en libertad porque la Corte carezca de competencia o la causa sea inadmisible en virtud del párrafo 1 b), c) o d) del artículo 17 del Estatuto, los cargos no hayan sido confirmados de conformidad con el artículo 61, se haya dictado sentencia absolutoria en primera instancia o apelación o por cualquier otro motivo, la Corte adoptará tan pronto como sea posible las disposiciones que considere apropiadas para su traslado, teniendo en cuenta sus observaciones, a un Estado que esté obligado a recibirla, a otro Estado que consienta en recibirla o a un Estado que haya solicitado su extradición, previo el consentimiento del Estado que haya hecho inicialmente la entrega. En este caso, el Estado anfitrión facilitará el traslado de conformidad con el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 3 y las disposiciones conexas.

2. La Corte, si determina que la causa es inadmisible con arreglo al párrafo 1 a) del artículo 17, hará los arreglos necesarios para el traslado a un Estado cuya investigación o enjuiciamiento haya constituido la base para impugnar la admisibilidad, a menos que el Estado que haya entregado inicialmente a la persona solicite su devolución.

Regla 186. Solicitudes concurrentes en el contexto de una impugnación de la admisibilidad de la causa

En las situaciones a que se refiere el párrafo 8 del artículo 90, el Estado requerido notificará su decisión al Fiscal, a fin de que éste pueda tomar las medidas previstas en el párrafo 10 del artículo 19.

Sección III
Documentos que acompañan a la solicitud de detención y entrega con arreglo a los artículos 91 y 92

Regla 187. Traducción de los documentos que acompañen a la solicitud de entrega

A los efectos del párrafo 1 a) del artículo 67, y de conformidad con la subregla 1 de la regla 117, la solicitud prevista en el artículo 91 deberá ir acompañada, según proceda,

Jurisdiction Seminar der Universität Göttingen

de una traducción de la orden de detención o del fallo condenatorio y de una traducción del texto de las disposiciones aplicables del Estatuto en un idioma que la persona buscada comprenda y hable perfectamente.

Regla 188. Plazo para la presentación de documentos después de la detención provisional

A los efectos del párrafo 3 del artículo 92, el plazo dentro del cual el Estado requerido debe recibir la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen será de 60 días contados desde la fecha de la detención provisional.

Regla 189. Transmisión de los documentos que justifiquen la solicitud

Si una persona ha consentido en la entrega de conformidad con el párrafo 3 del artículo 92 y el Estado requerido la entrega a la Corte, ésta no estará obligada a proporcionar los documentos indicados en el artículo 91 a menos que el Estado requerido lo pida.

Sección IV
Cooperación con arreglo al artículo 93

Regla 190. Instrucción sobre la autoinculpación adjunta a la solicitud de comparecencia de un testigo

Cuando se formule una solicitud de conformidad con el párrafo 1 e) del artículo 93 respecto de un testigo, la Corte adjuntará una instrucción sobre la regla 74, relativa a la autoinculpación, que será entregada al testigo en un idioma que hable y comprenda perfectamente.

Regla 191. Seguridades dadas por la Corte con arreglo al párrafo 2 del artículo 93

La Sala que conozca de la causa podrá dar las seguridades que se indican en el párrafo 2 del artículo 93 de oficio o a petición del Fiscal, la defensa o el testigo o experto de que se trate y teniendo en cuenta las opiniones del Fiscal y del testigo o experto de que se trate.

Regla 192. Traslado de un detenido

1. El traslado de un detenido a la Corte de conformidad con el párrafo 7 del artículo 93 será organizado por las autoridades nacionales correspondientes en coordinación con el Secretario y las autoridades del Estado anfitrión.

2. El Secretario velará por que el traslado se lleve a cabo en debida forma, incluida la vigilancia del detenido mientras se encuentre a disposición de la Corte.

3. El detenido que se encuentre a disposición de la Corte tendrá derecho a plantear cuestiones relativas a las condiciones de su detención ante la Sala de la Corte que corresponda.

4. De conformidad con el párrafo 7 b) del artículo 93, una vez cumplidos los fines del traslado el Secretario dispondrá lo necesario para la devolución del detenido al Estado requerido.

Regla 193. Traslado temporal desde el Estado de ejecución

1. La Sala que esté conociendo de la causa podrá ordenar el traslado temporal del Estado de ejecución a la sede de la Corte de una persona condenada por ella cuyo testimonio u otro tipo de asistencia le sea necesario. No será aplicable lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 93.

2. El Secretario, en coordinación con las autoridades del Estado de ejecución y las del Estado anfitrión, velará por que el traslado se lleve a cabo en debida forma. Cuando se hayan cumplido los propósitos del traslado, la Corte devolverá al condenado al Estado de ejecución.

3. El condenado será mantenido en detención mientras dure su presencia ante la Corte. Se deducirá de la pena que quede por cumplir todo el período de detención en la sede de la Corte.

Regla 194. Solicitud de cooperación de la Corte

1. De conformidad con el párrafo 10 del artículo 93 y en consonancia, mutatis mutandis, con el artículo 96, un Estado podrá remitir a la Corte una solicitud de cooperación o de asistencia traducida o acompañada de una traducción a uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

2. Las solicitudes a que se refiere la subregla 1 serán enviadas al Secretario, quien las remitirá, según proceda, al Fiscal o a la Sala correspondiente.

3. Cuando se hayan adoptado medidas de protección en el sentido del artículo 68, el Fiscal o la Sala, según proceda, antes de pronunciarse sobre la solicitud, tendrá en cuenta las observaciones de la Sala que haya ordenado la adopción de las medidas, así como las de las víctimas o los testigos de que se trate.

4. Cuando la solicitud se refiera a los documentos o pruebas que se indican en el párrafo 10 b) ii) del artículo 93, el Fiscal o la Sala, según proceda, recabará el consentimiento escrito del Estado de que se trate antes de darle curso.

5. Si la Corte decide dar lugar a la solicitud de cooperación o asistencia de un Estado, la solicitud será cumplida, en la medida de lo posible, con arreglo a cualquier procedi-miento que haya indicado el Estado solicitante y autorizando la presencia de las personas indicadas en ella.

Sección V
La cooperación con arreglo al artículo 98

Regla 195. Suministro de información

1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado.

Sección VI
Regla de la especialidad con arreglo al artículo 101

Regla 196. Presentación de observaciones acerca del párrafo 1 del artículo 101

La persona entregada a la Corte podrá presentar observaciones cuando considere que se ha infringido lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 101.

Regla 197. Extensión de la entrega

Cuando la Corte haya pedido ser dispensada del cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 101, el Estado requerido podrá pedirle que recabe y transmita las observaciones de la persona entregada.

Capítulo 12
De la ejecución de la pena

Sección I

Función de los Estados en la ejecución de penas privativas de libertad y cambio en la designación del Estado de ejecución con arreglo a los artículos 103 y 104

Regla 198. Comunicaciones entre la Corte y los Estados

A menos que el contexto indique otra cosa, el artículo 87 y las reglas 176 a 180 serán aplicables, según proceda, a las comunicaciones entre la Corte y un Estado acerca de cuestiones relativas a la ejecución de la pena.

Regla 199. Órgano encargado de las funciones de la Corte con arreglo a la Parte X

A menos que en las Reglas se disponga otra cosa, las funciones que competen a la Corte con arreglo a la Parte X serán ejercidas por la Presidencia.

Regla 200. Lista de Estados de ejecución

1. El Secretario preparará y mantendrá una lista de los Estados que hayan indicado que están dispuestos a recibir condenados.

2. La Presidencia no incluirá a un Estado en la lista a que se hace referencia en el párrafo 1 a) del artículo 103 si no está de acuerdo con las condiciones que pone. La Presidencia, antes de adoptar una decisión, podrá recabar información adicional de ese Estado.

3. El Estado que haya puesto condiciones para la aceptación podrá retirarlas en cualquier momento. Las enmiendas o adiciones a esas condiciones estarán sujetas a la confirmación de la Presidencia.

4. Un Estado podrá comunicar en cualquier momento al Secretario que se retira de la lista, pero ello no afectará a la ejecución de las penas respecto de personas que el Estado ya haya aceptado.

5. La Corte podrá concertar acuerdos bilaterales con Estados con miras a establecer un marco para la recepción de los reclusos que haya condenado. Esos acuerdos deberán ser compatibles con el Estatuto.

Regla 201. Los principios de la distribución equitativa

Los principios de la distribución equitativa a los efectos del párrafo 3 del artículo 103 consistirán en:

a) El principio de la distribución geográfica equitativa;

b) La necesidad de dar a cada uno de los Estados incluidos en la lista la oportunidad de recibir condenados;

c) El número de condenados que hayan recibido ya ese Estado y otros Estados de ejecución;

d) Cualesquiera otros factores pertinentes.

Regla 202. Momento de la entrega del condenado al Estado de ejecución

La Corte no entregará al condenado al Estado de ejecución designado a menos que la sentencia condenatoria y la decisión relativa a la pena hayan cobrado carácter definitivo.

Regla 203. Observaciones del condenado

1. La Presidencia notificará por escrito al condenado que está estudiando la designación de un Estado para la ejecución de la pena. El condenado, dentro del plazo que fije la Presidencia, le someterá por escrito sus observaciones sobre el particular.

2. La Presidencia podrá autorizar al condenado a hacer presentaciones orales.

3. La Presidencia autorizará al condenado a:

a) Contar con la asistencia, según proceda, de un intérprete competente y de los servicios de traducción necesarios para presentar sus observaciones;

b) Contar con tiempo suficiente y las facilidades necesarias para preparar la presentación de sus observaciones.

Regla 204. Información relativa a la designación

La Presidencia, cuando notifique su decisión al Estado designado, le transmitirá también los datos y documentos siguientes:

a) El nombre, la nacionalidad, la fecha y el lugar de nacimiento del condenado;

b) Una copia de la sentencia condenatoria definitiva y de la decisión en que se imponga la pena;

c) La duración de la condena, la fecha de inicio y el tiempo que queda por cumplir;

d) Una vez oídas las observaciones del condenado, toda la información necesaria acerca de su estado de salud, con inclusión de cualquier tratamiento médico que esté recibiendo.

Regla 205. Rechazo de la designación en un determinado caso

Cuando, en un determinado caso, un Estado rechace la designación hecha por la Presidencia, ésta podrá designar otro Estado.

Regla 206. Entrega del condenado al Estado de ejecución

1. El Secretario comunicará al Fiscal y al condenado qué Estado ha sido designado para la ejecución de la pena.

2. El condenado será entregado al Estado de ejecución designado tan pronto como sea posible después de la aceptación de éste.

3. El Secretario, en consulta con las autoridades del Estado de ejecución y del Estado anfitrión, se cerciorará de que la entrega del condenado se efectúe en debida forma.

Regla 207. Tránsito

1. No se necesitará autorización si el condenado es trasladado por vía aérea y no se prevé aterrizar en el territorio del Estado de tránsito. De haber un aterrizaje no previsto en el territorio del Estado de tránsito, éste, en la medida en que sea posible de conformidad con el procedimiento previsto en su derecho interno, mantendrá detenido al condenado hasta que reciba una solicitud de tránsito con arreglo a lo dispuesto en la subregla 2 o una solicitud de entrega o detención provisional con arreglo al párrafo 1 del artículo 89 o al artículo 92.

2. Los Estados Partes, en la medida en que sea posible con arreglo al procedimiento previsto en su derecho interno, autorizarán el tránsito de un condenado por sus territorios y será aplicable, según proceda, lo dispuesto en el párrafo 3 b) y c) del artículo 89 y en los artículos 105 y 108, así como en las reglas relativas a esos artículos. Se adjuntará a la solicitud de tránsito un ejemplar de la sentencia condenatoria definitiva y de la decisión por la cual se imponga la pena.

Regla 208. Gastos

1. El Estado de ejecución sufragará los gastos ordinarios que entrañe la ejecución de la pena en su territorio.

2. La Corte sufragará los demás gastos, incluidos los correspondientes al transporte del condenado y aquellos a que se hace referencia en el párrafo 1 c), d) y e) del artículo 100.

Regla 209. Cambio en la designación del Estado de ejecución

1. La Presidencia, de oficio o previa solicitud del condenado o el Fiscal, podrá en cualquier momento proceder de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 104.

2. La solicitud del condenado o del Fiscal se hará por escrito y contendrá las razones por las cuales se pide el traslado.

Regla 210. Procedimiento para el cambio en la designación del Estado de ejecución

1. La Presidencia, antes de decidir que se cambie la designación de un Estado de ejecución, podrá:

a) Recabar las observaciones del Estado de ejecución;

b) Examinar las presentaciones escritas u orales que hagan el condenado o el Fiscal;

c) Examinar las observaciones escritas u orales que hagan peritos en relación con, entre otras cosas, el condenado;

d) Recabar de cualquier fuente fidedigna toda la demás información que corresponda.

2. Será aplicable, según proceda, lo dispuesto en la subregla 3 de la regla 203.

3. La Presidencia, si no da lugar al cambio en la designación del Estado de ejecución,

comunicará a la mayor brevedad posible al condenado, al Fiscal y al Secretario su decisión y las razones en que se funda. La Presidencia informará también al Estado de ejecución.

Sección II
Ejecución de la pena, supervisión y traslado con arreglo a los artículos 105, 106 y 107

Regla 211. Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión

1. Con el objeto de supervisar la ejecución de las penas de reclusión, la Presidencia:

a) En consulta con el Estado de ejecución, velará por que, al hacer los arreglos que correspondan para el ejercicio por el condenado de su derecho a comunicarse con la Corte acerca de las condiciones de la reclusión, se respete lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 106;

b) Podrá, cuando sea necesario, pedir información, informes o el dictamen de peritos al Estado de ejecución o a fuentes fidedignas;

c) Podrá, cuando corresponda, delegar a un magistrado de la Corte o a un funcionario de la Corte la función de, previa notificación al Estado de ejecución, reunirse con el condenado y escuchar sus observaciones sin la presencia de autoridades nacionales;

d) Podrá, cuando corresponda, dar al Estado de ejecución la oportunidad de pronunciarse sobre las observaciones formuladas por el condenado de conformidad con la subregla 1 c).

2. Cuando el condenado reúna las condiciones para acogerse a un programa o beneficio carcelario existente en el derecho interno del Estado de ejecución que pueda entrañar cierto grado de actividad fuera del establecimiento carcelario, el Estado de ejecución comunicará esa circunstancia a la Presidencia junto con la información u observaciones que permitan a la Corte ejercer su función de supervisión.

Regla 212. Información sobre la localización de la persona a los efectos de la ejecución de las multas y órdenes de decomiso, así como de las medidas de reparación

A los efectos de la ejecución de las multas y órdenes de decomiso, así como de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, la Presidencia podrá, en cualquier momento o por lo menos 30 días antes de la fecha de que el condenado termine de cumplir la pena, pedir al Estado de ejecución que le transmita la información pertinente acerca de su intención de autorizar al condenado a permanecer en su territorio o del lugar donde tiene la intención de trasladarlo.

Regla 213. Procedimiento relativo al párrafo 3 del artículo 107

En lo relativo al párrafo 3 del artículo 107, se aplicará el procedimiento descrito en las reglas 214 y 215, según proceda.

Sección III
Limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos con arreglo al artículo 108

Regla 214. Solicitud de procesamiento o ejecución de una pena por conducta anterior

1. A los efectos de la aplicación del artículo 108, cuando el Estado de ejecución quiera procesar al condenado o ejecutar una pena por una conducta anterior a su traslado, lo comunicará a la Presidencia y le transmitirá los siguientes documentos:

a) Una exposición de los hechos del caso y de su tipificación en derecho;

b) Una copia de las normas jurídicas aplicables, incluidas las relativas a la prescripción y a las penas aplicables;

c) Una copia de toda sentencia, orden de detención u otro documento que tenga la misma fuerza jurídica o de cualquier otro mandamiento judicial que el Estado tenga la intención de ejecutar;

d) Un protocolo en el que consten las observaciones del condenado, obtenidas después de haberle informado suficientemente del procedimiento.

2. En caso de que otro Estado presente una solicitud de extradición, el Estado de ejecución la transmitirá a la Presidencia en su integridad, junto con un protocolo en el que consten las observaciones del condenado, obtenidas después de haberle informado suficientemente acerca de la solicitud de extradición.

3. La Presidencia podrá en todos los casos solicitar cualquier documento o información adicional del Estado de ejecución o del Estado que pida la extradición.

4. Si el condenado fue entregado a la Corte por un Estado distinto del Estado de ejecución o del que pida la extradición, la Presidencia consultará al Estado que lo haya entregado y tendrá en cuenta sus observaciones.

5. La información o los documentos transmitidos a la Presidencia en virtud de las subreglas 1 a 4 serán remitidos al Fiscal, el cual podrá hacer observaciones.

6. La Presidencia podrá decidir que se celebre una audiencia.

Regla 215. Decisión sobre la solicitud de someter a juicio o de ejecutar una pena

1. La Presidencia emitirá su decisión lo antes posible y la notificará a quienes hayan participado en las actuaciones.

2. Si la solicitud presentada con arreglo a las subreglas 1 ó 2 de la regla 214 se refiere a la ejecución de una pena, el condenado podrá cumplirla en el Estado designado por la Corte para ejecutar la pena que ésta haya impuesto o ser extraditado a un tercer Estado una vez que, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, haya cumplido íntegramente la pena que le haya impuesto la Corte.

3. La Presidencia únicamente autorizará la extradición temporal del condenado a un tercer Estado para su enjuiciamiento si ha obtenido seguridades, que considere suficientes, de que el condenado estará detenido en el tercer Estado y será trasladado, después del proceso, al Estado encargado de ejecutar la pena impuesta por la Corte.

Regla 216. Información sobre la ejecución

La Presidencia pedirá al Estado de ejecución que le comunique cualquier hecho de importancia que se refiera al condenado y cualquier enjuiciamiento por hechos posteriores a su traslado.

Sección IV
Ejecución de multas y órdenes de decomiso o reparación

Regla 217. Cooperación y medidas para la ejecución de multas y órdenes de decomiso o reparación

A los efectos de la ejecución de las multas y de las órdenes de decomiso o reparación, la Presidencia, según proceda, recabará cooperación, pedirá que se tomen medidas de ejecución de conformidad con la Parte IX y transmitirá copias de las órdenes corres-pondientes a cualquier Estado con el cual el condenado parezca tener una relación directa en razón de su nacionalidad, domicilio o residencial habitual o del lugar en que se encuentran sus bienes o haberes o con el cual la víctima tenga esa relación. La Presidencia, según proceda, informará al Estado de las reclamaciones que hagan valer terceros o de la circunstancia de que ninguna persona a la que se haya notificado una actuación realizada con arreglo al artículo 75 haya formulado una reclamación.

Regla 218. Órdenes de decomiso y reparación

1. A fin de que los Estados puedan hacer efectiva una orden de decomiso, en ella se especificará lo siguiente:

a) La identidad de la persona contra la cual se haya dictado;

b) El producto, los bienes o los haberes que la Corte haya decretado decomisar; y

c) Que, si el Estado Parte no pudiese hacer efectiva la orden de decomiso del producto, los bienes o los haberes especificados, adoptará medidas para cobrar su valor.

2. En la solicitud de cooperación y de adopción de medidas de ejecución, la Corte proporcionará también la información de que disponga en cuanto a la localización del producto, los bienes o los haberes que sean objeto de la orden de decomiso.

3. A fin de que los Estados puedan hacer efectiva una orden de reparación, en ella se especificará lo siguiente:

a) La identidad de la persona contra la cual se haya dictado;

b) Respecto de las reparaciones de carácter financiero, la identidad de las víctimas a quienes se haya concedido la reparación a título individual y, en caso de que el monto de ella haya de depositarse en el Fondo Fiduciario, la información relativa al Fondo que sea menester para proceder al depósito; y

c) El alcance y la naturaleza de las reparaciones que haya ordenado la Corte, incluidos, en su caso, los bienes y haberes cuya restitución se haya ordenado.

4. Cuando la Corte conceda reparaciones a título individual, se remitirá a la víctima una copia de la orden de reparación.

Regla 219. No modificación de las órdenes de reparación

La Presidencia, al transmitir copias de órdenes de reparación a los Estados Partes en virtud de la regla 217, les informará de que, al darles efecto, las autoridades nacionales no modificarán la reparación que haya decretado la Corte, el alcance o la magnitud de los daños, perjuicios o pérdidas determinados por la Corte ni los principios establecidos en ellas, y facilitarán su ejecución.

Regla 220. No modificación de las sentencias por las que se impongan multas

Al trasmitir a los Estados Partes copias de las sentencias por las que se impongan multas a los efectos de ejecución de conformidad con el artículo 109 y la regla 217,

la Presidencia les comunicará que, al ejecutar las multas impuestas, las autoridades nacionales no las modificarán.

Regla 221. Decisión sobre el destino o la asignación de los bienes o haberes

1. La Presidencia, tras haber celebrado las consultas que procedan con el Fiscal, el condenado, las víctimas o sus representantes legales, las autoridades nacionales del Estado de ejecución o un tercero, o con representantes del Fondo Fiduciario a que se hace referencia en el artículo 79, decidirá todas las cuestiones relativas al destino o la asignación de los bienes o haberes obtenidos en virtud de la ejecución de una orden de la Corte.

2. La Presidencia, en todos los casos en que haya que decidir el destino o la asignación de bienes o haberes pertenecientes al condenado, dará prioridad a la ejecución de medidas relativas a la reparación de las víctimas.

Regla 222. Asistencia respecto de una notificación o de cualquier otra medida

La Presidencia, previa solicitud, prestará asistencia al Estado en la ejecución de las multas y de las órdenes de decomiso o reparación respecto de la notificación al condenado u otras personas o a la realización de cualesquier otras medidas necesarias para ejecutar la orden con arreglo al procedimiento previsto en el derecho interno del Estado de ejecución.

Sección V
Examen de una reducción de la pena con arreglo al artículo 110

Regla 223. Criterios para el examen de una reducción de la pena

Al examinar una reducción de la pena de conformidad con los párrafos 3 y 5 del artículo 110, los tres magistrados de la Sala de Apelaciones tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 4 a) y b) del artículo 110, además de los siguientes:

a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;

b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;

c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;

d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;

e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

Regla 224. Procedimiento para el examen de una reducción de la pena

1. A los efectos de la aplicación del párrafo 3 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala celebrarán una audiencia, a menos que, por razones excepcionales decidan otra cosa en un caso determinado. La audiencia se realizará en presencia del condenado, que podrá comparecer asistido de su abogado, y con servicios de interpretación si fuese necesario. Los tres magistrados invitarán a

participar en la audiencia o a presentar observaciones por escrito al Fiscal, al Estado de ejecución de una pena impuesta con arreglo al artículo 77 o una orden de reparación dictada con arreglo al artículo 75 y, en la medida de lo posible, a las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones. En circunstancias excepcionales, la audiencia podrá realizarse por medio de una conferencia de vídeo o, en el Estado de ejecución, por un juez delegado por la Sala de Apelaciones de la Corte.

2. Los mismos tres magistrados comunicarán lo antes posible la decisión y sus fundamentos a quienes hayan participado en la audiencia de examen.

3. A los efectos de la aplicación del párrafo 5 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala examinarán la cuestión de la reducción de la pena cada tres años, a menos que indiquen un intervalo más breve en la decisión que adopten de conformidad con el párrafo 3 del artículo 110. De producirse un cambio significativo en las circunstancias, esos tres magistrados podrán autorizar al condenado a pedir una revisión dentro de los tres años o del período más breve que hayan fijado.

4. A los efectos de una revisión con arreglo al párrafo 5 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala invitarán a que formulen observaciones escritas el condenado o su abogado, el Fiscal, el Estado de ejecución de una pena impuesta con arreglo al artículo 77 o una orden de reparación dictada con arreglo al artículo 75, y, en la medida de lo posible, las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones. Los tres magistrados podrán decidir además que se celebre una audiencia.

5. La decisión y sus razones serán comunicadas lo antes posible a quienes hayan participado en el procedimiento de examen.

Sección VI
Evasión

Regla 225. Medidas aplicables con arreglo al artículo 111 en caso de evasión

1. Si el condenado se ha evadido, el Estado de ejecución dará aviso lo antes posible al Secretario por cualquier medio capaz de dejar una constancia escrita. La Presidencia procederá en ese caso de conformidad con la Parte IX.

2. No obstante, si el Estado en que se encontrara el condenado accediera a entregarlo al Estado de ejecución, ya sea con arreglo a convenios internacionales o a su legislación nacional, éste lo comunicará por escrito al Secretario. La persona será entregada al Estado de ejecución tan pronto como sea posible y, de ser necesario, en consulta con el Secretario, quien prestará toda la asistencia que se requiera, incluida, si fuere menester, la presentación de solicitudes de tránsito a los Estados que corresponda, de conformidad con la regla 207. Los gastos relacionados con la entrega del condenado serán sufragados por la Corte si ningún Estado se hace cargo de ellos.

3. Si el condenado es entregado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, la Corte lo trasladará al Estado de ejecución. Sin embargo, la Presidencia, de oficio o a solicitud del Fiscal o del primer Estado de ejecución, y de conformidad con el artículo 103 y las reglas 203 a 206, podrá designar a otro Estado, incluido el del territorio al que hubiera huido el condenado.

4. En todos los casos se deducirá de la pena que quede por cumplir al condenado todo el período en que haya estado recluido en el territorio del Estado en que hubiese sido detenido tras su evasión y, cuando sea aplicable la subregla 3, el período de detención en la sede de la Corte tras su entrega por el Estado en el que se encontraba.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

GENERAL A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, ESPAÑOL
ORIGINAL: ESPAÑOL/FRANCÉS/INGLÉS/RUSO

PREÁMBULO

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado en los asuntos internos de otro Estado,

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera,

Han convenido en lo siguiente:

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

PARTE I. DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CORTE

Artículo 1 La Corte

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («la Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Artículo 2 Relación de la Corte con las Naciones Unidas

La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.

Artículo 3 Sede de la Corte

1. La sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos («el Estado anfitrión»).

2. La Corte concertará con el Estado anfitrión un acuerdo relativo a la sede que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.

3. La Corte podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto.

Artículo 4 Condición jurídica y atribuciones de la Corte

1. La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

2. La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

PARTE II. DE LA COMPETENCIA, LA ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO APLICABLE

Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio;

b) Los crímenes de lesa humanidad;

c) Los crímenes de guerra;

d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 6 Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «genocidio» cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por «el crimen de apartheid» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

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

Artículo 8 Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra»:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) Matar intencionalmente;

ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;

vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;

viii) Tomar rehenes;

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Veneno o armas envenenadas;

xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;

xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;

xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

Jurisdiction Seminar der Universität Göttingen

xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Artículo 9 Elementos del crimen

1. Los Elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos del crimen:

a) Cualquier Estado Parte;

b) Los magistrados, por mayoría absoluta;

c) El Fiscal.

Las enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Los Elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

Artículo 10

Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto.

Artículo 11 Competencia temporal

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

Artículo 12 Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

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

Artículo 13 Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

Artículo 14 Remisión de una situación por un Estado Parte

1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.

2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.

Artículo 15 El Fiscal

1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte.

2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.

3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una

investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.

5. La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.

6. Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación.

Artículo 16 Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento

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

Artículo 17 Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Artículo 18 Dictámenes preliminares relativos a la admisibilidad

1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación e inicie esa investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.

2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte de que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir los crímenes a que se refiere el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.

3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la remisión o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.

4. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones del dictamen de la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria.

5. Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas.

6. El Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su dictamen, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia en virtud de este artículo, pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente.

7. El Estado que haya apelado de un dictamen de la Sala de Cuestiones Preliminares en virtud del presente artículo podrá impugnar la admisibilidad de un asunto en virtud

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

del artículo 19, haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias.

Artículo 19 Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa

1. La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17.

2. Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte:

a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58;

b) El Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o

c) El Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.

3. El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas.

4. La admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte sólo podrán ser impugnadas una sola vez por cualquiera de las personas o los Estados a que se hace referencia en el párrafo 2. La impugnación se hará antes del juicio o a su inicio. En circunstancias excepcionales, la Corte podrá autorizar que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior del juicio. Las impugnaciones a la admisibilidad de una causa hechas al inicio del juicio, o posteriormente con la autorización de la Corte, sólo podrán fundarse en el párrafo 1 c) del artículo 17.

5. El Estado a que se hace referencia en los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo hará la impugnación lo antes posible.

6. Antes de la confirmación de los cargos, la impugnación de la admisibilidad de una causa o de la competencia de la Corte será asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares. Después de confirmados los cargos, será asignada a la Sala de Primera Instancia. Las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán ser recurridas ante la Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 82.

7. Si la impugnación es hecha por el Estado a que se hace referencia en los apartados b) o c) del párrafo 2, el Fiscal suspenderá la investigación hasta que la Corte resuelva de conformidad con el artículo 17.

8. Hasta que la Corte se pronuncie, el Fiscal podrá pedirle autorización para:

a) Practicar las indagaciones necesarias de la índole mencionada en el párrafo 6 del artículo 18;

b) Tomar declaración a un testigo o recibir su testimonio, o completar la reunión y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación; y

c) Impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58.

9. La impugnación no afectará a la validez de ningún acto realizado por el Fiscal, ni de ninguna orden o mandamiento dictado por la Corte, antes de ella.

10. Si la Corte hubiere declarado inadmisible una causa de conformidad con el artículo 17, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisible de conformidad con dicho artículo.

11. El Fiscal, si habida cuenta de las cuestiones a que se refiere el artículo 17 suspende una investigación, podrá pedir que el Estado de que se trate le comunique información sobre las actuaciones. A petición de ese Estado, dicha información será confidencial. El Fiscal, si decide posteriormente abrir una investigación, notificará su decisión al Estado cuyas actuaciones hayan dado origen a la suspensión.

Artículo 20 Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Artículo 21 Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

PARTE III. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL

Artículo 22 Nullum crimen sine lege

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23 Nulla poena sine lege

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24 Irretroactividad ratione personae

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Artículo 25 Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Artículo 26 Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte

La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Artículo 27 Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

Artículo 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Artículo 29 Imprescriptibilidad

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

Artículo 30 Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por «conocimiento» se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido.

Artículo 31 Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere;

c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves 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) Haber sido hecha por otras personas; o

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo.

3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo 32 Error de hecho o error de derecho

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

Artículo 33 Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

PARTE IV. DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE

Artículo 34 Órganos de la Corte

La Corte estará compuesta de los órganos siguientes:

a) La Presidencia;

b) Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares;

c) La Fiscalía;
d) La Secretaría.

Artículo 35 Desempeño del cargo de magistrado

1. Todos los magistrados serán elegidos miembros de la Corte en régimen de dedicación exclusiva y estarán disponibles para desempeñar su cargo en ese régimen desde que comience su mandato.

2. Los magistrados que constituyan la Presidencia desempeñarán sus cargos en régimen de dedicación exclusiva tan pronto como sean elegidos.

3. La Presidencia podrá, en función del volumen de trabajo de la Corte, y en consulta con los miembros de ésta, decidir por cuánto tiempo será necesario que los demás magistrados desempeñen sus cargos en régimen de dedicación exclusiva. Las decisiones que se adopten en ese sentido se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49.

4. Las disposiciones financieras relativas a los magistrados que no deban desempeñar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva serán adoptadas de conformidad con el artículo 49.

Artículo 36 Condiciones que han de reunir los magistrados, candidaturas y elección de los magistrados

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2, la Corte estará compuesta de 18 magistrados.

2.

a) La Presidencia, actuando en nombre de la Corte, podrá proponer que aumente el número de magistrados indicado en el párrafo 1 y señalará las razones por las cuales considera necesario y apropiado ese aumento. El Secretario distribuirá prontamente la propuesta a todos los Estados Partes;

b) La propuesta será examinada en una sesión de la Asamblea de los Estados Partes que habrá de convocarse de conformidad con el artículo 112. La propuesta, que deberá ser aprobada en la sesión por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes, entrará en vigor en la fecha en que decida la Asamblea;

c) i)Una vez que se haya aprobado una propuesta para aumentar el número de magistrados con arreglo al apartado b), la elección de los nuevos magistrados se llevará a cabo en el siguiente período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes, de conformidad con los párrafos 3 a 8 del presente artículo y con el párrafo 2 del artículo 37;

ii) Una vez que se haya aprobado y haya entrado en vigor una propuesta para aumentar el número de magistrados con arreglo a los apartados b) y c) i), la Presidencia podrá en cualquier momento, si el volumen de trabajo de la Corte lo justifica, proponer que se reduzca el número de magistrados, siempre que ese número no sea inferior al indicado en el párrafo 1. La propuesta será examinada de conformidad con el procedimiento establecido en los apartados a) y b). De ser aprobada, el número de magistrados se reducirá progresivamente a medida que expiren los mandatos y hasta que se llegue al número debido.

3.

a) Los magistrados serán elegidos entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países;

b) Los candidatos a magistrados deberán tener:

i) Reconocida competencia en derecho y procedimiento penales y la necesaria experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar; o

ii) Reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte;

c) Los candidatos a magistrado deberán tener un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

4.

a) Cualquier Estado Parte en el presente Estatuto podrá proponer candidatos en las elecciones para magistrado de la Corte mediante:

i) El procedimiento previsto para proponer candidatos a los más altos cargos judiciales del país; o

ii) El procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para proponer candidatos a esa Corte.

Las propuestas deberán ir acompañadas de una exposición detallada acerca del grado en que el candidato cumple los requisitos enunciados en el párrafo 3;

b) Un Estado Parte podrá proponer un candidato que no tenga necesariamente su nacionalidad, pero que en todo caso sea nacional de un Estado Parte;

c) La Asamblea de los Estados Partes podrá decidir que se establezca un comité asesor para las candidaturas. En ese caso, la Asamblea de los Estados Partes determinará la composición y el mandato del comité.

5. A los efectos de la elección se harán dos listas de candidatos:

La lista A, con los nombres de los candidatos que reúnan los requisitos enunciados en el apartado

b) i) del párrafo 3; y La lista B, con los nombres de los candidatos que reúnan los requisitos enunciados en el apartado

b) ii) del párrafo 3.

El candidato que reúna los requisitos requeridos para ambas listas podrá elegir en cuál desea figurar. En la primera elección de miembros de la Corte, por lo menos nueve magistrados serán elegidos entre los candidatos de la lista A y por lo menos cinco serán elegidos entre los de la lista B. Las elecciones subsiguientes se organizarán de manera que se mantenga en la Corte una proporción equivalente de magistrados de ambas listas.

6.

a) Los magistrados serán elegidos por votación secreta en una sesión de la Asamblea de los Estados Partes convocada con ese fin con arreglo al artículo 112. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 7, serán elegidos los 18 candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes;

Göttingen Universität der Universität Göttingen Jurisconsult Seminar

b) En el caso de que en la primera votación no resulte elegido un número suficiente de magistrados, se procederá a nuevas votaciones de conformidad con los procedimientos establecidos en el apartado a) hasta cubrir los puestos restantes.

7. No podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado. Toda persona que, para ser elegida magistrado, pudiera ser considerada nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza habitualmente sus derechos civiles y políticos.

8.

a) Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya:

i) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo;

ii) Distribución geográfica equitativa; y

iii) Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres;

b) Los Estados Partes tendrán también en cuenta la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños.

9.

a) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado b), los magistrados serán elegidos por un mandato de nueve años y, con sujeción al apartado c) y al párrafo 2 del artículo 37, no podrán ser reelegidos;

b) En la primera elección, un tercio de los magistrados elegidos será seleccionado por sorteo para desempeñar un mandato de tres años, un tercio de los magistrados será seleccionado por sorteo para desempeñar un mandato de seis años y el resto desempeñará un mandato de nueve años;

c) Un magistrado seleccionado para desempeñar un mandato de tres años de conformidad con el apartado b) podrá ser reelegido por un mandato completo.

10. No obstante lo dispuesto en el párrafo 9, un magistrado asignado a una Sala de Primera Instancia o una Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 39 seguirá en funciones a fin de llevar a término el juicio o la apelación de los que haya comenzado a conocer en esa Sala.

Artículo 37 Vacantes

1. En caso de producirse una vacante se celebrará una elección de conformidad con el artículo 36 para cubrirla.

2. El magistrado elegido para cubrir una vacante desempeñará el cargo por el resto del mandato de su predecesor y, si éste fuera de tres años o menos, podrá ser reelegido por un mandato completo con arreglo al artículo 36.

Artículo 38 Presidencia

El Presidente, el Vicepresidente primero y el Vicepresidente segundo serán elegidos por mayoría absoluta de los magistrados. Cada uno desempeñará su cargo por un período de tres años o hasta el término de su mandato como magistrado, si éste se produjere antes. Podrán ser reelegidos una vez.

2. El Vicepresidente primero sustituirá al Presidente cuando éste se halle en la imposibilidad de ejercer sus funciones o haya sido recusado. El Vicepresidente

segundo sustituirá al Presidente cuando éste y el Vicepresidente primero se hallen en la imposibilidad de ejercer sus funciones o hayan sido recusados.

3. El Presidente, el Vicepresidente primero y el Vicepresidente segundo constituirán la Presidencia, que estará encargada de:

a) La correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía; y

b) Las demás funciones que se le confieren de conformidad con el presente Estatuto.

4. En el desempeño de sus funciones enunciadas en el párrafo 3 a), la Presidencia actuará en coordinación con el Fiscal y recabará su aprobación en todos los asuntos de interés mutuo.

Artículo 39 Las Salas

1. Tan pronto como sea posible después de la elección de los magistrados, la Corte se organizará en las secciones indicadas en el artículo 34 b). La Sección de Apelaciones se compondrá del Presidente y otros cuatro magistrados, la Sección de Primera de Instancia de no menos de seis magistrados y la Sección de Cuestiones Preliminares de no menos de seis magistrados. Los magistrados serán asignados a las secciones según la naturaleza de las funciones que corresponderán a cada una y sus respectivas calificaciones y experiencia, de manera que en cada sección haya una combinación apropiada de especialistas en derecho y procedimiento penales y en derecho internacional. La Sección de Primera Instancia y la Sección de Cuestiones Preliminares estarán integradas predominantemente por magistrados que tengan experiencia en procedimiento penal.

2.

a) Las funciones judiciales de la Corte serán realizadas en cada sección por las Salas;

b)i) La Sala de Apelaciones se compondrá de todos los magistrados de la Sección de Apelaciones;

ii) Las funciones de la Sala de Primera Instancia serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Primera Instancia;

iii) Las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Cuestiones Preliminares o por un solo magistrado de dicha Sección, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba;

c) Nada de lo dispuesto en el presente párrafo obstará a que se constituyan simultáneamente más de una Sala de Primera Instancia o Sala de Cuestiones Preliminares cuando la gestión eficiente del trabajo de la Corte así lo requiera.

3.

a) Los magistrados asignados a las Secciones de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares desempeñarán el cargo en esas Secciones por un período de tres años, y posteriormente hasta llevar a término cualquier causa de la que hayan empezado a conocer en la sección de que se trate;

b) Los magistrados asignados a la Sección de Apelaciones desempeñarán el cargo en esa Sección durante todo su mandato.

4. Los magistrados asignados a la Sección de Apelaciones desempeñarán el cargo únicamente en esa Sección. Nada de lo dispuesto en el presente artículo obstará, sin

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

embargo, a que se asignen temporalmente magistrados de la Sección de Primera Instancia a la Sección de Cuestiones Preliminares, o a la inversa, si la Presidencia considera que la gestión eficiente del trabajo de la Corte así lo requiere, pero en ningún caso podrá formar parte de la Sala de Primera Instancia que conozca de una causa un magistrado que haya participado en la etapa preliminar.

Artículo 40 Independencia de los magistrados

1. Los magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones.

2. Los magistrados no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia.

3. Los magistrados que tengan que desempeñar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva en la sede de la Corte no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional.

4. Las cuestiones relativas a la aplicación de los párrafos 2 y 3 serán dirimidas por mayoría absoluta de los magistrados. El magistrado al que se refiera una de estas cuestiones no participará en la adopción de la decisión.

Artículo 41 Dispensa y recusación de los magistrados

1. La Presidencia podrá, a petición de un magistrado, dispensarlo del ejercicio de alguna de las funciones que le confiere el presente Estatuto, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

2.

a) Un magistrado no participará en ninguna causa en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. Un magistrado será recusado de conformidad con lo dispuesto en el presente párrafo, entre otras razones, si hubiese intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de la que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexa sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento. Un magistrado será también recusado por los demás motivos que se establezcan en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El Fiscal o la persona objeto de investigación o enjuiciamiento podrá pedir la recusación de un magistrado con arreglo a lo dispuesto en el presente párrafo;

c) Las cuestiones relativas a la recusación de un magistrado serán dirimidas por mayoría absoluta de los magistrados. El magistrado cuya recusación se pida tendrá derecho a hacer observaciones sobre la cuestión, pero no tomará parte en la decisión.

Artículo 42 La Fiscalía

1. La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.

2. La Fiscalía estará dirigida por el Fiscal. El Fiscal tendrá plena autoridad para dirigir y administrar la Fiscalía, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos. El Fiscal contará con la ayuda de uno o más fiscales adjuntos, que podrán desempeñar cualquiera de las funciones que le correspondan de conformidad con el

presente Estatuto. El Fiscal y los fiscales adjuntos tendrán que ser de diferentes nacionalidades y desempeñarán su cargo en régimen de dedicación exclusiva.

3. El Fiscal y los fiscales adjuntos serán personas que gocen de alta consideración moral, que posean un alto nivel de competencia y tengan extensa experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o la sustanciación de causas penales. Deberán tener un excelente conocimiento y dominio de al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

4. El Fiscal será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. Los fiscales adjuntos serán elegidos en la misma forma de una lista de candidatos presentada por el Fiscal. El Fiscal propondrá tres candidatos para cada puesto de fiscal adjunto que deba cubrirse. Salvo que en el momento de la elección se fije un período más breve, el Fiscal y los fiscales adjuntos desempeñarán su cargo por un período de nueve años y no podrán ser reelegidos.

5. El Fiscal y los fiscales adjuntos no realizarán actividad alguna que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones o menoscabar la confianza en su independencia. No podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional.

6. La Presidencia podrá, a petición del Fiscal o de un fiscal adjunto, dispensarlos de intervenir en una causa determinada.

7. El Fiscal y los fiscales adjuntos no participarán en ningún asunto en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. Serán recusados de conformidad con lo dispuesto en el presente párrafo, entre otras razones, si hubiesen intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexa sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento.

8. Las cuestiones relativas a la recusación del Fiscal o de un fiscal adjunto serán dirimidas por la Sala de Apelaciones:

a) La persona objeto de investigación o enjuiciamiento podrá en cualquier momento pedir la recusación del Fiscal o de un fiscal adjunto por los motivos establecidos en el presente artículo;

b) El Fiscal o el fiscal adjunto, según proceda, tendrán derecho a hacer observaciones sobre la cuestión.

9. El Fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños.

Artículo 43 La Secretaría

1. La Secretaría, sin perjuicio de las funciones y atribuciones del Fiscal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios.

2. La Secretaría será dirigida por el Secretario, que será el principal funcionario administrativo de la Corte. El Secretario ejercerá sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte.

3. El Secretario y el Secretario Adjunto deberán ser personas que gocen de consideración moral y tener un alto nivel de competencia y un excelente conocimiento y dominio de al menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

4. Los magistrados elegirán al Secretario en votación secreta por mayoría absoluta y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes. 1De ser necesario elegirán, por recomendación del Secretario y con arreglo al mismo procedimiento, un Secretario Adjunto.

5. El Secretario será elegido por un período de cinco años en régimen de dedicación exclusiva y podrá ser reelegido una sola vez. El Secretario Adjunto será elegido por un período de cinco años, o por uno más breve, si así lo deciden los magistrados por mayoría absoluta, en el entendimiento de que prestará sus servicios según sea necesario.

6. El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual.

Artículo 44 El personal

1. El Fiscal y el Secretario nombrarán los funcionarios calificados que sean necesarios en sus respectivas oficinas. En el caso del Fiscal, ello incluirá el nombramiento de investigadores.

2. En el nombramiento de los funcionarios, el Fiscal y el Secretario velarán por el más alto grado de eficiencia, competencia e integridad y tendrán en cuenta, mutatis mutandis, los criterios establecidos en el párrafo 8 del artículo 36.

3. El Secretario, con la anuencia de la Presidencia y del Fiscal, propondrá un reglamento del personal que establecerá las condiciones en que el personal de la Corte será designado, remunerado o separado del servicio. El Reglamento del Personal estará sujeto a la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes.

4. La Corte podrá, en circunstancias excepcionales, recurrir a la pericia de personal proporcionado gratuitamente por Estados Partes, organizaciones intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales para que colabore en la labor de cualquiera de los órganos de la Corte. El Fiscal podrá aceptar ofertas de esa índole en nombre de la Fiscalía. El personal proporcionado gratuitamente será empleado de conformidad con directrices que ha de establecer la Asamblea de los Estados Partes.

Artículo 45 Promesa solemne

Antes de asumir las obligaciones del cargo de conformidad con el presente Estatuto, los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto declararán solemnemente y en sesión pública que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia.

Artículo 46 Separación del cargo

1. Un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto será separado del cargo si se adopta una decisión a tal efecto de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 cuando se determine que:

a) Ha incurrido en falta grave o en incumplimiento grave de las funciones que le confiere el presente Estatuto y según lo establecido en las Reglas de procedimiento y prueba; o

b) Está imposibilitado de desempeñar las funciones descritas en el presente Estatuto.

2. La decisión de separar del cargo a un magistrado, el fiscal o un fiscal adjunto de conformidad con el párrafo 1 será adoptada por la Asamblea de los Estados Partes en votación secreta:

a) En el caso de un magistrado, por mayoría de dos tercios de los Estados Partes y previa recomendación aprobada por mayoría de dos tercios de los demás magistrados;

b) En el caso del fiscal, por mayoría absoluta de los Estados Partes;

c) En el caso de un fiscal adjunto, por mayoría absoluta de los Estados Partes y previa recomendación del fiscal.

3. La decisión de separar del cargo al secretario o a un secretario adjunto será adoptada por mayoría absoluta de los magistrados.

4. El magistrado, fiscal, fiscal adjunto, secretario o secretario adjunto cuya conducta o cuya idoneidad para el ejercicio de las funciones del cargo de conformidad con el presente Estatuto haya sido impugnada en virtud del presente artículo podrá presentar y obtener pruebas y presentar escritos de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba; sin embargo, no podrá participar por ningún otro concepto en el examen de la cuestión.

Artículo 47 Medidas disciplinarias

El magistrado, fiscal, fiscal adjunto, secretario o secretario adjunto que haya incurrido en una falta menos grave que la establecida en el párrafo 1 del artículo 46 será objeto de medidas disciplinarias de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo 48 Privilegios e inmunidades

1. La Corte gozará en el territorio de cada Estado Parte de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

2. Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y los secretarios gozarán, cuando actúen en el desempeño de sus funciones o en relación con ellas, de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas y, una vez expirado su mandato, seguirán gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones que hagan oralmente o por escrito y los actos que realicen en el desempeño de sus funciones oficiales.

3. El Secretario Adjunto, el personal de la Fiscalía y el personal de la Secretaría gozarán de los privilegios e inmunidades y de las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte.

4. Los abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte serán objeto del tratamiento que sea necesario para el funcionamiento adecuado de la Corte, de conformidad con el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte.

5. Se podrá renunciar a los privilegios e inmunidades:

a) En el caso de un magistrado o el Fiscal, por decisión de la mayoría absoluta de los magistrados;

b) En el caso del Secretario, por la Presidencia;

c) En el caso de los Fiscales Adjuntos y el personal de la Fiscalía, por el Fiscal;

d) En el caso del Secretario Adjunto y el personal de la Secretaría, por el Secretario.

Artículo 49 Sueldos, estipendios y dietas

Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto percibirán los sueldos, estipendios y dietas que decida la Asamblea de los Estados Partes. Esos sueldos y estipendios no serán reducidos en el curso de su mandato.

Artículo 50 Idiomas oficiales y de trabajo

1. Los idiomas oficiales de la Corte serán el árabe, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso. Las sentencias de la Corte, así como las otras decisiones que resuelvan cuestiones fundamentales de que conozca la Corte, serán publicadas en los idiomas oficiales. La Presidencia, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, determinará cuáles son las decisiones que resuelven cuestiones fundamentales a los efectos del presente párrafo.

2. Los idiomas de trabajo de la Corte serán el francés y el inglés. En las Reglas de Procedimiento y Prueba se determinará en qué casos podrá utilizarse como idioma de trabajo otros idiomas oficiales.

3. La Corte autorizará a cualquiera de las partes o cualquiera de los Estados a que se haya permitido intervenir en un procedimiento, previa solicitud de ellos, a utilizar un idioma distinto del francés o el inglés, siempre que considere que esta autorización está adecuadamente justificada.

Artículo 51 Reglas de Procedimiento y Prueba

1. Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba:

a) Cualquier Estado Parte;

b) Los magistrados, por mayoría absoluta; o

c) El Fiscal.

Las enmiendas entrarán en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios.

3. Una vez aprobadas las Reglas de Procedimiento y Prueba, en casos urgentes y cuando éstas no resuelvan una situación concreta suscitada en la Corte, los magistrados podrán, por una mayoría de dos tercios, establecer reglas provisionales que se aplicarán hasta que la Asamblea de los Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones.

4. Las Reglas de Procedimiento y Prueba, las enmiendas a ellas y las reglas provisionales deberán estar en consonancia con el presente Estatuto. Las enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como las reglas provisionales aprobadas de conformidad con el párrafo 3, no se aplicarán retroactivamente en detrimento de la

persona que sea objeto de la investigación o el enjuiciamiento o que haya sido condenada.

5. En caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto.

Artículo 52 Reglamento de la Corte

1. Los magistrados, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobarán por mayoría absoluta el Reglamento de la Corte que sea necesario para su funcionamiento ordinario.

2. Se consultará al Fiscal y al Secretario en la preparación del Reglamento y de cualquier enmienda a él.

3. El Reglamento y sus enmiendas entrarán en vigor al momento de su aprobación, a menos que los magistrados decidan otra cosa. Inmediatamente después de su aprobación, serán distribuidos a los Estados Partes para recabar sus observaciones. Se mantendrán en vigor si en un plazo de seis meses no se han recibido objeciones de una mayoría de los Estados Partes.

PARTE V. DE LA INVESTIGACIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO

Artículo 53 Inicio de una investigación

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;

b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;

b) La causa es inadmisible de conformidad con el artículo 17; o

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.

Notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3.

a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.

Artículo 54 Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones

1. El Fiscal:

a) A fin de establecer la veracidad de los hechos, podrá ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes;

b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A esos efectos, respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género, definido en el párrafo 31 del artículo 7, y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños; y

c) Respetará plenamente los derechos que confiere a las personas el presente Estatuto.

2. El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado:

a) De conformidad con las disposiciones de la Parte IX; o

b) Según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57.

3. El Fiscal podrá:

a) Reunir y examinar pruebas;

b) Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos;

c) Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato;

d) Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona;

e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información; y

f) Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas.

Artículo 55 Derechos de las personas durante la investigación

1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto:

a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; y

c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad.

d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio:

a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;

b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes;

d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

Artículo 56 Disposiciones que podrá adoptar la Sala de Cuestiones Preliminares cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación

1.

a) El Fiscal, cuando considere que se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación, que tal vez no se repita a los fines de un juicio, de recibir el testimonio o la declaración de un testigo o de examinar, reunir o verificar pruebas, lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares;

b) La Sala, a petición del Fiscal, podrá adoptar las medidas que sean necesarias para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones y, en particular, para proteger los derechos de la defensa;

c) A menos que la Sala de Cuestiones Preliminares ordene otra cosa, el Fiscal proporcionará la información correspondiente a la persona que ha sido detenida o que ha comparecido en virtud de una citación en relación con la investigación a que se refiere el apartado a), a fin de que pueda ser oída.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

2. Las medidas a que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 1 podrán consistir en:

a) Formular recomendaciones o dictar ordenanzas respecto del procedimiento que habrá de seguirse;

b) Ordenar que quede constancia de las actuaciones;

c) Nombrar a un experto para que preste asistencia;

d) Autorizar al abogado defensor del detenido o de quien haya comparecido ante el Tribunal en virtud de una citación a que participe o, en caso de que aún no se hayan producido esa detención o comparecencia o no se haya designado abogado, a nombrar otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa;

e) Encomendar a uno de sus miembros o, de ser necesario, a otro magistrado de la Sección de Cuestiones Preliminares o la Sección de Primera Instancia que formule recomendaciones o dicte ordenanzas respecto de la reunión y preservación de las pruebas o del interrogatorio de personas;

f) Adoptar todas las medidas que sean necesarias para reunir o preservar las pruebas.

3.

a) La Sala de Cuestiones Preliminares, cuando considere que el Fiscal no ha solicitado medidas previstas en el presente artículo que, a su juicio, sean esenciales para la defensa en juicio, le consultará si se justificaba no haberlas solicitado. La Sala podrá adoptar de oficio esas medidas si, tras la consulta, llegare a la conclusión de que no había justificación para no solicitarlas.

b) El Fiscal podrá apelar de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio con arreglo al presente párrafo. La apelación se sustanciará en un procedimiento sumario.

4. La admisibilidad o la forma en que quedará constancia de las pruebas reunidas o preservadas para el juicio de conformidad con el presente artículo se regirá en el juicio por lo dispuesto en el artículo 69 y la Sala de Primera Instancia decidirá cómo ha de ponderar esas pruebas.

Artículo 57 Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares

1. A menos que el presente Estatuto disponga otra cosa, la Sala de Cuestiones Preliminares ejercerá sus funciones de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

2.

a) Las providencias u órdenes que la Sala de Cuestiones Preliminares dicte en virtud de los artículos 15, 18 ó 19, el párrafo 2 del artículo 54, el párrafo 7 del artículo 61 o el artículo 72 deberán ser aprobadas por la mayoría de los magistrados que la componen;

b) En todos los demás casos, un magistrado de la Sala de Cuestiones Preliminares podrá ejercer las funciones establecidas en el presente Estatuto, a menos que las Reglas de Procedimiento y Prueba dispongan otra cosa o así lo acuerde, por mayoría, la Sala de Cuestiones Preliminares.

3. Además de otras funciones que le confiere el presente Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá:

a) A petición del Fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación;

b) A petición de quien haya sido detenido o haya comparecido en virtud de una orden de comparencia expedida con arreglo al artículo 58, dictar esas órdenes, incluidas medidas tales como las indicadas en el artículo 56 o solicitar con arreglo a la Parte IX la cooperación que sea necesaria para ayudarle a preparar su defensa;

c) Cuando sea necesario, asegurar la protección y el respeto de la intimidad de víctimas y testigos, la preservación de pruebas, la protección de personas detenidas o que hayan comparecido en virtud de una orden de comparencia, así como la protección de información que afecte a la seguridad nacional;

d) Autorizar al Fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX.

e) Cuando se haya dictado una orden de detención o de comparecencia con arreglo al artículo 58, y habida cuenta del valor de las pruebas y de los derechos de las partes de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, recabar la cooperación de los Estados con arreglo al párrafo 1 j) del artículo 93 para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas.

Artículo 58 Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares

1. En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que:

a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y

b) La detención parece necesaria para:

i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;

ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o

iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

2. La solicitud del Fiscal consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido;

c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes;

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

d) Un resumen de las pruebas y cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes; y

e) La razón por la cual el Fiscal crea necesaria la detención.

3. La orden de detención consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte por el que se pide su detención; y

c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

4. La orden de detención seguirá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario.

5. La Corte, sobre la base de la orden de detención, podrá solicitar la detención provisional o la detención y entrega de la persona de conformidad con la Parte IX del presente Estatuto.

6. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que enmiende la orden de detención para modificar la referencia al crimen indicado en ésta o agregar otros. La Sala de Cuestiones Preliminares enmendará la orden si estuviere convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona cometió los crímenes en la forma que se indica en esa modificación o adición.

7. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca. La orden de comparecencia consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) La fecha de la comparecencia;

c) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido; y

d) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

La notificación de la orden será personal.

Artículo 59 Procedimiento de detención en el Estado de detención

1. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la Parte IX del presente Estatuto.

2. El detenido será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si, de conformidad con el derecho de ese Estado:

a) La orden le es aplicable;

b) La detención se llevó a cabo conforme a derecho; y

c) Se han respetado los derechos del detenido.

3. El detenido tendrá derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega.

4. Al decidir la solicitud, la autoridad competente del Estado de detención examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte. Esa autoridad no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 58.

5. La solicitud de libertad provisional será notificada a la Sala de Cuestiones Preliminares, que hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona.

6. De concederse la libertad provisional, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá solicitar informes periódicos al respecto.

7. Una vez que el Estado de detención haya ordenado la entrega, el detenido será puesto a disposición de la Corte tan pronto como sea posible.

Artículo 60 Primeras diligencias en la Corte

1. Una vez que el imputado haya sido entregado a la Corte o haya comparecido voluntariamente o en cumplimiento de una orden de comparecencia, la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que ha sido informado de los crímenes que le son imputados y de los derechos que le reconoce el presente Estatuto, incluido el de pedir la libertad provisional.

2. Quien sea objeto de una orden de detención podrá pedir la libertad provisional. Si la Sala de Cuestiones Preliminares está convencida de que se dan las condiciones enunciadas en el párrafo 1 del artículo 58, se mantendrá la detención. En caso contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares pondrá en libertad al detenido, con o sin condiciones.

3. La Sala de Cuestiones Preliminares revisará periódicamente su decisión en cuanto a la puesta en libertad o la detención, y podrá hacerlo en cualquier momento en que lo solicite el Fiscal o el detenido. Sobre la base de la revisión, la Sala podrá modificar su decisión en cuanto a la detención, la puesta en libertad o las condiciones de ésta, si está convencida de que es necesario en razón de un cambio en las circunstancias.

4. La Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal. Si se produjere dicha demora, la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones.

5. De ser necesario, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá dictar una orden de detención para hacer comparecer a una persona que haya sido puesta en libertad.

Artículo 61 Confirmación de los cargos antes del juicio

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 y dentro de un plazo razonable tras la entrega de la persona a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor.

2. La Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado:

a) Haya renunciado a su derecho a estar presente; o

b) Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos,

En este caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunda en interés de la justicia.

3. Dentro de un plazo razonable antes de la audiencia:

a) Se proporcionará al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos por los cuales el Fiscal se proponga enjuiciarlo; y

b) Se le informará de las pruebas que el Fiscal se proponga presentar en la audiencia.

La Sala de Cuestiones Preliminares podrá dictar providencias respecto de la revelación de información a los efectos de la audiencia.

4. Antes de la audiencia, el Fiscal podrá proseguir la investigación y modificar o retirar los cargos. Se dará al imputado aviso con antelación razonable a la audiencia de cualquier modificación de los cargos o de su retiro. En caso de retirarse cargos, el Fiscal comunicará las razones a la Sala de Cuestiones Preliminares.

5. En la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El Fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio.

6. En la audiencia, el imputado podrá:

a) Impugnar los cargos;

b) Impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal; y

c) Presentar pruebas.

7. La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cual sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares:

a) Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados;

b) No confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes;

c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de:

i) Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo; o

ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte.

8. La no confirmación de un cargo por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares no obstará para que el Fiscal la pida nuevamente a condición de que presente pruebas adicionales.

9. Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el presente artículo para confirmarlos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos.

10. Toda orden ya dictada dejará de tener efecto con respecto a los cargos que no hayan sido confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares o hayan sido retirados por el Fiscal.

11. Una vez confirmados los cargos de conformidad con el presente artículo, la Presidencia constituirá una Sala de Primera Instancia que, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 8 del presente artículo y en el párrafo 4 del artículo 64, se encargará de la siguiente fase del procedimiento y podrá ejercer las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares que sean pertinentes y apropiadas en ese procedimiento.

PARTE VI. DEL JUICIO

Artículo 62 Lugar del juicio

A menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte.

Artículo 63 Presencia del acusado en el juicio

1. El acusado estará presente durante el juicio.

2. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

Artículo 64 Funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia

1. Las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia enunciadas en el presente artículo deberán ejercerse de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

2. La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos.

3. La Sala de Primera Instancia a la que se asigne una causa de conformidad con el presente Estatuto:

a) Celebrará consultas con las partes y adoptará los procedimientos que sean necesarios para que el juicio se sustancie de manera justa y expedita;

b) Determinará el idioma o los idiomas que habrán de utilizarse en el juicio; y

c) Con sujeción a cualesquiera otras disposiciones pertinentes del presente Estatuto, dispondrá la divulgación de los documentos o de la información que no se hayan divulgado anteriormente, con suficiente antelación al comienzo del juicio como para permitir su preparación adecuada.

Jurisdiction Seminar der Universität Göttingen

4. La Sala de Primera Instancia podrá, en caso de ser necesario para su funcionamiento eficaz e imparcial, remitir cuestiones preliminares a la Sala de Cuestiones Preliminares o, de ser necesario, a otro magistrado de la Sección de Cuestiones Preliminares que esté disponible.

5. Al notificar a las partes, la Sala de Primera Instancia podrá, según proceda, indicar que se deberán acumular o separar los cargos cuando haya más de un acusado.

6. Al desempeñar sus funciones antes del juicio o en el curso de éste, la Sala de Primera Instancia podrá, de ser necesario:

a) Ejercer cualquiera de las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares indicadas en el párrafo 11 del artículo 61;

b) Ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas recabando, de ser necesario, la asistencia de los Estados con arreglo a lo dispuesto en el presente Estatuto;

c) Adoptar medidas para la protección de la información confidencial;

d) Ordenar la presentación de pruebas adicionales a las ya reunidas con antelación al juicio o a las presentadas durante el juicio por las partes;

e) Adoptar medidas para la protección del acusado, de los testigos y de las víctimas; y

f) Dirimir cualesquiera otras cuestiones pertinentes.

7. El juicio será público. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia podrá decidir que determinadas diligencias se efectúen a puerta cerrada, de conformidad con el artículo 68, debido a circunstancias especiales o para proteger la información de carácter confidencial o restringida que haya de presentarse en la práctica de la prueba.

8.

a) Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos. Dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el artículo 65 o de declararse inocente;

b) Durante el juicio, el magistrado presidente podrá impartir directivas para la sustanciación del juicio, en particular para que éste sea justo e imparcial. Con sujeción a las directivas que imparta el magistrado presidente, las partes podrán presentar pruebas de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto.

9. La Sala de Primera Instancia podrá, a petición de una de las partes o de oficio, entre otras cosas:

a) Decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas;

b) Tomar todas las medidas necesarias para mantener el orden en las audiencias.

10. La Sala de Primera Instancia hará que el Secretario lleve y conserve un expediente completo del juicio, en el que se consignen fielmente las diligencias practicadas.

Artículo 65 Procedimiento en caso de declaración de culpabilidad

1. Si el acusado se declara culpable en las condiciones indicadas en el párrafo 8 a) del artículo 64, la Sala de Primera Instancia determinará:

a) Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad;

b) Si esa declaración ha sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor; y

c) Si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa conforme a:

i) Los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado;

ii) Las piezas complementarias de los cargos presentados por el Fiscal y aceptados por el acusado; y

iii) Otras pruebas, como declaraciones de testigos, presentadas por el Fiscal o el acusado.

2. La Sala de Primera Instancia, de constatar que se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1, considerará que la declaración de culpabilidad, junto con las pruebas adicionales presentadas, constituye un reconocimiento de todos los hechos esenciales que configuran el crimen del cual se ha declarado culpable el acusado y podrá condenarlo por ese crimen.

3. La Sala de Primera Instancia, de constatar que no se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1, tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y, en ese caso, ordenará que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario estipulado en el presente Estatuto y podrá remitir la causa a otra Sala de Primera Instancia.

4. La Sala de Primera Instancia, cuando considere necesaria en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas, una presentación más completa de los hechos de la causa, podrá:

a) Pedir al Fiscal que presente pruebas adicionales, inclusive declaraciones de testigos; u

b) Ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario estipulado en el presente Estatuto, en cuyo caso tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y podrá remitir la causa a otra Sala de Primera Instancia.

5. Las consultas que celebren el Fiscal y la defensa respecto de la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena que habrá de imponerse no serán obligatorias para la Corte.

Artículo 66 Presunción de inocencia

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.

2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.

3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Artículo 67 Derechos del acusado

1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto;

f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla;

g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y

i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.

2. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.

Artículo 68 Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones

1. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 2, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

2. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de

agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.

3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43.

5. Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentan dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

6. Todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias respecto de la protección de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido.

Artículo 69 Práctica de las pruebas

1. Antes de declarar, cada testigo se comprometerá, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, a decir verdad en su testimonio.

2. La prueba testimonial deberá rendirse en persona en el juicio, salvo cuando se apliquen las medidas establecidas en el artículo 68 o en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Asimismo, la Corte podrá permitir al testigo que preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de vídeo o audio, así como que se presenten documentos o transcripciones escritas, con sujeción al presente Estatuto y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado ni serán incompatibles con éstos.

3. Las partes podrán presentar pruebas pertinentes a la causa, de conformidad con el artículo 64. La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos.

4. La Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

5. La Corte respetará los privilegios de confidencialidad establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

6. La Corte no exigirá prueba de los hechos de dominio público, pero podrá incorporarlos en autos.

7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o

b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

8. La Corte, al decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas presentadas por un Estado, no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado.

Artículo 70

1. La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:

a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69;

b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;

c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;

d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;

e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y

f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.

2. Las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán los principios y procedimientos que regulen el ejercicio por la Corte de su competencia sobre los delitos a que se hace referencia en el presente artículo. Las condiciones de la cooperación internacional con la Corte respecto de las actuaciones que realice de conformidad con el presente artículo se regirán por el derecho interno del Estado requerido.

3. En caso de decisión condenatoria, la Corte podrá imponer una pena de reclusión no superior a cinco años o una multa, o ambas penas, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4.a) Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales;

b) A solicitud de la Corte, el Estado Parte, siempre que lo considere apropiado, someterá el asunto a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento. Esas autoridades conocerán de tales asuntos con diligencia y asignarán medios suficientes para que las causas se sustancien en forma eficaz.

Artículo 71 Sanciones por faltas de conducta en la Corte

1. En caso de faltas de conducta de personas presentes en la Corte, tales como perturbar las audiencias o negarse deliberadamente a cumplir sus órdenes, la Corte podrá imponer sanciones administrativas, que no entrañen privación de la libertad, como expulsión temporal o permanente de la sala, multa u otra medida similares establecidas en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

2. El procedimiento para imponer las medidas a que se refiere el párrafo 1 se regirá por las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo 72 Protección de información que afecte a la seguridad nacional

1. El presente artículo será aplicable en todos los casos en que la divulgación de información o documentos de un Estado pueda, a juicio de éste, afectar a los intereses de su seguridad nacional. Esos casos son los comprendidos en el ámbito de los párrafos 2 y 3 del artículo 56, el párrafo 3 del artículo 61, el párrafo 3 del artículo 64, el párrafo 2 del artículo 67, el párrafo 6 del artículo 68, el párrafo 6 del artículo 87 y el artículo 93, así como los que se presenten en cualquier otra fase del procedimiento en el contexto de esa divulgación.

2. El presente artículo se aplicará también cuando una persona a quien se haya solicitado información o pruebas se niegue a presentarlas o haya pedido un pronunciamiento del Estado porque su divulgación afectaría a los intereses de la seguridad nacional del Estado, y el Estado de que se trate confirme que, a su juicio, esa divulgación afectaría a los intereses de su seguridad nacional.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a los privilegios de confidencialidad a que se refieren los apartados e) y f) del párrafo 3 del artículo 54 ni la aplicación del artículo 73.

4. Si un Estado tiene conocimiento de que información o documentos suyos están siendo divulgados o pueden serlo en cualquier fase del procedimiento y estima que esa divulgación afectaría a sus intereses de seguridad nacional, tendrá derecho a pedir que la cuestión se resuelva de conformidad con el presente artículo.

5. El Estado a cuyo juicio la divulgación de información afectara a sus intereses de seguridad nacional adoptará, actuando en conjunto con el Fiscal, la defensa, la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia según sea el caso, todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación. Esas medidas podrán ser, entre otras, las siguientes:

a) La modificación o aclaración de la solicitud;

b) Una decisión de la Corte respecto de la pertinencia de la información o de las pruebas solicitadas, o una decisión sobre si las pruebas, aunque pertinentes, pudieran obtenerse o se hubieran obtenido de una fuente distinta del Estado;

c) La obtención de la información o las pruebas de una fuente distinta o en una forma diferente; o

d) Un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia, que incluya, entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o ex parte, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al Estatuto o las Reglas.

6. Una vez que se hayan adoptado todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación, el Estado, si considera que la información o los documentos no pueden proporcionarse ni divulgarse por medio alguno ni bajo ninguna condición sin perjuicio de sus intereses de seguridad nacional, notificará al Fiscal o a la Corte las razones concretas de su decisión, a menos que la indicación concreta de esas razones perjudique necesariamente los intereses de seguridad nacional del Estado.

7. Posteriormente, si la Corte decide que la prueba es pertinente y necesaria para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, podrá adoptar las disposiciones siguientes:

a) Cuando se solicite la divulgación de la información o del documento de conformidad con una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX del presente Estatuto o en las circunstancias a que se refiere el párrafo 2 del presente artículo, y el Estado hiciere valer para denegarla el motivo indicado en el párrafo 4 del artículo 93:

i) La Corte podrá, antes de adoptar una de las conclusiones a que se refiere el inciso ii) del apartado a) del párrafo 7, solicitar nuevas consultas con el fin de oír las razones del Estado. La Corte, si el Estado lo solicita, celebrará las consultas a puerta cerrada y ex parte;

ii) Si la Corte llega a la conclusión de que, al hacer valer el motivo de denegación indicado en el párrafo 4 del artículo 93, dadas las circunstancias del caso, el Estado requerido no está actuando de conformidad con las obligaciones que le impone el presente Estatuto, podrá remitir la cuestión de conformidad con el párrafo 7 del artículo 87, especificando las razones de su conclusión; y

iii) La Corte, en el juicio del acusado, podrá establecer las presunciones respecto de la existencia o inexistencia de un hecho que sean apropiadas en razón de las circunstancias; o

b) En todas las demás circunstancias:

i) Ordenar la divulgación; o

ii) Si no ordena la divulgación, establecer las presunciones relativas a la culpabilidad o a la inocencia del acusado que sean apropiadas en razón de las circunstancias.

Artículo 73 Información o documentos de terceros

La Corte, si pide a un Estado Parte que le proporcione información o un documento que esté bajo su custodia, posesión o control y que le haya sido divulgado por un Estado, una organización intergubernamental o una organización internacional a título confidencial, recabará el consentimiento de su autor para divulgar la información o el documento. Si el autor es un Estado Parte, podrá consentir en divulgar dicha información o documento o comprometerse a resolver la cuestión con la Corte, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 72. Si el autor no es un Estado Parte y no consiente en divulgar la información o el documento, el Estado requerido comunicará a la Corte que no puede proporcionar la información o el documento de que se trate en razón de la obligación contraída con su autor de preservar su carácter confidencial.

Artículo 74 Requisitos para el fallo

1. Todos los magistrados de la Sala de Primera Instancia estarán presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones. La Presidencia podrá designar para cada causa y según estén disponibles uno o varios magistrados suplentes para que asistan a todas las fases del juicio y sustituyan a cualquier miembro de la Sala de Primera Instancia que se vea imposibilitado para seguir participando en el juicio.

2. La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

3. Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, éste será adoptado por mayoría.

4. Las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas.

5. El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública.

Artículo 75 Reparación a las víctimas

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

Artículo 76 Fallo condenatorio

1. En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las presentaciones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso.

2. Salvo en el caso en que sea aplicable el artículo 65, la Sala de Primera Instancia podrá convocar de oficio una nueva audiencia, y tendrá que hacerlo si lo solicitan el Fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar presentaciones adicionales relativas a la pena, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

3. En el caso en que sea aplicable el párrafo 2, en la audiencia a que se hace referencia en ese párrafo o, de ser necesario, en una audiencia adicional se escucharán las presentaciones que se hagan en virtud del artículo 75.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

4. La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

PARTE VII. DE LAS PENAS

Artículo 77 Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 78 Imposición de la pena

1. Al 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.

2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.

Artículo 79 Fondo fiduciario

1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.

3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes.

Artículo 80 El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional

Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.

PARTE VIII. DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN

Artículo 81 Apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena

Los fallos dictados de conformidad con el artículo 74 serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, según se dispone a continuación:

a) El Fiscal podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:

i) Vicio de procedimiento;

ii) Error de hecho; o

iii) Error de derecho;

b) El condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:

i) Vicio de procedimiento;

ii) Error de hecho;

iii) Error de derecho;

iv) Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.

a)El Fiscal o el condenado podrán apelar de una sentencia, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la condena;

b) La Corte, si al conocer de la apelación de una sentencia, considerase que hay fundamentos para revocar la condena en todo o parte, podrá invitar al Fiscal y al condenado a que presenten sus argumentos de conformidad con los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 81 y podrá dictar una decisión respecto de la condena de conformidad con el artículo 83;

c) Este procedimiento también será aplicable cuando la Corte, al conocer de una apelación contra la sentencia únicamente, considere que hay fundamentos para reducir la pena en virtud del párrafo 2 a).

3.

a) Salvo que la Sala de Primera Instancia ordene otra cosa, el condenado permanecerá privado de libertad mientras se falla la apelación;

b) Cuando la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será puesto en libertad; sin embargo, si el Fiscal también apelase, esa libertad podrá quedar sujeta a las condiciones enunciadas en el apartado siguiente;

c) Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado será puesto en libertad de inmediato, con sujeción a las normas siguientes:

i) En circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación, la Sala de Primera Instancia, a solicitud del Fiscal, podrá decretar que siga privado de la libertad mientras dure la apelación;

ii) Las decisiones dictadas por la Sala de Apelaciones en virtud del inciso precedente serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. Con sujeción a lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 3, la ejecución de la decisión o sentencia será suspendida durante el plazo fijado para la apelación y mientras dure el procedimiento de apelación.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

Artículo 82 Apelación de otras decisiones

1. Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones:

a) Una decisión relativa a la competencia o la admisibilidad;

b) Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento;

c) Una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56;

d) Una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, un dictamen inmediato de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso.

2. El Estado de que se trate o el Fiscal, con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, podrá apelar de una decisión adoptada por esta Sala de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57. La apelación será sustanciada en procedimiento sumario.

3. La apelación no suspenderá por sí misma el procedimiento a menos que la Sala de Apelaciones lo dictamine, previa solicitud y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. El representante legal de las víctimas, el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados por una providencia dictada en virtud del artículo 73 podrán apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de la decisión por la cual se conceda reparación.

Artículo 83 Procedimiento de apelación

1. A los efectos del procedimiento establecido en el artículo 81 y en el presente artículo, la Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia.

2. La Sala de Apelaciones, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento, podrá:

a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; o

b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia.

A estos efectos, la Sala de Apelaciones podrá devolver una cuestión de hecho a la Sala de Primera Instancia original para que la examine y le informe según corresponda, o podrá ella misma pedir pruebas para dirimirla. El fallo o la pena apelados únicamente por el condenado, o por el Fiscal en nombre de éste, no podrán ser modificados en perjuicio suyo.

3. La Sala de Apelaciones, si al conocer de una apelación contra la pena, considera que hay una desproporción entre el crimen y la pena, podrá modificar ésta de conformidad con lo dispuesto en la Parte VII.

4. La sentencia de la Sala de Apelaciones será aprobada por mayoría de los magistrados que la componen y anunciada en audiencia pública. La sentencia enunciará las razones en que se funda. De no haber unanimidad, consignará las

opiniones de la mayoría y de la minoría, si bien un magistrado podrá emitir una opinión separada o disidente sobre una cuestión de derecho.

5. La Sala de Apelaciones podrá dictar sentencia en ausencia de la persona absuelta o condenada.

Artículo 84 Revisión del fallo condenatorio o de la pena

1. El condenado o, después de su fallecimiento, el cónyuge, los hijos, los padres o quien estuviera vivo al momento de la muerte del acusado y tuviera instrucciones escritas del acusado de hacerlo, o el Fiscal en su nombre, podrá pedir a la Sala de Apelaciones que revise la sentencia definitiva condenatoria o la pena por las siguientes causas:

a) Se hubieren descubierto nuevas pruebas que:

i) No se hallaban disponibles a la época del juicio por motivos que no cabría imputar total o parcialmente a la parte que formula la solicitud; y

ii) Son suficientemente importantes como para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente hubieran dado lugar a otro veredicto;

b) Se acabare de descubrir que un elemento de prueba decisivo, apreciado en el juicio y del cual depende la condena, era falso o habría sido objeto de adulteración o falsificación;

c) Uno o varios de los jueces que intervinieron en la sentencia condenatoria o en la confirmación de los cargos han incurrido, en esa causa, en una falta o un incumplimiento de sus funciones de gravedad suficiente para justificar su separación del cargo de conformidad con el artículo 46.

2. La Sala de Apelaciones rechazará la solicitud si la considera infundada. Si determina que la solicitud es atendible, podrá, según corresponda:

a) Convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original;

b) Constituir una nueva Sala de Primera Instancia; o

c) Mantener su competencia respecto del asunto,

para, tras oír a las partes en la manera establecida en las Reglas de Procedimiento y Prueba, determinar si ha de revisarse la sentencia.

Artículo 85 Indemnización del detenido o condenado

1. El que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado.

2. El que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido la pena correspondiente será indemnizado conforme a la ley de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.

3. En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.

PARTE IX. DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 86 Obligación general de cooperar

Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

Artículo 87 Solicitudes de cooperación: disposiciones generales

1.

a) La Corte estará facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes. Éstas se transmitirán por vía diplomática o por cualquier otro conducto adecuado que haya designado cada Estado Parte a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Cada Estado Parte podrá cambiar posteriormente esa designación de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

b) Cuando proceda, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), las solicitudes podrán transmitirse también por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal o de cualquier organización regional competente.

2. Las solicitudes de cooperación y los documentos que las justifiquen estarán redactados en un idioma oficial del Estado requerido, o acompañados de una traducción a ese idioma, o en uno de los idiomas de trabajo de la Corte, según la elección que haya hecho el Estado a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

El Estado Parte podrá cambiar posteriormente esa elección de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

3. El Estado requerido preservará el carácter confidencial de toda solicitud de cooperación y de los documentos que las justifiquen, salvo en la medida en que su divulgación sea necesaria para tramitarla.

4. Con respecto a las solicitudes de asistencia presentadas de conformidad con la presente parte, la Corte podrá adoptar todas las medidas, incluidas las relativas a la protección de la información, que sean necesarias para proteger la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares. La Corte podrá solicitar que toda información comunicada en virtud de la presente parte sea transmitida y procesada de manera que se proteja la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares.

5. La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.

Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

6. La Corte podrá solicitar de cualquier organización intergubernamental que le proporcione información o documentos. Asimismo, la Corte podrá solicitar otras formas

de cooperación y asistencia que se hayan acordado con cualquiera de esas organizaciones, de conformidad con su competencia o mandato.

7. Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

Artículo 88 Procedimientos aplicables en el derecho interno

Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.

Artículo 89 Entrega de personas a la Corte

1. La Corte podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno.

2. Cuando la persona cuya entrega se pida la impugne ante un tribunal nacional oponiendo la excepción de cosa juzgada de conformidad con el artículo 20, el Estado requerido celebrará de inmediato consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa es admisible, el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega hasta que la Corte adopte esa decisión.

3.

a) El Estado Parte autorizará de conformidad con su derecho procesal el tránsito por su territorio de una persona que otro Estado entregue a la Corte, salvo cuando el tránsito por ese Estado obstaculice o demore la entrega;

b) La solicitud de la Corte de que se autorice ese tránsito será transmitida de conformidad con el artículo 87 y contendrá:

i) Una descripción de la persona que será transportada;

ii) Una breve exposición de los hechos de la causa y su tipificación; y

iii) La orden de detención y entrega;

c) La persona transportada permanecerá detenida durante el tránsito;

d) No se requerirá autorización alguna cuando la persona sea transportada por vía aérea y no se prevea aterrizar en el territorio del Estado de tránsito;

e) En caso de aterrizaje imprevisto en el territorio del Estado de tránsito, éste podrá pedir a la Corte que presente una solicitud de tránsito con arreglo a lo dispuesto en el apartado b). El Estado de tránsito detendrá a la persona transportada mientras se recibe la solicitud de la Corte y se efectúa el tránsito; sin embargo, la detención no podrá prolongarse más de 96 horas contadas desde el aterrizaje imprevisto si la solicitud no es recibida dentro de ese plazo.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

4. Si la persona buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte.

Artículo 90 Solicitudes concurrentes

1. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de la Corte relativa a la entrega de una persona de conformidad con el artículo 89, y reciba además una solicitud de cualquier otro Estado relativa a la extradición de la misma persona por la misma conducta que constituya la base del crimen en razón del cual la Corte ha pedido la entrega, notificará a la Corte y al Estado requirente ese hecho.

2. Si el Estado requirente es un Estado Parte, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la Corte cuando:

a) Haya determinado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y 19, que la causa respecto de la cual se solicita la entrega es admisible y en su decisión haya tenido en cuenta la investigación o el enjuiciamiento que lleva a cabo el Estado requirente con respecto a la solicitud de extradición que éste ha presentado; o

b) Adopte la decisión a que se refiere el apartado a) con arreglo a la notificación efectuada por el Estado requerido de conformidad con el párrafo 1.

3. Cuando no se haya adoptado la decisión a que se hace referencia en el párrafo 2 a), el Estado requerido tendrá la facultad discrecional, hasta que se dicte la decisión de la Corte prevista en el párrafo 2 b), de dar curso a la solicitud de extradición presentada por el Estado requirente, pero no la hará efectiva hasta que la Corte haya resuelto que la causa es inadmisible. La Corte adoptará su decisión en procedimiento sumario.

4. Si el Estado requirente no es parte en el presente Estatuto, el Estado requerido, en caso de que no esté obligado por alguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, dará prioridad a la solicitud de entrega que le haya hecho la Corte si ésta ha determinado que la causa era admisible.

5. Cuando la Corte no haya determinado la admisibilidad de una causa de conformidad con el párrafo 4, el Estado requerido tendrá la facultad discrecional de dar curso a la solicitud de extradición que le haya hecho el Estado requirente.

6. En los casos en que sea aplicable el párrafo 4, y salvo que el Estado requerido esté obligado por alguna norma internacional a extraditar la persona al Estado requirente que no sea parte en el presente Estatuto, el Estado requerido decidirá si hace la entrega a la Corte o concede la extradición al Estado requirente. Para tomar esta decisión, el Estado requerido tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, entre otros:

a) Las fechas respectivas de las solicitudes;

b) Los intereses del Estado requirente y, cuando proceda, si el crimen se cometió en su territorio y cuál es la nacionalidad de las víctimas y de la persona cuya entrega o extradición se ha solicitado; y

c) La posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen posteriormente a un acuerdo respecto de la entrega.

7. Cuando el Estado Parte que reciba una solicitud de la Corte de entrega de una persona reciba también una solicitud de otro Estado relativa a la extradición de la

misma persona por una conducta distinta de la que constituye el crimen en razón del cual la Corte solicita la entrega:

a) El Estado requerido, si no está obligado por ninguna norma internacional a conceder la extradición al Estado Parte requirente, dará preferencia a la solicitud de la Corte;

b) El Estado requerido, si está obligado por una norma internacional a conceder la extradición al Estado Parte requirente, decidirá si la entrega a la Corte o la extradita al Estado requirente. En esta decisión, el Estado requerido tendrá en cuenta todos los factores pertinentes y, entre otros, los enumerados en el párrafo 6, pero tendrá especialmente en cuenta la naturaleza y la gravedad relativas de la conducta de que se trate.

8. Cuando, de conformidad con una notificación efectuada con arreglo al presente artículo, la Corte haya determinado la inadmisibilidad de una causa y posteriormente se deniegue la extradición al Estado requirente, el Estado requerido notificará su decisión a la Corte.

Artículo 91 Contenido de la solicitud de detención y entrega

1. La solicitud de detención y entrega deberá formularse por escrito. En caso de urgencia, se podrá hacer por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita, a condición de que la solicitud sea confirmada en la forma indicada en el párrafo 1 a) del artículo 87.

2. La solicitud de detención y entrega de una persona respecto de la cual la Sala de Cuestiones Preliminares haya dictado una orden de detención de conformidad con el artículo 58 deberá contener los elementos siguientes o ir acompañada de:

a) Información suficiente para la identificación de la persona buscada y datos sobre su probable paradero;

b) Una copia de la orden de detención; y

c) Los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega; sin embargo, esos requisitos no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte.

3. La solicitud de detención y entrega del condenado deberá contener los siguientes elementos o ir acompañada de:

a) Copia de la orden de detención dictada en su contra;

b) Copia de la sentencia condenatoria;

c) Datos que demuestren que la persona buscada es aquella a la que se refiere la sentencia condenatoria; y

d) Si la persona que se busca ha sido ya condenada, copia de la sentencia y, en el caso de una pena de reclusión, una indicación de la parte de la pena que se ha cumplido y de la que queda por cumplir.

4. A solicitud de la Corte, el Estado Parte consultará con ésta, en general o con respecto a un asunto concreto, sobre las disposiciones de su derecho interno que puedan ser aplicables de conformidad con el apartado c) del párrafo 2 del presente artículo. En esas consultas, el Estado Parte comunicará a la Corte las disposiciones específicas de su derecho interno.

Artículo 92 Detención provisional

1. En caso de urgencia, la Corte podrá solicitar la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen de conformidad con el artículo 91.

2. La solicitud de detención provisional deberá hacerse por cualquier medio que permita dejar constancia escrita y contendrá:

a) Información suficiente para identificar a la persona buscada y datos sobre su probable paradero;

b) Una exposición concisa de los crímenes por los que se pida la detención y de los hechos que presuntamente serían constitutivos de esos crímenes, inclusive, de ser posible, la indicación de la fecha y el lugar en que se cometieron;

c) Una declaración de que existe una orden de detención o una decisión final condenatoria respecto de la persona buscada; y

d) Una declaración de que se presentará una solicitud de entrega de la persona buscada.

3. La persona sometida a detención provisional podrá ser puesta en libertad si el Estado requerido no hubiere recibido la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen, de conformidad con el artículo 91, dentro del plazo fijado en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Sin embargo, el detenido podrá consentir en la entrega antes de que se cumpla dicho plazo siempre que lo permita el derecho interno del Estado requerido. En ese caso, el Estado requerido procederá a entregar al detenido a la Corte tan pronto como sea posible.

4. El hecho de que la persona buscada haya sido puesta en libertad de conformidad con el párrafo 3 no obstará para que sea nuevamente detenida y entregada una vez que el Estado requerido reciba la solicitud de entrega y los documentos que la justifiquen.

Artículo 93 Otras formas de cooperación

1. Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en la presente parte y con los procedimientos de su derecho interno deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de:

a) Identificar y buscar personas u objetos;

b) Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y presentar pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte;

c) Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento;

d) Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales;

e) Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos;

f) Proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7;

g) Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes;

h) Practicar allanamientos y decomisos;

i) Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales;

j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas;

k) Identificar, determinar el paradero o congelar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y

l) Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte.

2. La Corte podrá dar seguridades a los testigos o expertos que comparezcan ante ella de que no serán enjuiciados o detenidos ni se restringirá su libertad personal por un acto u omisión anterior a su salida del Estado requerido.

3. Cuando la ejecución de una determinada medida de asistencia detallada en una solicitud presentada de conformidad con el párrafo 1 estuviera prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general, el Estado requerido celebrará sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión. En las consultas se debería considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Si, después de celebrar consultas, no se pudiera resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario.

4. El Estado Parte podrá no dar lugar a una solicitud de asistencia, en su totalidad o en parte, de conformidad con el artículo 72 y únicamente si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional.

5. Antes de denegar una solicitud de asistencia de conformidad con el párrafo 1 l), el Estado requerido considerará si se puede prestar la asistencia con sujeción a ciertas condiciones, o si es posible hacerlo en una fecha posterior o de otra manera. La Corte o el Fiscal, si aceptan la asistencia sujeta a condiciones, tendrán que cumplirlas.

6. Si no se da lugar a una solicitud de asistencia, el Estado Parte requerido deberá comunicar sin demora los motivos a la Corte o al Fiscal.

7.

a) La Corte podrá solicitar el traslado provisional de un detenido a los fines de su identificación o de que preste testimonio o asistencia de otra índole. El traslado podrá realizarse siempre que:

i) El detenido dé su libre consentimiento; y

ii) El Estado requerido lo acepte, con sujeción a las condiciones que hubiere acordado con la Corte;

b) La persona trasladada permanecerá detenida. Una vez cumplidos los fines del traslado, la Corte la devolverá sin dilación al Estado requerido.

8.

a) La Corte velará por la protección del carácter confidencial de los documentos y de la información, salvo en la medida en que éstos sean necesarios para la investigación y las diligencias pedidas en la solicitud;

b) El Estado requerido podrá, cuando sea necesario, transmitir al Fiscal documentos o información con carácter confidencial. El Fiscal únicamente podrá utilizarlos para reunir nuevas pruebas;

c) El Estado requerido podrá, de oficio o a solicitud del Fiscal, autorizar la divulgación ulterior de estos documentos o información, los cuales podrán utilizarse como medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en las partes V y VI y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

9.

a)

i) El Estado Parte que reciba solicitudes concurrentes de la Corte y de otro Estado de conformidad con una obligación internacional y que no se refieran a la entrega o la extradición, procurará, en consulta con la Corte y el otro Estado, atender ambas solicitudes, de ser necesario postergando o condicionando una de ellas;

ii) Si esto no fuera posible, la cuestión de las solicitudes concurrentes se resolverá de conformidad con los principios enunciados en el artículo 90;

b) Sin embargo, cuando la solicitud de la Corte se refiera a información, bienes o personas que estén sometidos al control de un tercer Estado o de una organización internacional en virtud de un acuerdo internacional, el Estado requerido lo comunicará a la Corte y la Corte dirigirá su solicitud al tercer Estado o a la organización internacional.

10.

a) A solicitud de un Estado Parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la Corte o que constituya un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente, la Corte podrá cooperar con él y prestarle asistencia;

b) (i) La asistencia prestada de conformidad con el apartado (a) podrá comprender, entre otras cosas:

(1) La transmisión de declaraciones, documentos u otros elementos de prueba obtenidos en el curso de una investigación o de un proceso sustanciado por la Corte; y

(2) El interrogatorio de una persona detenida por orden de la Corte;

(ii) En el caso de la asistencia prevista en el apartado (b) (i) (1):

(1) Si los documentos u otros elementos de prueba se hubieren obtenido con la asistencia de un Estado, su transmisión estará subordinada al consentimiento de dicho Estado;

(2) Si las declaraciones, los documentos u otros elementos de prueba hubieren sido proporcionados por un testigo o un perito, su transmisión estará subordinada a lo dispuesto en el artículo 68;

c) La Corte podrá, de conformidad con el presente párrafo y en las condiciones enunciadas en él, acceder a una solicitud de asistencia presentada por un Estado que no sea parte en el presente Estatuto.

Artículo 94 Aplazamiento de la ejecución de una solicitud de asistencia con respecto a una investigación o un enjuiciamiento en curso

1. Si la ejecución inmediata de una solicitud de asistencia interfiriere una investigación o enjuiciamiento en curso de un asunto distinto de aquel al que se refiera la solicitud, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución por el tiempo que acuerde con la Corte. No obstante, el aplazamiento no excederá de lo necesario para concluir la investigación o el enjuiciamiento de que se trate en el Estado requerido. Antes de tomar la decisión de aplazar la ejecución de la solicitud, el Estado requerido debe considerar si se podría prestar inmediatamente la asistencia con sujeción a ciertas condiciones.

2. Si, de conformidad con el párrafo 1, se decidiere aplazar la ejecución de una solicitud de asistencia, el Fiscal podrá en todo caso pedir que se adopten las medidas necesarias para preservar pruebas de conformidad con el párrafo 1 j)) del artículo 93.

Artículo 95 Aplazamiento de la ejecución de una solicitud por haberse impugnado la admisibilidad de la causa

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 53, cuando la Corte proceda a examinar una impugnación de la admisibilidad de una causa de conformidad con los artículos 18 ó 19, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de una solicitud hecha de conformidad con esta parte hasta que la Corte se pronuncie sobre la impugnación, a menos que ésta haya resuelto expresamente que el Fiscal podrá continuar recogiendo pruebas conforme a lo previsto en los artículos 18 ó 19.

Artículo 96 Contenido de la solicitud relativa a otras formas de asistencia de conformidad con el artículo 93

1. La solicitud relativa a otras formas de asistencia a que se hace referencia en el artículo 93 deberá hacerse por escrito. En caso de urgencia, se podrá hacer por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita, a condición de que la solicitud sea confirmada en la forma indicada en el párrafo 1 a) del artículo 87.

2. La solicitud deberá contener los siguientes elementos o estar acompañada de, según proceda:

a) Una exposición concisa de su propósito y de la asistencia solicitada, incluidos los fundamentos jurídicos y los motivos de la solicitud;

b) La información más detallada posible acerca del paradero o la identificación de la persona o el lugar objeto de la búsqueda o la identificación, de forma que se pueda prestar la asistencia solicitada;

c) Una exposición concisa de los hechos esenciales que fundamentan la solicitud;

d) Las razones y la indicación detallada de cualquier procedimiento que deba seguirse o requisito que deba cumplirse;

e) Cualquier información que pueda ser necesaria conforme al derecho interno del Estado requerido para cumplir la solicitud; y

f) Cualquier otra información pertinente para que pueda prestarse la asistencia solicitada.

3. A solicitud de la Corte, todo Estado Parte consultará con la Corte, en general o respecto de un asunto concreto, sobre las disposiciones de su derecho interno que puedan ser aplicables de conformidad con el párrafo 2 e). En esas consultas, los Estados Partes comunicarán a la Corte las disposiciones específicas de su derecho interno.

4. Las disposiciones del presente artículo serán también aplicables, según proceda, con respecto a las solicitudes de asistencia hechas a la Corte.

Artículo 97 Consultas con la Corte

El Estado Parte que reciba una solicitud de conformidad con la presente parte celebrará sin dilación consultas con la Corte si considera que la solicitud le plantea problemas que puedan obstaculizar o impedir su cumplimiento. Esos problemas podrían ser, entre otros:

a) Que la información fuese insuficiente para cumplir la solicitud;

b) Que, en el caso de una solicitud de entrega, la persona no pudiera ser localizada, pese a los intentos realizados, o que en la investigación realizada se hubiere determinado claramente que la persona en el Estado de detención no es la indicada en la solicitud; o

c) Que el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado.

Artículo 98 Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.

Artículo 99 Cumplimiento de las solicitudes a que se hace referencia en los artículos 93 y 96

1. Las solicitudes de asistencia se cumplirán de conformidad con el procedimiento aplicable en el derecho interno del Estado requerido y, salvo si ese derecho lo prohibe, en la forma especificada en la solicitud, incluidos los procedimientos indicados en ella y la autorización a las personas especificadas en ella para estar presentes y prestar asistencia en el trámite.

2. En el caso de una solicitud urgente y cuando la Corte lo pida, los documentos o pruebas incluidos en la respuesta serán transmitidos con urgencia.

3. Las respuestas del Estado requerido serán transmitidas en su idioma y forma original.

4. Sin perjuicio de los demás artículos de la presente parte, cuando resulte necesario en el caso de una solicitud que pueda ejecutarse sin necesidad de medidas coercitivas, en particular la entrevista a una persona o la recepción de pruebas de una persona voluntariamente, aun cuando sea sin la presencia de las autoridades del Estado Parte requerido si ello fuere esencial para la ejecución de la solicitud, y el reconocimiento de un lugar u otro recinto que no entrañe un cambio en él, el Fiscal podrá ejecutar directamente la solicitud en el territorio de un Estado según se indica a continuación:

a) Cuando el Estado Parte requerido fuere un Estado en cuyo territorio se hubiera cometido presuntamente el crimen, y hubiere habido una decisión de admisibilidad de conformidad con los artículos 18 ó 19, el Fiscal podrá ejecutar directamente la solicitud tras celebrar todas las consultas posibles con el Estado Parte requerido;

b) En los demás casos, el Fiscal podrá ejecutar la solicitud tras celebrar consultas con el Estado Parte requerido y con sujeción a cualquier condición u observación razonable que imponga o haga ese Estado Parte. Cuando el Estado Parte requerido considere que hay problemas para la ejecución de una solicitud de conformidad con el presente apartado, celebrará consultas sin demora con la Corte para resolver la cuestión.

5. Las disposiciones en virtud de las cuales una persona que sea oída o interrogada por la Corte con arreglo al artículo 72 podrá hacer valer las restricciones previstas para impedir la divulgación de información confidencial relacionada con la defensa o la seguridad nacionales serán igualmente aplicables al cumplimiento de las solicitudes de asistencia a que se hace referencia en el presente artículo.

Artículo 100 Gastos

1. Los gastos ordinarios que se deriven del cumplimiento de las solicitudes en el territorio del Estado requerido correrán a cargo de éste, con excepción de los siguientes, que correrán a cargo de la Corte:

a) Gastos relacionados con el viaje y la seguridad de los testigos y peritos, o el traslado, con arreglo al artículo 93, de personas detenidas;

b) Gastos de traducción, interpretación y transcripción;

c) Gastos de viaje y dietas de los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario, el secretario adjunto y los funcionarios de cualquier órgano de la Corte;

d) Costo de los informes o dictámenes periciales solicitados por la Corte;

e) Gastos relacionados con el transporte de la persona que entregue a la Corte un Estado de detención; y

f) Previa consulta, todos los gastos extraordinarios que puedan ser resultado del cumplimiento de una solicitud.

2. Las disposiciones del párrafo 1 serán aplicables, según proceda, a las solicitudes hechas por los Estados Partes a la Corte. En ese caso, los gastos ordinarios que se deriven de su cumplimiento correrán a cargo de la Corte.

Artículo 101 Principio de la especialidad

1. Quien haya sido entregado a la Corte en virtud del presente Estatuto no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado.

2. La Corte podrá pedir al Estado que hizo la entrega que la dispense del cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 1 y, si fuere necesario, proporcionará información adicional de conformidad con el artículo 91. Los Estados Partes estarán facultados para dar esa dispensa a la Corte y procurarán hacerlo.

Artículo 102 Términos empleados A los efectos del presente Estatuto:

a) Por «entrega» se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto;

b) Por «extradición» se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno.

PARTE X. DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Artículo 103 Función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad

1.

a) La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados;

b) En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte;

c) El Estado designado en un caso determinado indicará sin demora a la Corte si acepta la designación.

2.

a) El Estado de ejecución de la pena notificará a la Corte cualesquiera circunstancias, incluido el cumplimiento de las condiciones aceptadas con arreglo al párrafo 1, que pudieren afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad. Las circunstancias conocidas o previsibles deberán ponerse en conocimiento de la Corte con una antelación mínima de 45 días. Durante este período, el Estado de ejecución no adoptará medida alguna que redunde en perjuicio de lo dispuesto en el artículo 110;

b) La Corte, si no puede aceptar las circunstancias a que se hace referencia en el apartado a), lo notificará al Estado de ejecución y procederá de conformidad con el párrafo 1 del artículo 104.

3. La Corte, al ejercer su facultad discrecional de efectuar la designación prevista en el párrafo 1, tendrá en cuenta:

a) El principio de que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad de conformidad con los principios de distribución equitativa que establezcan las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) La aplicación de normas de tratados internacionales generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos;

c) La opinión del condenado;

d) La nacionalidad del condenado; y

e) Otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución.

4. De no designarse un Estado de conformidad con el párrafo 1, la pena privativa de libertad se cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el Estado anfitrión, de conformidad con las condiciones estipuladas en el acuerdo relativo a la sede a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 3. En ese caso, los gastos que entrañe la ejecución de la pena privativa de libertad serán sufragados por la Corte.

Artículo 104 Cambio en la designación del Estado de ejecución

1. La Corte podrá en todo momento decidir el traslado del condenado a una prisión de un Estado distinto del Estado de ejecución.

2. El condenado podrá en todo momento solicitar de la Corte su traslado del Estado de ejecución.

Artículo 105 Ejecución de la pena

1. Con sujeción a las condiciones que haya establecido un Estado de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 103, la pena privativa de libertad tendrá carácter obligatorio para los Estados Partes, los cuales no podrán modificarla en caso alguno.

2. La decisión relativa a cualquier solicitud de apelación o revisión incumbirá exclusivamente a la Corte. El Estado de ejecución no pondrá obstáculos para que el condenado presente una solicitud de esa índole.

Artículo 106 Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión

1. La ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos.

2. Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución.

3. La comunicación entre el condenado y la Corte será irrestricta y confidencial.

Artículo 107 Traslado una vez cumplida la pena

1. Una vez cumplida la pena, quien no sea nacional del Estado de ejecución podrá, de conformidad con la legislación de dicho Estado, ser trasladado al Estado que esté obligado a aceptarlo o a otro Estado que esté dispuesto a hacerlo, teniendo en cuenta si quiere ser trasladado a éste, a menos que el Estado de ejecución lo autorice a permanecer en su territorio.

2. Los gastos derivados del traslado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, de no ser sufragados por un Estado, correrán por cuenta de la Corte.

3. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 108, el Estado de ejecución también podrá, de conformidad con su derecho interno, extraditar o entregar por cualquier otra vía a la persona a un Estado que haya pedido la extradición o entrega para someterla a juicio o para que cumpla una pena.

Artículo 108 Limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos

1. El condenado que se halle bajo la custodia del Estado de ejecución no será sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición a un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución, a menos que, a petición de éste, la Corte haya aprobado el enjuiciamiento, la sanción o la extradición.

2. La Corte dirimirá la cuestión tras haber oído al condenado.

3. El párrafo 1 del presente artículo no será aplicable si el condenado permanece de manera voluntaria durante más de 30 días en el territorio del Estado de ejecución después de haber cumplido la totalidad de la pena impuesta por la Corte o si regresa al territorio de ese Estado después de haber salido de él.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

Artículo 109 Ejecución de multas y órdenes de decomiso

1. Los Estados Partes harán efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la Corte en virtud de la Parte VII, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno.

2. El Estado Parte que no pueda hacer efectiva la orden de decomiso adoptará medidas para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

3. Los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según proceda, la venta de otros bienes que el Estado Parte obtenga al ejecutar una decisión de la Corte serán transferidos a la Corte.

Artículo 110 Examen de una reducción de la pena

1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.

2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.

3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse. La revisión no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.

4. Al proceder a la revisión examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;

b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o

c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

5. La Corte, si en su revisión inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Artículo 111 Evasión

Si un condenado se evade y huye del Estado de ejecución, éste podrá, tras consultar a la Corte, pedir al Estado en que se encuentre que lo entregue de conformidad con los acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes, o podrá pedir a la Corte que solicite la entrega de conformidad con la Parte IX. La Corte, si solicita la entrega, podrá resolver que el condenado sea enviado al Estado en que cumplía su pena o a otro Estado que indique.

PARTE XI. DE LA ASAMBLEA DE LOS ESTADOS PARTES

Artículo 112 Asamblea de los Estados Partes

1. Se instituye una Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto. Cada Estado Parte tendrá un representante en la Asamblea que podrá hacerse acompañar de suplentes y asesores. Otros Estados signatarios del Estatuto o del Acta Final podrán participar en la Asamblea a título de observadores.

2. La Asamblea:

a) Examinará y aprobará, según proceda, las recomendaciones de la Comisión Preparatoria;

b) Ejercerá su supervisión respecto de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte;

c) Examinará los informes y las actividades de la Mesa establecida en el párrafo 3 y adoptará las medidas que procedan a ese respecto;

d) Examinará y decidirá el presupuesto de la Corte;

e) Decidirá si corresponde, de conformidad con el artículo 36, modificar el número de magistrados;

f) Examinará cuestiones relativas a la falta de cooperación de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87;

g) Desempeñará las demás funciones que procedan en virtud del presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

3.

a) La Asamblea tendrá una Mesa, que estará compuesta de un Presidente, dos Vicepresidentes y 18 miembros elegidos por la Asamblea por períodos de tres años;

b) La Mesa tendrá carácter representativo, teniendo en cuenta, en particular, el principio de la distribución geográfica equitativa y la representación adecuada de los principales sistemas jurídicos del mundo;

c) La Mesa se reunirá con la periodicidad que sea necesaria, pero por lo menos una vez al año, y prestará asistencia a la Asamblea en el desempeño de sus funciones.

4. La Asamblea podrá establecer los órganos subsidiarios que considere necesarios, incluido un mecanismo de supervisión independiente que se encargará de la inspección, la evaluación y la investigación de la Corte a fin de mejorar su eficiencia y economía.

5. El Presidente de la Corte, el Fiscal y el Secretario o sus representantes podrán, cuando proceda, participar en las sesiones de la Asamblea y de la Mesa.

6. La Asamblea se reunirá en la sede de la Corte o en la Sede de las Naciones Unidas una vez al año y, cuando las circunstancias lo exijan, celebrará períodos extraordinarios de sesiones. Salvo que se indique otra cosa en el presente Estatuto, los períodos extraordinarios de sesiones serán convocados por la Mesa de oficio o a petición de un tercio de los Estados Partes.

7. Cada Estado Parte tendrá un voto. La Asamblea y la Mesa harán todo lo posible por adoptar sus decisiones por consenso. Si no se pudiere llegar a un consenso y salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa:

a) Las decisiones sobre cuestiones de fondo serán aprobadas por mayoría de dos tercios de los presentes y votantes, a condición de que una mayoría absoluta de los Estados Partes constituirá el quórum para la votación;

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

b) Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se tomarán por mayoría simple de los Estados Partes presentes y votantes.

8. El Estado Parte que esté en mora en el pago de sus contribuciones financieras a los gastos de la Corte no tendrá voto en la Asamblea ni en la Mesa cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las contribuciones adeudadas por los dos años anteriores completos. La Asamblea podrá, sin embargo, permitir que dicho Estado vote en ella y en la Mesa si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del Estado Parte.

9. La Asamblea aprobará su propio reglamento.

10. Los idiomas oficiales y de trabajo de la Asamblea serán los de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

PARTE XII. DE LA FINANCIACIÓN

Artículo 113 Reglamento Financiero

Salvo que se prevea expresamente otra cosa, todas las cuestiones financieras relacionadas con la Corte y con las reuniones de la Asamblea de los Estados Partes, inclusive su Mesa y sus órganos subsidiarios, se regirán por el presente Estatuto y por el Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada que apruebe la Asamblea de los Estados Partes.

Artículo 114 Pago de los gastos

Los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes, incluidos los de su Mesa y órganos subsidiarios, se sufragarán con fondos de la Corte.

Artículo 115 Fondos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes

Los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes, inclusive su Mesa y sus órganos subsidiarios, previstos en el presupuesto aprobado por la Asamblea de los Estados Partes, se sufragarán con cargo a:

a) Cuotas de los Estados Partes;

b) Fondos procedentes de las Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad.

Artículo 116 Contribuciones voluntarias

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115, la Corte podrá recibir y utilizar, en calidad de fondos adicionales, contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios en la materia que adopte la Asamblea de los Estados Partes.

Artículo 117 Prorrateo de las cuotas

Las cuotas de los Estados Partes se prorratearán de conformidad con una escala de cuotas convenida basada en la escala adoptada por las Naciones Unidas para su presupuesto ordinario y ajustada de conformidad con los principios en que se basa dicha escala.

Artículo 118 Comprobación anual de cuentas

Los registros, los libros y las cuentas de la Corte, incluidos sus estados financieros anuales, serán verificados anualmente por un auditor independiente.

PARTE XIII. CLÁUSULAS FINALES

Artículo 119 Solución de controversias

1. Las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella.

2. Cualquier otra controversia que surja entre dos o más Estados Partes respecto de la interpretación o aplicación del presente Estatuto que no se resuelva mediante negociaciones en un plazo de tres meses contado desde el comienzo de la controversia será sometida a la Asamblea de los Estados Partes. La Asamblea podrá tratar de resolver por sí misma la controversia o recomendar otros medios de solución, incluida su remisión a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el Estatuto de ésta.

Artículo 120 Reservas

No se admitirán reservas al presente Estatuto.

Artículo 121 Enmiendas

1. Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él. El texto de la enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo distribuirá sin dilación a los Estados Partes.

2. Transcurridos no menos de tres meses desde la fecha de la notificación, la Asamblea de los Estados Partes decidirá, por mayoría de los presentes y votantes, decidir si ha de examinar la propuesta, lo cual podrá hacer directamente o previa convocación de una Conferencia de Revisión si la cuestión lo justifica.

3. La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar a un consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

4. Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión.

5. Las enmiendas al artículo 5 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda.

6. Si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 4, el Estado Parte que no la haya aceptado podrá denunciar el Estatuto con efecto inmediato, no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 127 pero con sujeción al párrafo 2 de dicho artículo, mediante notificación hecha a más tardar un año después de la entrada en vigor de la enmienda.

Juristisches Seminar der Universität Göttingen

7. El Secretario General de las Naciones Unidas distribuirá a los Estados Partes las enmiendas aprobadas en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión.

Artículo 122 Enmiendas a disposiciones de carácter institucional

1. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 121, cualquier Estado Parte podrá proponer en cualquier momento enmiendas a las disposiciones del presente Estatuto de carácter exclusivamente institucional, a saber, el artículo 35, los párrafos 8 y 9 del artículo 36, el artículo 37, el artículo 38, el párrafo 1 del artículo 39 (dos primeras oraciones), los párrafos 4 a 9 del artículo 42, los párrafos 2 y 4 del artículo 43 y los artículos 44, 46, 47 y 49. El texto de la enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas o a la persona designada por la Asamblea de los Estados Partes, que lo distribuirá sin demora a los Estados Partes y a otros participantes en la Asamblea.

2. Las enmiendas presentadas con arreglo al presente artículo respecto de las cuales no sea posible llegar a un consenso serán aprobadas por la Asamblea de los Estados Partes o por una Conferencia de Revisión por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes. Esas enmiendas entrarán en vigor respecto de los Estados Partes seis meses después de su aprobación por la Asamblea o, en su caso, por la Conferencia.

Artículo 123 Revisión del Estatuto

1. Siete años después de que entre en vigor el presente Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto. El examen podrá comprender la lista de los crímenes indicados en el artículo 5 pero no se limitará a ellos. La Conferencia estará abierta a los participantes en la Asamblea de los Estados Partes y en las mismas condiciones que ésta.

2. Posteriormente, en cualquier momento, a petición de un Estado Parte y a los efectos indicados en el párrafo 1, el Secretario General de las Naciones Unidas, previa la aprobación de una mayoría de los Estados Partes, convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes.

3. Las disposiciones de los párrafos 3 a 7 del artículo 121 serán aplicables a la aprobación y entrada en vigor de toda enmienda del Estatuto examinada en una Conferencia de Revisión.

Artículo 124 Disposición de transición

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

Artículo 125 Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. El presente Estatuto estará abierto a la firma de todos los Estados el 17 de julio de 1998 en Roma, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Posteriormente, y hasta el 17 de octubre de 1998, seguirá abierto a la firma en Roma, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia. Después de esa fecha, el Estatuto estará abierto a la firma en Nueva York, en la Sede de las Naciones Unidas, hasta el 31 de diciembre del año 2000.

2. El presente Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 126 Entrada en vigor

1. El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el Estatuto o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 127 Denuncia

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Estatuto mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se reciba la notificación, a menos que en ella se indique una fecha ulterior.

2. La denuncia no exonerará al Estado de las obligaciones que le incumbieran de conformidad con el presente Estatuto mientras era parte en él, en particular las obligaciones financieras que hubiere contraído. La denuncia no obstará a la cooperación con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales en relación con los cuales el Estado denunciante esté obligado a cooperar y que se hayan iniciado antes de la fecha en que la denuncia surta efecto; la denuncia tampoco obstará en modo alguno a que se sigan examinando las cuestiones que la Corte tuviera ante sí antes de la fecha en que la denuncia surta efecto.

Artículo 128 Textos auténticos

El original del presente Estatuto, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que enviará copia certificada a todos los Estados.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Estatuto.

HECHO EN ROMA, el día diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho.