

**El derecho aplicable por los tribunales  
penales internacionales: diálogos y  
(des)encuentros entre el derecho  
internacional público y el derecho penal**



Natalia M. Luterstein (editora)

**VOL. III**

**EL DERECHO APLICABLE POR  
LOS TRIBUNALES PENALES  
INTERNACIONALES: DIÁLOGOS Y (DES)  
ENCUENTROS ENTRE EL DERECHO  
INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL  
DERECHO PENAL**

**EL DERECHO APLICABLE POR LOS  
TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES:  
DIÁLOGOS Y (DES)ENCUENTROS ENTRE EL  
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL  
DERECHO PENAL**

Natalia M. Luterstein  
(editora)

**Autores/Autoras**

Clinaz, Marianela  
Elías, Víctor L.  
Garfunkel, Ianiv  
Green Martínez, Sebastián  
Luterstein, Natalia M.  
Martini, Carla  
Matalone, Noelia  
Odriozola, Ignacio  
Olivera, Martina  
Scianca Luxen, Paula

Luterstein, Natalia M.

El derecho aplicable por los tribunales penales internacionales: diálogos y (des)encuentros entre el derecho internacional público y el derecho penal / Natalia M. Luterstein. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2020.

Libro digital, PDF - (Publicación de Resultados de Proyectos de la Secretaría de Investigación)

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-950-29-1835-8

1. Tribunales Penales. 2. Derecho Internacional Público. 3. Derecho Penal.  
I. Título.  
CDD 341



Facultad de Derecho

1° edición: abril de 2020  
ISBN: 978-950-29-1835-8

© Secretaría de Investigación  
Facultad de Derecho, UBA, 2020  
Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA  
[www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar)

Edición y Corrección de estilo: Laura Pégola  
Diseño y diagramación de interior y tapa: Nicole Duret

Impreso en la Argentina – Made in Argentina  
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

## Índice

Prefacio . . . . .	7
<i>La editora</i>	
Introducción: Las fuentes del derecho internacional público y su aplicación en el derecho internacional penal . . . . .	13
<i>Natalia M. Luterstein</i>	
La dualidad de la responsabilidad internacional y el diálogo jurisdiccional . . . . .	30
<i>Natalia M. Luterstein</i>	
El principio de legalidad aplicado a la jurisprudencia: el cambio de interpretación de los Elementos de los Crímenes y la regla de irretroactividad . . . . .	66
<i>Noelia Matalone</i>	
La teoría del dominio del hecho y la empresa criminal conjunta en el derecho internacional penal: desencuentros sobre el derecho aplicable en los modos de atribución de responsabilidad individual . . . . .	86
<i>Carla Martini</i>	
La Corte Penal Internacional y los “Derechos Humanos internacionalmente reconocidos” . . . . .	120
<i>Martina Olivera</i>	
Genocidio cultural y persecución. Su interrelación y su aplicación a casos de violación al derecho humano a la identidad cultural y religiosa . . . . .	142
<i>Sebastián Green Martínez</i>	

De Lubanga a Ntaganda: la noción de participación activa en las hostilidades y la aplicación de la perspectiva de género en su interpretación . . . . .	166
<i>Paula Scianca Luxen</i>	
El crimen de terrorismo internacional: ¿fruto de una costumbre emergente? . . . . .	193
<i>Marianela Clinaz e Ignacio Odriozola</i>	
Las legislaciones locales y su compatibilidad con el Estatuto de Roma a la luz del principio de complementariedad . . . . .	214
<i>Ianiv Garfunkel</i>	
La cooperación entre la ONU y la Corte Penal Internacional: repercusiones de las remisiones del Consejo de Seguridad a la luz del Acuerdo de Relación del 4 de octubre de 2004. . . . .	234
<i>Víctor Lisandro Elías</i>	
Las autoras y autores . . . . .	266

## Prefacio

Este libro reúne los trabajos elaborados en el marco del proyecto colectivo DECYT “El derecho aplicable por los tribunales penales internacionales e híbridos: diálogos y (des)encuentros entre el derecho internacional público y el derecho penal”, acreditado y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante el bienio 2014-2016.

El proyecto, integrado por docentes y estudiantes de la UBA, trabajó sobre el funcionamiento de los tribunales internacionales con competencia en materia penal que desarrollan una de las ramas del derecho internacional público: el derecho internacional penal, entendido como “el cuerpo de normas de fuentes internacional cuyo objeto es el de tipificar conductas imputables a individuos, atribuyéndoles el carácter de delitos o de crímenes”.<sup>1</sup> Ello implica que institutos propios del derecho internacional público forman parte también del derecho internacional penal, como por ejemplo la subjetividad, las normas de *ius cogens* y los modos válidos de creación de normas internacionales, es decir, las fuentes de derecho internacional público. Al mismo tiempo, el derecho internacional penal está conformado por elementos de otros ordenamientos como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los derechos penales domésticos, lo que le provocaría una suerte de crisis de identidad.<sup>2</sup> Esta imprecisión identitaria se advierte –con mayor o menor claridad– en el sistema de fuentes de las distintas jurisdicciones penales internacionales, cuyo funcionamiento está regulado por las normas generales del derecho internacional penal y por sus propios estatutos, que presentan características diversas.

Si bien el derecho internacional penal constituye una rama del derecho internacional público, posee, a su vez, características propias que están intrínsecamente relacionadas con las distintas tradiciones jurídicas que han influido en los Estatutos de los tribunales penales internacionales e híbridos, como el sistema anglosajón y el sistema roma-

---

1 Gutierrez Posse (2006).

2 Grover (2010).

no-germánico. En consecuencia, el análisis del derecho aplicable por estas jurisdicciones –que incluye tanto cuestiones sustantivas como la definición de los crímenes, cuestiones procedimentales, o las reglas de valoración de la prueba– se encuentra signado por la evolución de los principios generales de derecho penal interno de los Estados, que responden a diversos sistemas jurídicos, que, además de influir en la redacción de estos instrumentos, pueden ser de aplicación por parte de estos tribunales.

Entre estos principios debe incluirse, por ejemplo, el principio de legalidad, cuyos requerimientos podrían colisionar con las características de la costumbre internacional en tanto fuente creadora de derecho internacional.<sup>3</sup> Se configuraría de esta manera una controversia entre los llamados “juristas internacionalistas” y los “juristas penalistas”.<sup>4</sup> Para los primeros, no cabe duda de que la costumbre, aun cuando se trate de una fuente no escrita es, de todas maneras, un modo válido de creación de normas vinculantes, lo que, por supuesto, es rechazado por el segundo grupo.

Asimismo, la aplicación en el ámbito del derecho internacional penal de institutos tradicionales del derecho internacional público, tales como la inmunidad de los Estados y sus agentes, podría resultar contraria a ciertas obligaciones en materia internacional penal.<sup>5</sup> En la misma línea, las obligaciones de cooperación internacional y asistencia que imponen los estatutos de algunas jurisdicciones internacionales e híbridas pueden superponerse e incluso entrar en conflicto con normas generales de derecho internacional penal.<sup>6</sup>

De la misma manera, las reglas de interpretación del derecho internacional público, reconocidas consuetudinaria y convencionalmente en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, se verían modificadas por la incorporación de reglas interpretativas propias del derecho penal, como la regla del *in dubio pro reo* o la prohibición de analogía.<sup>7</sup> Esta situación se observa quizás con mayor claridad en el caso específico de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto no solo prohíbe la analogía sino que, además, dispone que toda situación de incertidumbre debería impedir la aplicación de una pena, en lo que

---

3 Shahabuddeen (2004).

4 Akande (2009); Pellet (2002).

5 Akande (2005); CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso de la Orden de Arresto del 11 de abril de 2000” (República Democrática del Congo c. Bélgica), sentencia del 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

6 Akande (2009); Sluiter (2006).

7 Grover (2010).

podría denominarse como una manifestación sustantiva del principio *in dubio pro reo*.<sup>8</sup>

Por otro lado, la definición de los crímenes internacionales sobre los cuales tienen competencia las jurisdicciones penales internacionales e híbridas encuentra su origen en normas de derecho internacional público, tanto de fuente consuetudinaria como convencional, cuya aplicación directa puede en ocasiones causar problemas de compatibilidad.<sup>9</sup>

Esta situación, lejos de mantener las jurisdicciones penales internacionales e híbridas al margen de estas tensiones, las sumerge al momento de resolver los casos que se les someten, en el complejo análisis de los fundamentos en los que se asientan aquellas corrientes jurídicas que nutren al derecho internacional penal.

Desde otra perspectiva, el desarrollo del derecho aplicable por los tribunales penales internacionales e híbridos puede también tener un impacto en la evolución del derecho penal de los Estados, que debe ser aplicado en el juzgamiento de los crímenes internacionales, en particular en el contexto del Estatuto de la Corte Penal Internacional –único tribunal penal internacional permanente– y del principio de complementariedad que regula su funcionamiento.

Por ello, resultaba de gran interés llevar a cabo un análisis comprensivo del derecho aplicable a los fines de identificar los puntos de encuentro y de (des)encuentro entre las distintas normas aplicables y entre las diversas jurisdicciones entre sí, realizando un estudio sistemático del derecho aplicable por las jurisdicciones penales internacionales e híbridas, su relación con otras ramas del derecho internacional público y con el derecho penal doméstico y el impacto que tienen sobre el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico internacional.

De tal modo, se plantearon como objetivos generales conceptualizar, de modo teórico y práctico, la noción de fuentes del derecho internacional público y del derecho internacional penal, plantear las relaciones que se consolidan entre el sistema de fuentes del derecho internacional público y las normas jurídicas del derecho internacional penal en relación con cuestiones sustantivas y con cuestiones procedimentales, y examinar las relaciones que se consolidan entre las normas jurídicas que integran el derecho internacional penal y otras ramas del derecho internacional público, como el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en lo que se refiere a la definición de los crímenes internacionales, atendiendo en

---

8 Satzger (2012).

9 Cryer (2009).

particular a las superposiciones, coincidencias y posibles contradicciones o colisiones.

En la introducción, abordo el panorama general del derecho aplicable por los tribunales penales internacionales incluyendo referencias a los estatutos y jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y de la Corte Penal Internacional, que luego será desarrollado por los demás capítulos de esta obra.

Así, en el primer capítulo, examino el diálogo (o la falta de él) entre la Corte Penal Internacional y los tribunales internacionales con competencia personal sobre Estados a fin de determinar las cuestiones respecto de las cuales un tribunal con competencia personal sobre individuos cita decisiones de tribunales como la Corte Internacional de Justicia, o los tribunales regionales en materia de derechos humanos, buscando identificar puntos de contacto entre la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad del individuo.

Partiendo de principios básicos del derecho penal, en particular del principio de legalidad y la prohibición de aplicación retroactiva, Noelia Matalone se ocupa de estudiar los constantes cambios interpretativos de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional relativos a los distintos elementos contextuales y específicos para acreditar los cargos y su impacto en los derechos de la defensa, tomando en cuenta la complejidad de determinar el valor de la jurisprudencia como derecho aplicable del Estatuto de Roma.

También en el ámbito específico del derecho penal, Carla Martini analiza los modos de atribución de responsabilidad individual aplicados por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en particular la llamada empresa criminal conjunta, y por la Corte Penal Internacional, examinando el impacto de los sistemas jurídicos nacionales y el alcance de la llamada “creatividad judicial”.

Martina Olivera trabaja sobre la relación entre el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos examinando en profundidad el alcance del artículo 21.3 del Estatuto de Roma en cuanto se refiere a “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Entre los trabajos que analizan las definiciones de los crímenes internacionales, Sebastián Green Martínez, propone un análisis comparativo entre el crimen de genocidio cultural y el crimen de persecución como crimen de lesa humanidad, examinando la vigencia en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de la protección a la cultura y religión de grupos étnicos o nacionales que había quedado afuera de la

definición de genocidio adoptada por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Por su parte, Paula Scianca Luxen ofrece un análisis de la interpretación y el alcance que le otorgó la Corte Penal Internacional al concepto de participación activa en hostilidades de niños/as como crimen de guerra a lo largo de su jurisprudencia buscando identificar si la perspectiva de género está presente en dichas interpretaciones y cuál es su aporte en estos casos

Marianela Clinaz e Ignacio Odriozola trabajan también sobre la noción de un crimen internacional, en su caso, el crimen de terrorismo, analizando la definición propuesta por el Tribunal Especial para El Líbano y la identificación e interpretación que realizó de la costumbre internacional como fuente del derecho internacional.

Ianiv Garfunkel analiza la relación entre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el derecho nacional, buscando determinar, en particular si los Estados Parte del Estatuto de Roma han asumido la obligación de adecuar no solo su legislación interna, sino también la interpretación que su Poder Judicial debe hacer de los crímenes tipificados en el artículo 5 del Estatuto, y cuáles son las consecuencias a la luz del principio de complementariedad, que regula la relación entre la jurisdicción internacional y las jurisdicciones locales.

Finalmente, Víctor L. Elías propone un examen de la relación entre la Corte Penal Internacional y la Organización de las Naciones Unidas, utilizando como caso de estudio la remisión a la Corte por parte del Consejo de Seguridad de las situaciones de Darfur y Libia, a la luz de las obligaciones establecidas en el Estatuto de Roma, en el Acuerdo de Relación y en la Carta de las Naciones Unidas.

En nombre de todos los que contribuimos en este libro agradecemos de modo muy especial a las autoridades de la Facultad de Derecho por confiar en la factibilidad y utilidad del proyecto.

*La editora*

## **Bibliografía**

- Akande, Dapo, “Sources of International Criminal Law”, en Cassese, Antonio. (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 41-53.
- Cryer, Robert, “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the politics of sources”, en *New Criminal Law Review*, Vol. 12, 2009, pp. 390-405.

- Grover, Lena, "A call to arms: Fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome Statute if the International Criminal Court", en *European Journal of International Law*, Vol. 21, 2010, pp. 543-583.
- Gutierrez Posse, Hortensia D.T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006.
- Pellet, Alain, "Applicable Law" en Cassese, Antonio; Gaeta, Paola y Jones, John, R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1051-1084.
- Satzger, Helmut, *International and European Criminal Law*, Munich, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2012.
- Shahabuddeen, Mohamed, "Does the Principle of Legality stand in the way of progressive development of Law?", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 1007-1017.
- Sluiter, Goran, "The Law of International Criminal Procedure and Domestic War Crimes Trials", en *International Criminal Law Review*, Vol. 6, N°4, 2006, pp. 605-635.

# Introducción: Las fuentes del derecho internacional público y su aplicación en el derecho internacional penal

Natalia M. Luterstein<sup>1</sup>

Desde sus orígenes, el derecho internacional ha sido un derecho estadocéntrico, es decir, un ordenamiento descentralizado, horizontal, que nació para regular las relaciones entre los Estados soberanos, sus sujetos por antonomasia.<sup>2</sup> Son los Estados los que crean sus normas, las interpretan, deciden cuándo se ha configurado una violación y, eventualmente, cuál será la sanción correspondiente. En este marco, es natural que el derecho internacional se haya ocupado –casi exclusivamente– de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

Sin embargo, este paradigma tradicional del derecho internacional comenzó a cambiar a mediados del siglo XX con la aparición de dos ramas especializadas de este ordenamiento: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal.<sup>3</sup> Si bien ambas ramas comparten la centralidad del individuo como sujeto de derecho, causando una ruptura en la lógica estadocéntrica, se diferencian en el punto de la responsabilidad. El derecho internacional de los derechos humanos mantiene la doctrina clásica de la responsabilidad del Estado –aunque con reglas particulares que responden a su carácter de *lex specialis*– mientras que el derecho internacional penal introduce en el ámbito internacional la responsabilidad del individuo.

---

1 Una versión de este trabajo fue publicada en “¿Una casa tomada?: un análisis de las fuentes del derecho internacional penal y su relación con el derecho internacional público” en Buis, Emiliano J. y Luterstein, N.M. (eds.) *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional. Interacciones, intercambios, interferencias*, Colección Serie Académica SEMPITHIDIA, Vol. 1, Buenos Aires, 2015, pp. 124-144 (ISBN 978-987-42-3207-6), disponible en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/2016-la-guerra-ante-la-fragmentacion-del-derecho-internacional.pdf>.

2 Cf. Buis (2015: 5), entre otros. Hay autores que han hablado hasta de fetichismo estatal del derecho internacional, cf. Luban (2011: 7).

3 Este cambio de paradigma también ha sido definido como una transformación del alma del derecho internacional, cf. Simpson (2009: 75).

Uno de los momentos “grocianos”<sup>4</sup> del derecho internacional penal fue, sin lugar a dudas, la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en 1946, ya que luego de dicha decisión se afianzó la posibilidad de atribuir responsabilidad por la violación de normas internacionales directamente a los individuos, sin la necesidad de la mediación de la responsabilidad estatal, concepto que, como fuera señalado, modificó radicalmente el panorama del ordenamiento jurídico internacional. El Tribunal justificó este cambio con una, hoy famosa, frase: “[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional”.<sup>5</sup>

En las últimas décadas, los Estados han elegido crear jurisdicciones penales internacionales o internacionalizadas para juzgar a aquellas personas acusadas de cometer los crímenes más graves para la comunidad internacional utilizando el derecho internacional penal. Este ordenamiento, entendido como “el cuerpo de normas de fuentes internacional cuyo objeto es el de tipificar conductas imputables a individuos, atribuyéndoles el carácter de delitos o de crímenes”,<sup>6</sup> es considerado una rama del derecho internacional público.<sup>7</sup> En consecuencia, comparan ciertos elementos, como por ejemplo los sujetos, la categorización de normas en dispositivas e imperativas y, por supuesto, las fuentes. Ello permitiría además afirmar que dentro de esta rama también puede existir la llamada “dualidad de fuentes”, por la que “una determinada pauta de conducta puede ser vinculante tanto a través de una costumbre internacional como de un tratado en el mismo momento y para el mismo sujeto”.<sup>8</sup>

El derecho aplicable por los tribunales penales internacionales e internacionalizados encuentra así su origen en las fuentes del derecho

---

4 Se trata de una referencia a Hugo Grotius (1583-1645), considerado uno de los padres del derecho internacional. Con esta frase, acuñada por Richard Falk en 1985, se describe un desarrollo transformativo del sistema internacional que da nacimiento a nuevas normas con una rapidez inusual, *cf.* Scharf (2011: 123).

5 TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “Goering y otros”, Sentencia del 1 de octubre de 1946 (traducción propia), disponible en [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp) (último acceso: 4/11/2018).

6 Gutierrez Posse (2006: 20).

7 Akande (2009: 43).

8 Gutierrez Posse (2006: 35). Al mismo tiempo, se ha afirmado que la historia del derecho internacional, aunque relativamente corta y en pleno desarrollo, muestra que actualmente “los tratados representan el núcleo de este ordenamiento jurídico”, debido a que ellos contribuyen a la claridad de las normas y el consentimiento otorgado por los Estados que son parte en ellos puede “constituir el punto de partida en el desarrollo de una norma consuetudinaria”, *cf.* Gutierrez Posse (2006: 39).

internacional público general, por lo que este debe ser el punto de partida de cualquier análisis que desee realizarse sobre el tema.

Asimismo, se debe tener presente que el derecho internacional penal es una rama mixta del ordenamiento jurídico, es decir, un derecho en el que confluyen elementos de otras ramas, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los derechos penales domésticos, lo que ha sido descripto como una suerte de crisis de identidad.<sup>9</sup> Esta imprecisión identitaria se advierte –con mayor o menor claridad– en el sistema de fuentes de las distintas jurisdicciones penales internacionales, cuyo funcionamiento está regulado por las normas generales del derecho internacional y por sus propios estatutos, que presentan características diversas. Así, se ha dicho que no sería posible afirmar que el derecho internacional penal tiene un sistema de fuentes coherente.<sup>10</sup> Ello se refiere tanto a la parte sustantiva de este ordenamiento –es decir, a la definición de los crímenes internacionales– como a la parte procesal.<sup>11</sup>

## 1. El derecho aplicado por los tribunales penales internacionales *ad hoc*

Los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda y de los tribunales internacionalizados, todos ellos jurisdicciones creadas para una situación particular, no contienen una norma que disponga cuál es el derecho aplicable, por lo que los jueces han optado por aplicar precisamente los estatutos junto con las fuentes del derecho internacional público, receptadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Así, por ejemplo, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg afirmó en su sentencia que su Estatuto no fue un ejercicio arbitrario de poder de parte de las naciones victoriosas, sino que era la expresión del derecho internacional vigente al tiempo de su creación y, en ese sentido, también una contribución a dicho ordenamiento.<sup>12</sup>

Cuando el Consejo de Seguridad decidió crear el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, le solicitó al Secretario General que confeccione un informe con propuestas concretas para su estable-

---

9 Grover (2010).

10 Pocar (2009: 189).

11 Knoops (2005: 1).

12 TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “Goering y otros”, Sentencia del 1 de octubre de 1946 (traducción propia), disponible en [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp) (último acceso: 4/11/2018).

cimiento. En su informe, el Secretario señaló, entre otras cosas, que la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requería que el Tribunal aplicara derecho internacional humanitario que constituyera, sin lugar a dudas, una norma consuetudinaria internacional para evitar el problema de que no todos los Estados eran parte de todos los tratados concernidos. Entre dichas normas incluyó el Convenio de La Haya de 1907, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1949 y la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945.<sup>13</sup>

En consecuencia, el Tribunal Internacional aplicó su Estatuto y, además, realizó extensas referencias a la costumbre a la hora de interpretar el alcance de su competencia material.<sup>14</sup> Ello trajo algunas discusiones relacionadas con la metodología utilizada para identificar la norma consuetudinaria, que le otorgó preeminencia a la llamada *opinio iuris*, o conciencia de los Estados de actuar conforme a derecho, en particular, a través de la práctica sentada por Antonio Cassese en su trabajo como juez de dicho tribunal y, posteriormente, del Tribunal Especial para El Líbano.<sup>15</sup>

En efecto, en la Decisión sobre Jurisdicción en el caso “Tadic”, la Sala de Apelaciones afirmó que para determinar cuál era la práctica de los Estados en el marco de los conflictos armados, resultaba casi imposible comprobar la conducta de las tropas en el terreno debido a la dificultad de observadores independientes para acceder al teatro de las operaciones militares y a que la información es muchas veces retenida por las partes, que a veces también difunden operaciones incorrectas para confundir a la contraria o a la opinión pública. Por lo tanto, la Sala manifestó que a fin examinar las normas de carácter consuetudinario se debía recurrir a los pronunciamientos oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales.<sup>16</sup>

---

13 Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, UN Doc. No. S/25704 (3 de mayo 1993), párr. 34. Ver también Akande (2009: 46); Wald (2007: 16).

14 Stahn y Van den Herik (2012). Ver, por ejemplo, “Fiscal c. Tadic”, Sala de Apelaciones, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párrs. 96-127, analizando las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario que regulan los conflictos armados, o “Fiscal c. Kupreskic”, Sala de Juicio, *Sentencia*, 14 de enero de 2000, párrs. 521-535, en los que examina las normas consuetudinarias relativas a la prohibición de represalias contra la población civil.

15 Gutierrez Posse (2006: 39) y Cryer (2012: 1049). Para mayor detalle sobre esta discusión, ver Stahn y Van den Herik (2012), quienes señalan que luego de aplicar la mencionada metodología, los tribunales utilizan sus propias decisiones para consolidar su afirmación respecto de la existencia de una determinada norma consuetudinaria.

16 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Defence Motion for an Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, cit., párr. 99.

Asimismo, en el llamado caso “Celibici”, la Sala de Primera Instancia sostuvo que la prueba de la existencia de los dos elementos de la costumbre (la práctica de los Estados y la *opinio juris*) podía resultar extremadamente difícil en ciertas situaciones en las que existe un tratado multilateral previo que ha sido adoptado por una gran mayoría de Estados pues resulta difícil discernir la práctica del Estado por fuera del tratado a los fines de la probar costumbre internacional.<sup>17</sup>

En el caso “Galic”, la Sala de Apelaciones reforzó la utilización que el Tribunal hizo de la fuente consuetudinaria señalando que los jueces intentaron asegurarse de que los crímenes imputados eran crímenes para el derecho internacional consuetudinario al momento de su comisión y de que estaban suficientemente definidos pues la mayoría de las disposiciones de los tratados solo establecían la prohibición de una conducta, pero no su tipificación como crimen y, además, porque no definían de forma completa los elementos de la prohibición o los modos de atribución de responsabilidad.<sup>18</sup>

Los tribunales *ad hoc* también hicieron referencia a tratados internacionales, como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, para interpretar el artículo de sus estatutos que tipificaba este crimen de manera idéntica a dicho instrumento. Así, cabe mencionar como ejemplo la sentencia del caso “Akayesu” dictada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en la que la Sala de Juicio debía determinar si la minoría Tutsi podía ser considerada como uno de los grupos protegidos por la Convención. Para ello, utilizó los trabajos preparatorios a fin de afirmar que el tratado busca proteger los grupos estables o permanentes, cuya membresía está determinada por el nacimiento, excluyendo de esta manera los grupos “más móviles”, es decir, aquellos a los que las personas pueden unirse de manera voluntaria.<sup>19</sup>

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también hizo aplicación de los principios generales de derecho. Por ejemplo, en el caso “Erdemovic”, dos jueces de la Sala de Apelaciones señalaron que si bien se derivan de los sistemas jurídicos del mundo, no era necesario examinarlos todos, pues ello sería fácticamente imposible y no había sido la práctica de la Corte Internacional de Justicia y que, además, su

---

17 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Zejnil Delalic *et al.* (Celibic Camp)”, *Judgment*, 16 de noviembre de 1998, párr. 302.

18 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Stanislav Galic”, Sala de Apelaciones, *Judgment*, 30 de noviembre de 2006, párrs. 83-84.

19 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, “Fiscal c. Jean-Paul Akayesu”, Sala de Juicio, *Judgment*, 2 de septiembre de 1998, párr. 511. Cabe señalar que ni la Sala de Apelaciones del Tribunal ni el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia confirmaron esta interpretación. Cf. Schabas (2008: 9). MENEIBUNALES PENALES INTERNACIONALES REFERENCIAS A LOS ESTATUTOS Y JURIS.

función era evitar que el Tribunal se encontrara en una situación de *non liquet*, en caso de ausencia del derecho aplicable para resolver el caso concreto.<sup>20</sup> En consecuencia, a los fines de identificar la existencia de un principio general de derecho sobre la coacción como defensa, examinó la legislación interna de países pertenecientes al sistema jurídico continental, como Francia, Bélgica, Holanda, España, Alemania, Italia, Noruega, Suecia, Finlandia, Venezuela, Nicaragua, Chile, Panamá, México, y la ex Yugoslavia, países pertenecientes al llamado sistema del *common law*, como Inglaterra, Estados Unidos, Australia, Sudáfrica, India, Malasia y Nigeria, y países pertenecientes a otros sistemas jurídicos, como Japón, China, Marruecos, Somalia y Etiopía.<sup>21</sup>

La jurisprudencia como fuente de derecho internacional también ha sido empleada por los tribunales *ad hoc* de manera profusa. En efecto, en el caso “Aleksovski”, la Sala de Apelaciones sostuvo que los jueces deben seguir los principios establecidos en decisiones previas, salvo que existieran razones de peso para apartarse, en el interés de la justicia.<sup>22</sup>

## 2. El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma, instrumento que creó la Corte Penal Internacional, es el primer instrumento regulatorio de un tribunal penal internacional que contiene una disposición especial sobre el derecho aplicable.

La inclusión de una disposición como el artículo 21 respondió a la necesidad que plantearon varios Estados en la Conferencia de Roma de respetar la garantía del *nullum crimen sine lege*, receptada en el artículo 22 del Estatuto.<sup>23</sup> El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional –uno de los antecedentes del Estatuto de Roma– hacía referencia a tres fuentes sin establecer ningún tipo de jerarquía entre ellas: a) el Estatuto; b) tratados y principios y reglas de derecho internacional y c) normas aplicables del derecho interno.<sup>24</sup> Sin embargo, y quizás con el objetivo de limitar la discrecionalidad judicial, el artículo 21 contiene un orden de prelación de las fuentes que la Corte Penal Internacional deberá aplicar, en el que se incluyen el Estatuto y sus instrumentos complemen-

---

20 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Erdemovic”, Sala de Apelaciones, *Judgment*, Opinión Separada de los Jueces McDonald y Vorah, 7 de octubre de 1997, párr. 57.

21 *Idem*, párrs. 58-61.

22 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Aleksovski”, *Judgment*, 24 de marzo de 2000, párr. 107.

23 McAuliffe deGuzman (1999: 436).

24 *Ibidem*.

tarios –que, a su vez, están ordenados jerárquicamente–, así como las fuentes formales del derecho internacional y, como guía de aplicación e interpretación, los derechos humanos. Contrariamente al objetivo de los Estados negociadores, algunos autores han señalado que el sistema de fuentes que incluye el Estatuto es extremadamente complejo e incierto y el orden de precedencia ambiguo, lo que le otorga a los jueces la posibilidad, quizás demasiado amplia, para interpretar la disposición.<sup>25</sup>

Así, de la misma manera en que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece el derecho aplicable para resolver las controversias que le sean sometidas, el artículo 21 del Estatuto de Roma define el derecho aplicable por la Corte Penal Internacional para resolver los casos de su competencia. Sin embargo, cabe señalar que como la función de la Corte Internacional de Justicia es resolver controversias de acuerdo con el derecho internacional, y dado que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* parte del Estatuto, existe un consenso universal respecto de que la disposición se refiere a la enumeración de las fuentes del ordenamiento jurídico internacional,<sup>26</sup> tanto los modos válidos de creación o fuentes principales (los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho) como los modos de verificación o fuentes auxiliares (la jurisprudencia y la doctrina). Se considera, además, que no existe ningún tipo de jerarquía entre las fuentes principales.<sup>27</sup>

Ambos artículos poseen una estructura similar, que organiza el sistema de fuentes de cada tribunal. Sin embargo, el artículo 21 presenta características propias que responden a la naturaleza del derecho internacional penal.

En primer lugar, como surge de su texto, el artículo 21 del Estatuto de Roma incluye una jerarquía de fuentes. Se prevé así una especie de “pirámide jurídica” que ordena el derecho aplicable. Se ha dicho que ello responde, entre otras cosas, a la necesidad de respetar el principio de legalidad aplicable en cualquier proceso penal.<sup>28</sup> En segundo lugar, no se hace mención específica a la fuente consuetudinaria, aunque implícitamente se la pueda inferir de la frase “principios y normas del derecho internacional”. En tercer lugar, si bien se incluye a los principios generales de derecho como fuente, su definición se diferencia de la receptada en el artículo 38 al permitirle a la Corte hacer su análisis

---

25 Pellet (2002: 1053).

26 Shaw (2008: 71).

27 Barboza (2008: 89); Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse (1997: 80); Cassese (2005: 198).

28 McAuliffe deGuzman (1999: 436).

sobre la base del derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto, con el derecho internacional o con las normas y estándares internacionalmente reconocidos. En cuarto lugar, pareciera que la jurisprudencia jugara un rol diferente del que le es asignado en el marco del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>29</sup> En quinto lugar, la doctrina, fuente auxiliar en el marco del artículo 38, no aparece, ni siquiera de forma indirecta o implícita, en el Estatuto de Roma. Finalmente, el artículo 21 contiene una referencia expresa a “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, otorgándole a esta rama del derecho internacional un rol como guía para la interpretación y aplicación del resto de las fuentes, lo que tampoco aparece en el artículo 38.

## 2.1. Las fuentes creadoras del derecho internacional público: los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho

El artículo 21(1)(a) establece que la primera fuente aplicable la conforman tres instrumentos internacionales: el Estatuto de la Corte, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, todos ellos adoptados por los Estados (el primero durante la Conferencia de Roma y los dos últimos por la Asamblea de Estados Partes).<sup>30</sup>

Si bien pareciera que los tres se encuentran en pie de igualdad, de una interpretación armónica del Estatuto surge que, por un lado, el artículo 9 dispone que los Elementos de los Crímenes deben ser compatibles con el Estatuto y “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis”. Por el otro, el artículo 51(5) establece que “en caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto”. De esta manera, el primer grupo de normas aplicables se divide, a su vez, en dos, quedando en el extremo de la jerarquía el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el escalón inmediatamente siguiente los otros dos instrumentos.

Las fuentes principales del derecho internacional público están incluidas dentro del derecho aplicable por la Corte, confirmando la relación del Estatuto de Roma con el derecho internacional público general, y el estatus de la Corte como tribunal internacional. En efecto, el artículo 21(1)(b) menciona “los tratados y los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del dere-

---

29 Cf. artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

30 Los Elementos de los Crímenes (ICC-ASP/1/3 [part II-B]) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (ICC-ASP/1/3 [part.II-A]) fueron adoptados el 9 de septiembre de 2002.

cho internacional de los conflictos armados”. De esta forma, el Estatuto hace referencia a “las fuentes formales en sentido estricto convencional y consuetudinario”,<sup>31</sup> aun cuando se utilice una terminología distinta de la del artículo 38. Surge claramente la mención de la fuente prevista en el artículo 38(1)(a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: las convenciones internacionales.

Se ha propuesto que dentro de los tratados aplicables pueden incluirse instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>32</sup> pero entonces surgiría la duda respecto de cuál sería el valor del artículo 21(3). Asimismo, se ha interpretado que podría referirse a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, mencionados expresamente en el artículo 8(2)(a), o a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, implícitamente incluida en el artículo 98(1).<sup>33</sup>

Como fuera señalado, la referencia del artículo 21 a los principios y normas aplicables debe interpretarse como una alusión a otra fuente principal de derecho internacional: la costumbre.<sup>34</sup>

La cuestión de la costumbre como fuente de derecho internacional penal ha dado lugar a diversas discusiones, en las que se oponen las posturas de los llamados “juristas internacionalistas” y los “juristas penalistas”.<sup>35</sup> Para los primeros, no cabe duda de que la costumbre, aun cuando se trate de una fuente no escrita —lo que implica que no cumpliría con los requisitos del principio de legalidad en sus cuatro aspectos: ley previa, escrita, cierta y estricta—<sup>36</sup> es, de todas maneras, un modo válido de creación de normas vinculantes,<sup>37</sup> lo que por supuesto es rechazado por el segundo grupo. Los representantes del primer grupo han sostenido que esta lectura del principio de legalidad tan estricta no es

---

31 Gutierrez Posse (2006: 41).

32 McAuliffe deGuzman (1999: 440).

33 Akande (2009: 49).

34 Pellet (2002: 1070).

35 Algunos autores se refieren a esta cuestión como una controversia entre la “histeria penalista” y el “imperialismo internacionalista”. Cf. Montiel (2012: 427).

36 Ello si se entiende el principio de legalidad conforme el alcance que se le otorga en los Estados de tradición jurídica europea o romano-germánico o en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ya que de conformidad con otras tradiciones jurídicas, como el *common law*, el carácter punible de una conducta puede surgir de precedentes judiciales y no necesariamente de una ley. Cf. Olásolo (2013: 27 y 32).

37 Ello fue además afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el caso “Kononov v. Letonia” afirmó que cuando el derecho nacional no prevé las características específicas de un crimen de guerra, los tribunales internos pueden remitirse al derecho internacional sin infringir los principios de *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*. Cf. “Kononov c. Letonia” (Application no. 36376/04), sentencia de la Gran Sala del 17 de mayo de 2010.

compatible con su contenido dentro del derecho internacional,<sup>38</sup> ya que la definición de muchos crímenes internacionales es inherentemente vaga.<sup>39</sup> De hecho, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg sostuvo en su sentencia que en el marco del ordenamiento jurídico internacional “la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación a la soberanía, pero [es] un principio de justicia”.<sup>40</sup> En línea con esta interpretación, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo que el principio del *nullum crimen sine lege* es, ante todo, un principio de justicia, que no impide que una corte interprete y clarifique los elementos de un crimen en particular o el desarrollo progresivo del derecho, sino que solo evitaría que el tribunal cree derecho nuevo o lo interprete más allá de una clarificación razonable.<sup>41</sup> Sin embargo, la decisión normativa que se tomó en Roma daría cuenta de que los “juristas penalistas” ganaron la pulseada en lo que al derecho aplicable se refiere,<sup>42</sup> quizás como respuesta a la experiencia de los tribunales *ad hoc* ya mencionada.

En este sentido, se ha señalado que dado que las fuentes mencionadas en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 21 –el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba– ofrecen una regulación bastante más detallada –relativa a los crímenes, los modos de responsabilidad y las defensas– que en el caso de los tribunales *ad hoc*, la costumbre como derecho aplicable no jugaría un papel tan importante en el contexto de la Corte Penal Internacional. En este sentido, se ha sostenido que el Estatuto daría cuenta de una tendencia a otorgarle mayor importancia a los tratados como fuente de derecho internacional penal por sobre la costumbre, con el fin de reducir la incertidumbre que entrañaría la aplicación de la costumbre como una fuente de derecho.<sup>43</sup>

El artículo 21 dispone que los tratados y la costumbre serán aplicables “cuando proceda”. La jurisprudencia de la Corte demuestra que este inciso se ha interpretado de manera de considerar estas fuentes como subsidiarias de las mencionadas en el párrafo 1(a).<sup>44</sup> Así, por

---

38 Akande (2009: 51); Pellet (2002: 1057); Olásolo (2013: 27).

39 Grover (2010: 554).

40 TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “Goering y otros”, Sentencia del 1 de octubre de 1946, p. 223 (traducción propia).

41 Citado en Shahabuddeen (2004: 1013).

42 Pellet ha señalado, incluso, que la invocación del principio de legalidad como justificación de la inclusión del artículo 21 responde a un “lavado de cerebro” de los abogados penalistas, ya que, en el contexto del derecho internacional, dicho principio no tiene el mismo alcance. Cf. Pellet (2002: 1057).

43 Montiel (2012: 431-432).

44 Bitti (2009: 294).

ejemplo, en el caso “Lubanga”, la Sala de Apelaciones sostuvo que “si una cuestión se trata de forma exhaustiva en ese texto o en el de las Reglas de Procedimiento y Prueba, (...) no cabría recurrir a la segunda o la tercera de las fuentes de derecho para determinar la presencia o ausencia de una norma aplicable a un determinado asunto”.<sup>45</sup> En el mismo sentido, en el caso “Al Bashir”, la Sala de Cuestiones Preliminares I, sostuvo que tanto el párrafo 1(b) como el inciso c) serán aplicables cuando se configuren dos condiciones: 1) que exista una laguna en el derecho escrito contenido en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas y 2) dicha laguna no pueda ser completada a través de la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>46</sup> y en el artículo 21(3).<sup>47</sup>

El artículo 21(1)(c) menciona “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”. Este inciso tiene una clara relación con el inciso c) del artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien utiliza un lenguaje más moderno, cambiando la frase “naciones civilizadas” por “los sistemas jurídicos del mundo”. A más, el artículo 21 prevé la posibilidad de acotar el análisis a los principios de derecho de ciertos Estados, diferenciándose nuevamente del artículo 38, lo que generaría “una cierta ambigüedad en el concepto mismo de principios generales de derecho en tanto fuentes formales en sentido estricto”.<sup>48</sup> Sin embargo, se ha observado que la definición del Estatuto de Roma, en realidad, resulta más precisa en lo que respecta a la fuente en cuestión.<sup>49</sup> Esta precisión le permitiría a la Corte darle prioridad al análisis de los sistemas jurídicos con los que el acusado se encuentra más familiarizado.<sup>50</sup> De hecho, los trabajos preparatorios muestran que el sentido de la frase “los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción” podría incluir el Estado en cuyo

---

45 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto*, del 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, 14 de diciembre de 2006, párr. 34.

46 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, (entrada en vigor: 27/01/1980).

47 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Sala de Cuestiones preliminares I, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párr. 44.

48 Gutierrez Posse (2006: 43).

49 Pellet (2002: 1073).

50 Pellet (2002: 1075).

territorio se cometió el crimen, el Estado de la nacionalidad del acusado y el Estado que tiene bajo su custodia al acusado.<sup>51</sup>

El rol del derecho interno en el procedimiento ante la Corte fue una cuestión ampliamente debatida en el marco del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional como en las negociaciones de los comités preparatorios de la Conferencia de Roma. Durante dichas negociaciones surgieron dos posiciones con respecto a esta disposición. La primera sostenía que el principio del *nullum crimen sine lege* exigía que los jueces no gozaran de ningún grado de discreción y que, ante cualquier duda respecto del derecho aplicable, deberían referirse al derecho interno apropiado. Por otro lado, la posición mayoritaria aceptaba que, a la luz del derecho internacional, los jueces deberían poder discernir y aplicar los principios generales del derecho internacional penal, por tratarse de un tribunal internacional. La fórmula incluida en el artículo 21 representa un compromiso entre estas posiciones.<sup>52</sup>

En el ya mencionado caso “Lubanga”, en una de sus primeras decisiones, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que los principios generales de derecho se aplicarán cuando no existan tratados, principios y normas de derecho internacional.<sup>53</sup>

## 2.2. La jurisprudencia

El artículo 21(2) le permite –sin que ello resulte una obligación– a la Corte “aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Como cualquier tribunal, la Corte, sin dudas, se referirá a su jurisprudencia –cuando fuese pertinente– al momento de decidir un caso, ya que de lo contrario debería modificar su postura con cada nueva decisión. El objetivo de este párrafo es, entonces, mostrar el compromiso alcanzado entre los sistemas anglosajones y los de tradición continental respecto del valor del precedente,<sup>54</sup> así como también sumar quizás un nuevo elemento que brinde certezas respecto del contenido de las decisiones judiciales.

El hecho de que el artículo 21(2) solo mencione las decisiones de la propia Corte Penal Internacional parece poner en duda la posibilidad de hacer referencia a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales. La jurisprudencia internacional no aparece como fuente –ni

---

51 Mcauliffe deGuzman (1999: 444).

52 Mcauliffe deGuzman (1999: 436).

53 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006, párr. 9.

54 Verhoeven (2002: 13).

siquiera auxiliar— como ocurre en el sistema del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Sin embargo, y a pesar de tener diferentes regulaciones,<sup>55</sup> sería extraño que la Corte, como tribunal penal internacional permanente, no se refiriera a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales. Se han sugerido caminos alternativos para admitir estas referencias, como por ejemplo la utilización del inciso b) del primer párrafo, que remite a “los principios y normas de derecho internacional”, ya que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* puede usarse para identificarlos;<sup>56</sup> de hecho, estos tribunales han hecho amplia aplicación de las normas consuetudinarias en materia de derecho internacional penal.<sup>57</sup> Asimismo, se ha propuesto que los precedentes de los tribunales *ad hoc* pueden ser tenidos en cuenta al interpretar el Estatuto sobre la base del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que ello evitaría inconsistencias y la fragmentación dentro del derecho internacional penal a través de una interpretación sistémica.<sup>58</sup>

### 2.3. Los derechos humanos internacionalmente reconocidos como regla de interpretación

Al tratarse de un acuerdo de voluntades entre Estados hecho por escrito, el Estatuto de Roma es un tratado regido por las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, incluidas las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32.<sup>59</sup> La regla general prevista en el artículo 31 dispone que los tratados deberán interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los

---

55 En general, se ha señalado que los estatutos de los tribunales *ad hoc* siguen mayormente el sistema anglosajón, mientras que el Estatuto de la CPI contiene características tanto de ese como del sistema romano-germánico. Esto fue reconocido por la propia Corte. Ver, por ejemplo, “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa*, ICC-01/05-01/08-475, 14 de agosto de 2009, párr. 42.

56 Nerlich (2009: 313); Stahn y van den Herik (2012). Ello fue aceptado, además por el juez Kaul en su disidencia a la Decisión que autorizó la apertura de la investigación de la situación en Kenia, que consideró a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* como una “fuente de inspiración”, Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación de la República de Kenia, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation in to the situation of the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párr. 30.

57 Nerlich (2009: 308).

58 Nerlich (2009: 320).

59 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006, párr. 8.

términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El artículo 32 prevé los métodos complementarios que deberán usarse para confirmar el sentido resultante de la interpretación, cuando, a pesar de la aplicación de la regla general, el sentido resulte ambiguo u obscuro, o cuando esta conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Los medios complementarios previstos son los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

Sin embargo, el Estatuto de Roma –en tanto tratado– presenta características particulares que requieren métodos especiales de interpretación. En primer lugar, al tratarse de una fuente del derecho internacional penal, será de aplicación el principio *in dubio pro reo*, que está expresamente previsto en el artículo 22(2) del Estatuto y que requiere que si el resultado de una interpretación es ambiguo, se resuelva a favor del sentido más favorable al acusado, más allá de lo que pudiera surgir de los *travaux préparatoires*.<sup>60</sup>

En segundo lugar, esto se complementa con la norma específica de interpretación que incluye el artículo 21, y que puede ser considerada como *lex specialis*. El párrafo en cuestión crea una regla de interpretación específica para el Estatuto de Roma que complementa las reglas establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

Finalmente, cabe señalar que dado que el Estatuto no contiene ninguna definición expresa del término “derechos humanos”, el contenido y alcance de este párrafo deben ser determinados por la Corte.

### 3. Algunas conclusiones

El derecho aplicable por los tribunales penales internacionales es una cuestión que abre un gran número de discusiones y que puede ser explorada desde un punto de vista teórico y práctico, a la luz de la relación entre el derecho internacional público general –y todas sus ramas– y el derecho penal nacional.

El estado de la cuestión aquí descrito sirve de base para profundizar estas discusiones, que serán desarrolladas en los capítulos siguientes. Es preciso resaltar, sin por ello adelantar las conclusiones particulares de cada trabajo, que estos se estructuran de dos maneras diferentes. Por un lado, se prestó atención a la dimensión sustantiva, relacionada con el alcance de las normas del derecho internacional penal como por ejemplo, la definición de los crímenes internacionales y su interpretación. Por el otro, y de forma simultánea, se estudió el funcionamiento

---

60 Akande (2009: 45).

de las jurisdicciones penales internacionales las relaciones que se establecen entre ellas y entre los tribunales penales internos de los Estados.

## Bibliografía

### Jurisprudencia

#### *Corte Penal Internacional*

- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto*, del 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, 14 de diciembre de 2006.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009.
- “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa*, ICC-01/05-01/08-475, 14 de agosto de 2009.
- “Situación en la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation in to the situation of the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

#### *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

- “Kononov c. Letonia” (Application no. 36376/04), Sentencia de la Gran Sala del 17 de mayo de 2010.

#### *Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*

- “Goering y otros”, Sentencia del 1 de octubre de 1946.

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

- “Fiscal c. Tadic”, Sala de Apelaciones, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995.
- “Fiscal c. Erdemovic”, Sala de Apelaciones, *Judgment*, Opinión Separada de los Jueces McDonald y Vorah, 7 de octubre de 1997.
- “Fiscal c. Kupreskic”, Sala de Juicio, *Judgment*, 14 de enero de 2000.

### Instrumentos Internacionales

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, (e.v. 27/01/1980).

- Elementos de los Crímenes (ICC-ASP/1/3 [part II-B]), 9 de septiembre de 2002. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UNTS 2187 (1998) (e.v. 1/07/2002)
- Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, UN Doc. No. S/25704, 3 de mayo 1993.
- Reglas de Procedimiento y Prueba (ICC-ASP/1/3 [part.II-A]), 9 de septiembre de 2002.

## Doctrina

- Akande, Dapo, “Sources of International Criminal Law”, en Cassese, Antonio (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 41-53.
- Barberis, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2<sup>da</sup> edición, Buenos Aires, Zavalía, 2008.
- Bitti, Gilbert, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, en Stahn, Carsten y Sluiter, Goran (eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 286-304.
- Buis, Emiliano, “El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica” en González Napolitano, Silvina (dir.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, 2015, pp. 1-21.
- Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>da</sup> edición, 2005.
- Cryer, Robert, “International Criminal Tribunals and the Sources of International Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1045-1061.
- Del Toro Huerta, Mauricio, “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2006, pp. 513-549.
- Grover, Lena, “A call to arms: Fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome Statute if the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, Vol. 21, 2010, pp. 543-583.
- Gutierrez Posse, Hortensia D.T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006.
- Knoops, Geer-Jan, A., *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings*, La Haya, Kluwer, 2005.
- Luban, David, “State Criminality and the ambition of International Criminal Law” en Isaacs, Tracy y Vernon, Richard (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 61-91.
- McAuliffe deGuzman, Margaret, “Article 21: Applicable Law”, en Triffterer, Otto (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Note, article by article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 435-446.
- Moncayo, Guillermo R; Vinuesa, Raúl y Gutierrez Posse, Hortensia D.T., *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Buenos Aires, Zavalía 1997.

- Montiel, Juan Pablo, “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente de derecho penal internacional” en Montiel, Juan Pablo (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 399-434.
- Nerlich, Volker, “The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC”, en Stahn, Carsten y Sluiter, Goran (eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 305-325.
- Olásolo Alonso, Héctor, “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, en *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 1, 2013, pp. 18-42.
- Pellet, Alain, “Applicable Law” en Cassese, Antonio; Gaeta, Paola y Jones, John R.W.D. (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1051-1084.
- Pocar, Fausto, “Interacción entre las fuentes del Derecho Penal Internacional: De la teoría a la práctica”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 185-223.
- Schabas, William, “‘The Odious Scourge’: Evolving Interpretations of the Crime of Genocide”, en *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 1, N° 2, 2006, pp. 93-106.
- Scharf, Michael, “Joint criminal enterprise, the Nuremberg precedent and the concept of ‘Grotian Moment’” en Isaacs, Tracy y Vernon, Richard (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 119-139.
- Shahabuddeen, Mohamed, “Does the Principle of Legality stand in the way of progressive development of Law?”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, pp. 2004, 1007-1017.
- Shaw, Malcom, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Simpson, Gerry, “Men and abstract entities: Individual responsibility and collective guilt in International Criminal Law”, en Van der Wilt, Harmen; Nollkaemper, André (eds.) *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 69-100.
- Stahn, Carsten y van den Herik, Larissa, “‘Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box?”, en Stahn, Carsten y van den Herik, Larissa (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Verhoeven, Joe, “Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law”, en *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. XXXIII, 2002, pp. 3-22.
- Wald, Patricia, “Tribunal discourse and intercourse: How the International Courts speak to one another”, en *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 30, 2007, pp. 15-27.
- Zammit Borda, Aldo, “A formal approach to article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, en *European Journal of International Law*, Vol. 24, 2013, pp. 649-661.

# La dualidad de la responsabilidad internacional y el diálogo jurisdiccional

Natalia M. Luterstein<sup>1</sup>

Las decisiones de los tribunales internacionales han alcanzado una importancia que quienes redactaron el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional no imaginaban cuando adoptaron la norma que hoy conocemos como el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”). Desde 1920, la jurisprudencia de la CIJ ha crecido tanto en volumen e importancia<sup>2</sup> y, además, ha aumentado la cantidad de tribunales internacionales creados por los Estados cuya jurisprudencia también podría ser incluida dentro de las fuentes auxiliares mencionadas por la norma.

Ahora bien, más allá del valor que las sentencias de esos tribunales tienen para las partes de la controversia o, incluso para otros casos del mismo tribunal, resulta interesante reflexionar sobre el impacto que tienen en el funcionamiento de otras jurisdicciones.<sup>3</sup> En efecto, los tribunales internacionales no están organizados en un sistema, es decir, no existe una relación jerárquica entre sí y no es de aplicación el principio *stare decisis* o precedente obligatorio. Sin embargo, una lectura superficial de las sentencias de los distintos tribunales demuestra que estos toman en cuenta las decisiones de sus pares al momento de dictar sus fallos. ¿Puede considerarse entonces que al mencionar decisiones de otros tribunales se está entablando un diálogo inter-jurisdiccional? Si

---

1 Una parte de este trabajo ha sido presentado en el en el “Séptimo Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal”, organizado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) y auspiciado por la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, 27 y 28 de noviembre de 2015.

2 Raimondo (2005: 25).

3 Romano ha señalado que existe poca evidencia comparativa respecto de la frecuencia con la que se realizan “préstamos judiciales”, es decir, cuando tribunales internacionales hacen referencia a las decisiones de otros tribunales, *cf.* Romano (2009: 760-761).

así fuera, ¿cuál es el contenido de esta conversación? ¿Cuáles son sus reglas gramaticales?<sup>4</sup>

En general, podría aventurarse que para los tribunales cuya competencia personal o material coincide o se superpone sería más sencillo dialogar entre sí, ya que compartirían una lengua común.<sup>5</sup> Sin embargo, es posible imaginar que el alcance de dicho diálogo podría extenderse aún más allá.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es examinar el uso que la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI” o “Corte”) ha hecho de la jurisprudencia de los tribunales internacionales con competencia personal sobre Estados. Se buscará, de esta manera, determinar las cuestiones respecto de las cuales un tribunal con competencia personal sobre individuos cita decisiones de tribunales como la CIJ, o los tribunales regionales en materia de derechos humanos, a los fines de identificar puntos de contacto entre la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad del individuo.

El trabajo comenzará con una breve descripción del valor de la jurisprudencia como fuente en el derecho internacional público y como derecho aplicable por la CPI. Luego, se examinará el uso que dicha Corte ha hecho de las sentencias de la CIJ y, a continuación, de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en particular, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”). No se incluirá un análisis profundo de las cuestiones sustantivas analizadas por la CPI al citar dicha jurisprudencia, sino que se buscará dar cuenta de la relación o diálogo que existe entre las jurisdicciones mencionadas.

## 1. El valor de la jurisprudencia en el derecho internacional

El artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ dispone que las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. Por su parte, dicho artículo establece que las decisiones del tribunal serán obligatorias solamente para las partes y en el caso concreto. El acotado alcance que los redactadores del Estatuto de la CIJ (que es casi idéntico al Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional) le otorgaron a la jurisprudencia podría explicarse en la intención de evitar que los

---

4 Romano (2009).

5 Romano ofrece como ejemplo la relación entre la Corte Europea de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *cf.* Romano (2009: 770-771).

jueces crearan derecho.<sup>6</sup> Actualmente, si bien persiste tal desconfianza,<sup>7</sup> lo cierto es que desde la adopción de lo que hoy constituye el actual artículo 38,<sup>8</sup> los Estados han creado una gran cantidad de tribunales,<sup>9</sup> con competencias diversas, lo que da cuenta de la creciente importancia del método jurisdiccional para solucionar controversias que involucren no solamente a estos sujetos, sino a otros como, por ejemplo, los individuos. Y aun en el marco de la CIJ, a pesar del artículo 59, este tribunal ha adoptado la práctica de seguir sus propias decisiones.<sup>10</sup>

En este sentido, se ha observado que el hecho de considerar a la jurisprudencia como fuente “auxiliar” no significa que sea “secundaria”, ya que, por el contrario, en muchas áreas del derecho internacional, las sentencias representan la mejor forma de determinar cuál es el Derecho, en particular, cuando no existe regulación directa o esta no es clara.<sup>11</sup> En efecto, los/as jueces/zas internacionales son concientes de que si sus propios tribunales o sus pares recogen y repiten sus conclusiones jurídicas y ello no es cuestionado fuertemente por muchos Estados, con el tiempo, podría argumentarse la existencia de una nueva norma.<sup>12</sup>

## 2. El valor de la jurisprudencia en el sistema de la Corte Penal Internacional

El artículo 21(2) del Estatuto de Roma (en adelante, “ER” o “Estatuto”) establece que la CPI *puede* “aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Este párrafo se diferencia del primer inciso del artículo ya que autoriza –pero no obliga– a la Corte a referirse a su propia jurisprudencia como derecho aplicable. Ello, a diferencia del ER, los Elementos de los Crímenes<sup>13</sup> y las Reglas de Procedimiento y Prueba<sup>14</sup> (en adelante, “RPP” o “Reglas”) aprobados por la Asamblea de Estados

---

6 Zammit Borda (2013: 652).

7 McAuliffe deGuzman (1999: 436).

8 El artículo 38 del Estatuto de la CIJ tiene un contenido idéntico a su antecesor incluido en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

9 Desde la década del '40, se han creado más de 100 jurisdicciones (y cuasi-jurisdicciones) internacionales (algunas de las cuales hoy ya no están en funcionamiento), *cf.* “Proyecto sobre Cortes y Tribunales Internacionales [http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic\\_chart/Synoptic%20Espa%20nol.pdf](http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/Synoptic%20Espa%20nol.pdf) (último acceso: 6/03/2016). Para más información sobre las razones detrás de este incremento, ver, entre otros Romano (2009).

10 Pellet (2002: 1066).

11 Raimondo (2005: 28).

12 Romano (2009: 769).

13 ICC-ASP/1/3(part II-B).

14 ICC-ASP/1/3.

Parte, que el artículo 21 incluye como fuentes que obligatoriamente deben ser aplicadas por la Corte.

Este párrafo da cuenta del compromiso alcanzado entre los sistemas anglosajones y los de tradición continental respecto del valor del precedente,<sup>15</sup> y quizás también suma un nuevo elemento que brinde certezas respecto del contenido de las decisiones judiciales. Asimismo, demuestra la trascendencia que la jurisprudencia como fuente de derecho internacional público ha ganado desde la adopción del Estatuto de la CIJ.

En el marco de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (en adelante, “TPIY”) y para Ruanda (en adelante, “TPIR”) la jurisprudencia de los otros tribunales penales internacionales ha jugado un rol similar, aun cuando sus estatutos no contengan una disposición como el artículo 21(2). En el caso del TPIY, la Sala de Apelaciones ha dicho que los jueces deben seguir los principios establecidos en decisiones previas, salvo que existan razones de peso para apartarse, en el interés de la justicia.<sup>16</sup> Por otro lado, y a pesar de tener un vínculo institucional a través de la Sala de Apelaciones,<sup>17</sup> en un caso posterior, el TPIY rechazó la aplicación automática de los precedentes del TPIR, sosteniendo que los estatutos habían sido adoptados en contextos diferentes.<sup>18</sup> Asimismo, el artículo 20(3) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona establece que los jueces de la Sala de Apelaciones se guiarán por las decisiones de la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, lo que, por supuesto, no implica reconocer la doctrina del precedente obligatorio.

El hecho de que el artículo 21(2) solo mencione las decisiones de la propia CPI parece poner en duda la posibilidad de hacer referencia a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales. La jurisprudencia internacional no aparece como fuente –ni siquiera auxiliar– como ocurre en el sistema del Estatuto de la CIJ. Sin embargo, y a pesar de tener diferentes regulaciones,<sup>19</sup> sería extraño que la CPI, como tribu-

---

15 Verhoeven (2002: 13).

16 “Fiscal c. Zlatko Aleksovski”, Sala de Apelaciones, sentencia del 24 de marzo de 2000, párr. 111.

17 La estructura de ambos tribunales incluía una Sala de Apelaciones común, conformada por cinco jueces del TPIY y dos del TPIR.

18 “Fiscal c. Enver Hadzihasanovic, Alagic Mehmed y Amir Kubura”, Sala de Apelaciones, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility*, 16 de julio de 2003, párr. 26.

19 En general, se ha señalado que los estatutos de los tribunales *ad hoc* siguen mayormente el sistema anglosajón, mientras que el Estatuto de la CPI contiene características tanto de ese como del sistema romano-germánico. Esto fue reconocido por la propia Corte. Ver, por ejemplo, “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the*

nal penal internacional permanente, no se refiriera a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, como, efectivamente, lo ha hecho. Se han sugerido caminos alternativos para admitir estas referencias, como por ejemplo, la utilización del inciso b) del primer párrafo del artículo 21, que menciona a “los principios y normas de derecho internacional”, ya que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* puede usarse para identificarlos<sup>20</sup> y, de hecho, estos tribunales han aplicado e interpretado ampliamente las normas consuetudinarias en materia de derecho internacional penal.<sup>21</sup> Este fundamento podría ser usado, además, para justificar la referencia a la jurisprudencia de la CIJ, cuyo Estatuto dispone expresamente que aplicará las normas consuetudinarias. Asimismo, se ha propuesto que los precedentes de los tribunales *ad hoc* pueden ser tenidos en cuenta al interpretar el Estatuto, sobre la base del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante, “CVDT”) ya que ello evitaría inconsistencias dentro del derecho internacional penal, a través de una interpretación sistémica.<sup>22</sup>

La CPI ha dicho en este sentido que puede aplicar los principios y normas de derecho internacional cuando considere que exista una laguna en el ER, las RPP o los Elementos de los Crímenes y dicha laguna no pueda ser completada a través de la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la CVDT y en el artículo 21(3).<sup>23</sup>

Asimismo, como se explicará más adelante, la CPI se ha referido a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos sobre la base del tercer párrafo del artículo 21, que establece una pauta de interpretación y aplicación del derecho aplicable por la Corte.

---

*Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa*, 14 de agosto de 2009, párr. 42.

20 Nerlich (2009: 313); Stahn y van den Herik (2012). Ello fue aceptado, además por el juez Kaul en su disidencia a la Decisión que autorizó la apertura de la investigación de la situación en Kenia, que consideró a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* como una “fuente de inspiración”, cf. *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation in to the situation of the Republic of Kenya*, 31 de marzo de 2010, párr. 30.

21 Nerlich (2009: 308).

22 Nerlich (2009: 320).

23 “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, párr. 44.

### 3. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en las decisiones de la Corte Penal Internacional

En un primer análisis, podría considerarse que, al ser la CIJ el órgano jurisdiccional principal de la Organización de las Naciones Unidas y poseer la competencia material más amplia, su jurisprudencia debería gozar de un estatus privilegiado en el universo de los tribunales internacionales y sus *dicta* respecto del derecho internacional general, aplicados por las demás jurisdicciones internacionales.<sup>24</sup>

Si bien el artículo 21 del ER no menciona la jurisprudencia de este tribunal de manera expresa, como se verá a continuación, la CPI ha hecho referencia a sus decisiones para cuestiones de derecho internacional público general, aunque no con una gran intensidad o frecuencia.<sup>25</sup>

#### 3.1. Las reglas de interpretación

En primer lugar, la CPI ha utilizado la jurisprudencia de la CIJ para referirse a uno de los temas más clásicos del derecho internacional: las reglas de interpretación de los tratados reconocidas en la CVDT y su estatus de normas consuetudinarias.

En efecto, como el ER, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, es un tratado, le son aplicables las reglas generales de interpretación de los tratados,<sup>26</sup> aun cuando necesiten ser adaptadas a las características de un tratado de derecho internacional penal.<sup>27</sup>

Así, por ejemplo, en la decisión sobre la apertura de la investigación en la situación de Kenia,<sup>28</sup> la Sala de Cuestiones Preliminares II citó casos como la “Disputa sobre Derechos de la Navegación entre

---

24 De hecho, hasta se ha propuesto que los tribunales internacionales tengan la facultad de solicitar a la CIJ Opiniones Consultivas respecto de cuestiones de derecho internacional. Cf. Romano (2009: 786).

25 Por su extensión, no se incluye en este trabajo la aplicación que hizo la CPI de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de inmunidad de jurisdicción. Al respecto, ver Elías en este Volumen.

26 “Situación de la República Democrática del Congo”, Sala de Apelaciones, *Judgement on Extraordinary Review*, 13 de julio de 2006, párr. 33.

27 Grover (2014: 44). Se refiere aquí a dos artículos del ER que contienen guías interpretativas: el artículo 21(3), que se analizará más adelante, y el artículo 22(2), que dispone: “[I] a 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”.

28 “Situación de la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 de marzo de 2010, párr. 19.

Costa Rica y Nicaragua”,<sup>29</sup> la “Disputa Territorial entre Libia y Chad”<sup>30</sup> y el caso sobre las “Cuestiones de Delimitación Marítima y Territorial entre Qatar y Bahrain”.<sup>31</sup> El Juez Kaul, en su voto disidente de esa misma decisión, también aplicó las reglas de interpretación de la CVDT que consideró consuetudinarias para analizar el elemento contextual del crimen de lesa humanidad referido a la política de un Estado o de una organización.<sup>32</sup> En este sentido, citó el caso de “Qatar c. Bahrain”, mencionado por la mayoría y agregó el caso “La Grand” entre Alemania y Estados Unidos.<sup>33</sup>

En la decisión de la Sala de Primera Instancia en el caso “Ruto y Arap Sang” sobre la solicitud del Sr. Ruto de ser excusado de estar presente en el juicio, también se refirió a la jurisprudencia de la CIJ para interpretar las disposiciones del ER, en particular, el principio de interpretación del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) y rechazó la interpretación propuesta por la Defensa del artículo 63(1) del ER, afirmando que esta disposición no reconoce un derecho del acusado de estar presente en juicio, sino un deber. Para ello, citó el caso del “Canal de Corfú”<sup>34</sup> y la Opinión Consultiva sobre la “Interpretación de los Tratados de Paz”.<sup>35</sup>

La Sala de Primera Instancia también se refirió al artículo 31(3)(c) CVDT, que recoge la llamada interpretación sistémica –es decir, tomar en cuenta toda otra norma de derecho internacional– para incorporar a la interpretación del ER el reconocimiento del derecho internacional a la democracia. En este punto, la Sala se refirió al hecho nuevo que surgió luego de comenzada la investigación en la situación de Kenia, es decir, la elección del Sr. Ruto como vice-presidente de ese país y la alegada tensión entre el juzgamiento por la CPI y la inmunidad de jurisdic-

---

29 CIJ, “Disputa sobre Derechos de la Navegación entre Costa Rica y Nicaragua” (Costa Rica v. Nicaragua), Sentencia del 13 de julio de 2009, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213, párr. 47.

30 CIJ, “Disputa Territorial entre Libia y Chad” (Libia v. Chad), Sentencia del 3 de febrero de 1994, *I.C.J. Reports 1994*, p. 6, párr. 41.

31 CIJ, “Cuestiones de Delimitación Marítima y Territorial entre Qatar y Bahrain” (Qatar v. Bahrain), Sentencia del 15 de febrero de 1995, *I.C.J. Reports 1995*, p. 6, párr. 33.

32 “Situación de la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Voto disidente del Juez Kaul, 31 de marzo de 2010, párr. 34.

33 CIJ, “La Grand” (Alemania v. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 2001, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466, párr. 501.

34 CIJ, “Canal de Corfú” (Reino Unido v. Albania), sentencia del 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 4, p. 24.

35 CIJ, “Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania”, Segunda Fase, 18 de julio de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, p. 221, p. 229.

ción.<sup>36</sup> Así, parafraseó una afirmación de la CIJ de la Opinión Consultiva sobre “Reparaciones por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas”<sup>37</sup> en la que ese Tribunal sostuvo que cuando se encuentra frente a una nueva situación, debe tomar en cuenta las disposiciones de la Carta a la luz de los principios de derecho internacional, cambiando el término “Carta” por el de ER.<sup>38</sup> En este sentido, la Sala hizo un análisis entre el derecho de los pueblos a elegir sus propios representantes y la investigación de la responsabilidad penal de dichos representantes, para lo cual, tomó en consideración el carácter de norma imperativa de la prohibición de crímenes contra la humanidad.<sup>39</sup>

### 3.2. La calificación del conflicto armado: el caso de Thomas Lubanga Dyilo

Más allá de los ejemplos mencionados *supra*, resulta relevante examinar el uso de la jurisprudencia de la CIJ a los efectos de analizar un tema que también puede ser considerado clásico en el derecho internacional, pero dentro de una de sus ramas especializadas: el derecho internacional humanitario. Es interesante analizar cómo en este caso, a los fines de calificar el conflicto armado que había tenido lugar en la región de Ituri, donde se cometieron los hechos por los que, finalmente, fue condenado Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Cuestiones Preliminares, no solamente hizo referencia a desarrollos teóricos sobre el derecho internacional público de la CIJ, sino que además, utilizó el análisis jurídico de los hechos realizado por dicho Tribunal en el caso “República Democrática del Congo v. Uganda”.<sup>40</sup>

---

36 “Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, Sala de Primera Instancia, *Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial*, 18 de junio de 2013, párrs. 79-80.

37 “Opinión Consultiva sobre Reparaciones por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas”, *I.C.J. Reports 1949*, p. 174.

38 “Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, cit. nota 36, párr. 80.

39 *Idem*, párrs. 88-90.

40 CIJ, “Caso concerniente a las Actividades Armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo v. Uganda), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168. Brevemente, cabe mencionar que la región de Ituri, localizada en la frontera con Ruanda y Uganda, que es una región rica en recursos naturales, especialmente minerales como el oro, ha estado en guerra desde 1996. El conflicto en Ituri es un conflicto inter-étnico entre los Lendu y los Hema. Durante la década de 1990, Uganda entrenó tanto a miembros de la etnia Lendu como de la etnia Hema para participar en las fuerzas del *Congolese Rally for Democracy-Liberation Movement* (RCD-ML), y así consiguió el control sobre dicha región. Sin embargo, el grupo se fracturó cuando comenzaron a surgir problemas entre miembros Lendu y Hema. (cf. *Background to the Hema-Lendu Conflict in Uganda-Controlled Congo Human Rights Watch, January 2001*, ver <http://www.hrw.org/backgrounder/africa/hemabckg.htm> (visitado por última vez el 26/06/2007)). En junio de 2002, Thomas Lubanga Dyilo, que había sido miembro del RCD-ML se separó del grupo y formó la Unión de Patriotas Congolese (UPC),

En efecto, en su decisión sobre la confirmación de cargos, para justificar su calificación del conflicto (consideró que de julio de 2002 a julio de 2003 se trató de un conflicto armado de carácter internacional y de junio de 2003 a diciembre de 2003, de un conflicto armado de carácter no internacional),<sup>41</sup> la Sala de Cuestiones Preliminares observó que ni el Estatuto ni los Elementos de los Crímenes ofrecen una definición de conflicto armado internacional a los efectos del artículo 8(2) (b), excepto por la nota al pie n° 34 de los Elementos de los Crímenes que señala que ese término incluye el caso de la ocupación militar.<sup>42</sup> En consecuencia, se refirió a la sentencia de la CIJ del 19 de diciembre de 2005, en la que se sostuvo que, de conformidad con el derecho consuetudinario, reflejado en el Reglamento de La Haya de 1907, un territorio se considera ocupado cuando se encuentra bajo la autoridad de un ejército enemigo que la ejerce. En este sentido, la CIJ encontró que el ejército ugandés había sustituido a la autoridad del gobierno de la República Democrática del Congo en la región de Ituri.<sup>43</sup> A la luz de las conclusiones de la CIJ, la Sala de Cuestiones Preliminares indicó que había suficiente prueba para afirmar que, como resultado de la presencia de Uganda como potencia ocupante, el conflicto armado en Ituri podía ser caracterizado como internacional durante el período de julio de 2002 a junio de 2003, cuando dicho Estado retiró su ejército.<sup>44</sup>

Cabe señalar que en la misma decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares también se refirió<sup>45</sup> a la sentencia de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso “Fiscal c. Dusko Tadic”.<sup>46</sup> En ese caso, la Sala afirmó que un conflicto armado es de carácter internacional si se enfrentan dos o más Estados o cuando existe ocupación militar. Asimismo, con-

---

una milicia local dominada por los Hema. Por otro lado, Ruanda entrenó y respaldó un grupo rival, el *Congolese Rally for Democracy-Goma* (RCD-GOMA).

41 Cabe mencionar que en su solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares I de una orden de arresto del 12 de enero de 2006, la Fiscalía había manifestado que los crímenes de los cuales se acusaba a Lubanga Dyilo habían ocurrido en el marco de un conflicto armado no internacional. Sin embargo, en la orden de arresto finalmente emitida, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptó una postura amplia, sin realizar ningún tipo de calificación del conflicto. La orden contra Thomas Lubanga Dyilo establecía que este sería responsable penalmente (artículo 25(3)(a)) por el crimen de guerra de enlistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, tanto en el marco de un conflicto armado internacional como en un conflicto armado no internacional.

42 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007, párr. 205.

43 *Idem*, párrs. 212-214.

44 *Idem*, párr. 220.

45 *Idem*, párr. 210.

46 TPIY, “Fiscal c. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 84.

sideró que un conflicto armado no internacional puede convertirse en un conflicto armado internacional o, según las circunstancias, puede presentar al mismo tiempo un carácter internacional si: a) las tropas de un tercer Estado intervienen en el conflicto de forma directa o b) ciertos participantes del conflicto armado interno actúan en nombre de un tercer Estado, que intervendría de forma indirecta. Para que se dé este último supuesto, la Sala detalló cuáles son las circunstancias que tienen que existir, es decir, precisó los elementos de lo que denominó el “control global” ejercido por el tercer Estado sobre algún grupo parte del conflicto armado para considerar que este presenta una naturaleza internacional, es decir que no es necesario que el tercer Estado emita órdenes específicas o direcciones para cada operación individual de los grupos armados, sino que es suficiente que ese Estado tenga un rol en la organización, coordinación o planeamiento de las acciones del grupo armado, además del financiamiento, entrenamiento, equipamiento o apoyo operacional de ese grupo.<sup>47</sup>

En la sentencia dictada el 14 de marzo de 2012,<sup>48</sup> la Sala de Primera Instancia modificó la calificación del conflicto hecha por la Sala de Cuestiones Preliminares y afirmó que durante todo el período abarcado por los cargos, este tuvo un carácter no internacional. Sin perjuicio de que, de conformidad con el artículo 74(2) ER y la Norma 55(1) del Reglamento de la Corte, la Sala tiene la facultad de modificar la calificación jurídica de los cargos, manteniendo los hechos y circunstancias, es interesante analizar los argumentos que utilizó (o que no utilizó) para llegar a dicha conclusión.

Si bien la Sala terminó descartando que los crímenes por los que Lubanga Dyilo fue condenado hubieran ocurrido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional, de todas maneras definió este término haciendo referencia exclusivamente a la jurisprudencia del TPIY –en particular, al ya citado caso “Tadic”– sin ninguna mención de la jurisprudencia de la CIJ. Así, aplicando el test de control global, la Sala sostuvo que no existía suficiente prueba para determinar –aun *prima facie*– que Uganda o Ruanda hubieran ejercido un control global sobre la UPC.<sup>49</sup>

---

47 TPIY, “Fiscal c. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 137.

48 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012.

49 *Idem*, párr. 561. Asimismo, señaló que incluso cuando hubiera prueba de intervención directa de Uganda, ello solamente habría internacionalizado el conflicto armado entre los dos Estados involucrados (la RDC y Uganda) y como el conflicto en el que participó la UPC no involucraba una controversia entre Estados, sino entre grupos armados no estatales, este debía ser calificado como no internacional (*cf.* párr. 563). Así, la Sala aceptó la posibilidad de que en

Al examinar el razonamiento de la Sala de Primera Instancia, llama la atención que esta no haya hecho ninguna referencia a la sentencia de la CIJ cuando la Sala de Cuestiones Preliminares la utilizó expresamente para calificar el conflicto armado. De hecho, no solamente no la menciona, sino que además aplica el llamado test de control global desarrollado por el TPIY quien, a su vez, había criticado el test del control efectivo de la CIJ. A ello se le debe agregar el hecho de que la sentencia condenatoria de Lubanga Dyilo es posterior a la sentencia de la CIJ de febrero de 2007 en el caso de “la Convención contra el Genocidio”,<sup>50</sup> en la que la CIJ se refirió expresamente al test de control global, rechazando su aplicación. A la luz de esta situación, podría haberse esperado que la Sala de Primera Instancia hubiera, al menos, mencionado la opinión de la CIJ antes de seguir exclusivamente el criterio del TPIY.<sup>51</sup> Si bien excede el ámbito de este trabajo analizar esta discusión en profundidad, cabe mencionar que en su sentencia de 2007, la CIJ no rechazó completamente el criterio del TPIY, sino que dijo que podría ser aplicable al momento de distinguir entre conflictos armados internacionales y no internacionales, rechazando su aplicación para la atribución de responsabilidad a un Estado por actos cometidos por fuerzas no estatales.<sup>52</sup>

#### 4. Los derechos humanos y la Corte Penal Internacional

En sus decisiones, la CPI también ha hecho uso de jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en particular, del TEDH –en mayor medida– y de la Corte IDH.

Como ya ha sido adelantado, la Corte justifica la referencia a las decisiones de estos tribunales a través del artículo 21(3) del ER, que dispone: “[I]a aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos huma-

---

el territorio de Ituri existiera más de un conflicto armado al mismo tiempo, por lo que uno de ellos –en donde intervenía Uganda– podía ser calificado como internacional, lo que no afectaría la calificación del grupo en el que participaba el grupo armado de Lubanga Dyilo (cf. párr. 565).

50 CIJ, “Caso concerniente a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*.

51 Liefänder (2012: 195).

52 Cabe mencionar, sin embargo, que hay autores que sostienen que si bien las normas sobre responsabilidad del Estado no parecen ser la herramienta adecuada para determinar la naturaleza de un conflicto armado, de todas formas sirven para determinar el estatus internacional de las entidades parte de ese conflicto. Si los actos de un grupo armado pueden ser atribuidos a un Estado extranjero, el grupo puede ser considerado como un órgano *de facto* de ese Estado y, por lo tanto, el conflicto sería de carácter internacional. Por lo tanto, el estatus de cada parte del conflicto constituiría el criterio correcto para determinar la naturaleza del conflicto armado. Cf. La Haye, Eve. *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 y Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, Springer, 2009, citados en Liefänder (2012: 196).

nos 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, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.<sup>53</sup>

Este párrafo no se refiere al derecho que la Corte debe aplicar, sino que establece que “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” deben funcionar como una guía de interpretación y aplicación de las otras fuentes, aunque sin explicar claramente la diferencia entre interpretación y aplicación. Al respecto, se ha señalado que este párrafo actúa como un punto de contacto entre el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>54</sup> mientras que otros autores consideran que el artículo 21(3) crea una “super legalidad”<sup>55</sup> o que se trata de una norma cuasi-constitucional,<sup>56</sup> porque los derechos humanos tendrían precedencia por sobre las demás normas aplicables.<sup>57</sup>

Cabe observar además, que este párrafo crea una regla de interpretación específica para el ER que complementa las reglas establecidas en los artículos 31 y 32 de la CVDT que, como ya se ha señalado, también han sido utilizadas por la Corte. Si bien esta regla especial no define el alcance de la frase “derechos humanos internacionalmente reconocidos”, en una de sus primeras decisiones, la Sala de Apelaciones consideró como derechos internacionalmente reconocidos a “los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional consuetudinario y los tratados y convenios internacionales”.<sup>58</sup> En dicha decisión, hizo referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, como muestra de la aceptación general de que estaba emergiendo como principio del derecho internacional consuetudinario, en el caso, respecto del derecho a un juicio justo.

---

53 Para un análisis sobre el párrafo tercero del artículo 21, ver Olivera en este Volumen.

54 Young (2011: 189).

55 Pellet (2002:1079).

56 Sheppard (2010: 46).

57 Pellet (2002:1080).

58 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Decisión sobre la solicitud del Fiscal de autorización para contestar a las conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal*, 12 de septiembre de 2006, párr. 3.

Asimismo, como se desarrollará *infra*, surge claramente que la CPI ha interpretado el artículo 21(3) como una autorización para referirse a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.

Si bien se ha considerado mayoritariamente que este párrafo se refiere a los derechos del acusado,<sup>59</sup> también debe vincularse con los derechos de las víctimas,<sup>60</sup> participantes en el proceso ante la CPI. En efecto, puede observarse que la Corte ha hecho referencia a la jurisprudencia en materia de derechos humanos cuando debe resolver sobre cuestiones que afectan tanto los derechos del acusado, en particular en el marco de los artículos 55 y 67(1) del Estatuto, como así también los derechos de las víctimas, en particular con respecto a los artículos 68(3) y 75 de dicho instrumento.<sup>61</sup>

#### 4.1. Los derechos de la persona acusada

En primer lugar, debe señalarse que, al igual que los tribunales regionales en materia de derechos humanos, la CPI consideró que la noción de “audiencia justa” incluida en el *chapeau* del artículo 67(1), interpretada a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, permite que la Corte, en las circunstancias apropiadas, exceda los términos específicos de dicho artículo, ya que este se refiere solamente a las garantías mínimas.<sup>62</sup>

Asimismo, la absolución de Mathieu Ngudjolo Chui y la posterior solicitud de indemnización en el marco del artículo 85 del ER presen-

---

59 Grover (2010: 559). En este sentido, debe señalarse que en el Informe del Comité Preparatorio se incluyó una nota al pie al entonces artículo 20 (actual artículo 21) en la que se señalaba que la referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos requería que la interpretación de la CPI fuese consistente con el principio del *nullum crimen sine lege*. Ver Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. UN doc. A/CONF.183/2Add.1, [incorporating documents A/CONF.183/2/Add.1 of 14 April 1998, Add1/Corr.1 of 26 May 1998 and Add.2/Rev.1 of 15 April 1998] 14 de abril de 1998, p. 30, nota al pie 68.

60 Gutierrez Posse (2006: 45).

61 Si bien excede el alcance de este trabajo, cabe señalar que, en más de una oportunidad, la CPI tuvo que analizar cómo resolver la situación de personas que se encontraban detenidas en sus países de origen y que habían sido trasladadas a la sede de la CPI a los efectos de brindar testimonio para la Defensa, es decir, no se trataba de las personas acusadas ni de las víctimas, (*cf.* artículo 93(7)(b) del ER), quienes, luego de completar su testimonio, solicitaron que la Corte suspenda su regreso a su país de origen y facilitara el pedido del reconocimiento del estatuto de refugiado que habían realizado ante las autoridades holandesas. Cabe señalar que las Salas han acudido a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos para resolver la cuestión, que, de hecho, también intervinieron en el caso (TEDH, “Bède Djokaba Lambi Longa v. Países Bajos”, del 9 de octubre de 2012). Para más información, ver Luterstein (2013) y Luterstein y Rodriguez Miglio (2018).

62 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Statute*, 19 de mayo de 2006, párr. 37. Allí menciona la Opinión Consultiva 11/90 de la Corte IDH del 10 de agosto de 1990.

tada por Ngudjolo Chui requirió que la Corte analizara la naturaleza de este procedimiento y la posibilidad de aplicar las garantías previstas en el artículo 67 del ER. Así, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, sostuvo que no se trata de un proceso de naturaleza penal, sino civil y que, por lo tanto, no puede hablarse de acusado en los términos del artículo 67 ni resulta obligatoria ni necesaria su presencia durante las audiencias de indemnización.<sup>63</sup>

#### *4.1.a) Derecho de la persona acusada a ser informada de los cargos y la posibilidad de la recharacterización jurídica*

El artículo 67(1)(a) dispone que el acusado tiene derecho 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”. En este contexto, la CPI sostuvo que este inciso del artículo 67(1) no prohíbe la recharacterización de los cargos durante el juicio, lo que, de hecho, es compatible con la jurisprudencia del TEDH.<sup>64</sup> En efecto, la CPI observó que los tribunales regionales de derechos humanos no requieren que la persona acusada conozca o pueda prever al comienzo del juicio la caracterización jurídica que pueda ser aplicada en el caso en que se proceda a una recharacterización, supuesto que, justamente, prevé la Norma 55 del Reglamento de la Corte.<sup>65</sup> El

---

63 “Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on the request by Counsel for Mathieu Ngudjolo for one or more hearings to be held and for an order to ensure that Mathieu Ngudjolo attends the hearing or hearings*, 30 de octubre de 2015, párrs. 14 y 19, con cita a las sentencias del TEDH en los casos “Georgiadis v. Grecia”, del 29 de mayo de 1997; “Werner v. Austria”, del 24 de noviembre de 1997; “Vestf’ y Ukhov v. Rusia”, del 30 de mayo de 2013; “Miller v. Suecia”, del 8 de febrero de 2005; “Andersson v. Suecia”, del 7 de diciembre de 2010 y “Fexler v. Suecia”, del 13 de enero de 2012.

64 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’*, 8 de diciembre de 2009, párr. 84. Allí cita las sentencias del TEDH en los casos “Pélissier y Sassi v. Francia”, del 25 de marzo de 1999; “Dallos v. Hungría”, del 1 de marzo de 2001; “Sadak y otros v. Turquía”, del 17 de julio de 2001; “I. H. y otros v. Austria”, del 20 de abril de 2006; “Miroux v. Francia”, del 26 de septiembre de 2006; “Mattel v. Francia”, del 19 de diciembre de 2006 y “Abramyan v. Rusia”, del 9 de octubre de 2008.

65 La Norma 55 establece: 1. En su decisión conforme el artículo 74, la Sala puede modificar la caracterización jurídica de los hechos conforme los artículos 6, 7 u 8, o conforme la forma de participación del acusado bajo el artículo 25 y 28, sin exceder los hechos y circunstancias descriptas en los cargos y en toda enmienda a los cargos. 2. Si, en cualquier momento del juicio, la Sala considera que podría configurarse un cambio en la caracterización jurídica de los hechos, la Sala notificará a los participantes de tal posibilidad y, luego de escuchar la prueba, en la instancia apropiada, dará a los participantes la oportunidad de hacer presentaciones orales o escritas. La Sala podrá suspender la audiencia para asegurar que los participantes tengan el tiempo y las facilidades adecuadas para una efectiva preparación o, si fuera necesaria, podrá convocar una audiencia para considerar las cuestiones relevantes para el cambio propuesto. 3. A los fines del inciso 2, la Sala, en particular, se asegurará que el acusado tenga tiempo y

único requisito en ese caso es asegurar que los hechos que subyacen a los nuevos cargos hubieran estado mencionados claramente en la acusación original.<sup>66</sup> En la misma línea, en el caso de Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Primera Instancia I consideró compatible con la jurisprudencia del TEDH una recharacterización jurídica durante el juicio si se brinda suficiente aviso a la Defensa.<sup>67</sup> Asimismo, la Sala de Primera Instancia afirmó, siguiendo al TEDH, que si la recharacterización hecha en la instancia de juicio puede ser luego revisada cabalmente por una instancia superior, ello no violaba el derecho a un juicio justo ni la imparcialidad de los/as jueces/zas.<sup>68</sup> Finalmente, la Corte sostuvo que para evitar que la recharacterización produzca una demora injustificada, se debe hacer un análisis caso por caso y tener en cuenta que, conforme la jurisprudencia del TEDH, una demora irrazonable puede ser compensada con una reducción de la pena.<sup>69</sup>

#### 4.1.b) Derecho a contar con una defensa técnica

El artículo 67(1)(b) establece que el acusado tiene derecho 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. La Sala de Primera Instancia II debió interpretar el derecho a contar con un abogado durante un interrogatorio llevado a cabo en el

---

facilidades adecuadas para la efectiva preparación de su defensa, conforme el artículo 67, párr. 1(b) y si fuera necesario, tenga la oportunidad de examinar nuevamente, o que fuera examinado nuevamente, un testigo, llamar nuevos testigos o presentar nueva prueba admisible conforme el Estatuto, de acuerdo con el artículo 67, párr. 1(e) (traducción propia).

66 Sala de Primera Instancia II, “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, *Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons*, 21 de noviembre de 2012, párr. 22. Allí, cita el caso “Kamasinski v. Austria”, sentencia del 19 de diciembre de 1989 y la sentencia de la Corte IDH en el caso “Barreto Leiva v. Venezuela”, del 17 de noviembre de 2009.

67 Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Clarification and further guidance to parties and participants in relation to the ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’*, 27 de agosto de 2008, párr. 8, con cita a las sentencias del TEDH en los casos “Abramyan v. Rusia”, del 9 de enero de 2009 y “Dallos v. Hungría”, del 1 de marzo de 2001.

68 “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, cit. nota 68, párrs. 16, 18 y 19, con cita a las sentencias del TEDH en los casos “Dallos v. Hungría”, del 1 de marzo de 2001; “Sipavičius v. Lituania”, del 21 de febrero de 2002; “Vesque v. Francia”, del 7 de marzo de 2006; “Pierre Bäckström y Mattias Andersson v. Suiza”, del 5 de septiembre de 2006; “Morel v. Francia”, del 6 de junio de 2000; “Castillo Algar v. España”, del 28 de octubre de 1998; “Fey v. Austria”, del 24 de febrero de 1993; “Bulut v. Austria”, del 22 de febrero de 1996 y “Piersack v. Bélgica”, del 1 de octubre de 1992.

69 “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, cit. nota 68, párr. 43, con cita a las sentencias del TEDH en los casos “Lorenzi, Bernardini y Gritti v. Italia”, del 27 de febrero de 1992; “Katte Klitsche de la Grange v. Italia”, del 27 de octubre de 1994; “Cocchiarella v. Italia”, del 29 de marzo de 2006; “Eckle v. Alemania”, del 15 de Julio de 1982 y “N. v. República Federal de Alemania”, del 16 de diciembre de 1982.

territorio de un Estado, en el marco de una investigación de la CPI que fue analizado a la luz de la jurisprudencia de TEDH. Así, la Sala consideró que los estándares establecidos en la materia no requieren que el abogado esté físicamente presente durante el interrogatorio, sino que los derechos del acusado a ser presumido inocente, permanecer en silencio y no ser forzado a auto-incriminarse pueden ser suficientemente protegidos si el acusado obtiene asesoramiento jurídico adecuado antes del interrogatorio y si existen otras garantías para que no exista coerción.<sup>70</sup>

Por otro lado, en el primer caso abierto sobre la base de cargos de delitos contra la administración de justicia,<sup>71</sup> la Corte debió analizar el derecho a la privacidad en el marco de una discusión sobre el alcance del privilegio de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. Para examinar cuando una interferencia al derecho de privacidad es conforme a derecho, hizo referencia a jurisprudencia en materia de derechos humanos y sostuvo que debían tenerse en cuenta los siguientes factores: a) la medida o medidas en análisis, b) la ley debe ser accesible para la persona involucrada y sus efectos previsibles, y c) la ley debe establecer las condiciones de aplicación de la medida con precisión suficiente.<sup>72</sup>

#### 4.1.c) Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

Con respecto al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, previsto en el artículo 67(1)(c)ER, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo específicamente que el plazo comienza a correr desde la notificación de la orden de arresto al acusado, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH.<sup>73</sup>

---

70 “Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on the Prosecutor’s Bar Table Motions*, 17 d diciembre de 2010, párrs. 60, 61 y 62, con cita a la sentencias del TEDH en los casos “Salduz v. Turquía”, del 27 de noviembre de 2009 y “Bykov v. Rusia”, del 10 de marzo de 2009.

71 ER, artículo 70.

72 “Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilo Lo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Marcisse Arido”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on Kilolo Defence Motion for Inadmissibility of Material*, 16 de septiembre de 2015, párr. 16. Allí cita el caso “Khoroshenko v. Rusia”, sentencia de la Gran Sala del TEDH del 30 de junio de 2015 y “Tristán Donoso v. Panamá”, sentencia de la Corte IDH del 27 de enero de 2009.

73 “Fiscal c. Laurent Gbagbo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute*, 3 de junio de 2013, párr. 38. Allí se citan las siguientes sentencias del TEDH: “Eckle v. Alemania”, del 15 de julio de 1982; “Metzger v. Alemania”, del 31 de mayo de 2001 y “Corigliano v. Italia”, del 10 de diciembre de 1982, así como la sentencia de la Corte IDH del 12 de noviembre de 1997 en el caso “Suárez Rosero v. Ecuador”.

#### 4.1.d) La presencia en el juicio

El artículo 67(1)(d) establece que la persona acusada tiene el derecho de estar presente en el juicio. Al respecto, la CPI ha sostenido que los estándares de los derechos humanos internacionalmente reconocidos no extienden necesariamente todos los derechos del artículo 67 a las personas que aún no han comparecido ante la Corte, citando tanto decisiones de la Corte IDH como del TEDH.<sup>74</sup>

Por otro lado, la presencia en las audiencias, prevista en el artículo 63(1), se discutió en el caso de “Ruto y Arap Sang” debido a que el primero fue elegido vice-presidente de Kenia durante el trámite del proceso y argumentaba que debía estar en su país para cumplir con su rol. La Sala de Apelaciones acudió a la jurisprudencia del TEDH para afirmar que el acusado no es un mero observador pasivo del juicio, sino un participante activo y que, justamente, es a través del proceso de confrontarlo con la prueba, que se puede configurar el más completo relato de los hechos. En ese sentido, afirmó que la ausencia continua del acusado sería perjudicial para la moral y la participación de las víctimas y testigo y para la promoción de la confianza pública en la administración de justicia.<sup>75</sup> Al mismo tiempo, no obstante, la Sala de Apelaciones se refirió a sentencias del TEDH<sup>76</sup> para afirmar, tal como lo dispone el propio artículo 63(2), que un juicio podría continuar a pesar de la ausencia del acusado cuando, por ejemplo, este perturbare continuamente el procedimiento. Asimismo, mencionó el caso “Kwiatkowska v. Italia”,<sup>77</sup> en el que el TEDH afirmó que el acusado puede renunciar a estar presente si se demuestra su voluntad inequívoca y no contradice ningún interés público importante.

Otra de las cuestiones relacionadas con la presencia del acusado en las audiencias analizada por la Corte fueron las llamadas audiencias *ex parte* con la Fiscalía. La Corte afirmó que a la luz de la jurisprudencia

---

74 “Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhombbo, Dominic Ongwen”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Defence against the ‘Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute’ of 10 March 2009*, 16 de septiembre de 2009, párr. 66, en el que hace referencia a la sentencia del TEDH en el caso “Deweer v. Bélgica”, del 27 de febrero de 1980 y a la sentencia de la Corte IDH en el caso of “Baena-Ricardo *et al.* v. Panamá”, del 2 de febrero de 2001.

75 “Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled ‘Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial’*, 25 de octubre de 2013, párr. 49. Allí hace referencia a la sentencia del TEDH en el caso “Demebukov v Bulgaria”, del 28 de febrero de 2008.

76 *Idem*, párr. 51, con cita a casos “Sejdovic v. Italia”, sentencia de la Gran Sala del 1 de marzo de 2006; “Demebukov v. Bulgaria”, del 28 de febrero de 2008; “Poitrimol v. Francia”, del 23 de noviembre de 1993; “Colozza v. Italia”, del 12 de febrero de 1985.

77 TEDH, sentencia del 30 de noviembre de 2000.

del TEDH, estas pueden ser consideradas válidas si la Fiscalía demuestra que el perjuicio para la Defensa es proporcional al beneficio derivado de esa audiencia,<sup>78</sup> y si se notifica a la Defensa de esa solicitud.<sup>79</sup>

#### 4.1.e) *Asistencia de un intérprete o traductor*

El artículo 67(1)(f) dispone que el acusado tiene derecho “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”. La cuestión relativa al idioma de los documentos es de gran importancia para el funcionamiento de un tribunal internacional, ya que incluye jueces, fiscales, defensores y acusados que hablan diferentes idiomas, siendo, de todos modos, el inglés y el francés las únicas lenguas de trabajo de la CPI. No sorprende entonces, que el idioma de la documentación de un caso haya sido analizado en el contexto de los derechos del acusado. Para resolver el pedido de la Defensa de acceder a una traducción de todos los documentos del expediente, la Corte recurrió a la doctrina sentada por el TEDH en el caso “Kaminski v. Austria”,<sup>80</sup> en el que no se exigió que el acusado acceda a una traducción escrita de toda la prueba o documentos oficiales, pero se estableció que la asistencia de interpretación le permita conocer el caso y defenderse, dando su versión de los hechos. Así, la Corte decidió que el acusado tiene derecho a que se le provea una traducción de todos los documentos necesarios para que comprenda la naturaleza, causa y contenido de los cargos en su contra.<sup>81</sup>

#### 4.1.f) *Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo*

El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, previsto en el artículo 67(1)(g), como corolario del derecho a guardar silencio y

---

78 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 64, párrs. 13 y 15, con cita a las sentencias de los casos “Silver v. Reino Unido”, del 25 de marzo de 1983 y “Jasper v. Reino Unido”, del 16 de febrero de 2000.

79 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 64, párr. 19.

80 TEDH, sentencia del 19 de diciembre de 1989. En el mismo sentido, la CPI citó las sentencias del TEDH en los casos “Herminio v. Italia”, del 18 e octubre de 2006 y “Kagerblom v. Suecia”, del 14 de enero de 2003.

81 “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Decision on the Defence’s Request Related to Language Issues in the Proceedings*, 4 de diciembre de 2008, párrs. 13 y 14. La Sala menciona también las sentencias del TEDH en los casos “Monnel y Morns v. Reino Unido”, del 2 de marzo e 1987; “Kostovki v. Países Bajos”, del 20 de noviembre de 1989; “Granger v. Reino Unido”, del 28 de marzo de 1990; “Poitnmol v. Francia”, del 23 de noviembre de 1993; “Stanford v. Reino Unido”, del 23 de febrero de 1994; “V. v. Reino Unido”, del 16 de diciembre de 1999 y “Luedicke, Belkacem y Koç v. Alemania”, del 28 de noviembre de 1978.

con el fin de evitar confesiones obtenidas bajo coerción fueron incluidos por la Corte en la garantía de un juicio justo, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH.<sup>82</sup>

*4.1.g) Acceso a la documentación, divulgación de la prueba e identidad de los testigos*

El artículo 67(2) dispone que sin perjuicio de “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”.

La Corte ha analizado el derecho del acusado de acceder a la documentación a la luz de la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos. Así, la Corte ha hecho referencia a la doctrina sentada por el TEDH en el caso “Edwards v. Reino Unido”<sup>83</sup> y en el caso “Fourcher v. Francia”,<sup>84</sup> para sostener la posibilidad de restringir el acceso a la defensa a la totalidad de los documentos.<sup>85</sup> Asimismo, la Corte se basó en la jurisprudencia del TEDH para afirmar que el derecho a un juicio justo incluye la divulgación de la prueba exculpatoria,<sup>86</sup> pero que la decisión sobre qué material debe ser divulgado pertenece a los jueces y no a la Fiscalía.<sup>87</sup>

En este contexto, también se ha discutido si existe obligación de divulgar la identidad de los testigos, de conformidad con las Reglas 81(2) y 81(4) de las RPP. La Corte sostuvo la compatibilidad de la au-

---

82 “Fiscal c. Katanga y Mgudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons*, 21 de noviembre de 2012, párrs. 48 y 49, con cita a las sentencias del TEDH en los casos “Saunders v. Reino Unido”, del 17 de diciembre de 1996; “John Murray v. Reino Unido”, del 8 de febrero de 1996; “Serves v. Francia”, del 20 de octubre de 1997; “Allan v. Reino Unido”, del 5 de noviembre de 2002; “J.B. v. Suiza”, del 3 de mayo de 2001 y “Chambaz v. Suiza”, del 5 de abril de 2012. Asimismo, citó la sentencia de la Corte IDH en el caso “Cantoral Benavidez”, del 18 de agosto de 2000.

83 TEDH, sentencia del 16 de diciembre de 1992.

84 TEDH, sentencia del 18 de marzo de 1997.

85 “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of A Timetable*, 15 de mayo de 2006, párr. 14.

86 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, 13 de junio de 2008, párrs. 77 y 78, con cita a los casos “V. v. Finlandia”, sentencia del 24 de Julio de 2007 y “Rowe v. Reino Unido”, del 16 de febrero de 2000.

87 *Idem*, párr. 83.

torización excepcional de la no-divulgación de las identidades con la jurisprudencia en materia de derechos humanos, citando el caso “Kostovski v. Países Bajos”,<sup>88</sup> donde el TEDH afirmó que si bien la Convención Europea no prohíbe durante la fase de investigación criminal depender de informantes anónimos, ello no implica que el testimonio anónimo puede considerarse evidencia suficiente para fundar una condena, ya que ello implicaría limitaciones a los derechos de la defensa. Asimismo, observó que la jurisprudencia de la Corte IDH es particularmente estricta en la materia, citando el caso “Bámaca Velásquez”,<sup>89</sup> en donde el tribunal rechazó el valor probatorio de un testimonio ofrecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos porque el testigo no había comparecido ante la Corte, ni se había identificado ni había jurado decir verdad, ni había podido ser monitoreado por el Estado o interrogado por los jueces.<sup>90</sup>

En el mismo sentido, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional se refirió al caso “Rowe y Davis v. Reino Unido”,<sup>91</sup> en el que se consideró que la divulgación de información a la Defensa no es un derecho absoluto, sino que puede estar restringido por cuestiones de seguridad nacional o relativas a la protección de testigos, lo que debe ser compatibilizado con los derechos del acusado. Por lo tanto, la CPI sostuvo que a veces, la no divulgación puede ser necesaria para preservar los derechos fundamentales de los individuos que se encuentran en riesgo por las actividades de la CPI y que ello no resulta automáticamente en un juicio injusto.<sup>92</sup> De todas maneras, la CPI aclaró que las ediciones a la información solo se autorizarán caso por caso, asegurando que las restricciones a los derechos de la Defensa sean estrictamente necesarias y suficientemente equilibradas por los procedimientos adoptados por la Sala.<sup>93</sup>

---

88 TEDH, sentencia del 20 de noviembre de 1989.

89 Corte IDH, sentencia del 25 de noviembre de 2000.

90 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 64, párr. 31.

91 TEDH, sentencia del 16 de febrero de 2000.

92 “Fiscal c. Katanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements’*, 13 de mayo de 2008, párrs. 58 y 62. La Sala cita otros casos del TEDH en el mismo sentido: “Jasper v Reino Unido”, del 16 de febrero de 2000; “Fitt v. Reino Unido”, del 16 de febrero de 2000; “J. H. v Reino Unido” del 25 de septiembre de 2001; “Edwards and Lewis v Reino Unido”, del 27 de octubre de 2004 y “Bolmeh y Alami v. Reino Unido”, del 7 de junio de 2007.

93 *Idem*, párr. 59.

#### 4.1.h) Otras garantías

La Sala de Apelaciones recurrió a la jurisprudencia de TEDH para analizar los alcances del principio de inocencia frente al rol del Fiscal. En este sentido, sostuvo que si bien no se requiere que este se abstenga de hacer comentarios respecto de un caso en trámite, sí se imponen ciertas limitaciones al contenido de las declaraciones. Así, recordó que el TEDH afirmó que el Fiscal puede informar al público y a las comunidades afectadas sobre la existencia de investigaciones penales pero debe hacerlo con discreción y circunspección.<sup>94</sup>

Asimismo, la Sala de Apelaciones se ha referido a la jurisprudencia del TEDH para examinar el alcance del principio de igualdad de armas como un elemento indivisible del juicio justo en un juicio adversarial, designado para ofrecerle las mismas oportunidades a la Fiscalía y a la Defensa.<sup>95</sup>

A los fines de interpretar el concepto de “juicio justo”, la Corte ha echado mano de la jurisprudencia del TEDH respecto del artículo 6(1) del Convenio Europeo. Así, respecto de la exigencia de publicidad de las decisiones, la Corte se refirió al valor de las sentencias como fuente de derecho (*cf.* artículo 21(2)ER) y a los casos “Axen v. Alemania”,<sup>96</sup> “Suiter v. Suiza”,<sup>97</sup> “B. y P. v. Reino Unido”,<sup>98</sup> en los que el TEDH sostuvo que la publicación de las sentencias solo puede ser limitada en casos que involucren cuestiones sensibles, como por ejemplo, aquellas que afecten a niños o niñas, siempre que esté previsto en la legislación interna.<sup>99</sup>

---

94 “Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor*, 10 de junio de 2012, párr. 27, con nota a la sentencia del TEDH en el caso “Allenet de Ribemont v. Francia”, del 10 de febrero de 1995.

95 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Prosecutor’s ‘Application for Leave to Reply to ‘Conclusions de la défense en réponse au mémoire d’appel du Procureur’*, 12 de septiembre de 2006, párr. 6, con cita de las sentencias del TEDH en los casos “Dombo Beheer BV v. Países Bajos”, del 27 de octubre de 1993; “Brandstetter v. Austria”, del 28 de agosto de 1991; “Ruiz-Mateos v. España”, de 23 de junio de 1993; “Behiuk v. Polonia”, del 25 de marzo de 1998; “Rowe y Davis v. Reino Unido”, del 16 de febrero de 2000, “Laukkanen y Manninen v. Finlandia”, del 3 de febrero de 2004 y “Bulut v. Austria”, del 22 de febrero de 1996.

96 TEDH, sentencia del 8 de diciembre de 1983.

97 TEDH, sentencia del 22 de febrero de 1984.

98 TEDH, sentencia del 24 de abril de 2001.

99 “Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen”, Sala de Apelaciones, *Decision of the Appeals Chamber on the Unsealing of Documents*, 4 de febrero de 2008, párr. 9.

#### 4.1.i) Emisión de la orden de arresto: artículo 58 de Estatuto

La CPI ha hecho referencia al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y a la interpretación del derecho a la libertad personal de la Corte IDH para interpretar los artículos 58(1) y 58(7) del Estatuto relativo a la orden de arresto.<sup>100</sup> Así, sostuvo que la expresión “motivo razonable para creer” del artículo 58(1)(a) debe ser interpretada de forma consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Para ello, se refirió a la jurisprudencia del TEDH, que requiere la existencia de hechos o información que satisfaga a un observador objetivo que la persona involucrada habría cometido el delito,<sup>101</sup> y aludió a jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho a la libertad personal, que ya había sido citada por otra Sala al interpretar el mismo artículo.<sup>102</sup> Asimismo, agregó, siguiendo al TEDH, que en esta instancia no es necesario tener certeza de que la persona sobre la cual se dicta la orden de arresto haya cometido el supuesto delito.<sup>103</sup>

#### 4.1.j) La detención preventiva

La validez y subsistencia de las detenciones preventivas de los acusados también han sido analizadas a la luz de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. Así, por ejemplo, en el caso de Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Cuestiones Preliminares analizó los requisitos para mantener la prisión preventiva –la gravedad de los crímenes de los que se lo acusaba y el riesgo sustancial de fuga– a la luz de la jurisprudencia del TEDH.<sup>104</sup> Asimismo, afirmó que la razonabili-

---

100 “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)” cit. nota 23, párr. 32, donde cita las sentencias de los casos “Bámaca Velasquez v. Guatemala”, 25 de noviembre de 2000; “Loayza Tamayo v Perú”, del 17 de septiembre de 1997, y “Gangaram-Panday v Surinam”, del 21 de enero de 1994.

101 “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58*, 13 de julio de 2012, párr. 16. Allí se refiere a los casos “Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido”, sentencia del 30 de agosto de 1990, “K-F. v. Alemania”, sentencia del 27 de noviembre de 1997; “Labita v. Italia”, sentencia del 6 de abril de 2000; “Berktaş v. Turquía”, sentencia del 1 marzo de 2001 y “O’Hara v. Reino Unido”, sentencia del 16 de octubre de 2001.

102 Se refiere a los casos “Bámaca Velasquez v. Guatemala”, “Loayza Tamayo v Perú” y “Gangaram-Panday v Surinam”.

103 “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the ‘Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir’*, 3 de febrero de 2010, párr. 31. Allí cita la sentencia del TEDH en el caso “Fox, Campbell and Hartley v. Reino Unido”, del 30 de agosto de 1990, que ya había citado previamente.

104 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Application for the interim release of Thomas Lubanga Dyilo*, 18 de octubre de 2006. Allí cita las sentencias del TEDH en los casos “Tomasi v. Francia”, del 27 de agosto de 1992; “Mansur

dad de la prisión preventiva no puede analizarse en abstracto, sino que depende de las particularidades de cada caso.<sup>105</sup>

#### 4.1.k) Derecho de visita

En una decisión de la Presidencia de la CPI se discutió el derecho de los detenidos de recibir visitas de sus familiares. Para resolver la petición de uno de los acusados, la Presidencia se refirió a la jurisprudencia del TEDH que ha establecido que la obligación de las autoridades de permitir el contacto con su familia cercana de una persona condenada es un componente esencial del respeto por la vida familiar. De todas formas, la Presidencia señaló que dicha jurisprudencia no hace específica referencia a si ello incluye, también, asistencia financiera para realizar las visitas y, además, no versa sobre los derechos de personas en detención preventiva, en los que subsiste el principio de presunción de inocencia, como era el caso *sub examine*.<sup>106</sup> En consecuencia, y a la luz de las circunstancias particulares del caso concreto, afirmó que para hacer efectivo ese derecho, los costos de la visita debían ser asumidos por la Corte Penal Internacional.<sup>107</sup>

#### 4.2. Derechos de las víctimas

La CPI es la primera jurisdicción penal internacional que previó un rol para las víctimas que fuera más allá de su participación como testigos de los procesos, tal como ocurre en el procedimiento ante los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. Sin embargo, el Estatuto no contiene ninguna definición de víctimas. La definición, en cambio, aparece tan solo en las RPP. La Regla 85 establece que por víctima se entenderá a “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia

---

v. Turquía”, del 8 de junio de 1995: “Van der Tang v. España”, del 13 de julio de 1995 y “W. v. Suiza”, del 26 de enero de 1993.

105 *Idem*, con cita a las sentencias de TEDH en “Wemhoff v. Alemania”, del 27 de junio de 1968; “Stögmüller v. Austria”, el 1 de noviembre de 1969 y “W. v. Suiza”, del 26 de enero de 1993.

106 La Presidencia de la CPI, “Fiscal v. Germain Katanga and MaThieu Ngudjolo Chui”, *Confidential, ex parte only available to the Defence of Mr Ngudjolo Chui and the Registrar Decision on ‘Mr Mathieu Ngudjolo’s Complaint Under Regulation 221(1) of the Regulations of the Registry Against the Registrar’s Decision of 18 November 2008’*, 10 de marzo de 2009, párr. 38. Allí hace referencia a las sentencias del TEDH en los casos “Messina v Italia”, del 28 de septiembre de 2000; “Ylasov v Rusia”, del 12 de junio de 2008; “X v Reino Unido” del 18 de julio de 1974; “Oumas v Francia”, del 12 de marzo de 1990; “Haasuleymanoglu v Italia”, del 20 de octubre de 1994 y “Selmam v Suiza”, del 28 de junio de 2001.

107 *Idem*, párr. 31. Allí cita las sentencias del TEDH en los casos “Airey v Irlanda”, del 9 de octubre de 1979; “Artico v Italia”, del 13 de mayo de 1980 y “Partido Comunista Unido v. Turquía”, del 30 de enero de 1998 [Gran Sala].

de la Corte”, y determina luego que, además, se podrá entender, como incluidas dentro del concepto, a “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”. De esta manera, el Estatuto considera que tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser víctimas a los fines del proceso ante la CPI.

Las distintas Salas han desarrollado el concepto contenido en la Regla 85, tomando como guía para su interpretación distintos instrumentos –sobre la base de lo establecido en el artículo 21(3) del Estatuto–, tales como la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Crímenes y Abuso de Poder<sup>108</sup> y los Principios Básicos y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones.<sup>109</sup>

Asimismo, han tomado en cuenta la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos para examinar las solicitudes de reparaciones y de participación en calidad de víctimas y complementar así la Regla 85 y los instrumentos internacionales mencionados. En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos ha sido esencial en el desarrollo del contenido y alcance de los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Así, por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares analizó el nexo causal que debe existir entre daño sufrido por las víctimas y los cargos incluidos en cada caso, afirmando que aquellas personas que deseen participar deben demostrar que han sufrido un daño directamente vinculado a los crímenes –víctimas directas– o que han sufrido daño al intervenir para asistir a las víctimas o para prevenir los crímenes –víctimas indirectas–, haciendo mención a los casos “Velásquez Rodríguez v. Honduras”,<sup>110</sup> “Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras”,<sup>111</sup> “Villagrán Morales v. Guatemala”<sup>112</sup> y “Panel Blanca v. Guatemala”<sup>113</sup> de la Corte IDH.<sup>114</sup>

---

108 UN Doc. A/RES/ 40/34 (29 de noviembre de 1985).

109 UN Doc. A/RES/ 60/147 (16 de diciembre de 2005).

110 Corte IDH, sentencia del 29 de julio de 1988.

111 Corte IDH, sentencia del 15 de marzo de 1989.

112 Corte IDH, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

113 Corte IDH, sentencia del 25 de mayo de 2001.

114 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in*

#### 4.2.a) Participación en el marco del artículo 68(3)

La participación de las víctimas es una de las características más importantes de la CPI que lo diferencian de otros tribunales penales internacionales. Así, se les ha otorgado a las víctimas una voz independiente, aun frente a la Fiscalía, ya que si bien no son sus aliados ni sus oponentes, tienen sus propios objetivos e intereses.<sup>115</sup> El artículo 68(3) regula la participación de las víctimas en los siguientes términos: “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 vieran 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 conceptos de derecho a la verdad y de derecho a la justicia, pilares del sistema de protección de derechos humanos, han actuado como principios que guiaron la interpretación de la Corte del alcance del derecho a las víctimas a participar. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares<sup>116</sup> sostuvo que el interés principal de las víctimas en identificar los responsables y obtener una declaración de su responsabilidad responde al bien establecido derecho a la verdad de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, citando los casos de la Corte IDH de “Bámaca Velásquez v. Guatemala”,<sup>117</sup> “Masacre de Mapiripán v. Colombia”<sup>118</sup> y “Almonacid Arellano v. Chile”,<sup>119</sup> y el caso del TEDH de “Hugh Jordan v. Reino Unido”.<sup>120</sup> El interés de identificar, juzgar y sancionar a los perpetradores también fue mencionado por la Sala de Cuestiones Preliminares como elementos del derecho a la justicia,<sup>121</sup> citando las sentencias de la Corte IDH en los casos de “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, “Comunidad Moiwana v. Surinam”, “Vargas Areco v. Paraguay” y “La Cantuta v. Perú”, y las sentencias del TEDH en los

---

*the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*, 31 de julio de 2006.

115 “Situación de la República Democrática del Congo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the application for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, 17 de enero de 2006, párr. 51, con cita a los casos del TEDH de “Berger v. Francia”, del 3 de diciembre de 2002 y “Pérez v. Francia”, del 12 de febrero de 2004.

116 “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, 13 de mayo de 2008, párr. 32.

117 Corte IDH, sentencia del 25 de noviembre de 2000.

118 Corte IDH, sentencia del 15 de septiembre de 2006.

119 Corte IDH, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

120 TEDH, sentencia del 4 de mayo de 2001.

121 “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, cit. nota 116, párr. 39.

casos “Aksoy”,<sup>122</sup> “Aydm y Selcuk”,<sup>123</sup> “Asker”,<sup>124</sup> y “Kurt”<sup>125</sup>, todos ellos contra Turquía, y “Selmoun c. Francia”.<sup>126</sup>

Asimismo, la Sala agregó que al analizar los derechos de las víctimas en los procesos penales nacionales, ni la Corte IDH ni el TEDH concluyeron que ello constituía *per se* una violación a los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial.<sup>127</sup>

Una de las primeras discusiones respecto del derecho de las víctimas de participar en los procedimientos ante la CPI se refirió a la inclusión de la etapa de investigación, cuando aún no había posibles acusados identificados de forma individual, es decir, durante la etapa de investigación de la situación.<sup>128</sup> Ante la oposición de la Fiscalía al pedido de las víctimas de participar en la etapa de investigación de la situación de la República Democrática del Congo, la Sala de Cuestiones Preliminares aceptó la solicitud de las víctimas sobre la base de, entre otros argumentos, la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la participación de las víctimas en un proceso penal, que se prevé desde la instancia de investigación, con el fin de clarificar los hechos, buscar el enjuiciamiento de los responsables y solicitar reparaciones por el daño sufrido para luchar contra la impunidad.<sup>129</sup>

#### 4.1.b) Reparaciones en el marco del artículo 75

El sistema de reparaciones previsto en el artículo 75 del ER se activa luego del dictado de una condena, abriendo un proceso especial con características propias. Ello quiere decir que las reparaciones se dictan contra el condenado, quien es quien deberá cumplir con dichas medidas.

En la primera decisión sobre reparaciones dictada luego de la condena a Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Primera Instancia desarrolló los principios y procedimientos para ser aplicados en el proceso sobre

---

122 TEDH, sentencia del 18 de diciembre de 1996.

123 TEDH, sentencia del 25 de septiembre de 1997.

124 TEDH, sentencia del 24 de abril de 1998.

125 TEDH, sentencia del 25 de mayo de 1998.

126 TEDH, sentencia del 28 de julio de 1999.

127 “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, cit. nota 116, párr. 66.

128 Las situaciones son definidas generalmente en términos de tiempo, territorio, y en algunos casos, de las personas, mientras que, por su parte, los casos comprenden incidentes específicos durante los cuales uno o más crímenes de competencia de la Corte parecen haber sido cometidos por uno más sospechosos identificados.

129 “Situación de la República Democrática del Congo”, cit. nota 115, párr. 53, con cita a las sentencias de la Corte IDH en los casos “Blake v. Guatemala”, del 24 de enero de 1998 y “Villagrán Morales *et al.* v. Guatemala”, del 19 de noviembre de 1999.

reparaciones. En la mencionada decisión se incluyeron varias referencias a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en particular, de la Corte IDH.

En primer término, manifestó que el derecho a obtener reparaciones es un derecho humano básico reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>130</sup> Asimismo, admitió que, si bien la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos se refiere a la responsabilidad de los Estados y a su obligación de brindar reparaciones, los conceptos generales relativos a las reparaciones pueden ser considerados directrices útiles en el marco de la CPI.<sup>131</sup> Cabe señalar que la Sala de Apelaciones adoptó una posición más restrictiva al respecto ya que hizo particular hincapié en que como las decisiones de los tribunales de derechos humanos no adjudican reparaciones contra una persona física, sino contra un Estado, sus decisiones solo pueden tener un rol limitado como guía.<sup>132</sup> De todas maneras, utilizó la jurisprudencia de la Corte IDH para adoptar un estándar de causalidad diferente al propuesto por la Defensa.<sup>133</sup>

En ese sentido, recordó que en el marco de la responsabilidad del Estado, la Corte IDH ha establecido que el concepto de reparación integral (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación previa y la eliminación de los efectos producidos por la violación a los derechos humanos y el pago de una compensación por el daño causado. La Corte consideró que en el caso de Lubanga Dyilo, los daños sufridos por las víctimas del crimen de reclutamiento de niños soldados y su uso para participar activamente en las hostilidades, la restitución integral es, sin embargo, prácticamente imposible. Asimismo, hizo referencia al caso “González *et al.* v. México”,<sup>134</sup> en el que la Corte IDH desarrolló la noción de contexto de discriminación estructural, que debe ser tenido en cuenta al momento de diseñar las medidas reparatorias, para que estas puedan modificar dicho contexto, por lo que en esas situaciones,

---

130 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, 7 de agosto de 2012, párr. 185.

131 *Idem*, párr. 186.

132 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeals against the ‘Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations’ of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, 3 de marzo de 2015, párrs. 127 y 128.

133 *Idem*, párr. 128, con cita de los casos “Aloeboetoe *et al.* v. Surinam”, del 10 de septiembre de 1993, y “Walter Bulacio v. Argentina”, del 18 de septiembre de 2003.

134 Corte IDH, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

volver al *status quo ante*, es decir a una situación de discriminación estructural, no es suficiente ni aceptable.<sup>135</sup>

La CPI analizó la noción de víctima indirecta desarrollada en el marco del artículo 68(3) a los fines de determinar la legitimación para el proceso de reparaciones. En ese sentido, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Sala de Primera Instancia determinó que el concepto de familia puede tener variaciones culturales que la Corte debe considerar, teniendo en cuenta que existe una presunción de que un individuo es sucedido por su cónyuge o pareja y por sus hijos.<sup>136</sup>

Asimismo, la Sala observó que las reparaciones individuales y las colectivas no son mutuamente excluyentes y que las primeras deben otorgarse de forma de evitar crear tensiones y divisiones en las comunidades afectadas.<sup>137</sup> A pesar de la posición más restrictiva que adoptó la Sala de Apelaciones respecto de la utilización de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, esta hizo mención al caso “Masacre del Plan de Sánchez v. Guatemala” para señalar que la Corte IDH ordenó reparaciones colectivas cuando los casos involucraban a crímenes de masa y de una gran cantidad de víctimas.<sup>138</sup>

La Sala de Primera Instancia también utilizó la jurisprudencia de la Corte IDH para examinar el contenido de las posibles medidas reparatorias. Así, afirmó que la compensación incluye todo tipo de daño, pérdida y perjuicio, incluyendo el daño material, físico y psicológico.<sup>139</sup> Asimismo, se basó en las decisiones de la Corte IDH para describir el contenido de cada tipo de daño, como por ejemplo, incluyó dentro del daño material, las pérdidas de ganancias y de oportunidades de trabajo o de educación<sup>140</sup> y dentro del daño moral, mencionó al sufrimiento físico, mental y emocional.<sup>141</sup>

---

135 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 223.

136 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 195, citando las sentencias de la Corte IDH en los casos “Aloeboetoe *et al* v. Surinam”, del 10 de septiembre de 1993 y “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, del 21 de julio de 1989.

137 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 220, citando la sentencia de la Corte IDH en el caso “Comunidad Moiwana v. Surinam”, del 15 de junio de 2005.

138 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 166.

139 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 229, citando la sentencia de la Corte IDH en el caso “La Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala”, del 24 de noviembre de 2009.

140 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 230, citando las sentencias de la Corte IDH en los casos “El Amparo v. Venezuela”, del 14 de septiembre de 1996; “Loayza Tamayo v. Perú”, de 27 de noviembre de 1998 y “Cantoral Benavides v. Perú”, del 3 de diciembre de 2001.

141 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 230, citando las sentencias de la Corte IDH en los casos “Garrido y Baigorria v. Argentina”, del 27 de agosto de 1998; “La

Asimismo, la Sala se refirió a los desarrollos de la Corte IDH en materia de reparaciones simbólicas, como conmemoraciones y tributos, que pueden contribuir al proceso de reconciliación.<sup>142</sup> En el mismo sentido, mencionó el valor de las sentencias de condena de la CPI y su publicación como ejemplos de reparaciones significativas para las víctimas, sus familias y sus comunidades.<sup>143</sup>

Con relación al nexo que debe existir entre el crimen y el daño a los fines de las reparaciones, la Sala reconoció que no existe una opinión completamente aceptada, e hizo referencia al estándar del TEDH de una “conexión causal clara” entre la violación y las pérdidas pecuniarias o materiales, observando, además, que tanto el TEDH como la Corte IDH han presumido la existencia de un daño no pecuniario o moral cuando se ha establecido que la persona ha sufrido una violación grave a sus derechos humanos.<sup>144</sup> En esa línea, la Sala afirmó que las reparaciones no deben limitarse al daño directo o a los efectos inmediatos, sino que se debe utilizar el estándar de la “causa próxima”.<sup>145</sup>

## 5. Algunas conclusiones

La existencia de diversos tribunales con competencias similares permite pensar en la posibilidad de que estos deban entender en casos que comparten, en todo o en parte, la base fáctica.<sup>146</sup> Si bien cada uno lo hará desde la perspectiva de su jurisdicción y competencias, resulta interesante examinar si en ese proceso dialogan entre sí o si, por el contrario, sus sentencias constituyen monólogos jurídicos. En este contexto, es particularmente relevante analizar la relación entre los tribunales con competencia personal sobre Estados y aquellos con competencia sobre individuos ya que, *prima facie*, al tratarse de dos regímenes de responsabilidad distintos, no parecería posible un diálogo jurisdiccional.

---

Masacre del Plan de Sánchez v. Guatemala”, del 19 de noviembre de 2004; e “Instituto de Reeducación Juvenil c. Paraguay”, del 2 de septiembre de 2004.

142 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 236, citando la sentencia de la Corte IDH en el caso “Barrios Altos v. Perú”, del 30 de noviembre de 2001.

143 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párrs. 237 y 238, citando las sentencias de la Corte IDH en los casos “La Masacre del Plan de Sánchez v. Guatemala”, del 19 de noviembre de 2004; “Velásquez Rodríguez v. Honduras”; “Tibi v. Ecuador”, del 7 de septiembre de 2004; “Juan Humberto Sánchez v. Honduras”, del 7 de junio de 2003 y “Radilla Pacheco v. México”, del 23 de noviembre de 2009.

144 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 248.

145 “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, cit. nota 130, párr. 249, con cita a la sentencia de la Corte IDH en el caso “Aloeboetoe *et al* v. Surinam”, del 10 de septiembre de 1993.

146 Un ejemplo de esta situación se dio cuando la CIJ analizó las demandas de Bosnia Herzegovina y Croacia v. Serbia, que versaban sobre los hechos que estaban siendo examinados en los distintos casos individuales ante el TPIY.

Sin embargo, del relevamiento realizado en este trabajo, surge, por el contrario, que la CPI ha utilizado la jurisprudencia tanto de la CIJ como de tribunales de derechos humanos, ambas jurisdicciones con competencia *ratione personae* sobre Estados. Así, con respecto a la primera, la CPI se ha referido a ella para examinar institutos o cuestiones relacionadas con el derecho internacional público general y, con respecto a los segundos, ha usado su jurisprudencia para interpretar los derechos del acusado y de las víctimas complementando así la regulación prevista por el Estatuto y las RPP.

Con relación a la CIJ, si bien se ha sostenido que, en general, los tribunales especializados como la CPI le reconocen una deferencia en tanto se trata de la jurisdicción con la competencia *ratione materiae* más amplia,<sup>147</sup> de las decisiones analizadas surge que, en realidad, la CPI no ha dialogado de forma extensa con este tribunal. Asimismo, el examen realizado revela que la elección de las sentencias de la CIJ citadas por las Salas de la CPI no respondería a un método sistemático, sino que su elección es más bien aleatoria, ya que, por ejemplo, para afirmar el estatus consuetudinario de las reglas de interpretación, las distintas Salas han acudido a distintos casos, sin ningún tipo de fundamento, para sostener idénticos argumentos.

¿Podría afirmarse que la poca asiduidad en el diálogo responde a que, en realidad, la CPI no aplica cuestiones de derecho internacional general de forma frecuente y que en su funcionamiento prevalecen cuestiones de *lex specialis*? En teoría, no debería ser siempre así, ya que el ER, si bien es un instrumento que regula un proceso penal, contiene algunas disposiciones que versan sobre obligaciones de los Estados, como por ejemplo, las referidas a la cooperación con la CPI, establecidas en la Parte IX. Asimismo, el artículo 119 del Estatuto prevé que, si bien las controversias relativas a las cuestiones funcionales de la CPI serán dirimidas por esta, cualquier otra controversia que surja entre dos o más Estados Partes respecto de la interpretación o aplicación del ER 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 CIJ. Es decir, el propio ER prevé un rol específico para la CIJ al contener una cláusula compromisoria, similar a las contenidas en cualquier tratado internacional. Esta cláusula aún no ha sido utilizada, pero constituye una vía de diálogo casi directo entre las dos jurisdicciones que, de ser invocada, seguramente, intensificará su relación.

---

147 Romano (2009: 773).

La cuestión de la calificación del conflicto armado que se discutió en el marco del caso contra Thomas Lubanga Dyilo ofrece un ejemplo en el que la CPI optó por no seguir la línea de la CIJ y, en su lugar, adoptar los criterios del TPIY. Puede aventurarse que una de las razones por las que la Sala de Primera Instancia finalmente no tomó en cuenta el criterio de la CIJ, sino que siguió exclusivamente el del TPIY, es que ambas jurisdicciones, la CPI y el TPIY, tienen una competencia –material y personal– casi idéntica. En este sentido, podría pensarse que la Sala de Primera Instancia consideró más adecuado utilizar jurisprudencia de un tribunal similar, ya que ambas jurisdicciones entienden en casos de responsabilidad penal individual y aplican, principalmente, el derecho internacional penal. Así, podría afirmarse que la Sala de Primera Instancia decidió aplicar un criterio desarrollado por la *lex specialis* –o la jurisdicción *specialis*, dejando de lado el derecho internacional general.

Por otro lado, la redacción del ER y, particularmente, el contenido del artículo 21(3) sugerirían que sería más sencillo para la CPI referirse a la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. De hecho, la jurisprudencia relevada en el presente trabajo pareciera reafirmar dicha conclusión, pues las citas a las sentencias del TEDH o de la Corte IDH son más habituales si comparamos con la frecuencia de las referencias a la CIJ. Por otro lado, al igual que en el caso de esta jurisdicción, los temas para los cuales la CPI ha acudido a los tribunales de derechos humanos, están acotados a ciertas cuestiones concretas: los derechos del acusado y los derechos de las víctimas. Con respecto al primer caso, de los trabajos preparatorios surge que, de hecho, esa era la intención de los Estados redactores. Con respecto a las víctimas, ello pareciera haber sido un desarrollo propio de los jueces de la CPI.

En ambos casos, el uso de jurisprudencia de tribunales con una competencia personal diferente no parece haber presentado dificultad alguna. La única excepción podemos identificarla en el caso del proceso de reparaciones, en donde, por lo menos la Sala de Apelaciones ha observado que no es posible hacer una aplicación automática dados los diferentes sujetos pasivos de otorgar reparaciones. No obstante, utilizó, aunque menos frecuentemente que la Sala de Primera Instancia, decisiones del TEDH y de la Corte IDH para justificar algunas de sus conclusiones.

Así, parece surgir que la dualidad de regímenes de responsabilidad prevista por el derecho internacional<sup>148</sup> no implica el desarrollo de departamentos estancos, sino que, por el contrario, los tribunales interna-

---

148 CIJ, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” cit. nota 50, párr. 173.

cionales han identificado puntos de contacto que, si bien no se vinculan con las reglas de atribución de esa responsabilidad, tienen un impacto en el proceso que lleva a dicha declaración. En consecuencia, la relación entre ambas responsabilidades tiene repercusiones concretas en el funcionamiento de los tribunales internacionales y, quizás, marque una tendencia hacia la complementariedad de ambos regímenes.<sup>149</sup>

## Bibliografía

### Instrumentos Internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 /11/1969 (e.v. 18 /07/ 1978)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, Italia, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (e.v. 3 de septiembre de 1953).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, (e.v. 27/01/1980).
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (24 de octubre de 1945).
- Estatuto de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.
- Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de Estados Parte de la CPI, ICC-ASP/1/3(part II-B)
- Reglas de Procedimiento y Prueba, adoptadas por la Asamblea de Estados Parte de la CP, ICC-ASP/1/3.

### Jurisprudencia<sup>150</sup>

#### *Corte Penal Internacional*

- “Situación en la República Democrática del Congo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the application for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, 17 de enero de 2006.
- “Situación de la República Democrática del Congo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on Extraordinary Review*, 13 de julio de 2006.
- “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable*, 15 de mayo de 2006.

---

149 Cançado Trindade (2005: 258).

150 A los fines de no extender la lista de jurisprudencia, se consignan solamente las decisiones de la CPI analizadas. Las sentencias de la CIJ, del TEDH y de la Corte IDH mencionadas en dichas decisiones se encuentran citadas en las notas al pie correspondientes.

- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Statute*, 19 de mayo de 2006.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*, 31 de julio de 2006.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Decisión sobre la solicitud del Fiscal de autorización para contestar a las conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal*, 12 de septiembre de 2006.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Application for the interim release of Thomas Lubanga Dyilo*, 18 de octubre de 2006.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, 13 de junio de 2008.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Clarification and further guidance to parties and participants in relation to the ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’*, 27 de agosto de 2008.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’*, 8 de diciembre de 2009.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, 7 de agosto de 2012.
- “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, 3 de marzo de 2015.
- “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, 15 de mayo de 2008.
- “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Presidencia de la CPI, *Confidential, ex parte only available to the Defence of Mr Ngudjolo Chui*

- and the Registrar Decision on 'Mr Mathieu Ngudjolo's Complaint Under Regulation 221(1) of the Regulations of the Registry Against the Registrar's Decision of 18 November 2008'*, 10 de marzo de 2009.
- “Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on the Prosecutor's Bar Table Motions*, 17 de diciembre de 2010.
- “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons*, 21 de noviembre de 2012.
- “Fiscal c. Germain Katanga, Sala de Apelaciones”, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements'*, 12 de mayo de 2008.
- “Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on the request by Counsel for Mathieu Ngudjolo for one or more hearings to be held and for an order to ensure that Mathieu Ngudjolo attends the hearing or hearings*, 30 de octubre de 2015.
- “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor's Application under Article 58*, 13 de julio de 2012.
- “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Decision on the Defence's Request Related to Language Issues in the Proceedings*, 4 de diciembre de 2008.
- “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa*, 14 de agosto de 2009.
- “Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilo Lo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Marcisse Arido”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on Kilolo Defence Motion for Inadmissibility of Material*, 16 de septiembre de 2015.
- “Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen”, Sala de Apelaciones, *Decision of the Appeals Chamber on the Unsealing of Documents*, 4 de febrero de 2008.
- “Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhommbo, Dominic Ongwen”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Defence against the 'Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute' of 10 March 2009*, 16 de septiembre de 2009.
- “Situación de la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation in to the situation of the Republic of Kenya*, 31 de marzo de 2010.
- “Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, Sala de Primera Instancia, *Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial*, 18 de junio de 2013.
- “Fiscal v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber*

- V(a) of 18 June 2013 entitled 'Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial'*, 25 de octubre de 2013.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the 'Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir'*, 3 de febrero de 2010.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 13 de diciembre de 2011.
- “Fiscal c. Laurent Gbagbo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c) (i) of the Rome Statute*, 3 de junio de 2013.
- “Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor*, 10 de junio de 2012.

#### *Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*

- “Fiscal c. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, Sentencia del 15 de julio de 1999.
- “Fiscal c. Zlatko Aleksovski”, Sala de Apelaciones, Sentencia del 24 de marzo de 2000.
- “Fiscal c. Enver Hadzihasanovic, Alagic Mehmed y Amir Kubura”, Sala de Apelaciones, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility*, 16 de julio de 2003.

#### Doctrina

- Cançado Trindade, Antonio A., “Complementarity between State responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of State revisited” en Ragazzi, Mauricio (ed.) *International Responsibility Today: Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 253-269.
- Grover, Lena, “A call to arms: Fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome Statute if the International Criminal Court” en *European Journal of International Law* Vol. 21, 2010, pp. 543-583.
- Grover, Lena, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Gutierrez Posse, Hortensia, D.T. *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: Editorial de los Cuatro Vientos, 2006.
- Liefländer, Thomas, R., “*The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?*” en *Cambridge Journal of International and Comparative Law* Vol. 1, 2012.
- Luterstein, Natalia, “Testigo en peligro: Nuevos (des)encuentros entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Penal” en Buis

- Emiliano, J. y Giosa, Laura M., (eds.) *Derecho Internacional y Conflictos Armados. Aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica*, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2013, pp. 81-93.
- Luterstein, Natalia y Rodríguez Miglio, Ezequiel, “Asilo en La Haya: Acerca de la protección internacional de refugiados en los procesos ante la Corte Penal Internacional”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 42, N° 95, 2017, pp. 59-86.
- McAuliffe deGuzman, Margaret, “Article 21: Applicable Law” en Triffterer, O. (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Note, article by article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 435-446.
- Nerlich, Volker, “The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC” en Stahn, Carstein y Sluiter, Goran (eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 305-325.
- Pellet, Alain, “Applicable Law” en Cassese, Antonio, Gaeta, Paola y Jones, John, R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1051-1084.
- Raimondo, Fabián, *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- Romano, Cesare, P.R., “Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue” en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 41, 2009, pp. 765-787.
- Sheppard, Daniel, “The international Criminal Court and ‘Internationally Recognized Human Rights’: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute” en *International Criminal Law Review* Vol. 10, 2010, pp. 43-71.
- Stahn, Carsten y van den Herik, Larissa, “‘Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box?” en Stahn, Carsten y van den Herik, Larissa (eds), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Verhoeven, Joe, “Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law” en *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. XXXIII, 2002, pp. 3-22.
- Young, Rebecca, “International recognised human rights before the International Criminal Court” en *International & Comparative Law Quarterly* Vol. 60, No. 1, 2011, pp. 189-208.
- Zammit Borda, Aldo, “A formal approach to article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the perspective of the International Criminal Courts and Tribunals” en *European Journal of International Law* Vol. 24, 2013, pp. 649-661.

## El Principio de Legalidad Aplicado a la Jurisprudencia: el Cambio de Interpretación de los Elementos de los Crímenes y la Regla de Irretroactividad

*Noelia Matalone*

Del estudio de los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI” o “Corte”), se pueden identificar algunos preceptos del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”) que dan lugar a varias definiciones o que, por lo menos, no tienen un contenido unívoco. Así, de la lectura de algunas decisiones de la Corte, seleccionadas porque exponen la diferencia de criterios mencionada, se desprende que las distintas Salas han adjudicado diferentes presupuestos a una misma noción.

A modo de ejemplo, esto sucede con algunos elementos contextuales de los crímenes tales como organización, política, grupo armado, sistemático, generalizado, ataque y población civil, entre otros. También sucede con los elementos específicos, *inter alia*, participación activa en las hostilidades, violencia sexual, otros actos inhumanos, y esclavitud sexual. Con esto queremos decir que una interpretación dada de un término puede proponer algún tipo de expectativa de próximas interpretaciones. De este modo, el cambio de selección de los presupuestos fácticos para dar por configurado un elemento normativo de los crímenes puede suponer una modificación de las categorías jurídicas, aplicada retroactivamente.

Las variaciones interpretativas que abordaremos en esta investigación son aquellas que reemplazan o reducen los presupuestos fácticos y jurídicos constructivos del elemento en cuestión. Ello aparece mediante la sustitución de presupuestos de hecho o de derecho que es justificada por los magistrados de la Corte en sus votos usualmente a través tres cláusulas: (a) la enumeración de los presupuestos que los magistrados escogen en cada caso para tener por configurado el elemento (contextual o específico) entendiendo que no es una lista legal taxativa; (b) la calificación de un elemento debe hacerse caso por caso; (c) el artículo

21.2 del ER faculta a los jueces de la Corte a apartarse de decisiones anteriores.<sup>1</sup>

Entonces, ante la imposibilidad de modificar los conceptos establecidos en el ER o en sus instrumentos complementarios (por ejemplo, eliminar el término “grupo armado” y en su lugar considerar “pandillas”) que, sin lugar a dudas, vulneraría el principio de legalidad, ¿resulta semejante modificar los criterios de selección de presupuestos fácticos para configurarlos? ¿Esta variación en los datos fácticos relevantes para la calificación jurídica, es equivalente a una ley nueva? En consecuencia, ¿es legítima una aplicación retroactiva, es decir a los casos sucedidos entre el criterio anterior y el nuevo?

Frente a estas preguntas parece prudente determinar qué peso tiene el principio de legalidad y la regla de irretroactividad de la ley penal en el proceso de creación de precedentes jurisprudenciales. ¿Tiene incidencia que la jurisprudencia sea una fuente auxiliar del derecho internacional público? ¿Las fórmulas (a, b y c) utilizadas como sostén en los fallos son suficientes?

En suma, el objetivo de esta investigación es reunir argumentos que nos conduzcan a determinar si la variación de la fórmula que compone un elemento –contextual o específico– es una forma elegante de realizar una aplicación retroactiva de la ley penal a través de la interpretación de la jurisprudencia.

## 1. Casuística de calificaciones de los elementos de los crímenes

En este apartado, se analizarán las diferencias principales en las sentencias de las Salas en las diversas Situaciones investigadas ante la Corte.

### 1.1. Elementos contextuales

#### 1.1.i) Organización

En este apartado se intentará mostrar los distintos criterios, volcados en cierta jurisprudencia de la Corte (Situación de Kenia, casos Ruto y Sang, Bemba Gombo y Ntaganda), para identificar la concurrencia del elemento contextual “organización” requerido por el artículo 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, en Decisión de la Autorización para una Investigación en la Situación de la República de Kenia, los jueces sostuvieron que la organización que despliega los crímenes de lesa hu-

---

<sup>1</sup> Es importante recordar el modo de identificar estas cláusulas dado que serán retomadas a lo largo del trabajo como “a”, “b” y “c”.

manidad debe actuar de acuerdo con una política, la cual no necesariamente necesita ser concebida en los altos niveles de la maquinaria del Estado, sino que puede ser regional, e incluso local.<sup>2</sup> Por ello, en cuanto al significado de organización que exige el artículo 7(2)(a) ER, se da cuenta de las *State-like*, entendidas estas –incluso– por entidades que son equiparables al Estado.

Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares II opinó que la naturaleza formal de un grupo y su nivel de organización no pueden ser el criterio dirimente. En su lugar, la distinción debe radicar en el grupo que tiene la capacidad de llevar adelante actos que lesionen valores humanos básicos, incluyendo organizaciones criminales privadas, dado que no se encuentran razones suficientes para distinguir la gravedad de patrones de conducta dirigidos por entidades públicas o grupos privados.<sup>3</sup> Esta valoración se repetirá en todos los casos abiertos dentro de la Situación de Kenia.

A mayor abundamiento, dicha Sala argumentó que los particulares que de hecho tienen el poder –político– o se organizan en bandas criminales, también pueden cometer las violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos a las que refiere la norma.<sup>4</sup> Aquí hay un antes y después con relación al universo de sujetos activos para cometer crímenes de lesa humanidad de competencia de la CPI.

Adicionalmente, entendió que si los redactores del ER hubiesen querido excluir a los actores no estatales del término “organización”, no habrían incluido este término en el artículo 7(2)(a)ER. En consecuencia, la Sala determinó que las organizaciones no vinculadas con el Estado pueden, en los términos del Estatuto, elaborar y llevar adelante la política de cometer un ataque contra la población civil.<sup>5</sup>

Desde ese punto de vista, los magistrados determinaron que esta calificación debe hacerse caso por caso y, para ello, en la Situación de Kenia tomaron en cuenta algunos elementos, entre ellos: mando responsable o jerarquía establecida; posesión de los medios para llevar a cabo un ataque sistemático o generalizado contra la población civil; control territorial parcial; articulación –explícita o implícita– de la intención de atacar a la población; si el grupo forma parte de otro grupo más grande que satisface alguno o todos los presupuestos anteriormente descriptos. Al final, la decisión aclara que estas consideraciones asistieron a la Sala

---

2 CPI, “Situación de Kenia”, *Decisión de la Autorización para una Investigación en la Situación de la República de Kenia*, 31 de marzo de 2010, párr. 89.

3 *Idem*, párr. 90.

4 *Idem*, párr. 91.

5 *Idem*, párr. 92.

en su calificación, pero que no constituyen una definición legal rígida, y no deben encontrarse exhaustivamente acreditadas.<sup>6</sup>

Dentro de esta misma situación, encontramos un criterio mucho más relajado en el caso de “Ruto y Sang” –abierto dentro de la situación de Kenia–, en el cual para explicar el elemento “organización” se construyó la explicación a través del concepto de “la Red” (“*the Network*” en el original), donde las identidades de los miembros y perpetradores podía no ser informada a la defensa<sup>7</sup> y que estaba compuesta por representantes políticos y de los medios de comunicación, ex miembros de la policía y del ejército, incluso líderes locales.<sup>8</sup> Todo lo cual evidencia un grupo demasiado heterogéneo, más compatible con una pandilla o mafia que con una organización asimilable al Estado.

El estándar en el caso “Bemba Gombo” –abierto dentro de la situación de la República Democrática del Congo– es mucho más alto, por dos razones: la primera es que los perpetradores de los crímenes de ese caso, además de pertenecer a la organización en los términos del artículo 7 ER, formaban parte de un grupo armado, es decir, eran soldados, tenían jerarquías, líneas de mando, etc. En segundo lugar, se exigía incluso que la organización tenga control territorial.<sup>9</sup>

Otro criterio estricto para calificar a un grupo como organización se dio en el caso “Ntaganda”. Se trataba de un grupo formalmente establecido, con un centro de operaciones, contando con un estatuto de objetivos y organización.<sup>10</sup> Se demostró además que el grupo poseía un ala militar antes de la firma de ese estatuto y que presentaba elementos que impedían considerarlo como una simple pandilla o asociación delictiva: tropas divididas en sectores, brigadas, batallones, compañías, pelotones y secciones liderados por comandantes también subordinados. Había oficiales encargados de distintos asuntos, entre ellos, administración, inteligencia, operaciones, logística y relaciones políticas y un sistema disciplinario, además de contar con un aceitado sistema de comunicaciones por equipos satelitales.<sup>11</sup> Todo indica una altísima similitud con una estructura estatal o paraestatal, lejos de la definición laxa que sostenía que puede ser organización cualquier grupo con la capacidad de desplegar ataques.

---

6 *Idem*, párr. 93.

7 CPI, caso “Ruto y Sang”, *Decisión de confirmación de cargos*, 23 de enero de 2012, párr. 101.

8 *Idem*, párr. 182.

9 CPI, caso “Bemba Gombo”, *Decisión de confirmación de cargos*, 15 de junio de 2009, párr. 81.

10 CPI, caso “Ntaganda”, *Decisión de confirmación de cargos*, 9 de junio de 2014, párr. 14.

11 *Idem*, párr. 15.

### 1.1.ii) Política del Estado u organización

El elemento político significó, para la Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI en una decisión del 15 de junio de 2009, que el ataque debe seguir un patrón regular a cargo de grupos de personas que gobiernen un territorio específico o de una organización con la capacidad de cometer ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil, no requiriéndose que tal política sea formalizada. En efecto, un ataque que haya sido planeado, dirigido u organizado –en oposición a actos de violencia aislados y espontáneos– satisface este criterio.<sup>12</sup>

Sin embargo, un año antes, para la Sala de Cuestiones Preliminares I además del patrón regular, pero se requería que el ataque estuviese conducido para fomentar la política común, involucrando recursos públicos o privados. Esta política debe pertenecer a un grupo de personas que gobiernen un territorio o a una organización con la capacidad de cometer ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil. Para dicha Sala, la política debe ser explícita.<sup>13</sup> Esta variación, lejos de perjudicar a la defensa, toda vez que cuantos más requisitos normativos haya más difícil será de probar la concurrencia de un crimen, puede poner en un aprieto a la Fiscalía de la Corte y también a las propias víctimas, quienes a través de su Representación Legal deberán reforzar la actividad probatoria para ver satisfecha su pretensión.

En marzo de 2010, en la apertura de la Situación de Kenia, se retomaron los dos casos anteriormente explicados en los términos del art. 21.2 ER y, además, se repasó el tratamiento otorgado por los tribunales *ad hoc*<sup>14</sup> y, de este modo se flexibilizó el estándar. Puntualmente, la Corte tomó el precedente del caso Blaskic en el cual el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia indicó que el plan para cometer el ataque no necesariamente debe declararse expresamente, ni siquiera estar establecido clara y precisamente, pudiendo desprenderse de una serie de eventos, entre ellos: las circunstancias históricas y el trasfondo político donde los actos criminales se consagran; la implementación de estructuras políticas autónomas con cierto nivel de autoridad; las políticas públicas; la propaganda de los medios; estructuras militares paraestatales; la movilización de las fuerzas armadas; ofensivas militares coordinadas, repetidas temporal y geográficamente; vínculos entre la estructura política y las jerarquías militares; alteraciones en la com-

---

12 CPI, caso “Bemba Gombo”, cit., párr. 81.

13 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decisión de confirmación de cargos*, 30 de septiembre de 2008, párr. 396.

14 CPI, “Situación de Kenia”, cit., párrs. 84-86.

posición étnica de la población; medidas discriminatorias (restricciones bancarias, por ejemplo); la escala de los actos de violencia.<sup>15</sup>

En conclusión, entendemos que los criterios se han ido haciendo más laxos. Ello, puesto que en primer lugar, si bien tanto en “Bemba Gombo” (2008) como en “Katanga y Ngudjolo Chui” (2009) había parámetros un poco más precisos que en la “Situación de Kenia” (2010), de un año a otro algunos presupuestos fácticos fueron prescindibles para la configuración del elemento de contexto (*vgr.* que el ataque esté conducido para fomentar la política común, involucrando recursos públicos o privados). Y ese relajamiento continuó, ni bien se observa que en 2010 ni siquiera se solicita que la política esté formalizada sino que puede derivarse del curso de los acontecimientos, abriendo una puerta bastante grande a la discrecionalidad judicial.

### *1.1.iii) Carácter sistemático del ataque contra la población civil*

Este es, probablemente, uno de los adjetivos más polémicos del Estatuto por la posible superposición que puede darse con el elemento político. En la Decisión de Confirmación de Cargos dictada en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, la Sala de Cuestiones Preliminares I estableció que la sistematicidad refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de que ocurran aleatoriamente.<sup>16</sup> Además con referencia expresa a casos de los tribunales *ad hoc*,<sup>17</sup> la Sala sostuvo que un ataque sistemático debe ser entendido como un plan organizado para promover una política común, siguiendo un patrón regular y resultar en la continua comisión de actos o patrones criminales, de modo que los crímenes constituyan una “repetición no accidental de similares conductas delictivas sobre una base regular”.<sup>18</sup>

Sin perjuicio de ello, en el caso “Blé Goudé”, la Sala de Cuestiones Preliminares I<sup>19</sup> no mencionó la cuestión de la repetición ni la serialidad del ataque, sino que hizo hincapié en que la preparación del ataque debe ser premeditada, que este debe ser planeado y coordinado, que en este caso los ataques demostraban un patrón de violencia contra activistas

---

15 *Idem*, párr. 87.

16 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, cit., párr. 394.

17 En la nota al pie 510 menciona al TPIY en los casos “Kordic y Cerkez”, “Blaskic”, “Kunarac” y al caso “Akayesu” del TPIR.

18 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, cit., párr. 397.

19 En esta oportunidad (2014) compuesta por las juezas Silvia Fernandez de Gurmendi, Christine van den Wyngaert y el juez Hans-Peter Kaul. En cambio, la misma Sala al momento de confirmar los cargos de Lubanga Dyilo (2007), estaba integrada por el magistrado Claude Jorda, las juezas Akua Kuenyehia y Sylvia Steiner.

de un grupo particular, y en áreas geográficas donde se habitualmente había personas que apoyaban a ese mismo grupo.<sup>20</sup>

Como podemos observar, son presupuestos más específicos que no coinciden con los del precedente anterior donde se identificaban términos más generales y abstractos. Ello otorga más margen para cambiar la selección de datos fácticos que permitan calificar la naturaleza sistemática del ataque.

*1.1.iv) Naturaleza generalizada del ataque contra la población civil*

En la Decisión de Confirmación de Cargos de “Bemba Gombo” se dijo que este elemento contextual denota la naturaleza a gran escala del ataque, que tiene que ser masivo, frecuente y llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido a una multiplicidad de víctimas. Esto significa que el ataque puede desplegarse sobre una extensa área geográfica o sobre una pequeña zona pero dirigido a un gran número de víctimas;<sup>21</sup> en este caso se tuvo por acreditado el carácter generalizado del ataque ocurrió en una gran zona geográfica.<sup>22</sup>

En el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, la Sala de Cuestiones Preliminares I expuso que denota la naturaleza a gran escala del ataque y el número de personas atacadas.<sup>23</sup> Ahora sí, refiriendo a precedentes de los tribunales *ad hoc* agregaron que también puede explicarse —es decir, ofrecen una alternativa de calificación del elemento contextual— mediante la extensión del área geográfica atacada, o bien, un área pequeña pero con muchas víctimas,<sup>24</sup> aportando a esta definición una gran cuota de imprecisión.

*1.1.v) Población civil*

Se interpretó que los ataques debían estar dirigidos contra cualquier población civil, es decir de cualquier nacionalidad, etnia u otros factores distintivos,<sup>25</sup> pero que esta debía ser el objetivo principal del ataque, sin requerir que la población entera de una zona geográfica haya sido atacada.<sup>26</sup> Asimismo, dentro de este parámetro se aclaró que si bien

---

20 CPI, caso “Blé Goudé”, *Decisión de confirmación de cargos*, 11 de diciembre de 2014, párr. 132.

21 CPI, caso “Bemba Gombo”, cit., párr. 83.

22 *Idem*, párr. 117.

23 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, cit., párr. 394.

24 *Idem*, párr. 395.

25 CPI, caso “Bemba Gombo”, cit., párr. 76.

26 *Idem*, párr. 77.

el Estatuto no define este concepto, sí lo hace el derecho internacional humanitario, encontrándose comprendidas todas las personas que son civiles, en oposición a los miembros de las fuerzas armadas y otros combatientes legítimos.<sup>27</sup>

Cuando la Corte autorizó la investigación en la “Situación de Kenia”, la Sala de Cuestiones Preliminares II simplemente se aferró a la tesis del derecho internacional humanitario con el razonamiento del descarte: población civil refiere a las personas civiles que no son miembros de las fuerzas armadas ni combatientes legitimados.<sup>28</sup> Y de este modo, desplazó la cuestión de los factores distintivos, pudiendo generar algún tipo de confusión en cuanto a si la población civil tiene que ser de la propia nacionalidad, si están excluidos quienes pertenezcan a otra etnia, etc.

#### 1.1.vi) Grupo Armado

Mediante una fundamentación de tipo (b) –*la calificación de un elemento debe hacerse caso por caso*– la Sala de Cuestiones Preliminares I abocada en el año 2007 a calificar el concepto de grupo armado en el caso “Lubanga Dyilo”,<sup>29</sup> tomó lo establecido por el Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 –artículo 1.1– al sostener que para que un grupo tenga tal calidad debe estar bajo un mando responsable que implique un cierto grado de organización del grupo, con capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas, imponiendo disciplina en nombre de la autoridad de facto y ejercer tal control sobre un territorio para habilitarlos a desplegar las operaciones militares sostenidas y concertadas.<sup>30</sup>

Sin embargo esa misma Sala también entendió que el artículo 8(2) (f) del ER refiere a que la clave para identificar un grupo armado es su capacidad para planificar y llevar adelante operaciones militares por un período prolongado.<sup>31</sup>

Dos años más tarde, en el caso “Bemba Gombo”, la Corte con base en el precedente anteriormente reseñado, pero sin decir exactamente lo mismo, estableció que un grupo armado debe estar organizado y bajo un mando responsable, entendiendo esto último como un cierto grado de organización que implique la posibilidad de imponer disciplina y

---

27 *Idem*, párr. 78.

28 CPI, “Situación de Kenia”, cit., párr. 82.

29 CPI, caso “Lubanga Dyilo”, *Decisión de confirmación de cargos*, 29 de enero de 2007, párr. 200.

30 *Idem*, párr. 232.

31 *Idem*, párr. 234.

la habilidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares.<sup>32</sup> Hasta aquí puede sostenerse que el estándar no varió sustancialmente. No obstante, la Sala luego sostuvo que si bien el Protocolo Adicional II exige que el grupo tenga control territorial para ser considerado como tal, ese no es un requisito del Estatuto de Roma,<sup>33</sup> apartándose de este modo de la interpretación de la norma efectuada en el caso “Lubanga Dyilo”.

La exigencia del control territorial es muy importante para determinar la entidad de un grupo armado, tal como fue demostrado en el caso “Lubanga Dyilo”. Parecería ser, entonces, que dicho concepto debió ser dejado de lado dos años después en el caso “Bemba Gombo” solo porque no concurría dicho presupuesto fáctico y, de ajustarse a la jurisprudencia anterior, no se podían haber confirmado los cargos.

Si efectuamos una comparación con el caso “Katanga”, la Corte en palabras similares sostuvo que eran otros elementos los que acreditaban la existencia de un grupo armado, a saber: que tenga cierto grado de organización, por ejemplo que actúe bajo un mando responsable y tengan un sistema disciplinario interno y que –es decir, un elemento acumulativo– tenga la capacidad de planificar y dirigir operaciones militares mientras tengan el control sobre un territorio.<sup>34</sup>

De este repaso podemos extraer tres posturas: por un lado (“Lubanga”, 2007), la que sostiene que se requiere un mando responsable capaz de dirigir las operaciones militares a través de un sistema de disciplina, o bien que el grupo tenga control territorial; entiendo que estos son presupuestos alternativos. Pero agrega un tercer extremo obligatorio que es la capacidad del grupo de sostener las operaciones durante un tiempo prolongado. Por otro lado (“Bemba”, 2009), un grupo armado será aquel que tenga organización y mando responsable, limitando este último término a la posibilidad de imponer disciplina. No solicita la extensión temporal y, además, excluye expresamente el control territorial. En tercer lugar (“Katanga”, 2008), la que exige organización pero no explicita en qué forma debe darse: el mando responsable y el sistema de disciplina pasan a ser supuestos enunciativos. Sin embargo, al contrario que en los casos anteriores donde los presupuestos eran alternativos, aquí el concepto de organización debe acumularse con la capacidad del grupo de sostener las operaciones en un tiempo prolongado. Como vemos, en los tres casos los requisitos van desplazándose unos a otros, de acuerdo con los datos fácticos con los que cuenta la Corte para calificar el elemento de contexto.

---

32 CPI, caso “Bemba Gombo”, cit., párr. 234.

33 *Idem*, párr. 236.

34 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, cit., párr. 239.

No obstante las posturas estudiadas, también contamos con el precedente de “Ongwen”, en el cual se entendió que el carácter organizado del grupo armado también se evidenciaba por la búsqueda de mantenerla ajustada a través, por ejemplo, de la invocación de poderes místicos. Esto demuestra que el abanico de indicadores es amplísimo.<sup>35</sup>

## 1.2. Elementos específicos

### 1.2.i) Participación activa en las hostilidades en el crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 años

La Sala de Cuestiones Preliminares I asentó en el caso “Lubanga Dyilo” que la participación en el conflicto no solo se refiere a la modalidad directa (combate), sino que incluye intervención activa –indirecta– en actividades relacionadas al combate, tales como exploración, espionaje, sabotaje y el uso de niños como señuelos, mensajeros o en puestos de control.<sup>36</sup> No obstante, la mayoría aclaró participación activa incluye además transporte de alimentos y las tareas domésticas,<sup>37</sup> y también la utilización de los niños como guardaespaldas, debido a que esta actividad sí está indirectamente relacionada con las hostilidades porque, principalmente, los convierte en un blanco militar.<sup>38</sup>

Siguiendo esa línea, en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, la misma Sala consideró que la definición dada en el caso anterior era relevante y la transcribió textualmente.<sup>39</sup> Agregó que, en el caso, podía probarse la participación activa por el aprendizaje de usar armas y entrega de estas al final del entrenamiento.<sup>40</sup>

En vista de lo anterior, surge la sensación de que *prima facie* cualquier acción humana puede constituir participación activa, determinando en el caso concreto qué datos fácticos son seleccionables a efectos de acreditar dicho elemento.

### 1.2.ii) Otros actos inhumanos

Con expresa mención al principio de legalidad, la Sala de Cuestiones Preliminares I entendió, en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”,

---

35 CPI, caso “Ongwen”, *Decisión de confirmación de cargos*, 26 de marzo de 2016, párr. 56.

36 CPI, caso “Lubanga Dyilo”, *Decisión de confirmación de cargos*, 29 de enero de 2007, párr. 261.

37 *Idem*, párr. 262.

38 *Idem*, párr. 263.

39 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, *cit.*, párr. 250.

40 *Idem*, párr. 255.

que el crimen de otros actos inhumanos está configurado por serias violaciones a la costumbre internacional y a los derechos básicos de las personas contenidos en las normas del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>41</sup>

Efectivamente, esa Sala reconoció que este término está concebido como una calificación residual y que se ha dejado un margen a la jurisprudencia para determinar sus límites.<sup>42</sup> En este sentido, ha requerido un gran sufrimiento o una seria lesión en el cuerpo o en la salud psíquica y mental que ocurran a través de un acto inhumano<sup>43</sup> que puede ocurrir en paralelo con otro crimen.

En tal temperamento, consideró que el ataque al pueblo de Bogoro, en la República Democrática del Congo, se dirigió contra la población civil, principalmente mujeres y niños, que fueron asesinados con armas de fuego y machetes, incluso en algunos casos fueron prendidos fuego vivos; además los civiles eran asesinados dentro de sus casas mientras trataban de huir. Este ataque indiscriminado, con armas de fuego, lanzas y machetes tuvo la intención –según la Corte– de causar serias lesiones al cuerpo, mente o psiquis de aquella población.<sup>44</sup>

Si examinamos el caso “Ongwen”, veremos que la Sala de Cuestiones Preliminares II, haciendo pié en precedentes del Tribunal Especial para Sierra Leona y de las Salas Extraordinarias en las Corte de Camboya,<sup>45</sup> estableció que el matrimonio forzado es uno de los modos de cometer el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos,<sup>46</sup> aportando un cambio diametral al modo de interpretarlo. Ello por cuanto el “matrimonio forzado” como tal no fue expresamente regulado en el Estatuto, como sí sucede con –por ejemplo– la esclavitud sexual u otras ofensas de esa naturaleza.

### 1.2.iii) Esclavitud sexual

La Sala de Cuestiones Preliminares I entendió que este crimen de lesa humanidad es una forma especial de esclavitud<sup>47</sup> que, a menudo, se asocia con situaciones donde mujeres y niñas resultan víctimas de

---

41 *Idem*, párr. 448.

42 *Idem*, párr. 450.

43 *Idem*, párr. 453.

44 *Idem*, párr. 464.

45 TESL, Caso “Sesay, Kallon and Gbao”, *Sentencia de Apelación*, 26 de octubre de 2009, párr. 736; caso “Brima, Kamara and Kanu”, *Sentencia de Apelación*, 22 de febrero de 2008, párr. 196; SEC, caso “002”, *Decisión de clausura*, 15 de septiembre de 2010, párr. 1443.

46 CPI, caso “Ongwen”, *cit.*, párrs. 88-93.

47 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, *cit.*, párrs. 429-430.

servidumbre doméstica y otros trabajos forzados, incluyendo actividad sexual obligatoria y violaciones sexuales por parte de sus captores. Las formas pueden ser, por ejemplo, los “campos de violación” o las “estaciones de confort”,<sup>48</sup> los matrimonios forzosos temporales con los soldados y otras prácticas que implican el tratamiento de la mujer como un objeto, en violación de la norma de *ius cogens* que prohíbe la esclavitud.<sup>49</sup>

Puntualmente, esa misma Sala definió que el autor del crimen debe someter a la persona a uno o más actos de naturaleza sexual y, en particular, debe limitar la autonomía de la víctima, su libertad de movimiento y poder de decisión sobre su sexualidad. En suma, el perpetrador debe privar intencionalmente a la víctima de su libertad para someterla sexualmente.<sup>50</sup>

En la confirmación de cargos de “Katanga y Ngudjolo Chui”, la Sala de Cuestiones Preliminares I sostuvo que en ese caso los combatientes secuestraron a las mujeres y niñas con el fin de usarlas como “esposas”; que las forzaron y amenazaron para tener relaciones sexuales y servir como esclavas sexuales para combatientes y comandantes y las capturaron para trabajar en el campo militar al servicio de los soldados.<sup>51</sup>

Por el contrario, en el caso “Ongwen”, se precisó que el trato de “esposas” es justamente lo que diferencia la esclavitud sexual del matrimonio forzado, calificándolo como otros actos inhumanos, porque

---

48 Las llamadas *Comfort Women* –o mujeres de confort– es el eufemismo que utilizó el gobierno imperial japonés para denominar a las mujeres y niñas que traficaron como esclavas sexuales entre 1932 y 1945, hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de las víctimas tenían nacionalidad coreana y china, aunque muchas otras venían de Filipinas, Indonesia, Holanda, Birmania, Tailandia, Vietnam, Malasia, Australia, Timor Oriental, Hong Kong y Macao. Mientras que algunas fueron reclutadas por anuncios falsos que prometían trabajos de empleadas domésticas, obreras de fábrica y enfermeras, la mayoría fueron secuestradas y obligadas violentamente a la esclavitud sexual bajo el control de los soldados japoneses en “estaciones de comodidad” patrocinadas por el gobierno destinadas a mejorar la moral del ejército, como estrategia de guerra. Se estima que unas 400,000 mujeres y niñas fueron sometidas como esclavas sexuales de los soldados y oficiales japoneses en estos campos de violación patrocinados por el gobierno. Las “Mujeres Confort” a menudo se mantenían en condiciones infrahumanas y sufrían de inanición, abuso físico y psicológico, enfermedades, infecciones y ETS. Muchas se suicidaron. Actualmente, se están construyendo monumentos en todo el mundo para conmemorar a las víctimas y sus comunidades y educar a las nuevas generaciones sobre los peligros de la guerra y la responsabilidad mundial de proteger los derechos humanos. El caso fue trabajado por la Magistrada Carmen Argibay en un artículo disponible (en línea): <https://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss2/6/> (último acceso: 31/10/2018).

49 CPI, caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, cit., párrs. 431.

50 *Idem*, párrs. 432-433.

51 *Idem*, párr. 435.

además afecta otros valores –que la esclavitud no directamente– como la decisión de formar un matrimonio y establecer una familia.<sup>52</sup>

## 2. El valor de la jurisprudencia de la Corte. Su estatus como fuente

En vista de todo lo desarrollado hasta aquí, este trabajo intenta demostrar, por una parte, algunas objeciones desde el principio de legalidad que pueden dirigirse contra este modo fluctuante de calificar jurídicamente y también, por otra, que resulta impracticable definir en un tratado absolutamente todos los modos específicos y concretos de cometer conductas criminales en el curso de las hostilidades y, mucho menos, impedir a los jueces apartarse de interpretaciones anteriores dado que es una posibilidad que el propio Estatuto les otorga (artículo 21.2 ER).

Respecto de la caracterización de esta jurisdicción, para comprender la naturaleza de la CPI podemos esbozar que constituye una institución internacional, cuya estructura jurisdiccional está construida como un tribunal penal en sentido estricto, lo cual significa que la Corte juzga la culpabilidad o inocencia de individuos acusados por su responsabilidad penal en la comisión de crímenes internacionales.<sup>53</sup>

De esta manera, y como ya se ha adelantado, si nos disponemos a la lectura del artículo 21 del ER, podemos observar claramente el sistema de fuentes propuesto por el tratado con relación al derecho aplicable por la Corte a los fines presentados en el párrafo anterior.

Si intentamos comprender el origen de este artículo, podemos derivar tangencialmente que toma fuentes del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “ECIJ”), pero modificando cuestiones estructurales del sistema de fuentes del derecho internacional público general, para que se adapte al derecho internacional penal.<sup>54</sup>

Es decir que, a fin de cuentas, los redactores del Estatuto no siguieron el sistema de fuentes de la Corte Internacional de Justicia,<sup>55</sup> no solo en cuanto a las distintas fuentes aplicables según el artículo 21 del ER, sino también respecto del establecimiento de una jerarquía, que en artículo 38 del ECIJ no existe. Puntualmente en cuanto a la jurisprudencia, si bien para la Corte Internacional de Justicia se trata de una fuente auxiliar, el ER aclara que los jueces pueden aplicar principios y normas

---

52 CPI, caso “Ongwen”, cit., párrs. 93-94.

53 Morris (2015; 103).

54 McAuliffe deGuzman (1999: 702).

55 Biti (2009: 287).

como fueran interpretadas en decisiones anteriores. Desde todo punto de vista, esta cláusula representa un uso discrecional del precedente, dado que no está obligada a adherir a fallos anteriores.<sup>56</sup>

Esta disposición facultativa se acerca a la tradición del *civil law*, por un lado y, por otro, evidencia una evolución en materia de capacidad de los jueces para votar. Esta última cuestión demuestra que, más allá de las guías legislativas, el derecho internacional penal requiere cierto grado de amplitud judicial para fallar y, además, existe un permiso para echar mano de opiniones anteriores, que colabora con la idea de desarrollo de un cuerpo predecible de normas, lo cual tributa a la vigencia del principio de legalidad.<sup>57</sup>

No obstante, este inciso del artículo 21 ER, al brindar la posibilidad de apartarse o de adherirse a criterios anteriores, también puede recibir muchas objeciones dado que la literalidad de la norma escrita no cambia, salvo a través de una norma posterior.

Cuando la jurisprudencia cambia, adaptándose a casos posteriores, con resultados casi contradictorios, la posibilidad de previsión puede verse dañada. Pero ese no es el problema puntual de este trabajo, sino si es posible que la jurisprudencia en materia penal pueda cambiar sin vulnerar el principio de legalidad. La respuesta será positiva, veamos algunas primeras razones.

La primera de ellas radica en que el precedente judicial no es una fuente principal sino una de las llamadas auxiliares, que se utilizan para verificar la existencia, sentido y alcance de las fuentes principales.

Otro motivo es que no todas las formas de violencia se configuran y desarrollan del mismo modo, con lo cual no es posible prever todas las variantes probables. Lo que sí resulta posible es regular elementos generales, como “ataque” o “grupo armado”, para que después los jueces releven, de los intrincados y complejos casos que estudian, aquellos postulados fácticos que les permitan calificar el elemento normativo.

Asimismo, lo que sí es importante en torno a la configuración de criterios jurisprudenciales es la identificación de principios y normas generales de derecho internacional, no tanto un examen nominal –por ejemplo– cuántos agentes se necesitan para conformar una organización, o cuántas veces debe el autor cometer violación sexual contra una mujer para acreditar esclavitud sexual.

En cuarto lugar, existen cuestiones que merecen un análisis cualitativo y dinámico. En este sentido, resulta atinado el criterio permanente del sistema interamericano de derechos humanos respecto del

---

56 McAuliffe deGuzman (1999: 711).

57 McAuliffe deGuzman (1999: 711).

plazo razonable, por ejemplo, al explicar que podemos definir estándares para evaluar cuándo hay una prolongación injustificada de un juicio, pero que es imposible tarificarla en años, meses, semanas o días. Hay que hacer un análisis caso por caso.<sup>58</sup> Más aún, en los casos de ataques en masa concertados en puntos distantes del mundo, no parece bueno fijar estáticamente los presupuestos en los que dichos eventos se desarrollan.<sup>59</sup>

Dicho análisis casuístico refiere unívocamente a la función adjudicativa judicial y, por consecuente, se permite la variación de los criterios jurisprudenciales para no frustrar la naturaleza de ese estudio.

Por último, una razón práctica: si las composiciones de las distintas Salas del tribunal se van modificando, dado que los cargos no son vitalicios ni prorrogables, no tendría sentido conminar a los nuevos magistrados a criterios y puntos de vista sobre las interpretaciones de las normas de jueces que ya no forman parte de la Corte.<sup>60</sup> Lo cual, por otro lado, atentaría contra el espíritu de evolución que el ER le imprime al derecho internacional penal en su artículo 10.<sup>61</sup>

Para finalizar, podemos intentar despejar la discusión acerca de si las decisiones judiciales pueden crear normas. Coincidimos con la posición afirmativa en cuanto al impacto que tienen los precedentes jurisprudenciales en el desarrollo del derecho internacional.<sup>62</sup> De todos modos, parecería ir demasiado lejos sostener que los fallos son una fuente autónoma,<sup>63</sup> sobre todo si tenemos en cuenta que dentro de la decisión puede haber votos disidentes y opiniones separadas.

Y es en este último sentido que podemos diseñar una respuesta al interrogante del principio de legalidad, también desde el punto de vista formal, ya que la regla de irretroactividad no alcanza a las interpretaciones judiciales porque no son fuente primaria, y mucho menos —entonces— alcanza al criterio de selección de los datos empíricos, desde el punto de vista material.

En ese diagrama, el principio *nullum crimen* no puede leerse como prohibitivo de la interpretación progresiva de los conceptos a través de

---

58 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso “Giménez v. Argentina”, *Informe n° 12/96* del 1 de marzo de 1996; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “caso Amrheim y otros v. Costa Rica”, sentencia del 25 de abril de 2018, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 420-422.

59 Schabas (2009: 77).

60 Bitti (2009: 293).

61 Bennouna (2002); Broomhall (2008); Cassese (1999); Cryer (2006); Lamb (2002); Mila-novic (2011) Sadat (2000); Schabas (2010: 271); Schabas (2011: 93).

62 Nerlich (2009: 315).

63 Brownlie (2003: 19).

una interpretación judicial caso por caso, siempre y cuando el desarrollo sea coherente con la esencia del concepto y sea una conclusión razonable.<sup>64</sup>

Sin perjuicio de las explicaciones precedentes, existen fuertes críticas acerca de los cambios de criterio sin mención de fallos anteriores de otras Salas ni dando razones de ello. Estos embates a la tarea contenciosa de la Corte pueden prosperar.

Por todo ello, podríamos concluir que si las Salas de la Corte brindan al menos una breve justificación metodológica, jurídica o práctica, acerca de los motivos por los que se apartan de decisiones anteriores, la objeción señalada quedaría desactivada. Si bien el Estatuto no obliga a la CPI a explicar por qué no utiliza los precedentes, entendemos que es un acto de transparencia que puede reforzar la legitimidad las sentencias.

Del mismo modo, consideramos una necesidad epistemológica de los votos el caso inverso: explicar la pertinencia de la jurisprudencia que se utiliza y el mantenimiento de los criterios precedentes.<sup>65</sup>

### 3. Palabras finales

Se suele afirmar que los sistemas que abrevan en la aplicación retroactiva y la vaguedad en las definiciones permiten el incremento de la discrecionalidad judicial y con ello del poder punitivo, alejándose del modelo liberal y acercándose al autoritarismo.<sup>66</sup>

También es cierto que ningún estatuto de otro tribunal internacional penal contiene la codificación de la estructura del derecho aplicable.<sup>67</sup> Esto nos permite suponer dos cuestiones: que los Estados Parte querían marcar cuáles serían las normas que la Corte podría utilizar, y en qué orden y que, dentro de esos límites, le habilitaban cierta discrecionalidad para su aplicación.

En este temperamento, resulta importante comprender que cuando la Corte, en un caso puntual, selecciona ciertos datos fácticos para dar por configurado un elemento normativo del ER, no está creando una norma, no está probando costumbre, ni está identificando un principio o regla. Está diciendo que en ese conflicto armado concreto, o en el marco de ese plan sistemático específico, con un conjunto de hechos de-

---

64 McAuliffe deGuzman (1999: 704).

65 McAuliffe deGuzman (1999: 725).

66 Broomhall (2008: 716).

67 McAuliffe deGuzman (1999: 703).

terminado, se alcanza el estándar necesario para acreditar un elemento contextual o específico de los crímenes.

Que en otra decisión posterior, el mismo juez u otro seleccione un conjunto diferente de circunstancias para probar ese mismo elemento, de ningún modo implica su modificación. No se trata de una aplicación retroactiva de una norma nueva, sino una interpretación paralela y equivalente adaptada al caso concreto.

Sin embargo, lo que sí vulnera el principio de legalidad sería, por ejemplo, decir que una persona de 22 años es un niño reclutado forzosamente, o condenar a alguien por el crimen de agresión sobre la base de hechos anteriores a su entrada en vigor, o incluir actos subyacentes que no están en el Estatuto, o agregar elementos al tratado. El artículo 22 del ER obliga a los jueces a interpretar restrictivamente en este sentido y a fallar en favor del acusado en caso de ambigüedad.<sup>68</sup>

Nada de esto se desprendería de los casos analizados, por lo tanto, solicitar la aplicación de “la jurisprudencia vigente al momento de los hechos”, es equiparar al precedente con una norma primaria, lo cual no solo es incorrecto, sino que ilógico por cuanto cada situación y cada caso poseen particularidades y circunstancias distintas.

Fallar en razón de sus actores, de sus víctimas, del territorio, del momento político, del trasfondo cultural y socio-económico no es una aplicación *ex post facto*. Tampoco es saludable pretender una jurisprudencia constante en este sentido dado que resulta una pretensión dogmática que desatiende cuestiones relevantes de la realidad más allá de la teoría.

Ello así puesto que si consideramos el fundamento que da lugar al principio de legalidad, esto es la posibilidad de previsión del agente, no puede alegarse un desconocimiento de la conducta ilícita en función de variaciones no esenciales de hecho, que de todos modos continúan siendo compatibles con la prohibición normativa.<sup>69</sup> Tales variaciones, que incluso pueden resultar un poco vagas, son inevitables para entender en casos cuyas circunstancias son ontológicamente cambiantes y complejas.<sup>70</sup> Lo contrario sería equivalente a exigir que el tipo penal de homicidio aclare si es con un arma, con un cuchillo o con las manos. Tal rigidez en las prohibiciones penales no existe.<sup>71</sup>

Por todos estos motivos es que los cambios de las interpretaciones sobre el contenido de los términos que contiene el Estatuto no confi-

---

68 Grover (2014: 107).

69 Schabas (2003: 887).

70 Grover (2014: 109).

71 Cassese (2008: 42).

guran una aplicación retroactiva de la ley penal, justamente porque la jurisprudencia no es una norma de aquellas a las que el principio de legalidad alcanza, sino una fuente auxiliar que sirve como guía y como precedente para interpretar.

En suma, y atendiendo a las complejidades que orbitan en los contextos en los que se cometen crímenes internacionales a lo largo del mundo, parecería demasiado ingenuo abordarlos sin una perspectiva práctica e integradora. Esta propuesta se apoya en que si bien el Estatuto de la Corte impone en su artículo 21 el derecho aplicable y su jerarquía,<sup>72</sup> y que a continuación dedica tres artículos para abordar ampliamente el principio de legalidad, manifiesta el interés de los Estados parte de que los jueces no estén atados a fallos anteriores y, sobre todo, que interpreten las normas a la luz de los derechos humanos favoreciendo interpretaciones dinámicas.<sup>73</sup>

En este sentido, parecería ser que una coexistencia armoniosa no es imposible.

## Bibliografía

### Jurisprudencia

#### *Corte Penal Internacional*

“Fiscal c. Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 29 de enero de 2007.

“Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 30 de septiembre de 2008.

“Fiscal c. Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 9 de junio de 2014.

“Fiscal c. Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 15 de junio de 2009.

“Situación de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de la Autorización para una Investigación en la Situación de la República de Kenia*, 3 de marzo de 2010.

“Fiscal c. Ruto y Sang”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 23 de enero de 2012.

“Fiscal c. Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 26 de marzo de 2016.

“Fiscal c. Blé Goudé”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión de confirmación de cargos*, 11 de diciembre de 2014.

---

72 Powderly (2015: 484).

73 Artículo 21(3) ER.

### *Tribunal Especial para Sierra Leona*

“Fiscal c. Sesay, Kallon and Gbao”, Sala de Apelaciones, *Sentencia de Apelación*, 26 de octubre de 2009.

“Fiscal c. Brima, Kamara and Kanu”, Sala de Apelaciones, *Sentencia de Apelación*, 22 de febrero de 2008.

### *Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya*

“Caso 002”, *Decisión de clausura*, 15 de septiembre de 2010.

### *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

“Giménez v. Argentina”, *Informe n° 12/96* del 1 de marzo de 1996.

### *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

“Amrheim y otros v. Costa Rica”, Sentencia del 25 de abril de 2018, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*.

### **Doctrina**

Bennouna, Mohamed, “The Statute’s Rules on Crimes and Existing or Developing International Law”, en Cassese, Antonio *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1101-1107.

Bitti, Gilbert, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, en Stahn, Carsten y Sluiter, Goran (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 286-304.

Broomhall, Bruce, “Article 22, Nullum Crimen Sine Lege”, en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article*, München/Oxford/Baden-Baden, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2a. ed., 2008, pp. 713-729.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Cassese, Antonio, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, en *European Journal of International Law*, vol. 10, no. 1, 1999.

Cassese, Antonio, *Internacional Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Cryer, Robert, “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study”, en *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, no. 2, 2006, pp. 141-171.

Grover, Leena, *Interpreting crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Lamb, Susan, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege”, en Cassese, Antonio *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 733-766.

- McAuliffe deGuzman, Margaret, “Article 21 Applicable law”, en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observes’ Notes, Article by Article*, 2a ed., Baden Baden, Nomos, 1999, pp. 435-446.
- Milanovic, Marko, “Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, no. 1, 2011, pp. 25-52.
- Morris, Madeline, “Crímenes internacionales y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no partes”, en Chehtman, Alejandro (comp.), *Problemas estructurales de derecho penal internacional*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, p. 103.
- Nerlich, Volker, “The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC”, en Stahn, Carsten y Sluiter, Goran (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 305-325.
- Powderly, Joseph, “The Rome Statute and the attempted conseting of the interpretative judicial function: Reflections on sources of law and interpretative technique”, en Stahn, Carsten (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 184.
- Sadat, Leyia N., “Custom, Codification and Some Thoughts about the Relationship between the Two: Article 10 of the ICC Statute”, *DePaul Law Review*, Vol. 49, 2000.
- Schabas, William, “Chapter 5 - Customary law or ‘Judge-Made’ law: judicial creativity at UN Criminal Tribunals”, en Bassiouni, Cheriff, M. *et al.* (eds.), *The legal regime of the International Criminal Court*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Schabas, William, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010,
- Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4ta. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Schabas, William, “Interpreting the Statutes of the Ad Hoc Tribunals”, en Vohrah, Lal Chand (ed.), *Man’s inhumanity to man: Essays on International Law in honoir of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer Law International, 2003.

# La teoría del dominio del hecho y la empresa criminal conjunta en el derecho internacional penal: desencuentros en torno al derecho aplicable en los modos de atribución de responsabilidad individual

*Carla Martini*

Los crímenes internacionales son de naturaleza colectiva, es decir, no pueden ser cometidos únicamente por un solo individuo, sino que involucran a varias personas que asumen distintos roles y actúan en función de diferentes motivaciones. Los autores de estos crímenes forman parte de una estructura o aparato, y actúan con el conocimiento de integrar ese aparato con un propósito común.<sup>1</sup>

Al momento de atribuir responsabilidad individual a los perpetradores de crímenes internacionales, los tribunales penales internacionales han oscilado entre dos teorías: por un lado, la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (en adelante, “ECC”) receptada ampliamente por los tribunales internacionales *ad hoc*<sup>2</sup> a partir de la sentencia de la Sala de Apelaciones (en adelante, “SA”) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, “TPIY”) en el caso “Tadic”,<sup>3</sup> y por otro, la teoría del dominio del hecho utilizada por la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”) en sus fallos “Lubanga Dylo”<sup>4</sup> y “Katanga”.<sup>5</sup>

La SA en “Tadic” construyó un modo de atribución de responsabilidad penal individual empleando un criterio subjetivo de autor al inter-

---

1 Jain (2011:1).

2 Me refiero a los tribunales penales internacionales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

3 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, sentencia del 15 de julio de 1999.

4 CPI, “Fiscal c. Lubanga Dylo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007; CPI, “Fiscal c. Lubanga Dylo”, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 14 de marzo de 2012.

5 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 17 de septiembre de 2008; CPI, Sala de Primera Instancia II, “El Fiscal c. Katanga”, sentencia del 27 de mayo de 2014.

prestar el Artículo 7 del Estatuto del TPIY,<sup>6</sup> considerando que la ECC era parte del derecho consuetudinario existente. Este criterio fue adoptado por la jurisprudencia posterior tanto del TPIY como del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, “TPIR”), e incluso por la de algunos tribunales híbridos.<sup>7</sup> Por su parte, la postura mayoritaria de la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante, la “SCP”) de la CPI en los fallos “Lubanga Dylo” y “Katanga” ha interpretado el artículo 25(3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, “Estatuto de Roma” o “ER”) a la luz de la teoría del dominio del hecho, un modo de atribución de responsabilidad penal individual basado en un criterio tanto objetivo como subjetivo de autor. De esta manera, la CPI optó por seguir un camino distinto de aquel seguido por los Tribunales *ad hoc* para resolver la categorización de la responsabilidad derivada de la comisión conjunta de crímenes internacionales. Esta postura ha generado numerosas controversias y críticas; muchos autores sostuvieron que los jueces de la CPI eligieron con discrecionalidad una interpretación del artículo 25(3) del ER, basándose en un modelo de atribución de responsabilidad extraído del derecho alemán que se aproximaba a la decisión que ellos querían adoptar para el caso, y justificando la aplicación de la teoría alemana en el artículo 21(1)(c) del ER.<sup>8</sup>

El presente artículo comenzará dando cuenta del proceso de construcción de la doctrina de la ECC por el TPIY en el caso “Tadic” y su consideración como derecho aplicable fundado en la costumbre internacional. Continuará con un análisis sobre la recepción de esta doctrina por el TPIY en casos posteriores y por el TPIR, para determinar luego si la práctica de estos tribunales contribuyó a su carácter consuetudinario. Por otro lado, se describirán las formas de autoría y participación

---

6 El Artículo 7 del TPIY establece: “Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.”. El Artículo 6 del TPIR, del Tribunal Especial para Sierra Leona prevén asimismo una redacción análoga.

7 Lord (2013: 26). La ECC fue receptada por el Tribunal Especial de Sierra Leona (en adelante, “TESL”) –aunque no en gran medida– y por la Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (en adelante, “SECC”); *ver* TESL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Sesay, Kallon and Gbao (RUF)”, sentencia del 26 de octubre de 2009, párr. 492; SECC, Sala de Apelaciones, “Fiscales c. Ieng Sary”, *Decision on the Appeals Against the Co-investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise*, sentencia del 20 de mayo de 2010, párr. 41. El alcance de la ECC en los tribunales híbridos no será objeto de análisis en el presente artículo.

8 Gil Gil (2015:14). El artículo 21(1)(c) del ER establece: “La Corte aplicará (...) 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 estándares internacionalmente reconocidos”.

utilizadas por la CPI bajo la teoría del dominio del hecho, y las críticas realizadas por los jueces disidentes en los fallos “Lubanga Dyló” y “Katanga”. Finalmente, se realizarán observaciones comparativas de ambas doctrinas, para luego plantear los problemas (o la ausencia de ellos) que acarrearía una fragmentación en los criterios de atribución de responsabilidad individual en derecho internacional penal, y determinar si se podría considerar a alguna de las dos teorías como la más adecuada para atribuir responsabilidad penal individual a los fines de detectar cuál es la línea que divide entre autores y partícipes del hecho criminal, en pos de un mayor respeto de la garantía del principio penal de culpabilidad.

## 1. La doctrina de la ECC, su calificación como norma consuetudinaria internacional a partir del caso Tadic y su posterior aplicación por otros tribunales penales internacionales.

### 1.1. El caso “Tadic”

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la “CIJ”) entiende a la costumbre como “...prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho...”.<sup>9</sup> Para determinar si una norma puede ser considerada consuetudinaria, dos elementos deben estar presentes: el elemento objetivo, es decir la práctica generalizada –ejercida por una parte considerable de la comunidad internacional–, y el elemento subjetivo u *opinio iuris*, entendido como la conciencia de obligatoriedad de esa práctica.<sup>10</sup> La práctica de los Estados puede consistir en su propia conducta y en actos con relación a otros Estados,<sup>11</sup> ya sea mediante la celebración de tratados internacionales, decisiones de tribunales locales superiores e internacionales, legislación del Estado, declaraciones y resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas,<sup>12</sup> como también por medio de actos unilaterales, es decir, compromisos unilaterales, conocimiento, estoppel y aquiescencia.<sup>13</sup> El tiempo para que se consolide la norma no es un factor relevante, sino que lo

---

9 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco (Estados Unidos), 26-06-1945 (e.v. 24-10-1945), 33 UNTS 993, Artículo 38.

10 Corte Internacional de Justicia, “Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte” (Alemania c. Dinamarca), sentencia del 20 de febrero de 1969, párr. 43 y 74.

11 Roberts (758:2001).

12 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la Plataforma Continental” (Libia c. Malta), sentencia del 21 de marzo de 1984, I.C.J Reports 1984, párr. 13 y 29; “Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” (Costa Rica c. Estados Unidos), sentencia del 27 de junio de 1986, párrs. 98 y 186.

13 Mendelson (1998: 365).

esencial es que durante ese lapso de tiempo, la práctica de los Estados haya sido extensiva y esencialmente uniforme;<sup>14</sup> esta conducta debe entonces tener tres características fundamentales: *constancia, duración en el tiempo y uniformidad*.<sup>15</sup>

Como se verá a continuación, la SA del TPIY en la sentencia de “Tadic” intentó demostrar que la ECC era una norma consuetudinaria internacional refiriéndose a leyes nacionales, casos de tribunales militares internacionales y a jurisprudencia local para interpretar el elemento objetivo, y a tratados internacionales –entre ellos el Estatuto de Roma– para demostrar el elemento subjetivo.<sup>16</sup> Ya desde el comienzo el TPIY sostuvo que la ECC era un modo de atribución de responsabilidad que se encontraba firmemente establecido en el derecho internacional consuetudinario<sup>17</sup> –e *implícitamente* en el Estatuto del TPIY–<sup>18</sup> aun si el Artículo 7 del Estatuto del TPIY nada dice respecto de los modos de atribuir esta responsabilidad individual.<sup>19</sup>

La doctrina de la ECC se basa en un criterio subjetivo de autor para atribuir responsabilidad penal individual a quien comete un crimen internacional.<sup>20</sup> Así, la SA desarrolló tres categorías de la ECC a partir del nivel de participación del acusado en la empresa criminal. Estas tres modalidades comparten los mismos elementos objetivos: que se trate de una pluralidad de personas, que estas compartan un plan común, y que la participación del acusado de forma directa u otra forma de contribución haya ayudado a la ejecución del propósito común;<sup>21</sup> sin embargo, las categorías difieren en cuanto al elemento subjetivo de atribución de responsabilidad penal.

La primera categoría (o variante básica) es la de la responsabilidad por un propósito común, según la cual el acusado es responsable en

---

14 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la Plataforma Continental” (Libia c. Malta), cit., párrs. 13 y 29.

15 Montiel (2012: 409).

16 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit. párr. 223 y ss.

17 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 223.

18 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 220.

19 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993), 25-05-1993, Artículo 7. En este sentido, la SA de “Tadic” afirmó que el Estatuto “no especifica (ni expresa ni implícitamente) los elementos objetivos y subjetivos (actus reus y mens rea) de esta categoría de responsabilidad colectiva. Para identificar estos elementos, debe acudir a la costumbre internacional. La costumbre internacional en esta materia se identifica sobre la base de varios elementos: principalmente jurisprudencia y algunas instancias de legislación internacional” (ver TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit. párr. 194).

20 Odriozola-Gurrutxaga (2013: 87).

21 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 191.

cuanto comparta la intención criminal de los miembros del grupo; en este caso, todos los miembros son considerados coautores, sin diferencia en cuanto al grado de su participación.<sup>22</sup>

La segunda categoría (o variante sistémica) surge del análisis de los casos relacionados con los campos de concentración, definiendo la responsabilidad por la participación en un plan criminal común dentro de un marco institucional:<sup>23</sup> el acusado será considerado responsable en cuanto sea consciente (*awareness*) del sistema criminal implementado por la institución en la cual lleva a cabo su acción. El Tribunal aclara que, en este caso, el requisito de la *mens rea* puede ser deducido también de la posición de autoridad que el acusado ocupe en la institución.

La tercera categoría (variante extensiva) hace referencia a los casos en que se cometan crímenes que no estaban previstos en el plan común, pero que podían ser previsibles para los miembros de la empresa criminal. Se trata de la categoría de la responsabilidad incidental basada en la previsibilidad y en la asunción voluntaria del riesgo, que atribuye a cada miembro los crímenes cometidos por los otros miembros de la ECC, siempre que sean consecuencias previsibles y naturales del plan común y la persona de que se trate haya decidido asumir conscientemente tal riesgo.<sup>24</sup>

En cuanto al grado de contribución, no debe demostrarse que la participación del acusado es *sine qua non*, es decir, sin la cual el crimen no se habría cometido. No es necesaria la prueba de una contribución sustancial del coautor si existe prueba de la voluntad (*willingness*) de que este acepta la responsabilidad por la comisión del crimen, demostrando que el coautor apoyó e incentivó al autor a perpetrar la conducta criminal.<sup>25</sup> Asimismo, la variante sistémica de la ECC no requiere tener un control sobre la organización (lo que sí se requiere para el autor indirecto), sino ser consciente de ella y participar de alguna forma activamente en la implementación del sistema.<sup>26</sup>

---

22 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 197.

23 *Idem*, párr. 202.

24 *Idem*, párr. 204; Powles (2004:610).

25 Sahabuddeen (2010:9).

26 Lord (2013:53).

Para la variante básica de la ECC, la jurisprudencia del TPIY cita los casos “Georg Otto Sandrock”,<sup>27</sup> “Hoelzer *et al.*”,<sup>28</sup> “Schonfeld”,<sup>29</sup> “Jepsen *et al.*”,<sup>30</sup> “Ponzano”<sup>31</sup> y “Einsatzgruppen”,<sup>32</sup> juzgados por tribunales militares de ocupación de la segunda posguerra y por tribunales nacionales, todos ellos citados por primera vez en el caso “Tadic”.<sup>33</sup> En todos estos casos se hace referencia a la noción de una “empresa común”, y a la intencionalidad de todos los miembros del grupo de llevar a cabo el propósito o plan.

Para la variante sistémica de la ECC, la Sala de Apelaciones hace referencia a los casos “Dachau” y “Belsen”, decididos por tribunales militares de ocupación luego de la Segunda Guerra Mundial. En ambos casos los acusados se encontraban en cierta posición de autoridad jerárquica dentro de los campos de concentración, habiendo sido acusados por actuar en busca del diseño común de matar o maltratar prisioneros, y por ende de haber cometido crímenes de guerra.<sup>34</sup>

Para la tercer categoría de la ECC, el tribunal menciona los casos de “Essen Lynching” y “Borkum Island”,<sup>35</sup> los cuales pueden asimilarse a casos de violencia colectiva (*mob violence*), es decir, situaciones desordenadas en donde múltiples individuos actúan con un propósito

---

27 TRIBUNAL MILITAR BRITÁNICO PARA EL JUZGAMIENTO DE CRIMINALES DE GUERRA, Juicios del 24 y 26 de noviembre de 1945, UNWCC, vol. I, p. 35.

28 CORTE MILITAR CANADIENSE, “Hoelzer *et al.*”, Procedimientos del 25 de marzo y 6 de abril de 1946, vol. I, pp. 341, 347, 349.

29 TRIBUNAL MILITAR BRITÁNICO, “Franz Schonfeld *et al.*”, Juicios del 11 y 26 de junio de 1946, UNWCC, vol. XI, p. 68.

30 TRIBUNAL MILITAR BRITÁNICO PARA EL PROCESAMIENTO DE CRIMINALES DE GUERRA, “Juicio de Gustav Alfred Jepsen y otros”, Procedimientos del juicio para crímenes de guerra en Luneberg, Alemania, sentencia del 24 de agosto de 1946.

31 TRIBUNAL MILITAR BRITÁNICO PARA EL PROCESAMIENTO DE CRIMINALES DE GUERRA, “Feurstein y otros”, Procedimientos del juicio para crímenes de guerra en Hamburgo, Alemania, sentencia del 24 de agosto de 1948.

32 TRIBUNAL MILITAR GENERAL DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS, “Estados Unidos c. Otto Ohlenforf *et al.*”, en el juicio de los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional bajo la Ley del Consejo de Control Aliado, *U.S. Government Printing Office*, 1951, vol. IV, p. 3.

33 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 197.

34 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 202. Ver también Tribunal Militar General del Gobierno de Estados Unidos, “Juicio de Martin Gottfried Weiss y 39 otros”, 15 de noviembre al 13 de diciembre de 1945, Dachau, Alemania, UNWCC, vol. XI, p. 5; Tribunal Militar Británico, “Juicio de Josef Kramer y 44 otros”, 17 de septiembre al 17 de noviembre de 1945, Luneberg, UNWCC, vol. II, p. 1.

35 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 205. Ver TRIBUNAL MILITAR BRITÁNICO PARA LOS JUICIOS DE CRIMINALES DE GUERRA, “Juicio de Erich Heyer y seis otros”, 18, 19 y 21 de diciembre de 1945, Essen, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91; TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL, “Estados Unidos c. Kurt Goebell *et al.*”, en el juicio de los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional bajo la Ley del Consejo de Control Aliado, 1946, *US Government Printing Office*, 1951.

común, cada uno de ellos cometiendo delitos frente a la víctima, pero en donde se desconoce o no resulta posible determinar quién llevó a cabo una acción criminal u otra, ni tampoco el nexo causal entre cada acción delictiva y el daño hacia la víctima.<sup>36</sup> En el primero de los casos mencionados, el tribunal asumió que los condenados, quienes implícitamente incitaron el homicidio, podrían haber previsto que algún otro miembro del grupo llevara a cabo la acción, y por ende también eran culpables por la muerte de los prisioneros.<sup>37</sup>

Más adelante, el TPIY menciona algunos casos de tribunales italianos relativos a los crímenes de guerra cometidos por miembros de las fuerzas armadas de la “Repubblica Sociale Italiana”.<sup>38</sup> Así, en casos como “D’Ottavio *et al.* o Aratano *et al.*”, la Corte de Casación italiana sostuvo que, para determinar la atribución de este tipo de responsabilidad criminal, es necesario que exista no solo un elemento material, sino también un nexo causal psicológico entre el resultado que todos los miembros del grupo tuvieron la intención de llevar a cabo, y las distintas acciones efectivamente llevadas a cabo por un miembro en particular de ese grupo.<sup>39</sup>

Sobre la base de los mencionados precedentes, la SA sostuvo que la noción de un “diseño común” como una forma de complicidad se encontraba firmemente establecida en el derecho consuetudinario, y aun *implícitamente* en el Estatuto del TPIY.<sup>40</sup>

Por último, la SA mencionó dos tratados internacionales en donde se refleja la noción de “plan común”. El primero fue la Convención para la Represión de los Atentados con Bombas, adoptada por consenso mediante la Resolución 52/164 de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1997.<sup>41</sup> En su artículo 2(3)(c), esta Convención establece que “comete un delito quien contribuye de algún otro modo a la comisión de alguno de los delitos tipificados por la Convención, por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate”.<sup>42</sup>

---

36 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 215.

37 *Idem*, párr. 210.

38 *Idem*, párr. 214.

39 *Idem*, párr. 214.

40 *Idem*, párr. 220.

41 *Ibidem*.

42 Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, Nueva York (Estados Unidos), 15-12-1997, (e.v. 23/05/2001), UNTS 2149:256.

El segundo tratado mencionado fue el Estatuto de la CPI. Así, en cuanto al elemento subjetivo de la norma consuetudinaria, la Sala afirmó que la ECC estaba incluida en el artículo 25(3)(d) del Estatuto de la CPI,<sup>43</sup> entendiendo que al haber sido adoptado por una “gran cantidad de Estados” en una conferencia diplomática, ello era reflejo de la *opinio iuris* de dichos Estados, y que, por lo tanto, este modo de atribución de responsabilidad penal se encuentra bien establecido en derecho internacional.<sup>44</sup>

Asimismo, continuó diciendo que la doctrina del propósito común encontraba raíz en el derecho local de varios Estados,<sup>45</sup> algunos de los cuales prevén que, cuando múltiples personas participan en un propósito o diseño común, todas son responsables por la conducta criminal resultante, sin perjuicio del grado o forma de participación que hayan tenido en dicha conducta, y siempre y cuando todos hayan tenido la intención de perpetrar el crimen previsto en el diseño común.<sup>46</sup>

De esta manera, el TPIY, citando jurisprudencia de cinco Estados, y dos tratados que en ese momento no habían entrado en vigor, buscó sostener que se encontraba acreditada la práctica generalizada constitutiva del elemento objetivo que le otorga a la ECC un carácter consuetudinario en cuanto a modo de atribución de responsabilidad penal individual; al haber sido esta práctica realizada con la creencia de haber actuado conforme al derecho internacional, el Tribunal consideró acreditada también la *opinio iuris*.<sup>47</sup>

## 1.2. La ECC en el TPIY luego de Tadic

A partir de este emblemático precedente, el TPIY y el TPIR comenzaron a adoptar la teoría de la ECC justificando su carácter consuetudinario refiriéndose únicamente al análisis esbozado en Tadic. Es decir, en la jurisprudencia subsiguiente se afirma y se da por sentada la

---

43 Sin embargo, algunos autores sostienen que ninguna de las categorías de la ECC queda comprendida en el Artículo 25(3)(d). En este sentido, ver Odriozola (2013:86); Fletcher y Ohlin; Olásolo (2013: 733). Este último autor entiende que la principal diferencia entre la ECC y el Artículo 25(3)(d) es que, “según la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, el concepto de empresa criminal común da lugar a responsabilidad principal (coautoría), mientras que el art. 25(3) (d) ER contiene una forma residual de responsabilidad accesoria”.

44 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Dusko Tadic”, cit., párr. 222.

45 *Idem*, párr. 224.

46 *Ibidem*.

47 *Idem*, párr. 223.

existencia de una norma consuetudinaria y, por lo tanto, de un derecho existente en ese momento y aplicable al caso concreto.<sup>48</sup>

Resulta interesante destacar los argumentos esbozados en las sentencias de “Milutinovic”, “Brđanin” y “Krajisnic” al momento de justificar –y consecuentemente utilizar– la postura asumida en el caso “Tadic”. En el fallo de “Milutinovic”, por ejemplo, el juez Shahabuddeen en su opinión separada analizó si la afirmación de la SA de “Tadic” acerca de la existencia de la ECC en el derecho consuetudinario era un *obiter dictum* o parte de la *ratio decidendi*; el juez concluyó que la adjudicación internacional otorgada al TPIY le permite *indagar* en el derecho, teniendo una misión jurídica más exploratoria que las cortes domésticas, y que, más allá de si existió o no una concesión sobre la *ratio decidendi*, la decisión a la que arribó el Tribunal se basó en el análisis y descubrimiento realizado por este en el cuerpo del derecho.<sup>49</sup>

En “Brđanin”, la Sala de Apelaciones manifestó que existía jurisprudencia persuasiva frente a la constatación de la ECC regulada por la costumbre internacional,<sup>50</sup> y que lo relevante de la primera categoría de la ECC no es si la persona que llevó a cabo el *actus reus* es miembro de la empresa criminal, sino que el crimen forme parte del propósito común.<sup>51</sup>

Por otro lado, en la sentencia de “Krajisnic”, la SA del TPIY expresó que no había necesidad de apartarse de su propio precedente en donde estableció que el Estatuto incluye, si bien no explícitamente, a la ECC como un modo de responsabilidad criminal.<sup>52</sup> En primer lugar, sostuvo que la interpretación teleológica del Estatuto del TPIY que realizó el Tribunal en el caso “Tadic”<sup>53</sup> –es decir a la luz de su objeto y fin– extendió la jurisdicción *ratione personae* encausada en el verbo “cometer” del Artículo 7(1) de su Estatuto, sobre todos los responsables

---

48 Entre ellos se pueden citar: TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Miroslav Kvočka *et al.*”, sentencia del 28 de febrero de 2005; TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Momcilo Krajisnik”, sentencia del 27 de septiembre de 2006; TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Radoslav Brđanin”, sentencia del 3 de abril de 2007; TPIR, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Rwamakuba”, *Decision on interlocutory appeal*, sentencia del 19 de diciembre de 2003; TPIR, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Simba”, sentencia del 13 de diciembre de 2005.

49 TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević y Sreten Lukić”, sentencia del 21 de mayo de 2003, Opinión separada del juez Shahabuddeen, párr. 18 a 24.

50 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Radoslav Brđanin”, sentencia del 3 de abril de 2007, párr. 405-409. En estos párrafos, la Cámara de Apelaciones analiza los fallos TADIC, KRISTIC Y STAKIC.

51 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Radoslav Brđanin, cit., párr. 410.

52 TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Momcilo Krajisnic”, sentencia del 17 de marzo de 2009, párr. 655.

53 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Tadić”, cit., párr. 189.

por graves violaciones al derecho internacional humanitario, incluyendo aquellos quienes no llevaron a cabo el *actus reus* del crimen.<sup>54</sup> Para ello se sustentó en el informe del Secretario General de Naciones Unidas, en donde –según la SA– llamaba a establecer la responsabilidad penal individual de “todas las personas que ayuden” en la planificación, preparación o ejecución de los crímenes bajo el Estatuto.<sup>55</sup> Además, la SA reafirmó que, debido a que la ECC no va más allá de lo previsto en el Estatuto y forma parte del derecho consuetudinario, no podía decirse que los jueces hubieran “creado” este modo de atribución de responsabilidad.<sup>56</sup>

Por su parte, el TPIR consideró que, como el artículo 6(1) del Estatuto del TPIR que identifica los modos de atribución de responsabilidad es un espejo del artículo 7(1) del Estatuto del TPIY, la jurisprudencia del TPIY debía utilizarse como elemento interpretativo del primero y, por lo tanto, adoptar la ECC. Así, la SA –que además era compartida con la del TPIY– sostuvo en el caso en “Ntakirutimana y Ntakirutimana” que la participación en una ECC es una forma de “comisión” del artículo 6(1).<sup>57</sup> Aun más, la SA en la sentencia de “Rwamakuba” reconoció que la ECC formaba parte del derecho internacional consuetudinario con anterioridad a la constitución del TPIR.<sup>58</sup>

Tal como se desprende de los casos mencionados anteriormente, el TPIY interpretó de manera extensiva el artículo 7 de su Estatuto, dando por sentado que la palabra “cometer”, también incluye a aquellas personas que no llevaron a cabo el *actus reus* del delito.<sup>59</sup>

### 1.3 Críticas preliminares

El procedimiento de la identificación de la ECC como norma consuetudinaria que realizó la SA se caracterizó por, no solo la ausencia de pruebas suficientes que verifiquen los elementos de la costumbre, sino también por la ausencia de razones que expliquen por qué esas pruebas demuestran la existencia de la práctica y *opinio iuris*.<sup>60</sup>

---

54 ICTY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Momcilo Krajisnic”, cit., párr. 655.

55 TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Momcilo Krajisnic”, cit., párr. 655. Ver Informe Presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, 3 de mayo de 1993, Doc S/725704, párr. 54 y ss.

56 TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Momcilo Krajisnic”, cit., párr. 655.

57 TPIR, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Ntakirutimana and Ntakirutimana”, sentencia del 13 de diciembre de 2004, párr. 468.

58 TPIR, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Rwamakuba”, *Decision on interlocutory appeal*, sentencia del 19 de diciembre de 2003, párr. 9-39.

59 TPIR, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Ntakirutimana and Ntakirutimana”, cit., párr. 468.

60 Montiel (2007: 415).

En primer lugar, resulta difícil hablar de una práctica internacional uniforme, constante y extensa o representativa capaz de fundamentar el elemento objetivo.<sup>61</sup> Si bien la SA en la sentencia de “Tadic” argumentó que la legislación de numerosos Estados y ciertas convenciones internacionales respaldaban el carácter consuetudinario de la doctrina, no resulta acertado concluir que la mayoría de los integrantes de la comunidad internacional han adoptado esa práctica.<sup>62</sup> Montiel enumera ciertos Estados tales como Australia, Canadá, Sudáfrica, Inglaterra, Gales, Suiza, Alemania, España, Argentina, Colombia, los cuales siguen criterios materiales objetivos que se acercan más a la teoría del dominio del hecho que a la ECC.<sup>63</sup>

Además, se le objeta que las referencias jurisprudenciales de la variante extensiva de la ECC únicamente justifican la extensión del castigo a casos de *dohus eventualis*, y que tampoco son capaces de sustentar esta modalidad de la ECC de un modo claro y preciso; para Powles, por ejemplo, el único precedente citado por la SA que realmente recepta la ECC III es el caso “D’Ottavio”.<sup>64</sup>

En segundo lugar, la SA no llega a examinar en absoluto la existencia de una *opinio iuris*;<sup>65</sup> sino que únicamente expresa que la adopción del ER por una “abrumadora cantidad de Estados” puede considerarse como “reflejo de la posición legal (*opinio iuris*) de esos Estados”.<sup>66</sup>

Si bien es cierto que tanto la jurisprudencia como la doctrina en el derecho internacional actual, al analizar la costumbre moderna, aceptan que no es necesario que se demuestre práctica y *opinio iuris* de todos los Estados,<sup>67</sup> y han optado por teorías más laxas para demostrar la costumbre,<sup>68</sup> debe tenerse en cuenta que la ECC repercute en la atribución de responsabilidad individual, y que el principio *nullum crimen sine lege* debe ser interpretado de manera estricta. Ello considerando

---

61 Montiel (2007: 421).

62 Montiel (2007: 422).

63 Montiel (2007:424).

64 Powles (2004:616).

65 Bogdan (2006:109-111).

66 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Tadic”, cit., párr. 223.

67 Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” (Costa Rica c. Estados Unidos), sentencia del 27 de junio de 1986, *ICJ Reports 1986*; Ver también Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo a la Controversia Fronteriza” (Burkina Faso c. Mali), sentencia del 22 de diciembre de 1986, *ICJ Reports 1986*, p. 33.

68 Mendelson (1998: 213); Roberts (2001: 758).

que, en el derecho internacional penal, “la gravedad de la sanción exige un nivel de certeza en el hallazgo de la norma lo más elevado posible”.<sup>69</sup>

Por otro lado, desde el caso “Tadic”, la ECC emergió como uno de los modos más utilizados de atribución de responsabilidad penal internacional.<sup>70</sup> Aun frente a la debilidad argumental para respaldar la naturaleza consuetudinaria de esta teoría, el TPIY siguió manteniendo su posición en su jurisprudencia posterior, sin revisar las razones o fundamentos esbozados en la sentencia de “Tadic”.<sup>71</sup> Algunos autores sostienen que existen más instancias de práctica –en tanto elemento objetivo de la norma consuetudinaria– debido a su uso frecuente por los tribunales internacionales, entendiéndose por tanto que la afirmación jurisprudencial constituye una práctica de los Estados;<sup>72</sup> dicha práctica, al ser realizada con consciencia de obligatoriedad, genera la *opinio iuris* como elemento subjetivo de la costumbre.<sup>73</sup>

Sin embargo, cabe hacer una salvedad respecto de esta afirmación, dado que no hay consenso en la doctrina sobre la posibilidad que las decisiones de tribunales internacionales sean consideradas como práctica estatal. Por un lado, la Comisión de Derecho Internacional ha sostenido que las decisiones de los tribunales internacionales son consideradas una fuente de evidencia de la costumbre internacional.<sup>74</sup> En su postura la han seguido, Roberts, quien entiende que “las decisiones judiciales pueden tener un efecto formativo de la costumbre al cristalizar reglas y de esta manera influenciar la conducta estatal;<sup>75</sup> y Werle, quien sostuvo que los estatutos de los tribunales *ad hoc* y sus sentencias constituyen prácticas en el sentido exigido por el derecho internacional.<sup>76</sup> Por otro lado, autores como Mendelson sostienen que es erróneo considerar las decisiones de los tribunales internacionales como instancias de práctica estatal, aun cuando la competencia para actuar deriva de los Estados que la crearon. Ello así, ya que el propósito de los tribunales interna-

---

69 Montiel (2007:408).

70 Lord (2013:34).

71 Montiel (2007:423).

72 Scharf (2014: 320). El profesor Karol Wolfke sostuvo también que “el hecho de que los Estados acepten las sentencias y opiniones de órganos judiciales significa que esas opiniones pueden en sí mismas considerarse como práctica estatal” (*ver* Asociación de Derecho Internacional (ILA), Informe final del Comité para la Formación de Derecho Internacional Consuetudinario (general), “Declaración de Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General”, *Report of the Sixty-Ninth Conference, Londres, 2000*.p. 42.)

73 Lord (2013: 34).

74 Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de 1957*, Vol. 2, 1957, p. 367, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1.

75 Roberts (2001: 775).

76 Werle (2005: 144).

cionales es actuar de manera independiente de aquellos sujetos que los crean; según este autor el significado de las decisiones internacionales recaería más bien en su valor como precedentes.<sup>77</sup> Más allá de que se adopte una u otra postura, lo cierto es que el proceso probatorio de la naturaleza consuetudinaria de la ECC resulta cuestionable, toda vez que no puede sostenerse que esta práctica internacional sea lo suficientemente uniforme y extensa capaz de fundamentar el elemento objetivo.<sup>78</sup> Además, aun inclinándose por la primera aproximación, la adopción de la teoría del dominio del hecho por la CPI contrarrestaría la “práctica constante” de la ECC.<sup>79</sup>

Tal como se vio en este apartado, la jurisprudencia del TPIY jugó un rol fundamental al intentar “cristalizar” una norma de derecho consuetudinario, con la intención de acelerar su formación sin necesidad de fundamentarla con suficiente práctica estatal.<sup>80</sup> Sin embargo, los antecedentes citados en “Tadic” resultan insuficientes para demostrar la existencia de un derecho consuetudinario. Incluso, podría sostenerse que la jurisprudencia fue “moldeada” por el TPIY para adecuarla a una teoría *sui generis* con tres categorías diferenciadas en su elemento subjetivo. Tal como se verá posteriormente, el rol de la creatividad judicial al utilizar la ECC llevó al TPIY a un excesivo activismo judicial en desmedro de las garantías del derecho penal.

## 2. La teoría del dominio del hecho: un nuevo rumbo en la CPI

La teoría del dominio del hecho representa una síntesis de las teorías subjetivas y objetivas.<sup>81</sup> El criterio decisivo para establecer el límite entre un autor principal y accesorio es el control sobre el hecho: el autor domina o controla la comisión del acto, y el accesorio participa en su ocurrencia sin dominarlo.<sup>82</sup>

A diferencia de las teorías subjetivas, la teoría del dominio del hecho reconoce que el autor es el sujeto del delito, y que su convicción se encuentra atada a la ilegalidad de sus elementos, más que al reproche de su actitud interna.<sup>83</sup> Trasciende asimismo las limitaciones de las teorías

---

77 Mendelson (1998:202).

78 Montiel (2007: 421)

79 Montiel (2007: 423).

80 Scharf (2014:306).

81 Werle (2005); Burhardt (2011:191).

82 Jain (2011:5).

83 Jain (2011:5).

objetivas respecto de la necesidad de llevar a cabo personalmente todos los elementos del tipo, reconociendo que estos pueden realizarse con la ayuda de un instrumento humano bajo coacción o en cooperación con otro individuo.<sup>84</sup>

Esta teoría ha sido extraída directamente de los desarrollos doctrinarios de juristas alemanes y resulta más multifacética y persuasiva que las doctrinas objetivas y subjetivas, tanto teórica como pragmáticamente, ya que trae a colación varios modos de conducta (*act-dominant*, *will domination*, y *functional domination*) bajo el único término abarcativo “dominio”, admitiendo un concepto de autoría matizado.<sup>85</sup> Dentro de esta teoría pueden distinguirse claramente las figuras de autor directo, mediato y coautor.

## 2.1. La teoría del dominio del hecho en el caso “Lubanga Dyilo”

En la decisión de confirmación de cargos de “Lubanga Dylo”, la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante, “SCP”) de la CPI, en la Decisión sobre Confirmación de Cargos, estableció que el artículo 25(3) del ER se basa en la teoría del dominio del hecho para hacer la distinción entre autoría y participación, apartándose así de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Citando la teoría elaborada por Roxin,<sup>86</sup> la SCP consideró que es responsable como autor principal, no solo quien lleva a cabo la acción realizando los elementos objetivos del tipo, sino también aquellos que, a pesar de estar lejos de la escena del crimen, controlan su comisión porque deciden cómo y cuándo va a ser cometido el delito. Es autor únicamente aquel que tiene control sobre la comisión del hecho, esto es, quien domina el curso causal, y tiene conocimiento de tener dicho control.<sup>87</sup>

La SCP describe esta teoría sobre la base de dos elementos objetivos:<sup>88</sup> la existencia de un plan o acuerdo común, y la contribución esencial del autor.<sup>89</sup> En cuanto al primer elemento, no es necesario probar que el plan esté dirigido específicamente a cometer el delito en cuestión, ni que el plan haya sido intrínsecamente delictivo, sino que, mí-

---

84 Jain (2011:5).

85 Jain (2011:5).

86 Roxin (2011: 193).

87 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Lubanga Dylo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 29 de enero de 2007, párr. 330.

88 Roxin (2011:193)

89 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Lubanga Dylo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 343-348.

nimamente, se debe demostrar que el plan común incluye un elemento crítico delictivo, esto es, que su implementación represente el riesgo suficiente de que se cometerá un delito, según el curso normal de los acontecimientos. No es necesario que el plan sea explícito, sino que basta con que el acuerdo pueda ser válidamente inferido de las pruebas circunstanciales.<sup>90</sup> De esta forma, la CPI sostuvo que Thomas Lubanga Dyilo, como presidente de la Unión de Patriotas Congolese y de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo, tenía junto con los demás co-autores, un plan común que consistía en asegurar el control político y militar sobre Ituri.<sup>91</sup>

En cuanto al elemento subjetivo, la SCP requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: que el autor tenga la intención de cometer los elementos del tipo objetivo o saber que con la implementación del plan común aquello ocurriría en el curso ordinario de eventos, que el autor conozca que su contribución era esencial para la implementación del plan, y que el autor conozca las circunstancias de hecho y la relación entre aquellas circunstancias y su conducta.<sup>92</sup>

Si bien en la sentencia de condena la Sala de Primera Instancia retomó lo dicho por la SCP,<sup>93</sup> debe destacarse que en su voto disidente, tal como se verá en la siguiente sección, el juez Fulford desarrolló diversas críticas a la utilización de la teoría del dominio del hecho.<sup>94</sup>

## 2.2. La teoría del dominio de organización en el caso “Katanga”

Continuando en la dirección de la sentencia de “Lubanga Dyilo”, la CPI da un paso adelante en la Decisión de Confirmación de Cargos de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Allí, la SCP I sostuvo que ninguno de los coautores había realizado directamente los elementos típicos de los delitos imputados, sino que se valieron de los grupos armados organizados que ellos mismos controlaban para llevarlos a cabo.<sup>95</sup> La SCP introdujo el concepto de coautoría mediata como modo de atribución de responsabilidad penal a un principal, creando un “nue-

---

90 *Idem*, párr. 427.

91 *Idem*, párrs. 427 y 485.

92 *Ibidem*.

93 CPI, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, sentencia del 14 de marzo de 2012, párr. 194.

94 CPI, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, cit., Opinión Separada del Juez Adrián Fulford, párrs. 4 y ss.

95 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 17 de septiembre de 2008, párr. 499-510; Gil Gil (2015:14).

vo eje” de responsabilidad diagonal que surge de la combinación de la coautoría (responsabilidad horizontal) con la comisión inmediata (responsabilidad vertical).<sup>96</sup>

Los requisitos necesarios delimitados en la decisión de “Katanga y Ngudjolo Chui” según la SCP para responsabilizar a un individuo como autor mediato sobre el dominio de organización son, en primer lugar, la existencia de un aparato de poder jerárquico y organizado al que pertenezcan tanto los líderes políticos o militares imputados, como los autores directos de los delitos que se imputan;<sup>97</sup> en segundo lugar, los miembros de la organización deben tener un carácter fungible, de manera que si alguno de ellos se niega a cumplir con las órdenes de cometer los delitos, existan otros miembros de la organización que las ejecuten en su lugar;<sup>98</sup> y, finalmente, que el acusado tenga el control *de facto* de la organización, y lo utilice para asegurar la comisión de los delitos.<sup>99</sup> Según la SCP I, el control real se manifiesta en el hecho de que las órdenes que emite son cumplidas habitualmente por sus subordinados.<sup>100</sup>

La contribución de “Katanga y Ngudjolo Chui” en el crimen fue entonces accesoria y autónoma. Según la postura de la SCP, los líderes de la organización pueden ser calificados como autores mediatos si cumplen con los requisitos de atribución de responsabilidad; el único criterio válido para diferenciar autores de cómplices es el carácter autónomo o derivado de la contribución a la realización del tipo. Bajo la figura de coautor, Katanga estuvo siempre involucrado en la ejecución material del tipo.<sup>101</sup>

Más adelante en la sentencia de condena, retomando los lineamientos de la SCP, el voto mayoritario de los jueces de la Sala de Primera Instancia II sostuvo que la responsabilidad de Katanga recaía más apropiadamente en la figura del artículo 25(3)(d), es decir, la “contribución de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. En su juzgamiento final, la Sala condenó a Katanga bajo este artículo por los cargos de asesinato como crimen de lesa humanidad, y por homicidio intencional, ataque intencional contra la población civil, destrucción de propiedad

---

96 Sargent (2016: 39).

97 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 514.

98 *Idem*, párrs. 516-518.

99 *Idem*, párrs. 518 y ss.

100 *Idem*, cit., párr. 512.

101 Gil Gil (2015:14).

y saqueo como crímenes de guerra.<sup>102</sup> Dicho fallo siguió la línea de su antecesor en lo referido a la distinción de las figuras de responsabilidad principal (inciso a) de las accesorias (b y c) del artículo 25, rechazando implícitamente las críticas del juez Fulford en la decisión de “Lubanga Dyilo”.<sup>103</sup>

Como fuera mencionado, tanto en el caso “Lubanga Dyilo” como en el de “Katanga”, la CPI pareciera adoptar una aproximación de derecho continental (desarrollada en Alemania) a los modos de atribución de responsabilidad: la teoría sobre el dominio del hecho y sobre el dominio de organización.<sup>104</sup> La teoría del dominio de organización (*Organisationsherrschaft*) se refiere a la categoría en la cual el autor mediato (*Hinterman*) tiene un aparato de poder organizado a su disposición, a través del cual puede llevar a cabo la conducta criminal buscada, sin tener que dejar su realización al arbitrio del autor inmediato (*Frontman*).<sup>105</sup> En esta forma del dominio del hecho es el elemento de control y no el grado de culpabilidad lo decisivo para delimitar la forma de autoría y participación.

La introducción de la coautoría mediata como una nueva modalidad de autoría y participación por la SCP en la decisión de “Katanga”, si bien controversial, fue sostenida como necesaria por la CPI, dado que a través de una combinación de responsabilidad individual por la comisión de un crimen por conducto de otro, y de responsabilidad conjunta de los coautores en niveles jerárquicos altos, surge una nueva forma de atribución de responsabilidad que permitió a la Corte evaluar *adecuadamente* la culpabilidad de los líderes del grupo.<sup>106</sup>

### 2.3. Críticas preliminares

La autoría directa y la coautoría mediata como modos de atribución de responsabilidad penal individual, si bien aceptados por la mayoría de los jueces de la CPI, fueron objeto de fuertes críticas por parte

---

102 CPI, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Katanga”, sentencia del 27 de mayo de 2014, p. 658

103 Gil Gil (2015:10).

104 Roxin (2011:198). Ver también Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985.

105 Jain (2011:8).

106 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 17 de septiembre de 2008, párr. 501. Traducción propia.

del juez Fulford en el caso “Lubanga Dyilo”, y por parte de la jueza Van den Wyngaert en el caso “Katanga”.

El juez Fulford alegó, en primer lugar, que no es necesario que el requisito de contribución tenga carácter esencial, y que la palabra “cometer” simplemente requiere un nexo operativo entre la contribución del individuo y la comisión del crimen; es decir, que “cometer un crimen...con otro” significa que cualquier contribución al plan común es suficiente para atribuir responsabilidad, siempre que haya un nexo causal entre la contribución del individuo y el crimen.<sup>107</sup> Asimismo, el juez sostuvo que los modos de comisión bajo el artículo 25(3)(a)-(d) del ER no fueron diseñados para excluirse mutuamente; por lo tanto, no encontró razón alguna para distinguir entre responsabilidad principal y accesoria.<sup>108</sup> El juez Fulford sostuvo también que no puede concluirse que el artículo 25(3)(b) que establece responsabilidad por ordenar, solicitar o inducir un crimen tiene menor gravedad que la comisión por conducto de otro del 25(3)(a), ni que tampoco existe una jerarquía de culpabilidad dentro de este artículo.<sup>109</sup>

En cuanto a la teoría del dominio del hecho, calificó su aplicación por la CPI como inapropiada, dado que es una teoría que se extrajo del derecho alemán, en donde la distinción entre principales y accesorios resulta central, mientras que el ER nada dice respecto de esta distinción.<sup>110</sup> El juez Fulford sostuvo que la “importación directa” de una teoría alemana es problemática, dado que la CPI, al tener una misión universal, debería abstenerse de utilizar modelos nacionales especiales, por más sofisticados que sean.<sup>111</sup> Estas últimas críticas también fueron esbozadas por la jueza Van den Wyngaert en su voto disidente en “Katanga”.<sup>112</sup>

Según Van den Wyngaert, la coautoría mediata no tiene lugar en el ER tal como se encuentra redactado, sino que más bien este concepto se basa en una interpretación expansiva del artículo 25(3)(a) que no resulta consistente con el artículo 22(2) del ER.<sup>113</sup> Tampoco resulta

---

107 CPI, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, sentencia del 14 de marzo de 2012, Opinión Separada del Juez Adrián Fulford, párr. 16.

108 *Idem*, párr. 15.

109 *Idem*, párr. 8; ver también CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, cit., Opinión separada de la Jueza Christine Van den Wyngaert, párrs. 6, 26 y 28.

110 CPI, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, cit., Opinión Separada del Juez Adrián Fulford, párr. 10.

111 *Idem*, párr. 10. CPI, “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares I, Opinión separada de la Jueza Christine Van den Wyngaert, párr. 5

112 *Ibidem*.

113 *Idem*, párr. 64.

consistente –sostuvo– la noción de *Organisationsherrschaft* con el ER, ya que el artículo 25(3)(a) únicamente prevé la autoría mediata por conducto de otro, no por medio de una organización.<sup>114</sup> Asimismo, la jueza se opuso al tratamiento del “plan común” como elemento objetivo y no subjetivo, el cual se basa –inadecuadamente– en el vínculo entre el acusado y el plan común en vez de en el vínculo con el crimen.<sup>115</sup> Siguiendo los argumentos del juez Fulford, la jueza Van den Wyngaert coincidió en que no había fundamento legal para requerir una “contribución esencial” al crimen.<sup>116</sup>

Además de los votos disidentes del juez Fulford y de la jueza Van den Wyngaert, la coautoría mediata como una nueva modalidad de autoría y participación introducida por la SCP ha recibido varias críticas por parte de la doctrina.

Osiel, por ejemplo, sostiene que el dominio del hecho por medio de una organización no refleja la realidad de las atrocidades en masa, en donde redes informales de poder resultan una fuerza de destrucción más potente que una organización jerárquica.<sup>117</sup> Arguye que la teoría de Roxín, desarrollada en el contexto de los crímenes cometidos durante el nazismo, encuadraría más en un aparato de organización estructurado y jerárquico, controlado por un superior militar o civil para cometer los crímenes que este último pretende llevar a cabo.<sup>118</sup> Es por ello que este autor afirma que, en este tipo de conflictos, el control sobre la conducta de los otros individuos del grupo y por ende sobre el dominio del hecho no resultaría ser tan evidente.<sup>119</sup> Jain, por su lado, argumenta que, si bien puede considerarse la teoría del dominio de organización como forma independiente de autoría mediata de Roxín como “ideal”, ella no refleja la realidad de la mayoría de las situaciones de los conflictos masivos juzgados por la CPI,<sup>120</sup> sumado también al hecho de que esta teoría tiene sustento únicamente en Alemania y algunos países latinoamericanos.<sup>121</sup> Además, Jain sostiene que el criterio de fungibilidad resulta difícil de alcanzar dentro de la organización, ya que muchas veces los crímenes

---

114 *Idem*, párrs. 52-57.

115 *Idem*, para. 6.

116 *Ibidem*.

117 Osiel (2009:99).

118 Osiel (2009:99).

119 *Ibidem*. En el mismo sentido, ver Meloni (2012:501).

120 Jain (2011:195).

121 *Ibidem*.

se cometen de manera espontánea, oportunista, o como respuesta individual dentro de un clima de permisibilidad.<sup>122</sup>

De todas maneras, Jain entiende que el aparato del cual se valen los autores para perpetrar los crímenes no debe necesariamente estar estructurado de una manera verticalmente rígida, ya que en muchos casos las redes informales de poder con vínculos más lejanos podrían ser más eficientes para llevar a cabo la comisión de crímenes internacionales.<sup>123</sup> El dominio del autor mediato sobre el aparato organizado puede establecerse a través de varios mecanismos, generalmente valiéndose de una posición de autoridad que permita ordenar a los subordinados a cometer los crímenes y proveyéndolos de medios para ello; es decir que el autor puede utilizar su autoridad para crear el plan común, decidir su modo de ejecución, crear un marco para lograr el resultado, y dar órdenes a sus subordinados para llevar a cabo el plan.<sup>124</sup>

### 3. ¿Hasta qué punto puede justificarse la creatividad judicial del TPIY?

Siguiendo la teoría clásica de las fuentes del derecho internacional público, la doctrina y jurisprudencia no son consideradas fuentes formales principales creadoras de derecho, sino que sirven como esclarecedoras para determinar las reglas existentes.<sup>125</sup> Del principio de interdicción de arbitrariedad<sup>126</sup> se deriva que los tribunales no crean derecho, sino que asisten en identificar aquellas reglas de derecho internacional existentes.<sup>127</sup> En otras palabras, la actividad judicial consiste esencialmente en aplicar al caso concreto un precepto jurídico previamente dado, “y no en la creación de una norma jurídica genérica *ad hoc*”.<sup>128</sup>

Sin embargo, la cuestión resulta aún más compleja al preguntarnos si las jurisdicciones internacionales están habilitadas para crear derecho, y con qué alcance, especialmente teniendo en cuenta que en el derecho internacional el consentimiento de los Estados continúa siendo el elemento primordial para la creación de normas internacionales.<sup>129</sup>

---

122 *Ibidem*. En el mismo sentido, ver Osiel (2009:99).

123 Jain (2011:195).

124 *Ibidem*.

125 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo cit., 38(1)(d); Corte Permanente de Justicia Internacional, Comité Asesor de Juristas, *Procès-Verbaux de los Procedimientos del Comité*, 16 de junio-24 de julio, La Haya, 1920), p. 336; MENDELSON (1998: 202).

126 Montiel (2007:414).

127 Raimondo (2007:46).

128 Montiel (2007:414).

129 Boyle y Chinkin (2009:266).

Los tribunales internacionales hacen más que aplicar el derecho, ya que también forman parte del proceso de creación de sus normas.<sup>130</sup> Extendiendo el alcance del derecho aplicable, los jueces internacionales muchas veces incorporan preceptos legales por fuera de aquellos específicamente aceptados por las partes en disputa, y así desarrollan el derecho más allá del tratado constitutivo en el cual se funda su jurisdicción.<sup>131</sup> Por lo tanto, y a la luz de las sentencias mencionadas, ¿resultaría ficticia la afirmación de que los jueces únicamente identifican y aplican el derecho?<sup>132</sup>

En primer lugar debe distinguirse, por un lado, la identificación o el reconocimiento judicial de una fuente jurídica –según Montiel, “actividad judicial ineludible”– y la creación judicial de una fuente jurídica, actividad que se encuentra vedada en el derecho penal.<sup>133</sup> En este caso, al ser la costumbre una norma no escrita, la identificación no puede realizarse con una simple remisión al cuerpo legal correspondiente, sino que el juez debe llevar a cabo una tarea mucho más compleja, en la cual debe “emprender un proceso de verificación o reconocimiento de la práctica internacional y de la *opinio iuris*”.<sup>134</sup> Para ello, el tribunal internacional debe ofrecer pruebas sobre los elementos de la norma consuetudinaria, valorarlas y ofrecer razones por las que considera verificados tales elementos.<sup>135</sup> Montiel advierte que, si bien reconocer una costumbre internacional involucra al juez en un rol más activo que al interpretar una norma convencional, la tarea del juez no implica crear una norma jurídica, sino más bien identificarla y probar su existencia.<sup>136</sup> En este orden de ideas, el autor expresa:

“El TPIY ha interpretado erróneamente el proceso de identificación de la norma penal consuetudinaria. Muchas veces la comprensión de la costumbre como un producto del juez acaba siendo el truco empleado para evitar posibles críticas ante interpretaciones extensivas o para hacer pasar una decisión basada en el subjetivismo del juez por inferencias lógicas a partir de las fuentes jurídicas preestablecidas”.<sup>137</sup>

En este caso, el TPIY extendió la base legal de su Estatuto para justificar su decisión, articulando reglas y principios de derecho no ne-

---

130 Boyle y Chinkin (2009: 310).

131 Boyle y Chinkin (2009: 275).

132 Boyle y Chinkin (2009: 268).

133 Montiel (2007: 414).

134 Montiel (2007: 414).

135 *Ibidem*.

136 *Ibidem*.

137 Montiel (2007: 415).

cesariamente sustentadas en evidencia suficiente de practica general de los Estados y de *opinio iuris*.<sup>138</sup>

Podría decirse entonces que, utilizando la creatividad judicial – cuya facultad es inherente a la actividad misma del tribunal–,<sup>139</sup> tanto los tribunales *ad hoc* como la CPI optaron por teorías distintas para atribuir responsabilidad individual, justificando su validez en distintas fuentes del derecho internacional: la ECC como norma consuetudinaria, y la teoría del dominio del hecho como principio de derecho penal derivado de los “sistemas jurídicos del mundo” para interpretar la norma convencional del Artículo 25 del ER –aunque ninguna de ellas pudo ser considerada de forma definitiva como una norma consuetudinaria ni como un principio general de derecho.<sup>140</sup> Empero, y tal como afirman Darcy y Powderly, existe una diferencia –aunque sin una línea divisoria clara– entre creatividad judicial y activismo judicial.<sup>141</sup> Esta diferencia radica en que la creatividad judicial modela (*fashions*) las normas sobre la base de políticas extraídas de una norma preexistente, mientras que el activismo judicial modela nuevas leyes sobre la base de predilecciones personales de los jueces.<sup>142</sup> La creatividad judicial es necesaria ya que, si esta no se aplicara, habría un vacío intolerable en el derecho y en la capacidad del tribunal de cumplir la función que se le ha atribuido: ejercer justicia.<sup>143</sup> Sin embargo, la creatividad judicial del TPIY se tornó en activismo judicial al no demostrar fundadamente el carácter consuetudinario de la ECC, convirtiendo la opinión de un juez en fuerza de ley mediante *ipse dixit*<sup>144</sup> que, según Sahabuddeen, es donde la capacidad creadora de estos tribunales penales internacionales encuentra su límite.<sup>145</sup>

Posteriormente, el TPIY y el TPIR no solo han utilizado sus propias decisiones como medio auxiliar de interpretación de las fuentes principales del derecho internacional –es decir para interpretar tratados o para determinar la existencia de una norma consuetudinaria–, sino que también se han referido a su propia práctica anterior como fuente de derecho aplicable, estableciendo en su práctica el principio de precedente

---

138 Boyle y Chinkin (2009: 311).

139 Sahabuddeen (2010: 186).

140 Sahabuddeen (2010: 188).

141 Sahabuddeen (2010: 185).

142 *Ibidem*.

143 Sahabuddeen (2010: 186).

144 Sahabuddeen (2010: 203).

145 *Ibidem*.

obligatorio o *stare decisis*,<sup>146</sup> aun cuando sus Estatutos guardan silencio en relación con este principio. En este sentido, la SA en la sentencia de “Aleksovski” declaró que debía seguir sus decisiones anteriores, pero teniendo libertad para apartarse de ellas, por razones fundadas en el interés de la justicia.<sup>147</sup> Las SA del TPIY y el TPIR siguieron adoptando la misma posición,<sup>148</sup> estimulando la tendencia de estos tribunales a confiar en su propia jurisprudencia por adoptar determinados principios y fomentar la uniformidad y previsibilidad.<sup>149</sup>

Podría igualmente sostenerse que el TPIY y el TPIR contribuyeron al *corpus* del derecho internacional penal creando una práctica sostenida a través de sus sentencias, entendida esta como el fortalecimiento de un *stare decisis* más que como práctica estatal.<sup>150</sup>

## 5. ¿Un derecho internacional penal fragmentado?

De lo expuesto anteriormente surge que la creatividad judicial instaló en el derecho internacional dos teorías contrapuestas para atribuir responsabilidad penal individual. La crisis que evidencia esta divergencia entre las dos concepciones sobre la responsabilidad penal individual tomadas de sistemas jurídicos nacionales pudo haberse originado tanto por una inadecuada aproximación y comparación de principios de derecho local,<sup>151</sup> como también por las diferencias que caracterizan a ambas jurisdicciones internacionales: el modo de creación del tribunal (uno a través del Consejo de Seguridad y otro mediante un tratado), la función que tuvieron los tribunales *ad hoc* en un momento histórico en donde el derecho internacional penal se encontraba menos desarrollado que tras la creación de la CPI,<sup>152</sup> y el rol que se le atribuyó a los jueces en cada caso en pos de condenar a los mayores perpetradores de los crímenes internacionales.

En cuanto a los instrumentos que los crearon, podría decirse que, por un lado, el papel que jugaron los Estatutos de los Tribunales *ad*

---

146 Pocar (2009: 218).

147 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Zlatko Aleksovski”, sentencia del 24 de marzo de 2000, párrs. 107 y 109. La SA sostuvo también que “una construcción adecuada de los Estatutos establece que la *ratio decidendi* de sus decisiones es vinculante para las Salas de Primera Instancia” (párr. 113).

148 TPIR, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Semanza”, sentencia del 31 de mayo del 2000, párr. 92.

149 Pocar (2009: 219).

150 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Comité Asesor de Juristas, *Procès-Verbaux de los Procedimientos del Comité*, 16 de junio-24 de julio, La Haya, 1920), p. 336.

151 Jain (2011: 198).

152 Raimondo (2007: 59).

*hoc* –teniendo en cuenta que fueron tribunales *ex post facto* abocados a juzgar crímenes cometidos antes de su establecimiento– fue el de determinar una base para la adjudicación de competencia jurisdiccional internacional, en vez de ser fuentes primarias del derecho aplicable.<sup>153</sup> A diferencia de estos estatutos, el ER es un tratado cuyas disposiciones fueron negociadas por los Estados. Es por ello que, tal como lo establece su artículo 21, el ER es la fuente principal de la CPI.<sup>154</sup> Ya en las negociaciones, los Estados intentaron minimizar la capacidad creadora de los jueces de CPI al establecer que una Comisión Preparatoria de la Asamblea de los Estados Parte elaboraría los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba,<sup>155</sup> lo que no sucedió con los Estatutos del TPIY y TPIR. En efecto, fueron los jueces de los tribunales *ad hoc* quienes tuvieron la tarea de crear sus Reglas de Procedimiento y Prueba.<sup>156</sup> Además, cabe recordar que en la época en la que los tribunales *ad hoc* fueron creados, el derecho internacional penal no estaba desarrollado, lo cual estimuló la creatividad de estos tribunales y los llevó a a “completar el libro del derecho internacional penal” con nuevas reglas.<sup>157</sup> La CPI, en contraste, fue una institución fundada bajo un tratado que, con un Estatuto más elaborado, comenzó a operar en un “nuevo milenio”.<sup>158</sup>

Resulta interesante remarcar, por otro lado, cómo los jueces de uno y otro tribunal llegaron a conclusiones totalmente opuestas en relación con la teoría del dominio del hecho y a la ECC.<sup>159</sup> Por un lado, el TPIY, en un primer momento, rechazó expresamente la coautoría por conducto de otro, sosteniendo que este modo de responsabilidad criminal no tenía base en el derecho internacional ni formaba parte del derecho consuetudinario.<sup>160</sup> Por otra parte, en el caso “Lubanga Dyilo”, el voto mayoritario de los jueces de la SCP sostuvo que la definición consuetudinaria de la ECC utilizada por el TPIY era inaplicable en el régimen estatutario de la CPI,<sup>161</sup> reflejando el rol del ER como la fuente más

---

153 Pocar (2009: 193).

154 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit., artículo 21.

155 Boyle y Chinkin (2007: 276).

156 Boyle y Chinkin (2007: 275).

157 Raimondo (2007: 59).

158 *Ibidem*.

159 Meloni (2012: 498).

160 Meloni (2012: 499).

161 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Lubanga Dylo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, sentencia del 29 de enero de 2007, párrs. 322-367.

jerárquica de derecho aplicable, y dejando al derecho consuetudinario en un tercer lugar.<sup>162</sup>

La CPI en el caso “Lubanga Dyilo” encontró que el artículo 25(3) (a) abarcaba el concepto de coautoría basada en la teoría del dominio del hecho y que rechazaba la aproximación subjetiva de la ECC.<sup>163</sup> Para llegar a ese razonamiento, la Corte utilizó su propio estatuto como derecho aplicable, interpretando el artículo 25(3)(a) conforme los principios de derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo,<sup>164</sup> entendiendo que la teoría del dominio del hecho es aplicada en numerosos *sistemas legales* y es ampliamente reconocida en la doctrina;<sup>165</sup> en otras palabras, los jueces consideraron que la teoría del dominio del hecho se encontraba reconocida directamente en el artículo 25(3)(a) del ER, y la referencia a los “sistemas jurídicos del mundo” únicamente reforzaba la validez del concepto.<sup>166</sup>

Es así que estaríamos en presencia de dos teorías rivales, que tienen sustento en grandes partes del mundo, pero no de una manera suficientemente generalizada para que puedan ser consideradas como normas consuetudinarias de carácter general.<sup>167</sup> Dado que cada sistema legal desarrolló sus propios principios y teorías para atribuir responsabilidad penal individual, parecería ser que la fragmentación del derecho aplicable respecto de la atribución de responsabilidad individual en el derecho internacional penal era el resultado esperable de estas diferencias.<sup>168</sup>

Ante esta fragmentación, podríamos detenernos a examinar si existe un método más adecuado que otro para atribuir responsabilidad penal

---

162 Pocar (2009:219); Meloni (2010: 498).

163 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párrs. 338-41. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 17 de septiembre de 2008, párr. 501.

164 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit., artículo 21(1)(c).

165 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 17 de septiembre de 2008, párr. 485.

166 Meloni (2012: 500).

167 Boyle y Chinkin (2009: 279).

168 Meloni (2010: 484). Para mayor entendimiento, por “fragmentación” se entiende al fenómeno característico del derecho internacional mediante el cual existe un crecimiento dinámico y especializado de nuevas ramas de derecho internacional, generando un estado fragmentado del derecho. El término fragmentación denota tanto un proceso como su resultado. Cf. Peters (2017: 671-672). Ver también Comisión de Derecho Internacional (CDI), Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, Vol II, Segunda Parte, A/CN.4/L.682. El informe de la CDI explica varias de las críticas que se le han hecho al fenómeno de la fragmentación, entre otras: el conflicto entre las reglas o sistemas de reglas, el surgimiento de jurisprudencia contradictoria, el *forum shopping* y la pérdida de seguridad jurídica.

individual y, en caso afirmativo, si debe optarse por aquel. Para abordar tal evaluación, Lord identifica dos puntos relevantes: (i) si existe una teoría que se compatibilice mejor con el principio de *nulla poena sine culpa*, y (ii) si alguna de las dos teorías es más adecuada para responsabilizar a los máximos perpetradores de crímenes internacionales.<sup>169</sup>

En cuanto al primer punto, resulta evidente que la teoría del dominio del hecho receptada en el ER resulta más acorde al principio de culpabilidad. En relación con el *actus reus* del crimen, si bien en ambas teorías no se requiere que el plan sea explícito sino que puede ser inferido a partir de las acciones subsecuentes de los coautores, en la teoría del dominio del hecho se exige una contribución esencial – aquella sin la cual no se podría haber llevado a cabo la comisión del crimen– del individuo en la comisión del hecho para que sea calificado como coautor. Por su parte, para la ECC, tal como fue esbozada en la reciente jurisprudencia, basta con una contribución significativa, es decir con aquellos aportes que pueden ser calificados como relevantes en cuanto que, de alguna manera, hacen más eficaz o eficiente la ejecución del plan común;<sup>170</sup> además, el TPIY no consideró necesario que la contribución constituya una *conditio sine qua non* para la comisión del delito.<sup>171</sup> En cuanto al elemento subjetivo, el artículo 30 del ER requiere “conocimiento y voluntad” para realizar los elementos de los crímenes,<sup>172</sup> mientras que la variante extendida de la ECC deja de lado el elemento volitivo del dolo,<sup>173</sup> afectando así el principio de *nulla poena sine culpa*.<sup>174</sup>

---

169 Lord (2013:58).

170 Olásolo (2013: 321-322). Ver TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Krajisnik”, sentencia de la del 17 de marzo de 2009, párr. 215; TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Djordjevic”, sentencia del 23 de febrero de 2011, párr. 1863; TPIY, Sala de Primera Instancia, “Fiscal c. Gotovina *et al.*”, sentencia del 15 de abril de 2011, párr. 1953.

171 TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Kvočka”, sentencia del 28 de febrero de 2005, párr. 98.

172 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit., artículo 30.

173 Cabe destacar no obstante que, tal como mencionado en el punto 1 del presente artículo, la variante extensiva de la ECC ha receptado el dolo eventual: es decir que, para probar el elemento subjetivo, es suficiente que el individuo perteneciente a la ECC sea consciente de que el crimen cometido pueda ser una consecuencia posible de la implementación del plan común, y que deliberadamente tome el riesgo de participar de la empresa criminal (ver, entre otros, TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal v. Milomir Stakić”, cit., párr. 65). Por su parte, la reciente interpretación de la CPI en la sentencia de la Sala de Apelaciones de “Lubanga Dylo” descartó toda posibilidad de que el Estatuto de Roma recepte el dolo eventual en su Artículo 30 (ver CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Lubanga”, sentencia del 1 de diciembre de 2014, párrs. 441-451), si bien sentencias anteriores habían reflejado una disparidad de criterios frente a esta posibilidad (ver CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Lubanga”, *Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 352; CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c Katanga y Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 530. entre otros).

174 Lord (2013: 59).

Asimismo, la teoría del dominio del hecho receptada por la CPI representa un gran avance respecto de la garantía del principio de culpabilidad frente a la ECC<sup>175</sup> pues interpreta que el artículo 25(3) establece un modelo diferenciado de participación criminal, que identifica la contribución individual al crimen y, particularmente, que distingue entre quiénes tienen calidad de autor, para luego valorar la responsabilidad de cada partícipe en el hecho criminal.<sup>176</sup> Diferenciar entre principal y accesorio resultaría más adecuado que adjudicar responsabilidad individual como autor por el mero hecho de pertenecer a una organización que posee un propósito común, más aún en los casos en que la contribución en la comisión del hecho delictivo fuera secundaria.<sup>177</sup>

En lo relativo al segundo punto, tal como se ha dicho anteriormente, los crímenes que la CPI intenta juzgar se producen en escenarios caóticos, en donde varias milicias y grupos armados surgen ante una ruptura del poder estatal.<sup>178</sup> Parecería ser que la ECC posee un carácter más flexible, ya que al no requerir que la empresa criminal sea organizada ni jerárquica, permite que muchos perpetradores de crímenes internacionales puedan ser juzgados y condenados; además, facilita la labor del fiscal al momento de probar la responsabilidad individual de los acusados.<sup>179</sup> Esto es un claro reflejo de la tensión latente entre la búsqueda de la no impunidad, característica del derecho internacional penal, y las garantías penales del imputado.<sup>180</sup>

No obstante lo antedicho, la teoría del dominio del hecho al enfatizar el concepto de “control” y en el autor como figura central en el curso causal de los hechos, tanto cometiendo el acto como ejerciendo control funcional sobre este, abre la posibilidad de atribuir a varias personas en simultáneo responsabilidad como autores principales.<sup>181</sup> Es cierto también que si la CPI no hubiera diferenciado la responsabilidad principal del artículo 25(3)(a) de la responsabilidad accesoria del artículo 25(3)(d), tal como sugieren los jueces Fulford y Van den Wyngaert en sus votos disidentes, este último artículo podría haberse utilizado para atribuir

---

175 Meloni (2012: 501); Ohlin (2011: 748).

176 Sargent (2016: 59).

177 Jain (2011: 21).

178 Meloni (2012: 501).

179 Lord (2013: 60).

180 Ohlin (2008: 740).

181 Jain (2011: 21).

responsabilidad individual como autor, y así asemejarlo a la variante básica de la ECC.<sup>182</sup>

Asumiendo que la CPI desarrollará en los próximos años una cantidad de casos significativa, deberá eventualmente decidir si seguir una jurisprudencia acorde con el criterio de los tribunales *ad hoc*, o apartarse de esta aplicando una interpretación de su Estatuto basada en una teoría extraída del derecho continental.<sup>183</sup> Si elige el primer camino, ayudaría a generar una evolución coherente del derecho internacional penal emanado de las distintas jurisdicciones internacionales, aunque con un modo de atribución de responsabilidad menos convincente. De elegir el segundo camino, si bien podría marginalizar la labor de los tribunales *ad hoc* y retrospectivamente “desautorizarlos”,<sup>184</sup> no resulta menor tener en cuenta que uno de los grandes propósitos del derecho internacional penal es esclarecer y definir con mayor precisión los roles que juega cada partícipe en la comisión del crimen;<sup>185</sup> así, la teoría del dominio del hecho permitiría subsanar muchas de las críticas que se le han hecho a la ECC en este aspecto.

## 6. Conclusiones

Tal como se ha esbozado en el presente artículo, la ECC no tenía un carácter consuetudinario al momento de su utilización en el caso “Tadic”; tampoco podría sostenerse que la costumbre fue cristalizada de manera posterior debido a su constante reproducción por el TPIY y el TPIR dado que, aun si se aceptara que su jurisprudencia constituye “práctica” que forma el elemento objetivo de la costumbre, esta práctica no ha sido lo suficientemente generalizada como para haber consolidado el elemento objetivo de la costumbre. Por el contrario, los tribunales *ad hoc* han construido una doctrina de *stare decisis* y de esta manera afianzaron el valor de sus precedentes en el *corpus* del derecho internacional.

La adopción de la ECC como modo de atribución de responsabilidad penal individual por parte del TPIY no se basó exclusivamente en el poder de creatividad judicial inherente a los tribunales internacionales, sino que fue el resultado de un activismo judicial sobre la base del

---

182 Lord (2013: 28). Podría suceder también que, debido a que la CPI no está obligada a seguir su propia jurisprudencia, esta disidencia de opiniones entre los jueces conlleve a que la Corte realice una interpretación distinta en el futuro.

183 Es importante mencionar que la teoría del dominio del hecho fue receptada por las salas de cuestiones preliminares y de primera instancia de la CPI; la Sala de Apelaciones aun no se ha pronunciado sobre esta doctrina.

184 Boyle y Chinkin (2009: 276).

185 Meloni (2012: 501).

cual el TPIY –y posteriormente el TPIR– se atribuyeron facultades que, más bien, podrían considerarse contrarias a los principios de culpabilidad y legalidad. Si bien el poder de creatividad de los jueces es muchas veces esencial en el proceso de elaboración de sentencias, la creatividad judicial no debiera ser una licencia para actuar fuera de lo estipulado en la norma legal.<sup>186</sup> Tampoco puede justificarse este activismo judicial en la gravedad de los crímenes internacionales y en la necesidad de que no queden impunes, erradicando automáticamente las diferencias entre las teorías del derecho penal de los distintos países del mundo<sup>187</sup> en desmedro del principio de culpabilidad. Es así como la práctica de los tribunales *ad hoc* refleja claramente la constante tensión entre el derecho penal y el derecho internacional. Por un lado, el primero rechaza cualquier menoscabo a las garantías del imputado, mientras que el segundo muchas veces avanza en desmedro de ellas en pos de una justicia universal.<sup>188</sup>

Por otro lado, la alternativa propuesta por la CPI, si bien traída por medio de la creatividad judicial, respeta en mayor medida los principios de derecho penal, tanto al haber estado habilitada por su propio estatuto a utilizar principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos del mundo, como también al proponer un modelo diferenciado de autor. La coautoría mediata utilizada en el caso “Katanga” pareciera ser una variante sólida de la teoría del dominio del hecho capaz de hacer frente a los escenarios complejos en los cuales se perpetraron los crímenes internacionales.<sup>189</sup>

La práctica desuniformada de los tribunales penales internacionales y el legado que han aportado los tribunales *ad hoc* demuestra que, mientras que los sistemas nacionales recepten diferentes puntos de vista en cuanto a las consecuencias de las conductas criminales, el derecho internacional penal continuará aplicándose de manera fragmentada, promoviendo el tratamiento desigual de una forma u otra de atribución de responsabilidad.<sup>190</sup> En el caso en que se elija un derecho aplicable dotado de cierta legitimidad para la atribución de responsabilidad individual, existiendo suficiente consenso por parte de los Estados, podría darse la existencia de una única posición sin generar excesivos desencuentros.<sup>191</sup> Dado que muchos procesamientos recientes de la SCP de

---

186 Sahabuddeen (2010: 3).

187 Greenwalt (2011: 13).

188 Montiel, (2007: 428).

189 Sargent (2016: 59).

190 Greenwalt (2011: 17).

191 *Ibidem*.

la CPI se basaron en la coautoría mediata para atribuir responsabilidad penal individual, podría suceder entonces que la coautoría mediata represente el futuro del derecho internacional penal, más aun teniendo en cuenta que la teoría del dominio del hecho otorga la posibilidad de condenar a individuos por la comisión de atrocidades masivas, y al mismo tiempo limitar la responsabilidad penal a aquellos que contribuyeron de manera esencial al crimen.<sup>192</sup> En cualquier caso, la evolución que se haga en los modos de atribución de responsabilidad no debe perder de vista, en la búsqueda de la no impunidad, la mayor protección de las garantías del acusado y el respeto de los principios del derecho penal.

## Bibliografía

### Instrumentos Internacionales

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena (Austria), 23-05-1969 (e.v. 27/01/1980), UNTS 1115:331.
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, Nueva York (Estados Unidos), 15/12/1997, (e.v. 23/05/2001), UNTS 2149:256.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco (Estados Unidos), 26/06/1945 (e.v. 24/10/1945), 33 UNTS 993.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17-07-1998 (e.v. 01-07-2002) UNTS 2187:3.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993), 25-05-1993.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Resolución del Consejo de Seguridad 955(1994), 08-11-1994.

### Jurisprudencia

#### *Corte Internacional de Justicia*

- “Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte” (Alemania c. Dinamarca), sentencia del 20 de febrero de 1969, *ICJ Reports 1969*.
- “Caso relativo a la Plataforma Continental” (Libia c. Malta), sentencia del 21 de marzo de 1984, *I.C.J Reports 1984*.
- “Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua” (Costa Rica c. Estados Unidos), sentencia del 27 de junio de 1986, *ICJ Reports 1986*.

---

192 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, decisión del 4 de marzo de 2009, párr. 8. Ver también CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura y Uhuru Muigai Kenyatta”, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, decisión del 23 de enero de 2011, párr. 287; CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 23 de enero de 2012, párrs. 286, 299 y 332.

### *Corte Penal Internacional*

- “Fiscal c. Lubanga Dylo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 29 de enero de 2007.
- “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, Sentencia del 14 de marzo de 2012.
- “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, Sentencia del 1 de diciembre de 2014.
- “Fiscal c Katanga y Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 17 de septiembre de 2008.
- “Fiscal c. Katanga”, Sala de Primera Instancia II, sentencia del 27 de mayo de 2014.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, decisión del 4 de marzo de 2009.
- “Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura y Uhuru Muigai Kenyatta”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, decisión del 23 de enero de 2011.
- “Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Confirmation of Charges*, decisión del 23 de enero de 2012.

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

- “Fiscal c. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, sentencia del 15 de julio de 1999.
- “Fiscal c. Zlatko Aleksovski”, Sala de Apelaciones, sentencia del 24 de marzo de 2000.
- “Fiscal c. Miroslav Kvočka *et al.*”, Sala de Apelaciones, sentencia del 28 de febrero de 2005.
- “Fiscal v. Milomir Stakić”, Sala de Apelaciones, sentencia del 22 de marzo de 2006.
- “Fiscal c. Moncilo Krajisnik”, Sala de Primera Instancia, sentencia del 27 de septiembre de 2006.
- “Fiscal c. Radoslav Brđanin,” Sala de Apelaciones, sentencia del 3 de abril de 2007.
- “Fiscal c. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević y Sreten Lukić”, Sala de Primera Instancia, sentencia del 26 de febrero de 2009.
- “Fiscal c. Krajisnik”, Sala de Apelaciones, sentencia del 17 de marzo de 2009.
- “Fiscal c. Djordevic”, Sala de Primera Instancia, sentencia del 23 de febrero de 2011.
- “Fiscal c. Gotovina *et al.*”, Sala de Primera Instancia, sentencia del 15 de abril de 2011.

### *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*

- “Fiscal c. Rwamakuba”, Sala de Apelaciones, *Decision on interlocutory appeal*, 19 de diciembre de 2003.
- “Fiscal c. Ntakirutimana and Ntakirutimana”, Sala de Apelaciones, sentencia del 13 de diciembre de 2004.

“Fiscal c. Simba”, Sala de Primera Instancia, sentencia del 13 de diciembre de 2005.

*Tribunal Militar Británico para el Procesamiento de Criminales de Guerra*

“Juicio de Josef Kramer y 44 otros”, 17 de septiembre al 17 de noviembre de 1945, Luneberg, Alemania UNWCC, vol. II, p. 1.

“Juicio de Erich Heyer y seis otros”, 18, 19 y 21 de diciembre de 1945, Essen, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91.

“Juicio de Gustav Alfred Jepsen y otros”, Procedimientos del juicio para crímenes de guerra en Luneberg, Alemania, sentencia del 24 de agosto de 1946.

“Feurstein y otros”, Procedimientos del juicio para crímenes de guerra en Hamburgo, Alemania, sentencia del 24 de agosto de 1948.

*Tribunal Militar General del Gobierno de Estados Unidos*

“Estados Unidos c. Otto Ohlenforf *et al.*”, en el juicio de los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional bajo la Ley del Consejo de Control Aliado, *U.S. Government Printing Office*, 1951, vol. IV, p. 3.

“Estados Unidos c. Kurt Goebell *et al.*”, en el juicio de los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional bajo la Ley del Consejo de Control Aliado, 1946, *US Government Printing Office*, 1951.

“Juicio de Martin Gottfried Weiss y 39 otros”, 15 de noviembre al 13 de diciembre de 1945, Dachau, Alemania, UNWCC, vol. XI, p. 5.

**Doctrina**

Bogdan, Atilla, “Individual Criminal Responsibility in the Execution of a ‘Joint Criminal Enterprise’ in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the former Yugoslavia”, en *International Criminal Law Review*, Vol. 3, núm.1, 2006, pp. 63-120.

Fletcher, George y Ohlin, Jeans David, “Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 539-561.

Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena, “Current trends in the definition of ‘perpetrator’ by the International Criminal Court: from the decision on the confirmation of charges in the Lubanga case to the Katanga judgment”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, 2015, pp. 348-371.

Greenwalt, Alexander, “The Pluralism of International Criminal Law”, en *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2011, pp. 1-66.

Jain, Neha, “The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law”, en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, 2011, pp. 160-198.

Lord, Sophia, “Joint Criminal Enterprise and the International Criminal Court: a Comparison between Joint Criminal Enterprise and the Modes of Liability in Joint Commission in Crime under the Rome Statute”, en *Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo*, 2012, disponible en <http://www.diva-portal.se/smash/get/diva2:661882/FULLTEXT01.pdf> (último acceso: 08/04/2016).

- Meloni, Chantal, “Fragmentation of the Notion of Co-Perpetration in International Criminal Law”, en Van den Herik, Larissa y Stahn, Carsten (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden, Brill Brill/Martinus Nijhoff, 2012, pp. 483-504.
- Mendelson, Maurice, *The Formation of Customary International Law*, Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de La Haye, Volumen 159, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1998, pp. 165-293.
- Montiel, Juan Pablo, “La mala costumbre de vulnerar Derechos Humanos: Análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional”, en Montiel, Juan Pablo (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o Evolución?*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 399-434.
- Odrozola-Gurrutxaga, Miren, “La doctrina de la empresa criminal común en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma”, en *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 1, 2013, pp. 86-104.
- Olásolo, Héctor, *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- Osiel, Mark, *Making Sense of Mass Atrocity*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Peters, Anne, “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, 2017, pp. 671–704.
- Pocar, Fausto, “Interacción de las Fuentes del Derecho Penal Internacional : de la Teoría a la Práctica”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 185-223. disponible en [http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009\\_4.pdf](http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf) (último acceso: 08/04/2016).
- Powles, Steven, “Joint Criminal Enterprise, Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, pp. 606-619.
- Raimondo, Fabian, “General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals”, en Raimondo, Fabián (ed.), *The Law and Practice of International Courts and Tribunal*, La Haya/Boston/Londres, Martinus/Nijhoff Publishers, 2007, pp. 393-406.
- Roxin, Claus, “Crimes as Part of Organized Power Structures”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 191-205.
- Sahabuddeen, Mohamed, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, en Darcy, Shane y Powderly, Joseph (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 185-203.
- Sargent, Angela, “Joint Criminal Enterprise and the control theory: high level leaders as the principals of crime”, en *Faculty of Law Victoria University of Wellington*, 2016, disponible en <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/handle/10063/5083> (último acceso: 31/10/2018).
- Scharf, Michael, “Accelerated formation of Customary International Law”, en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, 2014, pp. 305-341.

Stephens, Pamela, “Collective Criminality and Individual Responsibility: The Constraints of Interpretation”, en *Fordham International Law Journal*, Vol. 37, 2014, pp. 501-547.

### Otros documentos

Asociación de Derecho Internacional (ILA), Informe final del Comité para la Formación de Derecho Internacional Consuetudinario (general), “Declaración de Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General”, *Report of the Sixty-Ninth Conference, Londres, 2000*.

Comisión de Derecho Internacional (CDI), *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, vol. II, Segunda Parte, A/CN.4/L.682.

Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de 1957*, vol. II, 1957, p. 367, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1.

Corte Permanente de Justicia Internacional, Comité Asesor de Juristas, *Procés-Verbaux* de los Procedimientos del Comité, reuniones del 16 de junio al 24 de julio, La Haya, 1920.

# La Corte Penal Internacional y los “Derechos Humanos internacionalmente reconocidos”

*Martina Olivera*

El artículo 21 del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”) establece, de manera innovadora respecto del resto de los tribunales penales internacionales, el derecho aplicable por la Corte Penal Internacional (en adelante, la “Corte” o “CPI”). Un aspecto relevante a resaltar es el papel que cumple el inciso tercero de este artículo, que hace referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El objeto de este trabajo es analizar la aplicación e interpretación de esta disposición por parte de las distintas Salas de la CPI. A su vez, se intentará dilucidar qué papel ocupa dentro del artículo 21: si se trata de una simple pauta rectora o interpretativa o, por el contrario, si estamos en presencia de una disposición que tiende a ampliar o a contraer el ER hasta suspender temporalmente la aplicación de alguna disposición. Por último, se propondrán algunas maneras nuevas de utilizar el artículo 21(3) del ER.

## 1. El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma establece, a diferencia de otros instrumentos de tribunales internacionales, las fuentes que debe utilizar la Corte Penal Internacional para fallar en sus decisiones.

De una primera lectura del artículo 21 puede evidenciarse que, a diferencia de lo que estipula el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el ER establece una jerarquía entre las fuentes enumeradas.<sup>1</sup>

Los tres primeros instrumentos que deberán ser aplicados por la CPI son el ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, entre los que no parecería existir un orden de prelación. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el ER fija una serie de

---

<sup>1</sup> Bitti (2009:287); Fedorova y Sluiter (2009:23); Cryer (2009:393); Goossens (2010), disponible en: <https://www.lasil.org/single-post/2010/02/01/Perspectivas--27-0210> (último acceso: 20/09/15).

pautas para poder conjugarlos de manera armónica. En primer lugar, se debe mencionar el artículo 9(1) del ER, que refiere a los Elementos de los Crímenes.<sup>2</sup> Al respecto, la doctrina coincide en que se trata de un documento que sirve como guía pero que no es obligatorio para los jueces y las juezas de la CPI.<sup>3</sup> En este mismo sentido, la Corte ha dicho que este instrumento puede constituir una ayuda para las distintas salas de la CPI en la aplicación de las disposiciones del Estatuto,<sup>4</sup> dejando en evidencia su función auxiliar.<sup>5</sup> De hecho, el párrafo 3 establece expresamente que “los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”, cuestión que deja en claro que el ER tiene mayor jerarquía que los Elementos de los Crímenes. Por otro lado, respecto a las Reglas de Procedimiento y Prueba, si bien son obligatorias,<sup>6</sup> en virtud del artículo 51(5) del ER, ante un posible conflicto prevalecerá el Estatuto.

En segundo lugar, el artículo 21 establece que, cuando sea procedente, la Corte utilizará los tratados aplicables y los principios y normas de derecho internacional. Sobre este punto, se ha entendido que en esta disposición se encuentra comprendida la costumbre internacional.<sup>7</sup> En este sentido la costumbre, al igual que los “otros tratados aplicables”, son considerados fuentes subsidiarias al ER. Debe hacerse una mención especial a la situación de la costumbre dentro del ER. Si bien es una de las fuentes principales del derecho internacional público, que posee el mismo valor que los tratados internacionales y los principios generales de derecho,<sup>8</sup> en el caso del ER se le otorga una jerarquía superior a un tratado internacional –el Estatuto de Roma– y a otros dos instrumentos escritos, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Sin perjuicio de ello, se debe resaltar que nos encontramos ante una rama del derecho internacional –el derecho internacional penal– donde entran en juego principios del derecho penal claves para los pro-

---

2 Este artículo establece: “los Elementos de los Crímenes, 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”.

3 Cryer (2009: 403); Hochmayr (2014: 658).

4 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, decisión del 7 de marzo de 2014, párr. 41: “les Éléments des crimes pourront aider la Chambre dans son application des dispositions précitées du Statut” (la traducción es propia).

5 McAuliffe deGuzman (2008: 705).

6 Hochmayr (2014: 658).

7 Pellet (2002: 1071); Hochmayr (2014: 668).

8 Artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ; Mendelson (1999: 187).

cedimientos ante los tribunales penales internacionales, como el principio *nullum crime sine lege*.<sup>9</sup> En virtud de este principio, los jueces y las juezas deben fundamentar sus decisiones exclusivamente a partir de lo dispuesto por la ley escrita, dejando de lado las normas no escritas.<sup>10</sup> En este sentido, si se tiene en cuenta que el derecho consuetudinario constituye una norma no escrita, más allá de su posterior codificación, resulta lógica la subordinación de la costumbre a la ley escrita, esto es, al Estatuto de Roma.

Otro punto que merece un breve análisis es el relacionado con el valor de las decisiones de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y su ubicación dentro del esquema del artículo 21 del ER, puntualmente en su artículo 21.1.b).<sup>11</sup> Al respecto, la CPI ha utilizado en algunas oportunidades la jurisprudencia de tales jurisdicciones,<sup>12</sup> aunque resaltando que dicha jurisprudencia no resulta obligatoria para la CPI.<sup>13</sup> Sin embargo, es importante destacar, tal como lo ha hecho el juez Kaul, que los tribunales penales internacionales interpretan y aplican el derecho con relación a sus propios estatutos o documentos fundacionales, los cuales son totalmente diferentes al ER. Así, deberían aplicarse de manera tal que de la jurisprudencia de esos tribunales se extraigan principios y reglas del derecho internacional, siendo ello de suma importancia debido a que la CPI no se encuentra aislada del desarrollo del derecho internacional penal.<sup>14</sup>

Por su parte, el artículo 21(1)(c) –que menciona los principios generales de derecho– procede solo en el caso de que ninguno de los dos incisos anteriores sea aplicable.<sup>15</sup> Esta disposición es el resultado de la confluencia entre las dos posturas existentes en la Conferencia de

---

9 Artículo 22 del ER.

10 Montiel (2012: 399).

11 Nerlich (2009: 312-316).

12 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal c. Mudacumura”, *Decision on the Prosecutor’s application under Article 58*, decisión del 13 de julio de 2012, párr. 63; Sala de Primera Instancia III, “Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, decisión del 21 de marzo de 2016, párr. 72 y nota al pie 226.

13 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang”, *Decision on the appeals of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2012 entitled “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”*, decisión del 24 de mayo de 2012, párr. 31. Para una ampliación sobre este tema ve Nerlich (2009: 312-325).

14 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Situación en la República de Kenia”, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, voto disidente de Hans Peter Kaul, decisión del 31 de marzo de 2010, párrs. 28-32.

15 Hochmayr (2014: 655-656).

Plenipotenciarios de Roma. Una parte argüía que la Corte debía aplicar directamente la legislación nacional y la otra, que los “principios generales” debían estar completamente dissociados de cualquier referencia al derecho nacional.<sup>16</sup> Así, la solución a la que llegaron fue que la CPI aplicara los principios generales que derive de los sistemas jurídicos del mundo, tal como es entendida esta fuente en el derecho internacional público general.

El inciso 2 del artículo 21 del ER establece que la Corte *podrá aplicar* principios y normas respecto de las cuales haya hecho una interpretación en decisiones anteriores, lo que significa que no está obligada a hacerlo ni que se haya incorporado el principio del precedente obligatorio. Por el contrario, se pueden utilizar las reglas y principios derivados de las decisiones tanto de las Salas de Cuestiones Preliminares como las de Primera Instancia y la de Apelación.<sup>17</sup> Sin perjuicio de ello, sería prudente que la Corte siguiera una misma línea jurisprudencial a los efectos de salvaguardar la seguridad jurídica tanto de los/as imputados/as como de las víctimas.<sup>18</sup>

Finalmente, el último párrafo de este artículo establece que la interpretación y aplicación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este sentido estamos ante un tratado que hace mención expresa a otra rama del derecho internacional, es decir, el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”), como estándar mínimo para la aplicación e interpretación en las decisiones de la CPI.

Al respecto, se ha dicho que el artículo 21(3) debería prevalecer por sobre todas las fuentes aplicables,<sup>19</sup> obteniendo de esta manera una especie de “supra-legalidad”, incluso por sobre el propio ER, en el caso que al aplicar este instrumento se vulnera algún derecho humano.<sup>20</sup> Ello, si se tiene en cuenta que el párrafo en análisis no solo establece que se debe “interpretar” sino que la “aplicación” del derecho debe ser de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>21</sup>

Asimismo, existe una coincidencia en que esta disposición no excluye la aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en el

---

16 McAuliffe deGuzman (2008: 709).

17 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l’article 74 du statut*, decisión del 8 de marzo de 2014, párr. 42; Bitti (2009: 292).

18 Hochmayr (2014: 673).

19 Sheppard (2010: 46); Pellet (2002: 1082); Akande (2009: 47).

20 Hochmayr (2014: 676).

21 Pellet (2002: 1080).

ámbito regional,<sup>22</sup> tanto interamericano<sup>23</sup> como europeo<sup>24</sup> o africano<sup>25</sup> utilizados, de hecho, por la CPI.

Por último, y tal como ha dicho el Juez Pikis, a los “derechos humanos internacionalmente reconocidos” se los debe entender como los especificados en la costumbre internacional, los tratados y convenios internacionales.<sup>26</sup>

Ante el carácter innovador de esta última disposición, el presente trabajo se centrará en las implicancias que tiene para la Corte la interpretación y aplicación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos en el marco del derecho internacional penal, analizando cuáles han sido los avances –o retrocesos– de la CPI con relación a la utilización del artículo 21(3) para introducir distintos aspectos del derecho internacional de los derechos humanos.

### 1.1. Artículo 21(3) del ER: ¿sólo aplicable a los derechos del/la imputado/a?

En relación con el alcance del artículo 21(3), podemos partir de la tesis de Grover, quien ha dicho que el artículo 21(3) habría sido pensado para limitar la decisión de los jueces y las juezas y aumentar las garantías procesales de las personas imputadas ante la CPI.<sup>27</sup>

---

22 Cassese (2003: 24-25).

23 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Situación en la República Democrática del Congo”, *Public Redacted version - Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, decisión del 17 de enero de 2006, párrs. 53 y siguientes; Sala de Primera Instancia VII, “Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilo Lo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Árido”, *Decision on Kilolo Defence Motion for Inadmissibility of Material*, 16 de septiembre de 2015, notas al pie 21 y 23.

24 Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence*, decisión del 14 de diciembre de 2006, párr. 15; Sala de Primera Instancia VII, “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Árido”, *Decision on Request to declare telephone intercepts inadmissible*, 24 de septiembre de 2015, nota al pie 28. Las mencionadas decisiones solo son algunos de los ejemplos de la forma en que la CPI ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos así como los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

25 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Situación en la República Democrática del Congo”, *Decision on the Prosecution's Application for leave to appeal the Chamber's Decision of 17 January 2006 on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, decisión del 31 de marzo de 2006, párr. 34.

26 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Reply to 'Conclusions de la défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur'*, Opinión Separada del Juez Pikis, 12 de septiembre de 2006, párr. 3.

27 Grover (2014: 115).

Para llegar a esa conclusión, Grover entiende que dicho artículo debe ser analizado en el contexto del ER en virtud de reglas básicas de interpretación del derecho internacional público, aplicables por tratarse de un tratado.<sup>28</sup> En este sentido, debe utilizarse la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, “CVDT”), puntualmente los artículos 31(1)<sup>29</sup> y 31(2).<sup>30</sup> Así, el artículo 21(3) debe interpretarse de manera de que no torne inaplicable el artículo 22(2) del ER, que establece el principio de legalidad, el cual dispone que la definición de los crímenes internacionales debe ser interpretada estrictamente y que no se hará extensiva por analogía. Planteado de esta manera, es cierto que no sería procedente que el derecho internacional de los derechos humanos sea utilizado para ampliar, por ejemplo, los factores de atribución de responsabilidad penal al imputado.<sup>31</sup>

Ahora bien, para verificar su hipótesis de que el artículo 21(3) fue pensado para los derechos del/la imputado/a, Grover en su tesis utiliza como ejemplo el crimen de incitar pública y directamente a que se cometa genocidio<sup>32</sup> mediante un discurso de odio racial.<sup>33</sup> En este caso, para Grover se vería violentada o, por lo menos, restringida la libertad de expresión protegida en diversos tratados internacionales de derechos humanos, penalizando una acción no prohibida, según su criterio, por la costumbre internacional.

Sin embargo, partiendo del mismo ejemplo que da Grover, creo que si se realiza una ponderación de los principios en juego, se arribaría a una conclusión distinta. En efecto, podría aplicarse la teoría de ponderación esbozada por Alexy.<sup>34</sup> Para este autor, “los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, ‘para todos los ámbitos del derecho’. (...) Una colisión de principios solo puede resolverse por ponderación”.<sup>35</sup> Para echar luz sobre la cuestión debe explicarse brevemente la teoría esbozada por Alexy. Este autor desagrega la ley de ponderación en tres pasos: “en el primero debe constatarse el grado

---

28 Grover (2014: 114).

29 El artículo 31(1) de la CVDT establece: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

30 El artículo 31(2) de la CVDT establece: “para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos (...)”.

31 Svaček (2014: 335).

32 Artículo 25(3)(e) del ER.

33 Grover (2014: 119).

34 Alexy (2009: 8-9).

35 Alexy (2009: 6).

de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”.<sup>36</sup>

Una ponderación en el ejemplo mencionado no puede hacer prevalecer la libertad de expresión por sobre el derecho a la vida o a la integridad física de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Ello en virtud de que el discurso de odio racial estaría incitando a cometer alguno de los actos enumerados en los incisos a) - e) del artículo 6 del ER,<sup>37</sup> los cuales vulneran el derecho a la vida o a la integridad física de las víctimas de genocidio. Así, ante este ejemplo parecería ser que, desde la lógica de proteger los derechos humanos del/la imputado/a, se evidenciaría la posibilidad de que prevalezca el derecho a la libertad de expresión, frente a derechos que conforman el núcleo básico de derechos humanos, los cuales, cabe resaltar, no son susceptibles de suspensión.<sup>38</sup>

Sería, entonces, muy apresurado afirmar que el artículo 21(3) del ER debería proteger principalmente los derechos del/la imputado/a y no tener en cuenta que existen situaciones, como el ejemplo anterior, en las cuales los derechos humanos que entran en juego son igualmente importantes. Por supuesto que ello no implica que se dejen de lado las garantías del debido proceso, ya que en ese caso estaríamos ante un juzgamiento nulo,<sup>39</sup> sino que debe tenerse en cuenta que, ante situaciones como las que se presentan ante la CPI en las que se han cometido crímenes internacionales tan aberrantes que no deben quedar impunes,<sup>40</sup> existen del otro lado víctimas que esperan una reparación.

---

36 Alexy (2009: 9).

37 El artículo 6 del ER establece: “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: 4 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”.

38 Véase artículo 27(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

39 Ello ha sido objeto de examen por la Sala de Apelaciones de la Corte en el caso contra Thomas Lubanga: CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006, párr. 37.

40 El párrafo cuarto del Preámbulo del Estatuto de Roma establece: “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

Y es que, de hecho, como se expondrá a continuación, la CPI ha hecho uso del artículo 21(3) del ER respecto de otras partes o participantes del proceso o con otras funcionalidades más allá de los/as imputados/as.

## 2. Interpretación realizada por la Corte Penal Internacional

Como ya he adelantado, la CPI ha utilizado el artículo 21(3) ER en diversas ocasiones y con distintos fines. En este sentido se enunciará y analizará la forma en que las distintas salas de la Corte han utilizado este artículo, ya sea para introducir o ampliar los derechos de la persona imputada por un crimen internacional, relacionándolo con los derechos de las víctimas, para introducir instrumentos de *soft-law* o en cuestiones relacionadas con normas de *jus cogens*.

En este sentido se advierte una doble utilización del artículo 21(3): para ampliar los derechos humanos de las partes y participantes en el proceso o para introducir fuentes del derecho internacional que no se encuentran específicamente mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>41</sup> pero constituyen instrumentos valiosos a la hora de interpretar y aplicar los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

### 2.1. Derechos humanos de las partes y participantes ante la CPI<sup>42</sup>

La CPI ha interpretado el artículo 21(3) en consonancia con los derechos del/la imputado/a. Así se ha expedido respecto del derecho al

---

la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

41 Al respecto, ver el punto 3.2 del presente artículo.

42 Al respecto, ver también Luterstein en este Volumen.

debido proceso,<sup>43</sup> a ser juzgado/a en un plazo razonable,<sup>44</sup> el derecho a la participación efectiva,<sup>45</sup> la privación de libertad<sup>46</sup> y el principio de publicidad de los procesos,<sup>47</sup> entre otros.<sup>48</sup>

Sin perjuicio de ello, la práctica de la CPI nos demuestra que el artículo 21(3) no solo se ha utilizado con relación a los derechos del/la imputado/a, sino que, por el contrario, los derechos humanos atraviesan cada uno de los aspectos del ER, incluyendo el ejercicio de la jurisdicción de la Corte.<sup>49</sup>

---

43 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, decisión del 14 de diciembre de 2006, párr. 37; Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo”, *Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled “Decision on application for interim release”*, decisión del 16 de diciembre de 2008, párr. 28; Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, “*Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”*”, sentencia del 21 de octubre de 2008, párr. 46; Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Laurent Gbagbo”, *Decision on the “Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 an d 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC- 02/11-01/11-129)”*, decisión del 15 de agosto de 2012, párr. 89; Sala de Primera Instancia V(B), “Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta”, *Decision on Prosecution’s applications for a finding of non-compliance pursuant to Article 87(7) and for an adjournment of the provisional trial date*, decisión del 31 de marzo de 2014, párr. 80; Sala de Primera Instancia III, “Fiscal c. Jean Pierre Bemba-Gombo”, *Decision on “Defence Request for Relief for Abuse of Process”*, decisión del 17 de junio de 2015, párr. 9 y nota al pie 23.

44 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia V, “Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta”, *Decision on Prosecution’s applications for a finding of non-compliance pursuant to Article 87(7) and for an adjournment of the provisional trial date*, 31 de marzo de 2014, párr. 80.

45 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Laurent Gbagbo”, *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*, decisión del 2 de noviembre de 2012, párrs. 45 y 46.

46 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, *Third Decision on Bosco Ntaganda’s Interim Release*, 17 de julio de 2014, párr. 20; Sala de Cuestiones Preliminares III, “Situación en la República de Burundi”, *Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”*, ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, decisión del 9 de noviembre de 2017, párr. 68.

47 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal c. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang”, *Order to the Prosecutor to File a Proposed New Redacted Version of the Article 58 Application*, decisión del 4 de julio de 2011, párr. 7.

48 Para un mayor desarrollo, ver Luterstein en este Volumen.

49 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, decisión del 14 de diciembre de 2006, párr. 37; Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Laurent Gbagbo”, *Decision on the “Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 an d 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC- 02/11-01/11-129)”*, decisión del 15 de agosto de 2012, párr. 89.

En este sentido, respecto de los derechos de las víctimas durante el proceso, la Corte ha utilizado la disposición bajo examen para referirse a su derecho a un remedio efectivo y al derecho a acceder a la justicia, basándose en diversos artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>50</sup>

Se debe resaltar que dentro del derecho que posee la víctima o sus familiares a que los órganos competentes del Estado esclarezcan los hechos, así como a que establezcan las responsabilidades que correspondan a través de la investigación y el juzgamiento, se encuentra subsumido el derecho a la verdad.<sup>51</sup> Al respecto, la Corte IDH ha especificado que “los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones”.<sup>52</sup> A su vez, no se debe perder de vista que el derecho a la verdad “no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro”.<sup>53</sup>

De hecho, en el caso de “Katanga y Ngudjolo Chui” la Sala de Cuestiones Preliminares I hizo expresa mención al derecho a la verdad de las víctimas.<sup>54</sup> En esa decisión, se resaltó que lo central de ese derecho está constituido por el interés de las víctimas de que se determinen los hechos, se identifiquen a los responsables de las violaciones y se determine su responsabilidad en la comisión de los hechos. En este sentido, la decisión concluyó que solamente se verán satisfechos los intereses de las víctimas cuando los responsables por la comisión de crímenes internacionales hayan sido declarados culpables.<sup>55</sup>

---

50 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Situación en la República de Kenia”, *Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya*, decisión del 3 de noviembre de 2012, párr. 5.

51 Corte IDH, “Caso Masacre de Pueblo Bello c. Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr. 219; “caso Osorio Rivera y Familiares c. Perú”, *excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de noviembre de 2013, serie C No. 274, párr. 220.

52 Corte IDH, “Caso Baldeón García c. Perú”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C No. 147, párr. 166; “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ c. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134, párr. 297.

53 Corte IDH, “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”. *Reparaciones y costas*, sentencia del 22 de febrero de 2002, serie C No. 91, párr. 77.

54 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, decisión del 13 de mayo de 2008, párrs. 31 y siguientes.

55 *Idem*, párr. 36.

Por último y, dentro del espectro de decisiones de la CPI que han hecho referencia a las víctimas, debe prestarse especial atención al análisis que efectuó la Corte en la decisión sobre reparaciones del caso contra “Lubanga”. Allí, la CPI reconoció el desarrollo que ofrece el DIDH respecto al derecho a una reparación, teniendo especialmente en cuenta la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.<sup>56</sup>

### 3.2. Derecho aplicable ante la CPI

En otro orden de ideas, la CPI ha utilizado el artículo 21(3) como una vía para introducir normas de *soft-law*. Esta terminología se refiere a instrumentos o disposiciones que no son vinculantes por sí mismas pero que debido a su impacto en el derecho internacional se les debe prestar particular atención.<sup>57</sup>

Así, en la decisión del caso “Lubanga” sobre participación de víctimas, la CPI tomó en consideración los “Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (en adelante, “Principios y Directrices”) aprobados por una Resolución de la Asamblea General de la ONU, para definir el concepto de “víctima”,<sup>58</sup> complementado de esta manera la definición que incluye la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

A su vez, en la decisión sobre reparaciones del caso contra “Lubanga”, la CPI también hizo referencia a diversos instrumentos de *soft-law*, refiriéndose a la “Declaración de Principios Básicos de justicia para víctimas de crímenes y abuso de poder”, la Declaración de Nairobi, los Principios de París, y los Principios y Directrices, entre otros.<sup>59</sup>

Al respecto no se puede dejar de resaltar que, si bien la Sala de Apelaciones ha dicho que los Principios y Directrices solo fueron utilizados como una guía por parte de la CPI,<sup>60</sup> lo cierto es que esta utilización abre la puerta para que el *soft-law* sea introducido por la CPI como

---

56 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, decision del 7 de agosto de 2012, párrs. 182 y siguientes.

57 Shaw (2008:117).

58 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on victims’ participation*, 18 de enero de 2008, párr. 35.

59 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, decisión del 7 de agosto de 2012, párr. 185.

60 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008*, decision del 11 de julio de 2008, párr. 33.

una fuente de derecho internacional, aun cuando carecen de carácter vinculante.

En este punto deberíamos reflexionar sobre el peso que se le debe dar al *soft-law* como una herramienta de interpretación. Al respecto, no debemos perder de vista que se trata de declaraciones o instrumentos no vinculantes. Por ello, creo que la mejor solución para introducir esta fuente es a la que ha arribado la Sala de Apelaciones, es decir que considerarlos como una guía interpretativa.

#### 4. Principio de no discriminación

La segunda parte del artículo 21(3), que hace referencia al principio de no discriminación, fue utilizado por la Sala de Cuestiones Preliminares en la situación de la República de Costa de Marfil como un principio rector para que la Secretaría de la CPI considere especialmente a las víctimas que se presentaban en la situación.

En este sentido, la Sala había observado que la representación legal de las víctimas compareció ante la CPI representando a personas con determinadas características como, por ejemplo, que eran hombres, que pertenecían a algún grupo étnico determinado y que la mayoría estaban en un rango etario de entre 31 y 50 años. Es por esto que la Sala le solicitó a la Secretaría que tenga especialmente en cuenta el principio de no discriminación para prestar atención a las necesidades del resto de las víctimas que no se encontraban representadas en el proceso ante la CPI, compeliéndola a informarle en el caso de que considere que algún grupo de víctimas no haya sido incluido o que no tenga representación suficiente.<sup>61</sup>

Esta cuestión plantea el siguiente interrogante: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha entendido en reiteradas oportunidades que el principio de no discriminación tiene carácter de *ius cogens*, que sobre él “descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”,<sup>62</sup> por lo que, en el caso de que el principio de no discriminación se encuentre vulnerado,<sup>63</sup> ¿podría la CPI dejar de aplicar alguna disposición de su propio Estatuto para hacer frente a la obligación in-

---

61 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares III, “Situación en la República de Costa de Marfil”, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, decision del 3 de octubre de 2011, párr. 211.

62 Corte IDH, “caso Espinoza Gonzáles c. Perú”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C No. 289, párr. 216.

63 Cabe resaltar que en el caso mencionado no se había determinado que el principio de no discriminación se había visto vulnerado.

ternacional de no ir en contra de una norma imperativa?. Una posible respuesta a este interrogante será abordada en el acápite siguiente.

## 5. Las normas de *jus cogens* ante la CPI

La norma de *jus cogens* o norma imperativa del derecho internacional es, tal como lo establece la CVDT, “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.<sup>64</sup>

Teniendo en cuenta este concepto, la Sala de Primera Instancia II suspendió la aplicación de una disposición del ER debido a que entraba en contradicción con una norma de *jus cogens*. El caso involucraba a tres testigos detenidos en la República Democrática del Congo que, de conformidad con el artículo 93(7) del ER, habían sido trasladados a la Corte con la intervención de autoridades holandesas, a los efectos de prestar declaración testimonial, período durante el cual permanecieron en detención en Holanda. Al final de su declaración, los testigos solicitaron asilo ante las autoridades estatales competentes, poniendo a la CPI en la situación de tener que actuar en contra del artículo 93(7), el cual establece que, una vez que los testigos hayan declarado, deben ser devueltos al Estado en donde se encontraban detenidos.

Sin embargo, y en virtud del artículo 21(3) del ER, la CPI dijo que si los testigos eran devueltos a la República Democrática del Congo se les impediría ejercer el derecho de solicitar asilo y, en ese sentido, se le estaría violando su derecho humano a un remedio efectivo,<sup>65</sup> violentando, además, el principio de no devolución o *non-refoulement*, en el ámbito del *jus cogens*.<sup>66</sup>

Con anterioridad a la mencionada decisión, la CPI tuvo la oportunidad de referirse a la relación entre el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional penal, en el marco del caso contra “Lubanga Dyilo”, donde se planteó la situación de un testigo de la defensa que había solicitado como medida de protección la suspensión de

---

64 Artículo 53 de la CVDT.

65 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, *Decision on an Amicus Curiae application and on the “Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC□D02□P□0350, DRC□D02□P□0236, DRC□D02□P□0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile” (articles 68 and 93(7) of the Statute)*, 11 de junio de 2011, párrs. 70 y siguientes.

66 “Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina”, Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004, séptimo párrafo del preámbulo, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2973.pdf?view=1> (último acceso: 10/10/15).

su regreso al país de origen y que facilitaran su reconocimiento como refugiado.<sup>67</sup>

En este sentido, las normas de *jus cogens*, al entrar en colisión con alguna obligación de la CPI generan, según lo que surge de la jurisprudencia del tribunal y la lógica del derecho internacional,<sup>68</sup> que pueda dejar de aplicarse una disposición del ER, piedra angular del sistema sobre la cual se basa la CPI, ante un caso particular.

## 6. Aplicación de principios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos

Si bien en algunas oportunidades la CPI ha utilizado uno de los principios interpretativos del DIDH (el principio del efecto útil), llegado este punto del desarrollo del artículo 21(3) del ER, propongo que la Corte los utilice en los términos desarrollados por los tribunales regionales de derechos humanos, tanto la Corte IDH como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo uso de su jurisprudencia.

En este sentido, no puede dejar de resaltarse que el 15 de febrero de 2016, la CPI firmó un acuerdo de entendimiento con la Corte IDH,<sup>69</sup> en el que se hace expresa mención al artículo 21(3) del ER. En efecto, el párrafo tercero del Preámbulo establece que la jurisprudencia de la Corte IDH contribuye a la defensa de los derechos humanos y a que las víctimas de violaciones a derechos humanos obtengan justicia, como parte de la lucha en contra de la impunidad.

Ese acuerdo resalta la importancia que posee el artículo 21(3) y, puntualmente, la jurisprudencia de la Corte IDH para la CPI. Ello, sobre todo, si tenemos en cuenta que el artículo 5 del mencionado acuerdo establece que entre la CPI y la Corte IDH se intercambiarán información relacionada con las sentencias.

En este marco, no resultaría descabellado que la CPI utilice la jurisprudencia de la Corte IDH y de su par europeo en lo que hace a los principios de interpretación del DIDH, más aún cuando ya la ha utilizado para, por ejemplo, llenar de contenido los derechos humanos de los/as imputados/as ante la CPI.<sup>70</sup>

---

67 Para mayor desarrollo ver: Luterstein (2013:81-93).

68 Hafner y Binder (2004: 175-176).

69 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Memorando de entendimiento entre la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ICC PRES/17-01-16, 15 de febrero de 2016, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/oj/MoU\\_CR\\_Sp.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/oj/MoU_CR_Sp.pdf). (última consulta: 11/09/2018).

70 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, *Second Decision on Bosco Ntaganda’s Interim Release*, 17 de marzo de 2014, párr. 24.

Por un lado, se debe hacer referencia al ya mencionado principio del efecto útil, el cual ha sido utilizado por la CPI en el caso contra “Ngudjolo Chui”, analizando la posibilidad de que los familiares del imputado fueran a visitarlo al centro de detención, solventando la CPI los gastos de traslado. En este sentido, la Secretaría de la CPI explicó que, si bien no existe una obligación en cabeza de la Corte de financiar las visitas a los detenidos, haría lugar al pedido pero de manera parcial, debiendo elegir a algunos de sus familiares. El imputado solicitó la revisión de la decisión ante la Presidencia, la cual hizo lugar a la petición otorgándole la financiación total para sus familiares. Para así decidir citó jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la cual se estableció que en virtud de la naturaleza propia de los derechos humanos estos deben ser interpretados de manera práctica y efectiva, y no de manera teórica, tornándolos ilusorios. En este sentido, la Presidencia estableció que la única manera de no frustrar el derecho de Ngudjolo Chui a recibir a sus familiares en el centro de detención era financiando el traslado de su familia hasta Holanda.<sup>71</sup>

Uno de los principios interpretativos que no ha sido utilizado por la CPI, pero que podría serlo en virtud del artículo 21(3) es el de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha establecido: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.<sup>72</sup> Si bien el ER no sería, *per se*, un tratado de derechos humanos podríamos preguntarnos si, aun así, podría interpretarse de manera que acompañe la evolución del Derecho Internacional.

Otro de los principios utilizados en el DIDH es el principio *pro persona*. En virtud de este principio, en el caso de que exista más de una forma de interpretar una disposición, se debe escoger la “alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado”.<sup>73</sup> Sin embargo, al intentar aplicar este principio al derecho interna-

---

71 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Presidencia, “Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, *Decision on “Mr Mathieu Ngudjolo’s Complaint under Regulation 221(1) of the Regulations of the Registry against the Registrar’s Decision of 18 November 2008”*, decision del 10 de marzo de 2009, párrs. 30 y siguientes.

72 Corte IDH, “Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia”, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C No. 148, párr. 155.

73 Corte IDH, “Caso Ricardo Canese c. Paraguay”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C No. 111, párr. 181.

cional penal, y específicamente, al actuar de la CPI nos topamos con el inconveniente de tener que dilucidar a favor de quién se debe escoger la alternativa más favorable: ¿del/la imputado/a o de las víctimas? En este sentido, se vuelve al mismo punto de partida del artículo, puesto que nos encontramos ante una situación en la cual podrían entrar en juego derechos humanos de las distintas partes y participantes del proceso. Por ello, creo que sería crucial poder encontrar una forma de armonizar los derechos humanos de ambos actores, y encuentro en la teoría de la ponderación –explicada anteriormente– una buena forma de conjugar los derechos en juego.

## 7. Conclusiones

Desde su creación, los jueces y las juezas de la CPI han ido pronunciándose de diferentes maneras respecto de la forma de aplicar el artículo 21(3) del ER, no solo circunscribiéndose a los derechos del/la imputado/a sino que también lo han utilizado para hacer lugar a los derechos de las víctimas tales como su participación en el proceso, el derecho a la justicia y el derecho a una reparación. En lo que hace a cuestiones de derecho aplicable lo ha utilizado para incorporar *soft-law* o merituar la aplicación de un artículo del ER ante la posible vulneración de una norma de *jus cogens*.

Ahora bien, resulta interesante analizar la situación del artículo 21(3) ER con relación al resto de los incisos de esa disposición, puesto que en la jurisprudencia de la CPI queda claro el rol de cada uno de los otros incisos, pero no así el del último párrafo. En este sentido, los jueces y las juezas de la Corte han seguido una lógica jerárquica de aplicación de las distintas fuentes del derecho internacional penal que enumera el artículo 21.

Sin embargo, la multiplicidad de formas de aplicación e interpretación del párrafo tercero no permite afirmar de manera tajante si se trata de una pauta interpretativa o de una guía –como en el caso del principio de no discriminación– o si se trata de una disposición que permite la “suspensión” temporal de alguna parte del ER –como el caso del principio de no devolución y la solicitud de refugio.

En este sentido, los jueces y las juezas de la CPI poseen una herramienta clave que, si es utilizada de manera que no vulnere los derechos del/la imputado/a, puede ser muy útil para dejar de tener un derecho dividido o fragmentado en compartimientos estancos y comenzar a integrar las distintas ramas del derecho internacional público.

Por último, no debe perderse de vista que el derecho internacional penal se inscribe dentro del ordenamiento jurídico internacional por lo

que existen normas imperativas que bajo ningún concepto pueden ser dejadas de lado. Y, aun cuando no se trate de este tipo de normas, los jueces y las juezas de la CPI podrían llegar a hacer una ponderación entre principios para lograr una mayor y mejor protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, tanto de las personas imputadas como de las víctimas.

## Bibliografía

### Instrumentos internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 22/11/1969 (e.v. 18/07/1978), UNTS 123.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena (Austria), 23/05/1969 (e.v. 27/01/1980), UNTS 1155:331.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma (Italia), 04/1/1950 (e.v. 03/09/1953), UNTS 222.
- Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004, séptimo párrafo del preámbulo, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2973.pdf?view=1>.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Viena (Austria), 28/04/1951 (e.v. 19/05/1971), UNTS 778:301.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17-07-1998 (e.v. 01/07/2002) UNTS 2187:3.
- Memorando de entendimiento entre la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ICC-PRES/17-01-16, 15 de febrero de 2016, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/oj/MoU\\_CR\\_Sp.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/oj/MoU_CR_Sp.pdf).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York (Estados Unidos), 16/12/1966 (e.v. 23/05/1976), UNTS 999:171.

### Jurisprudencia

#### *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

- “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, *Reparaciones y costas*, sentencia del 22 de febrero de 2002, serie C No. 91.
- “Caso Ricardo Canese c. Paraguay”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C No. 111.
- “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ c. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134.
- “Caso Masacre de Pueblo Bello c. Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C No. 140.
- “Caso Baldeón García c. Perú”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C No. 147.
- “Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia”, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C No. 148.

“Caso Osorio Rivera y Familiares c. Perú”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 26 de noviembre de 2013, serie C No. 274.

“Caso Espinoza Gonzáles c. Perú”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C No. 289.

### *Corte Penal Internacional*

“Situación en la República Democrática del Congo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Public Redacted version - Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, decisión del 17 de enero de 2006.

“Situación en la República Democrática del Congo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution’s Application for leave to appeal the Chamber’s Decision of 17 January 2006 on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, decision del 31 de marzo de 2006.

“Fiscal c. Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Reply to “Conclusions de la défense en réponse au mémoire d’appel du Procureur”*, Opinión Separada del Juez Pikis, decision del 2 de septiembre de 2006.

“Fiscal c. Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, sentencia del 14 de diciembre de 2006.

“Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Decision on victims’ participation*, decisión del 18 de enero de 2008.

“Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008*, sentencia del 11 de julio de 2008.

“Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”*, decision del 21 de octubre de 2008.

“Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, decision del 7 de agosto de 2012.

“Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Second Decision on Bosco Ntaganda’s Interim Release*, decisión del 17 de marzo de 2014.

“Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, decision del 13 de mayo de 2008.

“Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Presidencia, *Decision on “Mr Mathieu Ngudjolo’s Complaint under Regulation 221(1) of the Regulations of the Registry against the Registrar’s Decision of 18 November 2008*, decision del 10 de marzo de 2009.

- “Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Decision on an Amicus Curiae application and on the “Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC□D02□P□0350, DRC□D02□P□0236, DRC□D02□P□0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile” (articles 68 and 93(7) of the Statute)*, decisión del 11 de junio de 2011.
- “Fiscal c. Germain Katanga”, Sala de Primera Instancia II, *Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut*, sentencia del 7 de marzo de 2014.
- “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Third Decision on Bosco Ntaganda’s Interim Release*, decisión del 17 de julio de 2014
- “Fiscal c. Mudacumura”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor’s application under Article 58*, decisión del 13 de julio de 2012.
- “Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled “Decision on application for interim release”*, sentencia del 16 de diciembre de 2008.
- “Fiscal c. Jean Pierre Bemba-Gombo”, Sala de Primera Instancia III, *Decision on “Defence Request for Relief for Abuse of Process*, decisión del 17 de junio de 2015.
- “Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilo Lo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Árido”, Sala de Primera Instancia VII, *Decision on Kilolo Defence Motion for Inadmissibility of Material*, decisión del 16 de septiembre de 2015.
- “Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo”, Sala de Primera Instancia III, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, sentencia del 21 de marzo de 2016.
- “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Árido”, Sala de Primera Instancia VII, *Decision on Request to declare telephone intercepts inadmissible*, decisión del 24 de septiembre de 2015.
- “Situación en la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, voto disidente de Hans Peter Kaul, decisión del 31 de marzo de 2010.
- “Situación en la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya*, decisión del 3 de noviembre de 2012.
- “Fiscal c. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Order to the Prosecutor to File a Proposed New Redacted Version of the Article 58 Application*, decisión del 4 de julio de 2011.
- “Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang”, Sala de Apelaciones, *Decision on the appeals of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2012 entitled “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”*, decisión del 24 de mayo de 2012.
- “Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta”, Sala de Primera Instancia V, *Decision on Prosecution’s applications for a finding of non-compliance pursuant to Article*

87(7) and for an adjournment of the provisional trial date, decisión del 31 de marzo de 2014.

“Situación en la República de Costa de Marfil”, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, decisión del 3 de octubre de 2011.

“Fiscal c. Laurent Gbagbo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the “Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC-02/11-01/11-129)”*, decisión del 15 de agosto de 2012.

“Fiscal c. Laurent Gbagbo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court*, decisión del 2 de noviembre de 2012.

“Situación en la República de Burundi”, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi, ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017”*, decisión del 9 de noviembre de 2017.

## Doctrina

Akande, Dapo, “Sources of international criminal law” en Cassese A. *et al.*, (eds.) *The Oxford companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nro. 11, 2009, pp. 3-14.

Ambos, Kai, *Derechos humanos y derecho penal internacional*, Dialogo político, 2004 disponible en: [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi\\_dialogo\\_politico\\_3\\_04.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf) (último acceso: 30/11/15).

Bitti, Gilbert, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC” en Stahn, C. y Sluiter, G. (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 286-304.

Borda, Aldo Zammit, “The Notion of ‘Persuasive Value’ of External Precedent in International Criminal Law” en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 84, 2015, pp. 29-58.

Cassese, Antonio, “The influence of the European Court of Human Rights on the International Criminal Tribunals - Some methodological remarks” en Bergsmo, M. (dir.), *Human Rights and criminal justice for the downtrodden. Essays in Honor of Asbjorn Eide*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Croquet, Nicolas, “The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights Jurisprudence?” en *Human Rights Law Review*, Vol 11, Nro. 1, 2011, pp. 91-131.

Cryer, Robert, “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources” en *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, Nro. 3, 2009, pp. 390-405.

- Fedorova, Masha y Göran Sluiter, “Human Rights as minimum standards In International Criminal Proceedings” en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 3, Nro. 9, 2009, pp. 9-56.
- Goossens, A., “L’Article 21(3) du Statut de la Cour Penale Internationale: Interpretation et Commentaire”, 2010, disponible en <https://www.lasil.org/single-post/2010/02/01/Perspectivas---27-0210>.
- Grover, Lena, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, University Press, 2014.
- Hafner, Gerhard y Christina Binder, “The Interpretation of Article 21 (3) ICC Statute, Opinion Reviewed” en *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 163, Nro. 9, 2004, pp. 163-190.
- Hochmayr, Gudrun, “Applicable Law in Practice and Theory Interpreting Article 21 of the ICC Statute” en *Journal of International Criminal Justice* Vol.12, 2014, pp. 655-679.
- Irving, Emma, “Protecting Witnesses at the International Criminal Court from Refoulement” en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 1141-1160.
- Luterstein, Natalia, “Testigos en peligro: nuevos (des)encuentros entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Penal”, en Buis, E. y Giosa, L. (comp.), *Derecho Internacional y Conflictos Armados: aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica*, Azul: Centro de Estudios de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, 2013, pp. 81-93.
- McAuliffe deGuzman, Margaret, “Article 21”, en Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 435-446.
- Mendelson, Maurice, *The Formation of Customary International Law*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff, 1999.
- Montiel, Juan Pablo, “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre internacional como fuente de Derecho penal internacional”, en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo: Marcial Pons, 2012, pp. 399-434.
- Nerlich, Volker, “The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC” en Stahn, Carsten y Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 305-325.
- Orakhelashvili, Alexander, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights” en *European Journal of International Law*, Vol. 14, Nro. 3, 2003, pp. 529-568.
- Pellet, Alain, “Applicable Law” en Cassese Antonio *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, vol. II*, Oxford, University Press, 2002.
- Pocar, Fausto, *Interacción de las fuentes del Derecho Penal Internacional: de la teoría a la práctica*, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, pp. 185-223, disponible en [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009\\_4.pdf](http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf). (último acceso:08/04/2016).

- Schabas, William, "Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights" en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 609-632.
- Shaw, Malcom, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Sheppard, Daniel, "The International Criminal Court and Internationally Recognized Human Rights': Understanding Article 21(3) of the Rome Statute" en *International Criminal Law Review*, Vol. 10, Nro. 1, 2010, pp. 43-71.
- Sluiter, Göran, "International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights" en *New England Law Review* Vol. 37, Nro. 4, 2002, pp. 935-948.
- Svaček, Ondřej, "Human Rights before the International Criminal Court" en *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Vol. 5, pp. 327-340, 2014, p. 335.
- Young, Rebecca, "Internationally Recognized Human Rights' before the International Criminal Court" en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011, pp. 189-208.

# Genocidio cultural y persecución. Su interrelación y su aplicación a casos de violación al derecho humano a la identidad cultural y religiosa

Sebastián Green Martínez<sup>1</sup>

*Los defensores del derecho internacional tampoco han estado preparados para rendirse cuando se enfrentaron al argumento de que el derecho internacional es imposible, como cualquier otro derecho, debido a la inexistencia de una comunidad internacional, en el verdadero sentido de la palabra –una comunidad con sentido moral, con estándares fundamentales de justicia y con una solidaridad esencial de intereses (...) –económicos, culturales y científicos– (...). La falta de unidad del mundo moderno es un hecho; pero también, en un sentido más verídico, es su unidad.<sup>2</sup>*

En 1944 Raphael Lemkin acuñó el concepto de genocidio en la publicación de su obra *El poder del Eje en la Europa ocupada* teniendo presente el genocidio sufrido por el pueblo armenio y los hechos que estaba cometiendo entonces la Alemania Nazi.<sup>3</sup> Allí, Lemkin concibió al genocidio como una nueva palabra que significaría no solo la destrucción de una nación o de un grupo étnico<sup>4</sup> sino más bien un proceso de discriminación sistemática, exclusión y destrucción del grupo así

---

1 Todas las fuentes mencionadas en el presente artículo fueron consultadas en su idioma original. Sus transcripciones en idioma español son traducciones libres del autor.

2 Lauterpacht (1975: 25-26). Traducción del original en inglés: “Neither have the defenders of the reality of international law been prepared to yield when confronted with the argument that international law is impossible, as would be any other law, on the ground that there is no international community in the true sense of the word – a community of moral sentiment, of fundamental standards of justice, and of an essential solidarity of interests (...) –economic, cultural and scientific– (...). The disunity of the modern world is a fact; but so, in a truer sense, is its unity”.

3 Ver Paylan y Klonowiecka-Milart (2015: 569).

4 Lemkin (1955: 79).

como sus manifestaciones políticas y religiosas.<sup>5</sup> Dicho trabajo sirvió como base para la negociación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio<sup>6</sup> (en adelante, la “Convención sobre Genocidio”) pero la negociación terminó por excluir la dimensión cultural del crimen.<sup>7</sup> Si bien dicha convención fue adoptada en diciembre de 1948, el debate en torno a la existencia del genocidio cultural parece continuar vigente, tal como permiten observar reclamos por parte de ciertos sectores de la sociedad civil e, incluso, peticiones ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la “CIJ”). Asimismo, se observa un debate en torno al genocidio cultural en el que se dirime si la definición del genocidio, tal como fuera receptado en la Convención sobre Genocidio, excluye efectivamente la noción de genocidio cultural o no.<sup>8</sup>

Este trabajo adopta una perspectiva diferente y propone realizar un análisis comparativo entre el crimen de genocidio cultural, en principio excluido del derecho positivo vigente, y el crimen de persecución como crimen de lesa humanidad. Es el objetivo de este artículo analizar la vigencia en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, el “Estatuto de Roma” de la “CPI”) de la protección a la cultura y religión de grupos étnicos o nacionales que Lemkin había propuesto mediante el reconocimiento del genocidio cultural. Preliminarmente, cabe advertir que el genocidio cultural no fue receptado en dicho estatuto. Sin embargo, el presente artículo plantea un análisis alternativo al debate imperante y postula que el crimen de persecución en los términos del artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma viene a establecer la protección, aunque sea parcial, a la que Lemkin aspiró mediante su propuesta teórica.

Para lograrlo, primero, se estudiará el origen del concepto de genocidio y de sus distintas expresiones teóricas, prestando particular atención al genocidio cultural, así como el análisis que se realizó al respecto en las negociaciones para la adopción de la Convención sobre Genocidio. Segundo, se abordará el debate existente en torno a ciertos conflictos actuales, como aquellos abordados en la jurisprudencia de tribunales internacionales. Tercero, se describirá al crimen de lesa humanidad de persecución, prestando particular atención a casos que involucraron la destrucción de elementos culturales del grupo bajo ataque. Finalmente, se ofrecerán reflexiones a modo de conclusión.

---

5 Vrdoljak (2009: 1184).

6 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York (Estados Unidos), 09/12/1948 (e.v. 12/01/1951), UNTS 78:1021.

7 Gaeta (2009: 9); Milanovic (2006:558).

8 Abtahi y Webb (2008: xxiii).

## 1. Principio y Final del Genocidio Cultural en la Convención sobre Genocidio

Lemkin concibió al genocidio en los siguientes términos:

Por “genocidio” nos referimos a la destrucción de una nación o de un grupo étnico. (...) En términos generales, el genocidio no trae aparejada necesariamente la destrucción inmediata de una nación. Por el contrario, se refiere a un plan coordinado de diversas acciones cuyo objetivo sería la destrucción de las fundaciones esenciales de la vida de grupos nacionales, buscando aniquilar a tales grupos. Los objetivos de dicho plan resultarían en la desintegración de las instituciones políticas, sociales, culturales, su idioma, identificación nacional, religión y su existencia económica, así como la destrucción de su seguridad personal, libertad, salud, dignidad e, incluso, la vida de los individuos que pertenecen al grupo. El genocidio se dirige contra un grupo nacional como entidad, y sus actos se dirigen contra los individuos que lo conforman, no como individuos, sino como miembros de ese grupo nacional.<sup>9</sup>

En su visión, el concepto de genocidio aplicaría a distintos aspectos de la vida nacional, tales como la política, la social, la economía, la existencia física y biológica, la religión, la moral y la cultura.<sup>10</sup> En lo relativo al último, Lemkin señaló que comprendería medidas tales como la prohibición del uso de ciertos idiomas (como en los casos de Luxemburgo y Francia durante la Europa ocupada), medidas orientadas a evitar toda libre expresión de espíritu nacional (tal como el control de producción artística empleado por la Alemania nazi) o la destrucción de monumentos, museos y bibliotecas.<sup>11</sup>

El genocidio cultural fue preliminarmente receptado por el Comité *Ad Hoc* que tuvo a cargo la negociación del borrador de la Convención sobre Genocidio, aunque no sin críticas. Tal como se observa en la comunicación enviada por la delegación francesa el 7 de octubre de 1947, el Gobierno francés informó que apoyaría una definición del genocidio

---

9 Lemkin (1955: 79).

10 Lemkin (1955: 82-90).

11 Lemkin (1955: 84).

limitada a sus dimensiones físicas y biológicas.<sup>12</sup> Asimismo, en el debate que tuvo lugar en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, dos delegados se expresaron en contra del genocidio cultural en los siguientes términos:

Los señores Donnedieu de Vabres y Pella declararon que el genocidio “cultural” (sic) representaba una concepción demasiado amplia que llevaría a la reconstrucción, detrás de la pantalla del genocidio, a la vieja idea de la protección de minorías, tal como fuera diseñada de acuerdo con diferentes necesidades.<sup>13</sup>

Poco tiempo después, en el borrador de convención preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas (en adelante, el “SG”) se materializó el debate y se cuestionó si el crimen de genocidio debía incluir o no la noción de genocidio cultural.<sup>14</sup> Allí consta la defensa realizada por Lemkin para la inclusión del genocidio cultural en la convención (a modo de respuesta a los delegados de Vabres y Pella), detallando que no se trata de una mera técnica de asimilación de un pueblo dominado, sino que se trataría de una política que mediante métodos drásticos tiene por objetivo la rápida y completa desaparición de la vida cultural, moral y religiosa de un grupo de seres humanos, incluyendo la prohibición de enseñanza de idiomas, la quema de libros y la sistemática destrucción de monumentos históricos o religiosos.<sup>15</sup> Sin embargo, ya en esa oportunidad el informe general señalaba que el genocidio es la destrucción deliberada de un grupo humano y que su delimitación conceptual debía ser rígida puesto que, de lo contrario, podría expandirse indefinidamente incluyendo el derecho de la guerra, el derecho a

---

12 Borrador de la Convención - Comunicaciones Recibidas por el Secretario General, Comunicación Remitida por el Gobierno Francés, 7 de octubre de 1947 en Abtahi y Webb (2008: 383).

13 Proyecto de Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, 6 de junio de 1947, U.N. Doc. A/AC.10/41. Original en francés: *MM. Donnedieu de Vabres et Pella ont déclaré que le génocide “culturel” représentait une extension excessive de la notion de génocide et aboutissait à reconstituer sous le couvert de génocide, l’ancienne protection des minorités qui répondait à d’autres conceptions*, en Abtahi y Webb (2008: 88). La delegación francesa fue, quizás, la más pujante para erradicar al concepto de genocidio cultural de la convención. En una reunión del Comité *ad hoc* el representante Ordonneau señaló que Francia estaba “especialmente interesada en la supresión del genocidio cultural” en tanto “un grupo cultural no es necesariamente un grupo nacional”. Ver Consejo Económico y Social, 5<sup>ta</sup> reunión del Comité *Ad Hoc*, 8 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/SR.5, en Abtahi y Webb (2008: 728).

14 Borrador de Convención sobre el Crimen de Genocidio, 26 de junio de 1947, U.N. Doc. E/447, en Abtahi y Webb (2008: 224).

15 *Idem*. Original en inglés: *It was a policy which by drastic methods, aimed at the rapid and complete disappearance of the cultural, moral and religious life of a group of human beings* en Abtahi y Webb (2008: 235).

la auto-determinación, la protección de minorías [y] el respeto por los derechos humanos,<sup>16</sup> lo que parece indicar una temprana tendencia en contra de la inclusión del genocidio cultural. Adicionalmente, el gobierno francés reiteró poco tiempo más tarde su posición mediante una comunicación dirigida al SG señalando que el crimen de genocidio no debería incluir al genocidio cultural en tanto interferiría con asuntos internos de los Estados “relacionados con la protección de minorías”.<sup>17</sup>

Paulatinamente, distintas delegaciones pasaron a rechazar la inclusión del genocidio cultural, entre ellas las delegaciones de Egipto, Estados Unidos,<sup>18</sup> China,<sup>19</sup> Canadá,<sup>20</sup> Reino Unido<sup>21</sup> y los Países Bajos.<sup>22</sup> Por otro lado, al menos en un principio, las delegaciones de El Líbano,<sup>23</sup> Venezuela<sup>24</sup> y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante, “URSS”)<sup>25</sup> defendieron su inclusión. El debate sobre la materia se extendió a efectos de alcanzar una mayor precisión y delimitación del concepto. Incluso el representante de la URSS señaló que la definición debía ser concreta y “no muy amplia”.<sup>26</sup> El 21 de abril de 1948 se adoptó un borrador de artículo II relativo a genocidio cultural, aprobado por cinco votos contra dos<sup>27</sup> en los siguientes términos:

---

16 *Idem* en Abtahi y Webb (2008: 223).

17 Comunicación del Gobierno Francés al SG, 7 de octubre de 1947, U.N. Doc. A/401. Original en inglés: “...for to include cultural genocide invites the risk of political interference in the domestic affairs of States, and in respect of questions which, in fact, are connected with the protection of minorities” en Abtahi y Webb (2008: 383).

18 En lo relativo a la posición de Estados Unidos y Egipto, ver 2da Sesión de la Asamblea General, 16 de septiembre al 20 de noviembre de 1947, U.N. Doc. E/621, en Abtahi y Webb (2008: 504, 526). La delegación Estadounidense propuso mantener, solamente, la extracción de niños.

19 Ver Consejo Económico y Social, 37ma reunión de la 6ta sesión, U.N. Doc. E/AC.7/SR.37, en Abtahi y Webb (2008: 607).

20 Consejo Económico y Social, 218va reunión, U.N. Doc. E/SR.218, en Abtahi y Webb (2008: 1224).

21 Asamblea General, 65ta reunión, 2 de octubre de 1948, U.N. Doc. A/C.6/SR.65 en Abtahi y Webb (2008: 1318).

22 Consejo Económico y Social, Comentarios al Borrador de Convención preparado por la Secretaría, U.N. Doc. E/623/Add.3, en Abtahi y Webb (2008: 636).

23 139na Reunión de la Asamblea General, 12 de febrero de 1948, U.N. Doc. E/SR.139 en Abtahi y Webb (2008: 589).

24 Consejo Económico y Social, 218va reunión, U.N. Doc. E/SR.218, en Abtahi y Webb (2008: 1223).

25 Consejo Económico y Social, Principios Básicos relativos a la Convención sobre Genocidio presentados por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 5 de abril de 1948, U.N. Doc. E/623/Add.3, en Abtahi y Webb (2008: 636).

26 Consejo Económico y Social, 12da reunión del Comité *Ad Hoc*, 23 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/SR.12, en Abtahi y Webb (2008: 862).

27 Consejo Económico y Social, 14ta reunión del Comité *Ad Hoc*, 21 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/SR.14, en Abtahi y Webb (2008: 884-893). En esa oportunidad Francia señaló

En esta Convención, genocidio también significa cualquier acto deliberado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por motivos religiosos o de origen nacional o étnico, tales como:

1. Prohibir el uso de la lengua del grupo en el trato diario o en las escuelas, o prohibir la impresión y circulación de publicaciones en el idioma del grupo;
2. La destrucción o impedimento del uso de bibliotecas, museos, escuelas, monumentos históricos, lugares de culto u otras instituciones culturales y objetos del grupo.<sup>28</sup>

Las delegaciones en contra de su inclusión afirmaron recurrentemente que dicho tipo de genocidio estaba “íntimamente relacionado al problema de protección de minorías”<sup>29</sup> y que incluir tal provisión en una convención sobre genocidio físico podría disminuir la cantidad de Estados adherentes o que podría exigir mucho tiempo de estudio a los distintos gobiernos, impidiendo o postergando así que el tratado entre en vigor.<sup>30</sup> En otras palabras, los *travaux préparatoires* de la Convención permiten observar que un gran número de delegaciones (siendo la delegación francesa la más ferviente opositora) se opusieron a su inclusión, por un lado, por considerarlo un instituto orientado a la protección de minorías y, por el otro, porque su inclusión hubiera puesto en peligro el éxito de la convención, en tanto podría ser percibido como una herramienta para la intromisión en asuntos internos de los Estados.<sup>31</sup> Adicionalmente, se ha sugerido que en 1947 las potencias que poseían colonias no veían con buenos ojos su inclusión.<sup>32</sup> De hecho, Estados pertenecientes a la URSS señalaron insistentemente que los Estados colonialistas no hacían ningún esfuerzo para promover ni desarrollar las culturas de los pueblos de las colonias.<sup>33</sup> El argumento era certero ya que, lejos de tratarse de un caso de falta de estímulo, ciertas potencias

---

que cualquiera sea la definición a adoptarse, Francia votaría en contra.

28 Consejo Económico y Social, Comentarios al Proyecto de Convención sobre Genocidio, 26 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/W.1, en Abtahi y Webb (2008: 979).

29 Ver *inter alia* Consejo Económico y Social, 3<sup>ra</sup> reunión del Comité *Ad Hoc*, 6 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/SR.3, Abtahi y Webb (2008: 636).

30 Consejo Económico y Social, 5<sup>ta</sup> reunión del Comité *Ad Hoc*, 16 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/SR.5, en Abtahi y Webb (2008: 727).

31 Ver Negri (2013: 3).

32 Novic (2016: 34).

33 Ver, por ejemplo, el argumento utilizado por la delegación de Bielorrusia, transcripto en Novic (2016: 33).

colonialistas incurrieron durante los siglos XIX y XX en la práctica común de sustracción de niños nativos de sus familias.<sup>34</sup>

Finalmente, el 25 de octubre de 1948 se sometió a votación si el ámbito de aplicación material de la Convención sobre Genocidio incluiría el genocidio cultural y, por 25 votos<sup>35</sup> contra 16<sup>36</sup> (y cuatro abstenciones<sup>37</sup>), se decidió eliminar al genocidio cultural de la convención.<sup>38</sup>

## 2. Genocidio cultural en la actualidad

En sus inicios, la Asamblea General señaló que el genocidio es “una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho de vivir” lo cual “conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural” entre otras cosas.<sup>39</sup> Por otro lado, la Convención sobre Genocidio define a dicho crimen como cualquiera de los actos incluidos en su artículo II<sup>40</sup> “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”<sup>41</sup> lo cual refleja el resultado de la negociación ya analizada.

Ante dicha definición se ha generado un extenso debate en la materia relativo al impulso e inclusión del genocidio cultural, tal como observan Abtahi y Webb.<sup>42</sup> De hecho, por un lado, se observan publicaciones que recogen el concepto acuñado por Lemkin para argumentar que ciertos hechos de relativa actualidad constituyen crímenes de genocidio cultural.<sup>43</sup> Por otro lado, tales afirmaciones han sido fuertemente

---

34 Novic (2016: 39-40).

35 Unión Sudafricana, Reino Unido, Estados Unidos de América, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Dinamarca, República Dominicana, Francia, Grecia, India, Irán, Liberia, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Perú, Siam, Suecia y Turquía.

36 URSS, Yugoslavia, Bielorrusia, China, Checoslovaquia, Ecuador, Egipto, Etiopía, Líbano, México, Pakistán, Filipinas, Polonia, Arabia Saudita, Siria y Ucrania.

37 Venezuela, Afganistán, Argentina y Cuba.

38 Informe del Consejo Económico y Social, 83ra reunión, 16 de abril de 1948, U.N. Doc. E/AC.25/SR.5, en Abtahi y Webb (2008: 1518).

39 Resolución 96(I) de la Asamblea General, 1ra Sesión, 11 de diciembre de 1946, U.N. Doc. A/RES/96(I).

40 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 los nacimientos en el seno del grupo y e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

41 Art. II, Convención sobre Genocidio, Nueva York (Estados Unidos), 09/12/1948 (e.v. 12/01-1951), /UNTS 78:1021.

42 Abtahi y Webb (2008: xxiii).

43 Ver Davidson (2012); quizás el caso más ilustrativo al respecto en la actualidad lo constituye el del Tibet. Al respecto, ver Reuters, “Dalai Lama blames Tibetan burnings on ‘cultural

criticadas por considerar que el “uso incorrecto del término”<sup>44</sup> intenta impactar en la prensa.<sup>45</sup>

Parte de la crítica jurídica ha señalado la necesidad de incluir al genocidio cultural dentro del “derecho internacional duro” puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de tolerar ciertas atrocidades con impunidad<sup>46</sup> en tanto

[l]a prohibición del genocidio cultural tiene su origen claramente en una interpretación sistemática de las normas de derecho internacional que protegen la diversidad cultural, los derechos culturales y de minorías y el patrimonio cultural tangible e intangible. Sin embargo, la protección reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos presenta limitaciones.<sup>47</sup>

También se ha señalado que el concepto del crimen de genocidio superó la prueba del tiempo, resistiendo solicitudes para su expansión y ha sido receptado por los distintos Estatutos de tribunales *ad hoc* y de la CPI por lo que se mantiene limitado a la destrucción física intencional de un grupo sin incluir ataques que involucren persecución a su cultura o “limpieza étnica”.<sup>48</sup>

Por otro lado, se han propuesto interpretaciones del texto de la Convención sobre Genocidio a la luz del genocidio cultural. Berster, por ejemplo, interpreta que la “destrucción” establecida en el artículo II de la Convención podría incluir la intención de destruir “socialmente” a un grupo. Así, señala que el elemento volitivo del crimen estaría satisfecho si se cometieran destrucciones de patrimonio cultural, profundizadas con homicidios, a efectos de lograr disolver a un grupo como tal.<sup>49</sup>

El debate también ha sido analizado por tribunales internacionales que han tenido la oportunidad de expedirse sobre el conflicto en la ex-Yugoslavia que incluyó una sistemática destrucción de instituciones culturales y educativas musulmanas. En el caso relativo a la “Aplicación de la Convención sobre Genocidio” entre Bosnia Herzegovina

---

genocide” 7 de noviembre de 2011; BBC, “Dalai Lama: ‘Cultural genocide’ behind self-immolations” 7 de noviembre de 2011.

44 Sautman (2006: 210).

45 Sautman (2006: 172).

46 Negri (2013: 8).

47 *Ibidem*.

48 Schabas (2008: 3).

49 Berster (2015: 681).

y Serbia y Montenegro, la CIJ analizó la posición de la demandante, quien sostuvo que la destrucción de patrimonio cultural bosnio-musulmán fue parte de un intento por eliminar todo rasgo de la existencia de bosnio-musulmanes.<sup>50</sup> En este contexto, la Corte consideró que había evidencia concluyente que probaba la deliberada destrucción del patrimonio cultural, religioso e histórico del pueblo bosnio-musulmán. Sin embargo, señaló tajantemente que no podía considerarse que la destrucción de patrimonio histórico, cultural y religioso constituyera una imposición deliberada de condiciones de vida que puedan dar lugar a la destrucción física del grupo.<sup>51</sup>

Más recientemente, en el caso homónimo entre Croacia y Serbia, la CIJ confirmó su posición. Allí, Croacia argumentó que el genocidio no incluye exclusivamente la destrucción física del grupo, sino también la intención de que el grupo deje de funcionar como una unidad.<sup>52</sup> Ante tal posición, la Corte afirmó categóricamente que durante las negociaciones de la Convención sobre Genocidio el genocidio cultural fue dejado de lado y que

[e]n este sentido se decidió limitar el ámbito de aplicación de la Convención a la destrucción física o biológica del grupo.

En consecuencia, “causar un daño mental serio a los miembros del grupo”, de conformidad con el artículo II(b) [de la Convención sobre Genocidio], aun cuando no involucre la destrucción física o biológica de miembros del grupo, debe interpretarse como un acto llevado a cabo con la intención de alcanzar la destrucción física o biológica del grupo, en todo o en parte.<sup>53</sup>

Cabe resaltar que la Corte agregó, citando al fallo “Krstic” del Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia (en adelante, “TPI-Y”),<sup>54</sup> que la destrucción de bienes del patrimonio cultural de un grupo puede ser considerado como prueba de la intención de conseguir la

---

50 CIJ, “Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007, párr. 344 (citas y comillas omitidas).

51 *Ibidem*.

52 CIJ, “Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio” (Croacia c. Serbia), sentencia del 3 de febrero de 2015, párr.135.

53 *Idem*, párr.136 (citas omitidas).

54 TPIY, “Fiscal c. Krstic”, Sala de Juicio, Caso No. IT-98-33-T, sentencia del 2 de agosto de 2001, párr. 580.

destrucción física del grupo atacado.<sup>55</sup> Cabe resaltar que la Fiscalía del TPIY ha recurrido más asiduamente a la figura del crimen de lesa humanidad de persecución que a la de genocidio<sup>56</sup> y que dicho tribunal ha dictado numerosas sentencias condenando actos de destrucción de patrimonio cultural como actos persecutorios. Si bien el TPIY dictó sentencia en numerosos casos que involucraron crímenes de persecución mediante destrucción de bienes culturales, educativos y/o religiosos,<sup>57</sup> quizás el caso más ilustrativo de los dos puntos mencionados es el del caso Brđanin, en el cual la Fiscalía presentó cargos correspondientes al crimen de genocidio y al crimen de lesa humanidad de persecución por la destrucción de 57 edificios culturales y religiosos bosnio-musulmanes y bosnio-croatas.<sup>58</sup> El TPIY rechazó el cargo por genocidio mientras que dictó condena por el crimen de persecución.<sup>59</sup>

Todo lo antedicho parece dejar en claro que el genocidio cultural no es considerado parte del derecho internacional vigente en la actualidad y, más específicamente, que no está incluido en el ámbito de aplicación material de la Convención sobre Genocidio. Sin embargo, ante la carencia de una norma positiva en derecho internacional que tipifique al crimen de genocidio cultural, parte de la crítica parece haber asimilado dicho crimen al crimen de lesa humanidad de persecución. Schmid se refiere a la ya mencionada denuncia del Dalai Lama relativa al Tíbet afirmando que si bien dichas denuncias argumentan la existencia de un genocidio cultural, dada la controversia existente en torno al concepto del genocidio cultural, esas denuncias son debatidas bajo el crimen de persecución.<sup>60</sup> Vadi, por su parte, se refiere a los ya mencionados casos ante la CIJ y al caso “Krstić” para luego señalar que al determinar el contenido exacto de la persecución, el TPIY ha incluido los intentos por erradicar instituciones religiosas y educativas de ciertas comunidades de una zona determinada.<sup>61</sup> Finalmente, es interesante la concepción de Schabas, quien afirma que el crimen de persecución formaría parte de una noción “expandida” del crimen de genocidio:

---

55 CIJ, “Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007, párr. 344.

56 Novic (2016: 150).

57 Ver párr. 3.1 del presente artículo.

58 TPIY, “Fiscal c. Brđanin”, Caso No. IT-99-36, Sexto Escrito Acusatorio Modificado de la Fiscalía, 9 de diciembre de 2003, párr. 47(3)(b).

59 TPIY, “Fiscal c. Brđanin”, Sala de Juicio Caso No. IT-99-36, sentencia del 1 de septiembre de 2004, párrs. 118 y 1152.

60 Schmid (2015: 129).

61 Vadi (2014: 258).

[d]urante décadas se le ha asignado a la Convención sobre Genocidio una carga para la cual nunca fue pensada, principalmente debido al relativamente poco desarrollado estado del derecho internacional en materia de responsabilidad por violaciones de derechos humanos. En casos de matanzas masivas y otras atrocidades, inexorablemente la atención se posaba en la Convención sobre Genocidio. Esto ha cambiado recientemente. Se ha reforzado el derecho aplicable a atrocidades que no caen dentro de la estricta definición de genocidio pero que, de todas formas, exigen un castigo. Tales ofensas comúnmente caen dentro de la definición de “crímenes de lesa humanidad” (...) [que] incluyen persecución contra un grupo o colectivo identificable con motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos considerados impermisibles bajo derecho internacional. Esta aproximación contemporánea a los crímenes de lesa humanidad no es más que una definición ‘expandida’ del genocidio que muchos han argumentado durante años.<sup>62</sup>

En la actualidad, el crimen de genocidio cultural no está incluido en la Convención sobre Genocidio ni en el Estatuto de Roma.<sup>63</sup> Sin embargo, en un contexto en el que el crimen de persecución forma parte de una noción “expandida” del crimen de genocidio –según Schabas–, los derechos de minorías, tales como el derecho a la identidad cultural o religiosa, parecen quedar –aunque sea parcialmente– protegidos por la prohibición del crimen de lesa humanidad de persecución. Al vincular a ambos crímenes en virtud del objetivo perseguido por cada uno, cabe recordar la advertencia realizada por Clapham al señalar:

---

62 Schabas (2009: 11-12). Traducción del original en inglés: “For decades, the Genocide Convention has been asked to bear a burden for which it was never intended, essentially because of the relatively underdeveloped state of international law dealing with accountability for human rights violations. In cases of mass killings and other atrocities, attention turned inexorably to the Genocide Convention because there was little else to invoke. This has changed in recent years. The law applicable to atrocities that may not meet the strict definition of genocide but that cry out for punishment has been significantly strengthened. Such offences usually fit within the definition of ‘crimes against humanity’, (...) [that] include persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law. This contemporary approach to crimes against humanity is really no more than the ‘expanded’ definition of genocide that many have argued for over the years”.

63 Sobre un análisis al respecto ver Wheatley (2006: 34-35).

[d]ebemos estar atentos (...) de que la posibilidad de reformular violaciones de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad no nos lleve a pasar por alto aquellos derechos fundamentales que resultan esenciales para la construcción de comunidades que garanticen la justicia social, el Estado de derecho y oportunidades para todos.<sup>64</sup>

Al efecto, en el apartado siguiente se desarrolla el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como fuera definido por el TPIY y su posterior recepción en el Estatuto de Roma, a fin de abordar supuestos que involucren la destrucción de elementos culturales y religiosos del grupo atacado.

### 3. El crimen de lesa humanidad de persecución

Los crímenes de persecución y de genocidio se han visto entrelazados desde las sentencias de los tribunales militares establecidos luego de la Segunda Guerra Mundial en Núremberg y en Tokio. De hecho, tal como señala Cassese, dichos tribunales militares no se refieren expresamente al crimen de genocidio, ya que al analizar el exterminio de los judíos y de otros grupos religiosos o étnicos, se refirieron principalmente al crimen de persecución.<sup>65</sup> Sin embargo, el crimen de persecución continuó existiendo sin una definición precisa hasta los primeros fallos del TPIY.<sup>66</sup> De hecho, el Estatuto de Roma (así como el documento *Elementos de los Crímenes*) recoge la definición del crimen de persecución adoptada por el TPIY<sup>67</sup> por lo que, a efectos de abordar al crimen de persecución, se presta atención especialmente a la jurisprudencia de dicho tribunal.

Los crímenes de lesa humanidad solo pueden ocurrir si se dan en un contexto determinado en derecho internacional penal. A dichas con-

---

64 Clapham (2015: 31). Traducción del original en inglés: “We should be vigilant, however, that the chance to reformulate some human rights violations as crimes against humanity does not lead us to overlook those fundamental rights that are essential for building communities that guarantee social justice, the rule of law, and opportunities for all”.

65 Cassese (2002: 335-336). Cabe mencionar que, mientras el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no otorgaba competencia material sobre el crimen de genocidio, el artículo 6.c del Estatuto estableció que sería de competencia del tribunal “la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”.

66 Brady y Liss (2015: 460).

67 Boot y Hall (2008: 217). Cassese señala que dicho crimen tuvo que ser “inventado” como nueva categoría jurídica ante las aberraciones que tuvieron lugar en la Alemania nazi. Ver Cassese (2002: 7).

diciones contextuales se las denomina comúnmente “elemento contextual” o *chapeau*.<sup>68</sup> Dado tal contexto, el acaecimiento de un solo crimen subyacente por parte de un solo individuo puede dar lugar *inter alia* a un crimen de lesa humanidad.<sup>69</sup> Como parte del *chapeau* de los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto del TPIY exige la existencia de un conflicto armado.<sup>70</sup> Sin embargo, como ha señalado la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Tadić, dicho requisito fue establecido como un elemento jurisdiccional y no como una parte sustantiva del *actus reus* de los crímenes de lesa humanidad.<sup>71</sup> De hecho, dicho elemento jurisdiccional no fue receptado por el Estatuto de Roma, por lo que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado.

El Estatuto de Roma establece como elementos contextuales que (i) “la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil” y que (ii) “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”.<sup>72</sup> Cabe resaltar al respecto que un “ataque” no necesariamente encierra un ataque de carácter militar o armado, sino que puede incluir “situaciones de maltrato” a una población civil.<sup>73</sup> Adicionalmente, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad de los demás crímenes (incluso del genocidio cultural) es que el ataque ha de ser sistemático o generalizado.<sup>74</sup>

---

68 Cassese, Gaeta, Baig *et al.* (2013: 92 y ss).

69 Cassese, Acquaviva y Fan (2011: 179-181).

70 En tanto el ya citado artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Internacional Militar establecía que el crimen de persecución solo podría ocurrir en conexión con los demás crímenes de competencia de la corte, dicho crimen solo podría haber ocurrido en tiempos de conflicto armado.

71 TPIY, “Fiscal c. Tadic”, Caso No. IT-94-1-A, Sentencia de la Cámara de Apelaciones, 15 de julio de 1999, párr. 249. Ver también TPIY “Fiscal c. Blagojevic y Jokic”, Sala de Juicio, Caso No. IT-02-60-T, Sentencia del 17 de enero de 2005, párr. 542.

72 Artículo 7(1) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17/07/1998 (e.v. 01/07/2002) UNTS 2187:3.

73 Sobre la identificación de poblaciones civiles atacadas, véase CPI, “Fiscal c. Ruto et al” *Decisión sobre Confirmación de Cargos* del 23 de enero de 2012, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/09-01/11-373, párrs. 273, 299. En cuanto a la jurisprudencia del TPIY sobre el mismo punto, ver TPIY “Fiscal c. Kunarac et al”, Sala de Juicio, Caso No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, sentencia del 22 de febrero de 2001, párr. 416; TPIY “Fiscal c. Kunarac et al”, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, sentencia del 12 de junio de 2002, párr. 86.

74 Ver TPIY, “Fiscal c. Blaskic”, Sala de Juicio, Caso No. IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo de 2000, párr. 202; TPIY, “Fiscal c. Blaskic”, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-95-14-A, sentencia del 29 de julio de 2004, párr. 98; Boas, Bischoff y Reid (2008: 51).

En lo relativo a los elementos específicos del crimen de persecución, el documento *Elementos de los Crímenes* de la CPI detalla los siguientes:

- (i) Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional.
- (ii) 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.
- (iii) 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.
- (iv) 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.<sup>75</sup>

El análisis de los dos primeros elementos –la privación grave de derechos fundamentales y la dirección del ataque en virtud de una determinada identificación relativa a un grupo o colectividad– parece resultar de gran relevancia a los fines del presente capítulo. A la luz de lo analizado en las secciones precedentes, se observa que los crímenes de persecución y de genocidio han estado ligados desde su aplicación por los tribunales militares en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. En palabras de Vrdoljak, la protección de minorías en derecho internacional está íntimamente conectada con, e impulsada por, el reconocimiento de los crímenes de persecución y de genocidio.<sup>76</sup>

Más específicamente, el crimen de genocidio cultural fue asociado de manera expresa y reiterada a la protección de derechos de minorías (lo cual motivó su exclusión de la Convención sobre Genocidio). En la actualidad, el crimen de persecución se asocia precisamente con la protección de los derechos de minorías en casos de ataques sistemáticos o generalizados contra poblaciones civiles.<sup>77</sup> Sin embargo, tal como señala Schabas, el crimen de persecución, en lugar de requerir una amenaza

---

75 CPI, *Los Elementos de los Crímenes*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, art. 7.

76 Vrdoljak (2011: 18).

77 Ver Schabas (2008a: 205 y ss).

a la propia existencia y un acto que tenga por objetivo la destrucción física o biológica, todo lo que exige es una privación grave de derechos fundamentales.<sup>78</sup> En este contexto, resulta apropiado analizar si la violación de ciertos derechos de minorías –primer elemento– dirigido contra una persona en razón de la identidad de un grupo o colectividad –segundo elemento–, pueden dar lugar a un crimen de persecución.

En tanto resultan particularmente ilustrativos a los fines propuestos, en el sub-acápite siguiente se abordan casos de destrucción de patrimonio cultural, religioso e histórico en el contexto del conflicto en la exYugoslavia como una potencial negación del derecho a la identidad religiosa o cultural de la población bajo ataque.

### 3.1. El derecho a la vida religiosa y cultural

La identidad religiosa y cultural se encuentra íntimamente relacionadas entre sí. Puede decirse que el derecho a la vida religiosa y cultural de las minorías se encuentra reconocido en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece lo siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El artículo transcrito, si bien de alcance limitado,<sup>79</sup> indudablemente abarca el derecho a que la vida cultural y religiosa de las minorías sea respetado. Su particular relevancia radica en que es la única norma vinculante de aplicación universal en materia de derechos de minorías.<sup>80</sup> La protección del artículo 27 abarca los modos en los que se manifiesta una cultura particular, tal como la celebración de actividades tradicionales manteniendo su identidad religiosa y cultural.<sup>81</sup>

---

78 Schabas (2008a: 205).

79 Ver Kingsbury (1992: 489).

80 Scheinin (2008: 23); Kingsbury (1992: 489).

81 Observación General No. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1994), párrs. 5.2, 7, 9. Se ha señalado que el Comité de Derechos Humanos no se ha expresado aun sobre derechos religiosos de conformidad con el artículo 27 debido a que tales situaciones han sido analizadas a la luz del artículo 18. Ver Joseph, Schultz y Castan (2004: 789).

Por otro lado, cabe agregar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15 reconoce el derecho de todas las personas a formar parte de la vida cultural. Interpretando dicho artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que tal derecho acarrea la obligación de los Estados a respetar y proteger el patrimonio cultural en todas sus formas<sup>82</sup> (lo cual incluiría templos, museos y otros edificios de significado cultural o religioso) y que

[d]e todos los bienes culturales, tiene especial valor la productiva relación intercultural que se establece cuando diversos grupos, minorías y comunidades pueden compartir libremente el mismo territorio.<sup>83</sup>

Es necesario entonces preguntarse si la protección de una identidad cultural en los términos transcritos ha de ser considerada un “derecho fundamental”. Preliminarmente cabe advertir que nunca se ha identificado de manera exhaustiva una lista de “derechos fundamentales” ni de actos persecutorios.<sup>84</sup> Un análisis que busque identificar derechos fundamentales comprensivamente a la luz del artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma excede al presente trabajo. Por lo tanto, en la presente sección me limitaré a analizar casos que presenten condenas por cargos de persecución mediante la destrucción de patrimonio cultural a efectos de llevar a cabo un paralelismo con el crimen de genocidio cultural.<sup>85</sup> En este contexto, si bien las salas de la CPI no han tenido oportunidad aun de expedirse sobre casos que involucren la intención de eliminar la cultura de un grupo determinado en tanto crimen de lesa humanidad de persecución,<sup>86</sup> el TPIY ha lidiado con numerosos cargos de persecución

---

82 Observación General N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 43° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1 (2010), párr. 50.a.

83 Observación General N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 43° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1 (2010), párr. 16.b.

84 Mettraux (2005: 184).

85 A los efectos del presente capítulo no se realiza un análisis cualitativo en torno al análisis o a las conclusiones a las que arribó el TPIY al identificar a ciertos derechos humanos como fundamentales.

86 En 2012, la Fiscalía de la CPI emitió su informe relativo al art. 53 del Estatuto de Roma sobre la Situación en Mali. Allí, consideró que no había una base razonable para creer que crímenes de lesa humanidad se habían cometido en Mali. En consecuencia, en el caso “Fiscal c. Al Mahdi”, el imputado – condenado por participar en la destrucción parcial de la ciudad sagrada de Tombuctú – enfrentó cargos por crímenes de guerra solamente. Al respecto, ver, Green Martínez (2015). En un caso posterior, aun en trámite, por la destrucción de Mali, “Fiscal c. Al Hassan”, la Fiscalía decidió presentar cargos por crímenes de lesa humanidad, incluido el crimen de persecución. Ver CPI, “Fiscal c. Al Hassan”, Caso No. ICC-01/12-01/18, Descripción

por destrucción de patrimonio histórico, cultural y religioso, algunos de los cuales se abordan en los párrafos siguientes.

En el ya mencionado caso contra Radoslav Brdanin la Fiscalía imputó un cargo por el crimen de lesa humanidad de persecución mediante destrucción de 57 edificios culturales y religiosos bosnio-musulmanes y bosnio-croatas. La Sala consideró que el crimen de persecución deriva su carácter único del requisito específico de la intención discriminatoria.<sup>87</sup> En cuanto a los hechos, la Sala observó que solamente templos bosnio musulmanes y bosnio croatas habían sido destruidos (no así la propiedad serbia, salvo algunos casos accidentales) y que los templos destruidos fueron convertidos rápidamente en propiedades que, de ninguna manera, podrían justificar la destrucción de un templo como, por ejemplo, estacionamientos.<sup>88</sup> En tanto la Sala no se detuvo a analizar la violación o negación de un derecho fundamental, parecería que consideró satisfechos los elementos del crimen de persecución por la naturaleza discriminatoria de los actos, sin necesidad de identificar un derecho fundamental específico infringido. El acusado fue condenado por el cargo de persecución mediante destrucción de edificios dedicados a la religión.<sup>89</sup>

El caso “Krajisnik” resulta, quizás, el de mayor relevancia a los efectos de la presente investigación. La Fiscalía imputó a Momcilo Krajisnik por persecución mediante destrucción de edificios, incluyendo más de cien mezquitas e iglesias, entre otras propiedades.<sup>90</sup> Al respecto, la Sala de Juicio sentenció que

[e]n tanto los monumentos y los sitios eran musulmanes y, en algunas circunstancias, croatas, la Sala considera que la destrucción fue discriminatoria de hecho. La Sala también concluye que a los monumentos musulmanes y croatas se les apuntó específicamente como símbolos religiosos de dichos grupos étnicos. Por ejemplo, la mezquita Hasanbegova en Sanski Most fue destruida por de la Brigada sexta de

---

del caso en Sitio Oficial de la CPI, disponible online en <https://www.icc-cpi.int/mali/al-hassan> (último acceso: 02/09/18).

87 TPIY, “Fiscal c. Brdanin”, Sala de Juicio, Caso No. IT-99-36, sentencia del 1 de septiembre de 2004, párr. 996.

88 TPIY, “Fiscal c. Brdanin”, Sala de Juicio, Caso No. IT-99-36, del 1 de septiembre de 2004, párrs. 1022-1023.

89 *Idem*, párrs. 1052, 1054, 1086. En el párrafo 1086 la Sala se refiere a la incorporación de los crímenes de guerra y persecución por destrucción de bienes religiosos.

90 TPIY “Fiscal c. Krajisnik”, Caso No. IT-00-39, Escrito Acusatorio Modificado y Consolidado, 7 de marzo de 2002, Esquema D.

Krajina, y después un estacionamiento fue construido sobre su cementerio. Cuando una mezquita en el centro de Brčko estaba quemándose, los soldados expresaron satisfacción ante su destrucción y les dijeron a los bomberos que se abstengan de apagar el fuego. La Sala concluye que las fuerzas serbias destruyeron las mezquitas para eliminar cualquier rastro de la religión y cultura musulmana.<sup>91</sup>

La Sala también consideró que dicho ataque fue parte de un ataque sistemático y generalizado contra las poblaciones civiles musulmanas y croatas, por lo que condenó al imputado Krajisnik por persecución mediante destrucción de “monumentos culturales y sitios sagrados”.<sup>92</sup> Tanto la afectación a derechos fundamentales como la discriminación quedan plasmadas en el fragmento transcrito: la Sala hizo hincapié en los efectos de tales hechos en la religión y en la cultura del pueblo que estaba siendo atacado y, teniendo en cuenta qué monumentos y símbolos habían sido destruidos, concluyó que se trató de una selección discriminatoria *de facto*. Si bien no identificó a esos derechos como fundamentales de manera expresa, de la conclusión parece desprenderse implícitamente que el derecho a la identidad religiosa y cultural fueron considerados derechos fundamentales.

En igual sentido, la Sala de Juicio del caso Sainovic (antes Milutinovic) en términos precisos sostuvo que la destrucción de propiedad religiosa acarrea un ataque a la mismísima identidad religiosa de un pueblo y, como tal, significa una expresión casi pura de la noción de los crímenes de lesa humanidad.<sup>93</sup> La sentencia de la Sala de Juicio fue confirmada por la Sala de Apelaciones.<sup>94</sup>

### 3.2. Identificación del grupo

En cuanto al segundo elemento en torno a la identidad del grupo que sufriría la persecución, la jurisprudencia de la CPI parece dar cuen-

---

91 TPIY “Fiscal c. Krajisnik”, Sala de Juicio, Caso No. IT-00-39, sentencia del 27 de septiembre de 2006, párr. 838.

92 TPIY “Fiscal c. Krajisnik”, Sala de Juicio, Caso No. IT-00-39, sentencia de del 27 de septiembre de 2006, párr. 840. Cabe mencionar que la gran mayoría de las decisiones del TPIY identifica como objetivo de la destrucción de patrimonio cultural y de bienes civiles en general la expulsión de la población bosnio-musulmana de la región. Ver TPIY, “Fiscal c. Milosevic”, Decisión sobre Solicitud de Absolución Regla 98 Bis, 16 de junio de 2004, Caso No. IT-02-54-T párr. 74.

93 TPIY “Fiscal c. Sainovic *et al.*”, Sala de Juicio, Caso No. IT-05-87, sentencia del 26 de febrero de 2009, párr. 205.

94 Ver TPIY “Fiscal c. Sainovic *et al.*”, Sala de Apelaciones Caso No. IT-05-87, sentencia del 14 de enero de 2014, párr. 1093.

ta de cierto debate. En el caso “Ruto *et al.*”, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI analizó el crimen de persecución cometido contra tres comunidades diferentes en Kenia, en las cuales las víctimas habían sido identificadas y atacadas por apoyar a un determinado partido político.<sup>95</sup> El tema no quedó libre de discusión: en su disidencia dictada en el caso “Mbarushimana”, la jueza Sanji Mmasenono Monageng había sostenido que para considerar que un grupo está protegido por el artículo 7 del Estatuto, debe observarse especificidad, coherencia ideológica y características identificables de dicho grupo.<sup>96</sup>

La oposición de tesis se advierte en tanto las personas partidarias de un grupo político, tal como demuestra el análisis en el caso “Ruto *et al.*”, no parecen contar con los elementos que incluyó la Jueza Monageng. Por el contrario, la decisión en “Ruto *et al.*” permite observar la posición expresada por el TPIY en el caso “Naletilic y Martinovic”, donde se sostuvo que no es necesaria una identificación específica del grupo atacado porque es el perpetrador quien define al grupo al que ataca, en tanto las víctimas carecen de influencia alguna en la definición de tal estatus.<sup>97</sup> Los ya citados Boot y Hall en su comentario al Estatuto de Roma confirman que el grupo o colectividad así como sus miembros, individualmente considerados, deben ser “identificables” ya sea con base en un criterio objetivo o en la mente del acusado. Después de todo, en el párrafo 1.h del Estatuto de Roma se hace referencia a numerosos motivos discriminatorios para cometer el crimen de persecución.<sup>98</sup>

#### 4. Reflexiones finales a modo de conclusión

En las negociaciones para la adopción de la Convención sobre Genocidio el crimen de genocidio cultural fue excluido de su ámbito de aplicación material, señalando varias delegaciones que su rol se relacionaba con la protección de minorías. Desde entonces no se registró ningún intento por parte de la comunidad internacional de materializar el crimen de genocidio cultural en una norma positiva de derecho internacional penal. Sin embargo, el propósito teórico de la propuesta de Lemkin en torno al genocidio cultural –la protección de la identidad cultural y religiosa de minorías– parece haber sido asumido parcial-

---

95 CPI, “Fiscal c. Ruto *et al.*”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre Confirmación de Cargos*, 23 de enero de 2012, ICC-01/09-01/11-373 párrs. 273, 299.

96 CPI, “Fiscal c. Mbarushimana”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decisión sobre Confirmación de Cargos*, 16 de diciembre de 2011, Opinión Disidente de la Presidente Sanji Mmasenono Monageng, ICC-01/04-01/10-465-Red, párrs. 35-36.

97 TPIY, “Fiscal c. Naletilic & Martinovic”, Sala de Juicio, sentencia del 31 de marzo de 2003, IT-98-34-T, párr. 636.

98 Boot y Hall (2008: 216-217).

mente en derecho internacional penal contemporáneo por el crimen de lesa humanidad de persecución.

El crimen de genocidio cultural converge parcialmente con este crimen, tal como fuera receptado en el artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma. Desde su definición moderna, el crimen de persecución parece incluir la privación de derechos fundamentales de grupos de la población civil que, tal como sugiere la jurisprudencia del TPIY, incluye los derechos a una identidad cultural y religiosa. De esta forma, actos discriminatorios contra minorías tales como la destrucción del patrimonio cultural y religioso (analizado en este artículo) caen dentro del tipo penal de crimen de lesa humanidad de persecución. Sin embargo, también se observan relevantes divergencias: mientras el crimen de genocidio cultural –tal como fuera propuesto por Lemkin– exige una motivación específica, la erradicación de la cultura o religión bajo ataque, el crimen de persecución solo exige que el ataque contra la población civil tenga una motivación discriminatoria (es decir, una intención más amplia que no necesariamente persiga la erradicación de una cultura o religión). Adicionalmente, este último exige la existencia de un *chapeau* que conste de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, lo cual no sería una condición para el crimen de genocidio cultural. Por eso, es necesario reconocer que solamente en una limitada cantidad de potenciales situaciones el crimen de persecución puede venir a ocupar el lugar vacío dejado por el genocidio cultural, no así en las que no se den los supuestos de los crímenes de lesa humanidad.

Habiendo distinguido ambos crímenes, cabe observar que, por un lado, la experiencia del TPIY y la inclusión del crimen de persecución en el Estatuto de Roma para la CPI parece indicar que el crimen de lesa humanidad de persecución posee la capacidad de suplir el rol del crimen de genocidio cultural en la protección de culturas y religiones minoritarias. Por otro lado, la existencia de reclamos que postulan genocidios culturales en la actualidad intenta poner nuevamente la cuestión en agenda. Sin embargo tales reclamos han de tener presente que el genocidio cultural no será receptado por una norma de derecho positivo hasta que la comunidad internacional de Estados no considere que ello sea necesario. En este contexto, los actores involucrados deberán decidir si continuar con su promoción del genocidio cultural como crimen internacional o, de resultar apropiado, encausar sus reclamos mediante otros tipos penales, como el crimen de lesa humanidad de persecución.

## Bibliografía

### Instrumentos Internacionales

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York (Estados Unidos), 09/12/1948 (e.v. 12/01/1951), UNTS 78:1021.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17/07/1998 (e.v. 01/07/2002) UNTS 2187:3.

### Jurisprudencia

#### *Corte Internacional de Justicia*

“Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio” (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 26 de febrero de 2007, *I.C.J. Reports 2007*.

“Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio” (Croacia c. Serbia), sentencia del 3 de febrero de 2015, *I.C.J. Reports 2015*.

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

“Fiscal c. Naletilic & Martinovic”, Fiscalía, IT-98-34-T, Escrito Acusatorio Inicial, 18 de diciembre de 1998.

“Fiscal c. Brđanin”, Fiscalía, Caso No. IT-99-36, Escrito Acusatorio Inicial, 14 de marzo de 1999.

“Fiscal c. Blaskić”, Sala de Juicio, Caso No. IT-95-14-T, Sentencia del 3 de marzo de 2000.

“Fiscal c. Naletilic & Martinovic”, Fiscalía IT-98-34-T, Escrito Acusatorio Modificado, 4 de diciembre de 2000.

“Fiscal c. Tadić”, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-94-1-A, del 15 de julio de 1999.

“Fiscal c. Kunarac *et al.*”, Sala de Juicio, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, del 22 de febrero de 2001.

“Fiscal c. Krstić”, Sala de Juicio, Caso No. IT-98-33-T, Sentencia del 2 de agosto de 2001.

“Fiscal c. Naletilic & Martinovic”, Fiscalía, IT-98-34-T, Segundo Escrito Acusatorio Modificado, 28 de septiembre de 2001.

“Fiscal c. Krajisnik”, Fiscalía, Caso No. IT-00-39, Escrito Acusatorio Modificado y Consolidado, 7 de marzo de 2002.

“Fiscal c. Kunarac *et al.*”, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Sentencia del 12 de junio de 2002.

“Fiscal c. Naletilic & Martinovic”, Sala de Juicio, IT-98-34-T, Sentencia del 31 de marzo de 2003.

“Fiscal c. Brđanin”, Fiscalía, Caso No. IT-99-36, Sexto Escrito Acusatorio Modificado, 9 de diciembre de 2003.

“Fiscal c. Milosevic”, Sala de Juicio, *Decisión sobre Solicitud de Absolución Regla 98 Bis*, 16 de junio de 2004, Caso No. IT-02-54-T.

“Fiscal c. Blaskić”, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-95-14-A, Sentencia del 29 de julio de 2004.

- “Fiscal c. Brdanin”, Sala de Juicio, Caso No. IT-99-36, Sentencia del 1 septiembre de 2004.
- “Fiscal c. Blagojevic y Jokic”, Sala de Juicio, Caso No. IT-02-60-T, Sentencia del 17 de enero de 2005.
- “Fiscal c. Krajisnik”, Sala de Juicio I, Caso No. IT-00-39, Sentencia del 27 de septiembre de 2006.
- “Fiscal c. Sainović *et al.*”, Sala de Juicio, Caso No. IT-05-87, Sentencia del 26 de febrero de 2009.
- “Fiscal c. Prlic *et al.*”, Sala de Juicio, Caso No. IT-04-74, Sentencia (vol. II) del 29 de mayo de 2013.
- “Fiscal c. Sainović *et al.*”, Sala de Apelaciones, Caso No. IT-05-87, Sentencia del 14 de enero de 2014.

### *Corte Penal Internacional*

- “Fiscal c. Mbarushimana”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decisión sobre Confirmación de Cargos*, 16 de diciembre de 2011, Opinión Disidente de la Presidente Sanji Mmasenono Monageng, ICC-01/04-01/10-465-Red.
- “Fiscal c. Ruto *et al.*”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre Confirmación de Cargos*, 23 de enero de 2012, ICC-01/09-01/11-373.

### **Doctrina**

- Abtahi, Hiram y Webb, Philippa, *The Genocide Convention - The Travaux Préparatoires* (V. I y II), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Berster, Lars, “The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, No. 4, pp. 677-692.
- Boas, Gideon, Bischoff, James y Reid, Natalie, *Elements of Crimes under International Law, Vol. II*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- Boot, M. y Hall, Christopher, “Article 7(1)(h)” en Triffterer, Otto, (Ed.), *Commentary On The Rome Statute Of The International Criminal Court: Observers' Notes, Article By Article*, Munich, Hart Pub., 2008.
- Brady, Helen y Liss, Ryan, “The Evolution of Persecution as a Crime Against Humanity” en Bergsmo, Morten *et al.* (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Vol. 3*, Bruselas, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2015.
- Cassese, Antonio, “The Path to Rome and Beyond, 1 From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court” en Cassese, A., Gaeta, Paola y Jones, John (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Cassese, Antonio, Acquaviva, Guido, Fan, Mary, *et al.*, *International Criminal Law: Cases & Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- Cassese, Antonio, Gaeta, Paola, Baig, Laurel, *et al.*, *International Criminal Law*, 3ra. ed., Hampshire, Oxford University Press, 2013.
- Clapham, Andrew, “Human Rights and International Criminal Law” en Schabas, William (ed.) *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Davidson, Lawrence, *Cultural Genocide*, Rutgers, Rutgers University Press, 2012.

- Ehlert, Caroline, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2014.
- Gaeta, Paola, *The UN Genocide Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Green Martínez, Sebastián, “Destruction of Cultural Heritage in Northern Mali: A Crime against Humanity?”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, No. 5, 2015, pp. 553-604.
- Schultz, Jenny, Joseph, Sarah y Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2<sup>da</sup> Ed. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Kingsbury, Benedict, “Claims by non-State Groups in International Law”, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 25, 1992, pp. 481-513.
- Lauterpacht, Hersch, “The Reality of the Law of Nations” en Lauterpacht, Elihu (ed.) *International Law, Collected Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- Lemkin, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe - Law of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, (2da edición con Introducción de William Schabas), Clark, The Lawbook Exchange, 1944.
- Mettraux, Génael, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Milanovic, Marco, “State Responsibility for Genocide”, en *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 553-604.
- Negri, Stefania, “Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change?”, en *Transnational Dispute Management*, Vol. 10, No. 5, 2013.
- Novic, Elisa, *The Concept of Cultural Genocide: an international law perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Paylan, Sheila y Klonowiecka-Milart, Agnieszka, “Examining the Origins of Crimes Against Humanity and Genocide” en Bergsmo, Morten *et al.* (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Vol. 3*, Bruselas, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2015.
- Sautman, Barry, *Cultural Genocide and Asian State Peripheries*, Nueva York/Hampshire, Palgrave MacMillan, 2006.
- Schabas, William, “Convention for The Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2008 disponible en [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cppcg/cppcg\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cppcg/cppcg_e.pdf) (último acceso: 01/06/16).
- Schabas, William, “Developments relating to minorities in the law on genocide” en Henrard, Kristin y Dunbar, R. (eds.), *Synergies in Minority Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008a.
- Schabas, William, *Genocide in International Law - The Crime of Crimes*, 2da ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Scheinin, Martin, “The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Article 27 and Other Provisions” en Henrard, Kristin y Dunbar, R. (eds.), *Synergies in Minority Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Schmid, Evelyne, *Taking Economic, Social and Cultural Rights Seriously in International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Vadi, Valentina, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Vrdoljak, Ana Filipa, “Human Rights and Genocide: the Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law”, en *European Journal of International Law* Vol. 20, No. 4, 2009, pp. 1163-1194.

Vrdoljak, Ana Filipa, “Genocide and Restitution: Ensuring Each Group’s Contribution to Humanity”, en *European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 2011, pp. 17-47.

Wheatley, Steven, *Democracy, Minorities and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Notas periodísticas

Reuters, “Dalai Lama blames Tibetan burnings on ‘cultural genocide’” 7 de noviembre de 2011, disponible en <http://www.reuters.com/article/us-china-tibet-dalailama-idUSTRE7A619X20111107>.

BBC, “Dalai Lama: ‘Cultural genocide’ behind self-immolations” 7 de noviembre de 2011, <http://www.bbc.com/news/world-asia-15617026>.

## De Lubanga a Ongwen: la noción de participación activa en las hostilidades y la aplicación de la perspectiva de género en su interpretación\*

*Paula Scianca Luxen*

El objetivo de este trabajo es analizar la interpretación y el alcance que le otorgó la Corte Penal Internacional al concepto de *participación activa en hostilidades de niños/as* a lo largo de su jurisprudencia, así como también, identificar si la perspectiva de género está presente en las interpretaciones y cuál es su aporte en estos casos.

El estudio desde una perspectiva de género permitirá examinar el impacto de la ausencia o de la presencia de este enfoque en las interpretaciones que realiza la Corte. También permitirá dar cuenta de las fuentes que son utilizadas por la Corte en cada decisión para hacer entrar en juego esta perspectiva en el análisis jurídico. Se adelanta que se parte de la premisa de que es necesaria la transversalización de la perspectiva de género a la hora de construir e interpretar el derecho para lograr la igualdad real en la protección y garantía de derechos.

La variable “género” como categoría de análisis es relevante, principalmente, porque en todos casos que se analizarán, las víctimas denuncian en sus relatos vejámenes contra su integridad sexual. En este sentido, este ensayo encuentra asidero en ese vínculo existente entre el crimen de guerra de *reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades* y la violencia sexual sufrida por niños/as en ese marco.

Tanto en la Situación de la República Democrática del Congo como en la Situación de Uganda, la Corte se adentró en la interpretación de este concepto que aparece en el Estatuto de Roma (en adelante, “ER” o “Estatuto”) como parte de la tipificación del crimen de guerra de *reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades*. Esta

---

\* Todas las traducciones de las decisiones analizadas son propias.

conducta está receptada en los artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) del Estatuto y puede ser cometida en el contexto de los conflictos armados internacionales y en los de carácter no internacional.

La primera oportunidad que tuvo la Corte para adentrarse en este concepto fue en el caso de Thomas Lubanga Dylo donde no hubo imputación por parte de la Fiscalía de crímenes sexuales. En la sentencia condenatoria, la interpretación de la *participación activa* pareciera separarse de la noción que trae el derecho internacional humanitario (en adelante, “DIH”), desdoblándose en directa e indirecta. Por su parte, la jueza Elizabeth Odio Benito en su disidencia en el mismo fallo, plantea a la violencia sexual sufrida por niños/as en el marco de ese “reclutar o alistar o participar” como parte constitutiva del crimen en cuestión.

A partir de esta decisión, la Corte tuvo que volver a expedirse sobre la cuestión en el mismo caso “Lubanga”, en instancia de apelación, así como también en los casos de Germain Katanga, Bosco Ntaganda y Dominic Ongwen.<sup>1</sup> En estos últimos, a diferencia del caso “Lubanga”, además de la imputación por el crimen de reclutamiento de menores de 15 años, también se había atribuido la comisión de crímenes sexuales. Esta situación influyó, como veremos, en la forma en que la Corte determinó el alcance del crimen de reclutamiento.

La primera sección será una introducción al concepto de género y de perspectiva de género, así como también, a su importancia en el derecho, en particular, en el derecho internacional. La segunda parte, para adentrarnos en el análisis del crimen, dará cuenta de la noción de la participación en las hostilidades desde el derecho internacional humanitario. En tercer lugar, se repasarán los argumentos más importantes que construyó la Corte en los casos de estudio. Finalmente, se ofrecerán reflexiones finales acerca la noción de género utilizada por la Corte, así como también su perspectiva al respecto a lo largo de la jurisprudencia analizada y cómo este enfoque impacta en la selección del derecho aplicable en cada caso.

---

<sup>1</sup> Los casos que se analizan en el presente trabajo ocurrieron en el marco de conflictos armados no internacionales. Esto implica que el tipo penal analizado sea el que se encuentra establecido en el artículo 8(2)(e)(vii) de ER: 2. *A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: (...) 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: (...) (vii) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.*

## 1. ¿Por qué es necesaria una perspectiva de género como categoría de análisis?<sup>2</sup>

En primer término, es necesario establecer que el concepto “género” refiere a una construcción social, cultural e histórica que se realiza respecto del sexo de las personas. Es decir que el *ser mujer* y el *ser varón* se encuentran determinados por estas representaciones.<sup>3</sup>

Las construcciones que se crean alrededor del *deber ser varón* y del *deber ser mujer* se traducen en conductas y actitudes “esperables” (estereotipos) que, a su vez, implican una división de tareas entre el varón y la mujer<sup>4</sup> y, por lo tanto, inciden en la conformación de la identidad de las personas. De esta manera, el ámbito público –relaciones sociales, política, trabajo– es el campo de acción del varón.<sup>5</sup> Y el espacio privado –el hogar, las tareas de cuidado de los/as niños/as– está reservado para la mujer.<sup>6</sup> Así, se va construyendo un imaginario social que da cuenta de esta división (por ejemplo, la mujer es caracterizada como débil, sentimental, prudente, romántica, entre otras; en cambio, al varón de lo construye como fuerte, racional, arrojado, competitivo, etc.).<sup>7</sup> Esta división binaria y heteronormativa conlleva, indefectiblemente, a la discriminación y exclusión de toda aquella persona que no se “amolde”.<sup>8</sup>

En segundo lugar, resulta necesario aclarar que el término “sexo” refiere al cuerpo biológico, a la anatomía y a una clasificación binaria (macho/hembra, hombre/mujer). De esta manera, los estereotipos de género se asocian a la persona según el sexo asignado al nacer en virtud del sistema patriarcal. Es decir, un sistema de dominación que legitima la desigualdad entre varones y mujeres y promueve la preeminencia del varón heterosexual.<sup>9</sup> En este sentido, la categoría “género” nos permite dar cuenta de esa inequidad y cuestionar el orden establecido.<sup>10</sup>

---

2 A continuación, se abordarán los conceptos de género y sexo de manera dicotómica. Esto no implica desconocer la complejidad y diversidad de cuerpos y géneros sino, más bien, un recorte metodológico necesario a los fines de este trabajo. Para profundizar la cuestión, ver Maffia (2003); Maffia (2011).

3 Cf. Cook y Cusack (2009: 13-15).

4 Wittig (2006: 51-52).

5 Pateman (1996).

6 Pateman (1983: 212-214).

7 Scott (2011: 97).

8 Wittig (2006: 51-52).

9 Guasch (2007).

10 Lamas (1986: 181).

Podemos preguntarnos, sin embargo, cuál es la relación entre las categorías descriptas y el derecho internacional penal. En primer lugar, es necesario tener en cuenta el impacto que producen los roles de género no solo en los comportamientos individuales, sino también en los regímenes jurídicos. Esto implicó, por ejemplo, que históricamente sean los varones los que, teniendo el dominio del espacio público, se involucraran en la construcción del derecho interno e internacional. En este sentido, algunas autoras han sostenido que, más allá de las diferencias históricas, culturales, étnicas, raciales, religiosas, las mujeres comparten un elemento central: la dominación por parte de los varones.<sup>11</sup> Sin embargo, otras autoras hablan de un “patriarcado internacional” como “...la predominancia de las elites de varones sobre mujeres y varones subordinados (...) mantiene su poder a través de modalidades políticas y económicas en competencia [entre sí] que cambian a través del tiempo y el espacio geográfico. La naturaleza de la opresión de las mujeres y varones subordinados difiere dependiendo los contextos culturales y la clase económica”.<sup>12</sup>

No puede perderse de vista que este tipo de perspectivas también problematizan el rol de mujeres que reproducen el sistema patriarcal y de aquellos varones que son reducidos a una instancia de dominación.

No obstante, los cambios en la percepción del género y la concepción de los ideales de varón y mujer, tienen un potencial transformador.<sup>13</sup> La concientización de estos procesos es necesaria para poder re-significar y transformar la realidad. Por esto, es necesario promover reflexiones sobre el derecho<sup>14</sup> y la jurisprudencia<sup>15</sup> desde una perspectiva de género.<sup>16</sup>

---

11 Charlesworth, Chinkin y Wright (1991: 621).

12 Traducción propia. *[G]lobal rule of male elites over women and subordinated men (...) maintains its power through competing political and economic modalities which shift across time and geographical space. The nature of women's and subordinated men's oppression differs depending on contexts of culture and economic class. Cf. Winkler (2013:1).*

13 Bergalli y Boledón (1992: 48).

14 Sobre el impacto de este tipo de enfoques ver Charlesworth, Chinkin y Wright (1991).

15 Acerca de la incorporación de la categoría género en el análisis jurisprudencial ver West (1988). Un ejemplo de ello es el caso *Krstic* del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia que incorporó la variable “patriarcado” en la comprensión del crimen de genocidio. Al respecto ver Buss (2014).

16 Son muy interesantes los proyectos y la producción académica vinculada con la “re-escritura” de jurisprudencia desde una perspectiva de género. Un ejemplo es el *Feminist International Judgments Project: Women's Voices in International Law*, donde el objetivo central es impactar en el derecho internacional en sí y en el pensamiento judicial (teniendo en cuenta que predominan las perspectivas de los varones). Sobre la convocatoria lanzada en 2014 ver <https://ilg2.org/2014/01/16/invitation-to-participate-in-the-feminist-international-judgments-project/> (último acceso: 07/05/2019).

El Estatuto de Roma incluye en el párrafo 3 del artículo 7 destinado a los crímenes de lesa humanidad, una definición de género a los fines de este instrumento. *Género* para el ER “se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad” y se aclara que “no tendrá más acepción que la que antecede”. De acuerdo con lo explicado al comienzo de esta sección, pareciera que hay una confusión entre el sexo biológico y la construcción social asociada. Más aun, se plantea un análisis dicotómico y binario al mencionar “lo femenino” y “lo masculino”, y se omite hacer referencia a la orientación sexual y a las identidades de género.

En otras palabras, la redacción nebulosa de la noción y la restricción del concepto al sexo biológico trae múltiples impactos que ya han sido señalados por diversas autoras.<sup>17</sup> Tal es la importancia de este concepto que, en principio, cómo la CPI interprete la noción de género impactará en los casos que puede investigar y en cuál es el derecho aplicable en cada situación. Y, es más, esto repercute de manera directa en la construcción de *género* para el derecho internacional en su conjunto.<sup>18</sup>

De esta forma, con todas estas cuestiones en mente, me dispondré a analizar la jurisprudencia de la CPI en las siguientes páginas.

## 2. ¿Qué es la participación activa en las hostilidades para el derecho internacional humanitario?

Antes de adentrarnos en la definición de participación activa en las hostilidades, es necesario señalar que uno de los principios sobre los cuales se erige el derecho internacional humanitario es el de distinción entre la población civil y combatientes.

Si bien se entiende que la práctica de los Estados lo ha convertido en un principio del derecho consuetudinario, también se deriva de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 (en adelante, “PA I” y “PA II”), a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, “CG”),<sup>19</sup> así como también, del artículo 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949.

La definición de población civil es una construcción que se realiza de manera negativa; en este sentido, es toda población que no pertenece a las fuerzas armadas del Estado, ni tampoco es parte de un grupo

---

17 Charlesworth y Chinkin (2000: 335); Oosterveld (2005: 55-84); Beringola (2017: 84-109); Sellers (2018).

18 Oosterveld (2005).

19 Artículos 48, 51(2), 51(3) y 52(1), PA I y artículos 1(1), 5(1b) y e), 13, 14, 17 y 18 PA II para conflictos de carácter no internacional.

armado.<sup>20</sup> Este concepto permite rápidamente evaluar cuáles serán los objetivos legítimos de ataque y establece una prohibición de atacar a la población civil. No obstante, esa protección se desvanece cuando las personas civiles participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

A pesar de su importancia, no existe un listado de acciones y actividades que, realizadas por una persona civil, sean indefectiblemente consideradas como participación en las hostilidades. No obstante, si existe duda sobre la existencia de una participación civil en las hostilidades, surge la obligación de optar por la interpretación más amplia, es decir, considerar que continúa manteniendo su protección como población civil.<sup>21</sup>

Tanto en conflictos armados internacionales como en los de carácter no internacional, la evaluación de esa participación debe estar acompañada por las condiciones de la situación particular. Se trata, entonces, de una evaluación caso por caso.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, “CICR”) ha elaborado un documento que provee ciertos lineamientos a tener en cuenta a la hora de determinar cuándo un acto específico encuadra como participación directa. Se trata de la “Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario”,<sup>22</sup> adoptada por la Asamblea del CICR el 26 de febrero de 2009. Si bien, no puede ser considerada derecho internacional en sentido estricto (porque no fue creada a través de alguno de los medios válidos de creación del derecho internacional) ello no implica desconocer su utilidad, sobre todo, cuando es producto de la incansable labor del CICR como institución humanitaria privada e independiente, para “la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados”<sup>23</sup> con el fin de “lograr la protección

---

20 Artículo 50(1), PA I y Artículo 1, PA II. El principio de distinción también dispone que las partes en conflicto deberán distinguir entre bienes de carácter civil y objetivos militares, de tal forma que los ataques solo podrán dirigirse contra estos últimos, mientras que los bienes de carácter civil no pueden ser atacados. Son objetivos militares aquellos que, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

21 Cf. Artículo 50(1), PA I, *IHL Database, Customary Law*, Rule 5, disponible en [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule5](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule5) (último acceso: 03/05/2019).

22 Melzer (2010).

23 Artículo 4, inc. g, Estatutos del CICR, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/icrc-statutes-080503.htm> (último acceso: 03/05/2019).

y asistencia de las víctimas militares y civiles de [los conflictos armados]”.<sup>24</sup>

En el marco de este estudio se delimitan tres requisitos o elementos constitutivos que deben verificarse para estar en presencia de un acto considerado participación activa, a saber: 1. umbral de daño; 2. causalidad directa y 3. nexos beligerante.<sup>25</sup> A la vez, se indica que las expresiones “participación directa” y “participación activa” son utilizadas como sinónimos.<sup>26</sup>

El primer requisito exige que la materialización o la mera probabilidad de que el acto llevado a cabo tenga como resultado un daño. Este último, a su vez, tiene que tener el carácter de militar, requisito que se adquiere con cualquier consecuencia adversa en las operaciones militares o en la capacidad militar de una de las partes.<sup>27</sup> O, en su caso, deben existir probabilidades de que la conducta cause, como mínimo, la muerte, heridas o destrucción de las personas o bienes protegidos contra los ataques directos.<sup>28</sup>

La causalidad directa implica que el daño sea causado por una conducta individual a través de una cadena causal ininterrumpida, no siendo necesario que el acto sea indispensable para causarlo.<sup>29</sup>

Por último, el nexo beligerante existe cuando el propósito del acto es causar el daño de manera directa en apoyo a una de las partes en el conflicto y, por lo tanto, en desmedro de la otra.<sup>30</sup> Se sostiene que es necesario determinar la finalidad del acto realizado para dilucidar si existió un nexo entre el acto y el daño causado. De acuerdo con la definición propuesta por la Guía, parecieran excluirse actos que afecten de manera simultánea a ambas partes en el conflicto e, inclusive, a aquellos que mejoran la capacidad militar de una de las partes sin producir daño en las partes adversas.<sup>31</sup>

Si se dan estos tres requisitos acumulativamente, sostiene la Guía, las personas civiles pierden la protección de tales mientras dure la participación. Es decir, existe una pérdida momentánea de la protección general otorgada por las normas del derecho internacional humanitario.

---

24 *Idem*, inc. d.

25 Melzer (2010: 46-64).

26 Melzer (2010: 43). En este sentido, se entiende que, como los CG y sus PA utilizan “activa” y “directa”, respectivamente, ambas categorías indican que no existe ninguna distinción, sino que, al contrario, poseen la misma calidad y grado de participación.

27 Melzer (2010: 47).

28 Melzer (2010: 49-50).

29 Melzer (2010: 53-54).

30 Melzer (2010: 58-59).

31 Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (2012: 17).

Sin embargo, se aclara que hay ciertas conductas que ocurren en el contexto de un conflicto armado, que no son parte de la conducción de las hostilidades sino, más bien, actividades de apoyo que mantienen la capacidad para causar daño, que no conllevan esa pérdida de protección.<sup>32</sup>

¿Qué sucede, entonces, con esta noción cuando se trata del crimen de alistamiento, reclutamiento o uso de menores de 15 años?

Cabe mencionar que la prohibición que está tipificada como crimen de guerra por el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional tiene carácter consuetudinario tanto para conflictos armados internacionales como internos.<sup>33</sup>

Dentro del DIH, niños y niñas son considerados parte de la población civil que requiere una protección especial. En este sentido, en el CG IV<sup>34</sup> y en los PA I<sup>35</sup> y II<sup>36</sup> se encuentran artículos específicos que recogen esta protección reforzada. A su vez, el artículo 77.2 del PA I y el artículo 4.3.c del PA II, cristalizan la prohibición de reclutamiento de menores de 15 años.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>37</sup> refiere a la prohibición de que las fuerzas armadas de un Estado enlisten a menores de 15 años en sus filas.<sup>38</sup> El Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados<sup>39</sup> refuerza la prohibición y la prevé también respecto a los grupos armados.<sup>40</sup>

En resumen, se puede afirmar que la población civil está compuesta por aquellas personas que no pertenecen a las fuerzas armadas de un Estado ni forman parte de un grupo armado. En tanto civiles, conservan la protección otorgada por el DIH a menos que participen de manera directa en las hostilidades. Por lo tanto, es importante determinar en qué consiste esa participación y su duración porque serán el límite de la desprotección en el conflicto. A su vez, existen grupos de la población civil que tienen una protección especial y, entre ellos, se encuentran

---

32 Melzer (2010: 52 y 64-65).

33 *IHL Database, Customary Law*, Rule 137, disponible en [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule137](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule137) (último acceso: 03/05/2019).

34 Artículos 23, 24, 38, 50, 76 y 89, CG IV.

35 Artículo 70(1), PA I.

36 Artículo 4(3), PA II.

37 Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York (Estados Unidos), 20/11/1989, (e. v. 02/09/1990) UNTS 1577: 3.

38 Artículo 38, Convención sobre los Derechos del Niño.

39 Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Nueva York (Estados Unidos), 25/05/2000, (e. v. 12/02/2002) UNTS 2173:222.

40 Artículo 4, Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

los/as niños/as. Cuando se trata de niños/as menores a 15 años, resalta la prohibición de reclutar, enlistar o usar para participar activamente en las hostilidades, prohibición que encuentra asidero tanto en el DIH como en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el próximo apartado analizaré cómo ha interpretado la Corte Penal Internacional este engranaje de normas en función de la tipificación del Estatuto de Roma del crimen de guerra de reclutar, enlistar o usar a menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades.

### 3. La participación activa en las hostilidades a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

#### 3.1. El caso “Lubanga”: distinción entre participación activa directa e indirecta

Thomas Lubanga Dylo fue condenado el 14 de marzo de 2012 por el crimen de guerra de “[r]eclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” en el marco de un conflicto armado no internacional, de conformidad con el artículo 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma.<sup>41</sup>

En dicha oportunidad, la Sala de Primera Instancia I (en adelante, “SPI I”) realizó un análisis exhaustivo del tipo penal mencionado y estableció que, ni el ER, ni las Reglas de Procedimiento y Prueba ni los Elementos de los Crímenes, definen los verbos típicos del crimen.<sup>42</sup> Ante este vacío legal, entendió que debía hacer uso del artículo 21 (Derecho Aplicable) y el artículo 22(2) (*nullum crimen sine lege*) del ER.<sup>43</sup>

La Sala sostuvo que para poder determinar si una conducta configura o no participación activa debían tenerse en cuenta dos factores: el apoyo que se brinda a los miembros del grupo armado con el acto que se realiza y el nivel de riesgo resultante de la conducta llevada a cabo.<sup>44</sup> Además, entendió que esa participación podía configurarse como “directa” o “indirecta”<sup>45</sup> y, de esta forma, asentó un criterio innovador, ya que, hasta el momento, ambas nociones habían sido utilizadas como sinónimos.<sup>46</sup>

---

41 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012.

42 *Idem*, párr. 600.

43 *Íbidem*.

44 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, párrs. 576 y 628.

45 *Idem*, párr. 628.

46 Melzer (2010: 43).

Para comenzar su análisis, en virtud del artículo 21 del ER que enumera el derecho aplicable por la CPI, recurrió a los Elementos de los Crímenes para afirmar que la conducta, necesariamente, debe haber tenido lugar en el contexto de un conflicto armado y estar relacionada con él. Pero para interpretar qué significa esa exigencia, hizo uso de los Trabajos Preparatorios del Estatuto de Roma<sup>47</sup> y afirmó que, aunque la participación directa no es necesaria, un vínculo con el combate es, sin embargo, requerido.<sup>48</sup>

En este sentido, distinguió entre dos categorías de participación. La primera requiere la intervención directa en las hostilidades (exploración, espionaje, sabotaje y el uso de niños/as como señuelos, mensajeros/as o en puestos de control militares,<sup>49</sup> guardia de objetivos militares o ser guardaespaldas) que se determina según el impacto directo en el uso de los recursos logísticos y en la organización de operaciones que realiza la otra parte en conflicto.<sup>50</sup> La segunda engloba actividades claramente no relacionadas con las hostilidades como entrega de comida en una base aérea o como personal doméstico en las habitaciones de oficiales casados. Estas no constituirían, según la Sala, una participación activa en las hostilidades.<sup>51</sup>

Para robustecer su posición, hizo uso de la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, “TESL”) relevante en la materia debido a que la redacción de la prohibición de la conscripción, reclutamiento y utilización de niños/as menores de 15 años en su Estatuto es idéntica al artículo 8(e)(vii) del ER.<sup>52</sup> De esta manera, se refirió al caso del Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC, por sus siglas en inglés) del TESL, donde se examinó el alcance de la participación activa en las hostilidades. El Tribunal Especial entendió que el uso de niños/as para participar activamente en las hostilidades no se restringe a los/as niños directamente involucrados/as en el combate.<sup>53</sup>

---

47 Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Borrador del Estatuto para la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, p. 21 y nota al pie 12.

48 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, párr. 621.

49 *Idem*, párr. 622.

50 *Ibidem*.

51 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, párr. 623.

52 *Idem*, párr. 603.

53 *Idem*, párr. 624: “Una fuerza armada requiere apoyo logístico para mantener sus operaciones. Cualquier trabajo o apoyo que surtiera el efecto de, o ayudara a mantener, operaciones en un conflicto constituye participación activa. Por lo tanto, llevar cargas para la facción en lucha,

Seguidamente, la Sala destacó que el TESL hizo foco en la participación del/de la niño/a como *apoyo esencial* para la fuerza armada y resaltó que participar activamente en las hostilidades incluye colocar las vidas de niñas/os en un riesgo directo en el combate.<sup>54</sup>

Luego, analizó las previsiones de los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. De esta forma, entendió que el uso del enunciado “para participar activamente de las hostilidades” como opuesto a la expresión del Protocolo Adicional I, “participación directa”, no sería correcto. Estas previsiones tendrían como fin, según la Sala, ofrecer una interpretación amplia de las actividades y roles que pueden adoptar niños/as menores de 15 años en el marco de las hostilidades.<sup>55</sup>

Aun más, la Sala entendió que entre quienes participan activamente en las hostilidades, se encuentran desde aquellos/as en el frente de batalla hasta los/as niñas/niños que son involucrados/as en un sin número de roles que brindan apoyo a los combatientes. Todas estas actividades, que abarcan tanto una participación directa como indirecta, tienen una característica común subyacente: el/la niño/a es considerado/a, como mínimo, un objetivo potencial.<sup>56</sup>

Esta distinción entre participación directa e indirecta –como subcategorías de la participación activa– permitió entender que, el *apoyo* y el consecuente *nivel de riesgo* eran elementos para determinar que el/la niño/a está involucrado/a en las hostilidades aunque no se encuentre en la zona de combate.<sup>57</sup> Así, sostuvo que para determinar si el rol desarrollado es “indirecto”, se debía evaluar si el apoyo provisto por el/la niño/a a los combatientes lo o la expone a un peligro real de ser considerado/a un objetivo potencial.<sup>58</sup>

Además de esta interpretación novedosa, no solo por constituir la primera sentencia de la CPI sino por la forma en que se analizó la tipificación penal, una de las juezas que formaba parte de la Sala realizó

---

buscar y/o obtener comida, municiones o equipamiento, actuar como señuelos, llevar mensajes, y otros; son ejemplos de participación activa tanto como actuar en el combate”, Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, “Fiscal c. Brima, Kamara y Kanu”, Sala de Juicio II, *Judgment*, 20 de junio de 2007, párr. 737.

54 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, párr. 626; TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, “Fiscal c. Brima, Kamara y Kanu”, Sala de Juicio II, *Judgment*, 20 de junio de 2007, párr. 736.

55 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, párr. 627.

56 *Idem*, párr. 628.

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*.

un voto en disidencia. Los fundamentos que esboza en su decisión son referidos a continuación.

### 3.1.a) El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito

Si bien la Sala de Juicio entendió que había sido un error de la Fiscalía no presentara cargos respecto de la violación y esclavitud sexual respecto de los/as menores de 15 años utilizados/as para participar de las hostilidades,<sup>59</sup> sostuvo que no podría modificar los cargos en esa instancia debido a que no podía exceder los hechos y circunstancias descriptas en los cargos y en cualquiera de sus enmiendas.<sup>60</sup>

No obstante, la jueza Odio Benito en su voto disidente en el caso, destacó que podría haberse alcanzado una resolución distinta si la Sala hubiera considerado la violencia sexual como parte del crimen previsto en el artículo 8(2)(e)(vii) del ER.

La construcción de la argumentación de la magistrada no es distinta al desarrollo de la mayoría que describí anteriormente. El aporte sustancial es el enfoque de género que le imprime a la interpretación y alcance de la prohibición normativa. Con su visión, hace prevalecer el impacto diferencial de género que produce el crimen, cuando las víctimas son mujeres y, en este caso, menores de edad.<sup>61</sup>

En este orden de ideas, destacó que los procedimientos ante la CPI deben tener en cuenta el daño sufrido por las víctimas como resultado de los crímenes bajo su jurisdicción y no solo reservar su valoración al momento de las reparaciones, sino que debe ser un aspecto fundamental en la evaluación de la Sala de los crímenes cometidos.<sup>62</sup> De esta

---

59 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, párr. 629-630.

60 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Decision on the Legal Representatives’ Joint Submissions concerning the Appeals Chamber’s Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court*, 8 de enero de 2010, párr. 35.

61 En el año que se dictó la sentencia no existía ningún documento propio de la Corte que indicara cómo abordar los hechos con un enfoque de género. Tal como se comentó en la segunda sección de este trabajo, en 2014 se publicó el “Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género” que dio a conocer la forma de trabajo, abordaje, investigación y presentación del caso, en aquellas situaciones en las que se esté en presencia de crímenes basados en el género. Incluso, hace apenas unos años, en noviembre de 2016, se publicaba la “Política relativa a los niños” donde se dedican unos párrafos a la cuestión y se remite al Documento mencionado respecto de la perspectiva de género que se debe adoptar en el examen. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género”, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes-05-06-2014>; CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Política relativa a los niños”, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=161115-otp-policy-children%20> (último acceso: 03/05/2019).

62 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 8.

forma, sostuvo que la prohibición de reclutar a niños/as para participar de las hostilidades pretende protegerlos de los múltiples riesgos que se producen en el contexto de un conflicto armado, como el maltrato, la violencia sexual y los matrimonios forzados.<sup>63</sup>

Destacó la responsabilidad de la Sala de definir los crímenes en virtud del derecho aplicable y de no limitarse a los cargos presentados por la Fiscalía.<sup>64</sup> Fue contundente en resaltar que la Sala, al no incluir dentro de la figura jurídica de “utilización para participar activamente de las hostilidades” la violencia sexual y otros maltratos sufridos por los/as niños/as, había invisibilizado un aspecto crítico del crimen.<sup>65</sup>

Además, destacó que, si no se observaban los hechos con los lentes del género, se producía una discriminación hacia las víctimas del crimen que han sufrido sistemáticamente la violencia sexual como parte intrínseca de su vinculación con el grupo armado.<sup>66</sup> Sostuvo que el peligro al que son expuestos/as (al realizar una tarea que brinda apoyo al grupo) no solo proviene de parte contraria en el conflicto sino del grupo al que pertenecen y el ejemplo que brindó es el “apoyo a los combatientes a través de la violencia sexual ejercida sobre sus cuerpos”.<sup>67</sup> Al respecto, se adelanta que, la posibilidad de ser blanco de ataque por parte de los miembros del grupo armado al que pertenecen, es una cuestión que continuará siendo discutida por la Corte Penal Internacional en el marco del caso “Bosco Ntaganda”.

Otra cuestión interesante es que la disidencia hace especial hincapié en sostener que la violencia sexual es un elemento intrínseco de la conducta criminal del tipo penal de *reclutar, alistar o utilizar* menores de 15 años para participar en las hostilidades.<sup>68</sup> Es decir que, cuando las niñas “fueron usadas como esclavas sexuales o ‘esposas’ por los comandantes u otros miembros del grupo armado”,<sup>69</sup> brindaron, según la interpretación de la jueza, un apoyo esencial al grupo. En este marco, embarazos no deseados, las muertes de esas niñas y de sus bebés, el hecho de contraer enfermedades venéreas, el trauma psicológico que

---

63 *Idem*, párr. 6.

64 *Idem*, párr. 15.

65 *Idem*, párr. 16.

66 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 16.

67 *Idem*, párr. 18.

68 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 20.

69 *Ibidem*.

provoca toda la situación y el aislamiento social<sup>70</sup> se visibilizan como consecuencias específicas en razón del género. Estas son las situaciones que demuestran el impacto diferencial en las niñas.<sup>71</sup>

Al continuar con este razonamiento, si las niñas son reclutadas primordialmente con un objetivo sexual, y es entonces el reclutamiento el que hace viable la violencia sexual, parecería ser un factor de discriminación entre niños y niñas el hecho de excluir del análisis del crimen esa violencia. En particular, cuando pareciera que ser guardaespaldas o guardias son tareas reservadas a los varones.<sup>72</sup> Nuevamente la distinción entre el tipo de sometimiento al que son obligados/as es en relación con el género que se le atribuye a esos/as menores de 15 años.

Por lo cual, el uso de los cuerpos de los/as niños/as, dentro o fuera del propio grupo, según la jueza Odio Benito, es un crimen de guerra y como tal se encontraba incluido en los cargos contra el acusado.<sup>73</sup>

Todo este despliegue argumentativo es el que le permite a la jueza considerar, por un lado, apartarse del impedimento establecido en el artículo 74(2) del ER e incluir la violencia sexual dentro de la figura jurídica del crimen en cuestión<sup>74</sup> y, por el otro, sostener que la determinación caso por caso de las conductas que pueden configurar una participación activa en las hostilidades puede traer aparejada la limitación y una potencial valoración discriminatoria de los riesgos y daños sufridos por las niñas.<sup>75</sup>

Algunas de las críticas que ha recibido esta postura se relacionan con la posibilidad de estar en presencia de una interpretación demasiado amplia del tipo penal que conlleve una violación al principio de interpretación estricta.<sup>76</sup> Otras, se vinculan con la desprotección que acarrea la extensión del concepto de participación en las hostilidades,

---

70 *Ibidem*.

71 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 21.

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

74 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 17.

75 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 15.

76 Artículo 22(2), ER; Yuvaraj (2016:83).

incluyendo momentos y actividades que, con una interpretación restrictiva de la norma, conservan la protección especial del DIH.<sup>77</sup>

Aun así, lo destacable de la propuesta que presenta la jueza Odio Benito es la de ejercitar desde la CPI una perspectiva de género al momento de definir, interpretar y determinar los alcances de las figuras típicas que trae el Estatuto de Roma. En este sentido, puede afirmarse que, al no incluir cargos de violencia sexual, la Fiscalía omitió realizar un análisis con enfoque de género. Al mismo tiempo, se puede advertir con esta omisión que los testimonios de las víctimas tampoco fueron recabados con estos lentes. Por último, las críticas enumeradas en el párrafo anterior respecto a esta posición también dan cuenta de una reticencia a incluir este tipo de análisis, pero más aun son muestra de la necesidad de reinterpretar las categorías e institutos propios del derecho internacional.<sup>78</sup>

### 3.2. El caso “Katanga”: análisis de la participación activa y los crímenes sexuales

A diferencia de lo que había sucedido con el caso “Lubanga”, en esta confirmación de cargos sí se imputaron crímenes de índole sexual junto con el reclutamiento de menores para participar en las hostilidades.<sup>79</sup> Sin embargo, los crímenes sexuales no fueron vinculados al reclutamiento para participar en la zona de combate. No obstante, como la Sala interviniente analiza el crimen sexual de esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad, se introdujo en la discusión del matrimonio forzado. Por las características peculiares del secuestro de niñas y mujeres por parte del grupo armado, la Sala de Cuestiones Preliminares I tuvo que analizar esta posibilidad y distinguió los elementos que le permitieron sostener que la esclavitud sexual también incluye situaciones donde mujeres y niñas son forzadas a ‘casarse’<sup>80</sup> y sostuvo que el matrimonio forzado era una “forma particular de esclavitud”.<sup>81</sup> Remarcó que existía un *propósito* por parte de los miembros de los grupos armados de tomar a las mujeres y niñas como sus “esposas”.<sup>82</sup>

---

77 Para un análisis exhaustivo de las críticas a esta posición ver Dias (2014).

78 Charlesworth y Chinkin (2000: 48-52).

79 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 30 de septiembre 2008.

80 *Idem*, párr. 431.

81 *Idem*, párr. 430.

82 *Idem*, párr. 435.

Si bien no es el objeto de este trabajo profundizar en esta cuestión, si es relevante tener en mente esta decisión porque las tareas que llevaban a cabo estas mujeres guardan similitud con las que son detalladas en el caso “Lubanga”. Incluso, si tomamos como pertinente el análisis propuesto por la jueza Odio Benito, la violencia sexual a la que fueron sometidas se convierte en un patrón de conducta por parte de los grupos armados en todos los casos analizados. Esta discusión será retomada por la CPI en el caso “Ongwen”.

En otro orden de ideas, en la sentencia en el caso “Katanga”,<sup>83</sup> en lo que aquí interesa, la Sala II, al analizar los elementos subjetivos del crimen de utilización de niños/as menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, reproduce los fundamentos desarrollados por la SPI I en el caso “Lubanga”.<sup>84</sup> De esta forma, sostiene que todas las actividades que constituyan participación activa en las hostilidades, sin importar si conllevan una participación directa o indirecta, poseen, en virtud de su conexión con las hostilidades, la característica esencial común de que el/la niño/a es, como mínimo, un objetivo potencial durante las hostilidades.<sup>85</sup>

Así las cosas, hace propias las argumentaciones realizadas en la confirmación de cargos y en la sentencia. A su vez, aplicó expresamente el artículo 21(2) del ER reiterando la interpretación y criterio adoptado en el caso “Lubanga” sin mayores complicaciones.

### 3.3. La Sala de Apelaciones en el caso “Lubanga”: ¿cambio de criterio?

Ante la sentencia, la defensa de “Lubanga” presentó una apelación que, en lo que aquí interesa, planteaba que los términos *participación activa* y *participación directa* debían utilizarse de manera indistinta y como sinónimos.<sup>86</sup> La Sala de Apelaciones (en adelante, “SA”) establece que este argumento presentado es correcto porque, tanto en el artículo 3 común a los CG, la “Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario”,<sup>87</sup> la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales *ad-ho-*

---

83 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Germain Katanga”, Sala de Juicio II, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 7 de marzo 2014, párrs. 1024-1088.

84 *Idem*, párr. 1045.

85 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Juicio II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 7 de marzo 2014, párr. 1045.

86 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre 2014, **párr. 323**.

87 Ver apartado 2 del presente trabajo.

c,<sup>88</sup> los términos participación *activa* y *directa* son utilizadas de manera indistinta.<sup>89</sup>

Asimismo, menciona, en igual sentido que la SPI I, que no se puede determinar *a priori* qué actividades recaen en la figura del artículo 8(2)(e)(vii) y que, según el artículo 21 del ER, la interpretación debe ajustarse al derecho internacional general y al DIH en particular.<sup>90</sup>

No obstante, la SA aclara que la prohibición establecida en el artículo 8(2)(e)(vii) del ER no tiene el mismo objetivo que la previsión del artículo 3 común a los CG y, por lo tanto, no tienen la misma interpretación.<sup>91</sup> Esto es así porque el propósito del artículo 8(2)(e)(vii) es el de “proteger a personas menores de 15 años de su utilización para ‘participar activamente en las hostilidades’ y del concomitante riesgo de sus vidas y bienestar”.<sup>92</sup> En cambio, el fin del artículo 3 común a los CG es brindar protección a esas personas que *no* participen directamente en las hostilidades<sup>93</sup> y, por lo tanto, es relevante para la *distinción* entre las personas que son protegidas por los CG y quienes son excluidas de esa protección.<sup>94</sup> En este sentido, con el objetivo de dar una interpretación que refleje el fin de la disposición del artículo 8(2)(e)(vii) del ER,<sup>95</sup> la SA vuelve a hacer referencia al artículo 77(2) del PA I, al artículo 4(3) (c) del PA II<sup>96</sup> y al artículo 38(2) de la Convención de Derechos del Niño<sup>97</sup> para concluir que todas estas previsiones prohíben la utilización de menores de 15 en las hostilidades.<sup>98</sup>

Pero lo interesante de la decisión es que la SA, a diferencia de la SPI I, no consideró como criterio para determinar si el/la niño/a que fue utilizado/a para participar activamente en las hostilidades, la exposi-

---

88 Me refiero a la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

89 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre 2014, párr. 323.

90 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre 2014, párr. 322.

91 *Idem*, párr. 324 y 328.

92 *Idem*, párr. 324.

93 *Idem*, párr. 323. Destacado agregado.

94 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre 2014, párr. 323.

95 *Idem*, párr. 324.

96 *Idem*, párr. 325.

97 *Idem*, párr. 326.

98 *Ibidem*.

ción “a un peligro real como un objetivo potencial”.<sup>99</sup> Para la SA cobra relevancia el vínculo entre la actividad realizada y las hostilidades y, de esta forma, un indicador de esa relación lo suficientemente cercana entre la actividad del/ de la niño/a y las hostilidades, es el riesgo al que fue expuesto/a.<sup>100</sup> Por último, agrega que, para determinar la existencia de ese vínculo, se va a guiar por lo establecido en el Comentario a los Protocolos Adicionales del CICR y en el Borrador del Estatuto para la Corte Penal Internacional del Comité Preparatorio,<sup>101</sup> y siempre será una determinación caso por caso.<sup>102</sup>

Es decir que, si bien la distinción entre participación activa directa e indirecta queda intacta, la SA modifica los criterios para esa diferenciación a través de la cercanía del vínculo de la tarea llevada a cabo y las hostilidades. Esto puede resultar problemático si se entiende que la Sala exige que la actividad sea realizada en la zona de combate o próxima a ella. Sin embargo, del análisis de la decisión pareciera que la Sala entiende que una participación activa en las hostilidades, para el Estatuto de Roma, no implica necesariamente una pérdida de la protección especial de niños/as.<sup>103</sup>

#### 3.4. El caso “Ntaganda”: la posibilidad de formar parte de un grupo y ser víctima de su accionar

El caso de Bosco Ntaganda, en el marco de la Situación de la República Democrática del Congo, es interesante por varios motivos. El primero porque, si en “Lubanga” se habían omitido los cargos por violencia sexual contra niños/as reclutados por el grupo, y en “Katanga” se habían incluido pero no respecto de las mismas víctimas, “Ntaganda” es la primera oportunidad real que tiene al Corte para analizar ambos crímenes respecto de niños/niñas utilizadas/as para participar en el conflicto. La segunda razón se deriva de la primera porque entonces la Corte se vió obligada a adentrarse en el análisis de si había participación en el conflicto por parte de esos/as niños/as en el momento en el que fueron ultrajados/as sexualmente por parte de miembros del mismo grupo al que pertenecen. Y, como consecuencia, el último motivo de interés es

---

99 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre 2014, párrs. 332 y 333.

100 *Idem*, párr. 333.

101 *Idem*, párr. 334.

102 *Idem*, párr. 335.

103 Harwood (2014).

reflexionar acerca de si esta doble victimización acarrea la pérdida de la protección especial que otorga el DIH como población civil.<sup>104</sup>

Al comenzar su análisis establece que el artículo 4(3)(c) del PA II contiene la misma prohibición que el artículo 8(2)(b)(vii) del ER en relación con la utilización de menores para participar en las hostilidades y que, por ello, se guiará por la previsión del primero.<sup>105</sup> En este sentido, destaca la alusión general que realiza el artículo 4.1 del PA II refiriéndose a todas las personas que participen o hayan dejado de participar en las hostilidades, para argumentar a favor de inmiscuirse en el análisis.<sup>106</sup> Sostiene la Sala que la mera pertenencia de menores de 15 años a un grupo armado “no puede ser considerada prueba determinante de su participación directa/activa en las hostilidades”<sup>107</sup> y, por ende, como pretendía la defensa, desvirtuar la posibilidad de ser víctima de un ataque por miembros del grupo.<sup>108</sup>

Por ello, respecto de la pérdida de protección de la que habla el artículo 3 común a los CG, la Sala es determinante en decir que los/as menores de 15 años solo pierden esa protección durante su participación activa en las hostilidades.<sup>109</sup> Arribar a una conclusión distinta, sería contradictoria a la protección subyacente que alcanza a esos/as niños/as en contra del reclutamiento y utilización en las hostilidades.<sup>110</sup> La Sala sí deriva de esta argumentación lógica que, cuando son sometidos/as a violaciones y/o esclavitud sexual, esa protección continua porque cesa la participación en las hostilidades.<sup>111</sup> Y, por lo tanto, esos actos sexuales no pueden ser considerados como una participación activa en

---

104 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, 9 de junio 2014, párrs. 76-96.

105 *Idem*, párr. 78.

106 La defensa de Ntaganda había cuestionado la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para entender en crímenes que se hayan cometido en contra de personas que formaban parte del propio grupo armado. este cuestionamiento lo vuelve a realizar luego de la decisión de confirmación de cargos y es resuelta reafirmando la jurisdicción. Ver CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares IV, *Second decision on the Defense’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, 4 de enero 2017.

107 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, 9 de junio 2014, párr. 78.

108 *Idem*, párr. 77.

109 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, 9 de junio 2014, párr. 79.

110 *Idem*, párr. 78.

111 *Idem*, párr. 80.

el conflicto.<sup>112</sup> La Sala expresa que el carácter sexual de esos crímenes, que incluyen elementos de fuerza/coerción o el ejercicio de los derechos de propiedad, lógicamente descartan la participación activa en las hostilidades al mismo tiempo.<sup>113</sup>

Ante esta determinación, la defensa de “Ntaganda” decide cuestionar la capacidad de la Corte de enjuiciar crímenes que se hayan cometido contra personas que forman parte del mismo grupo. Su primer argumento es que este tipo de acciones no son criminalizadas por el derecho internacional consuetudinario y, por ende, escaparían a la jurisdicción de la Corte.<sup>114</sup> El segundo fundamento es que los crímenes de índole sexual tienen que tener por objeto a personas protegidas acorde el DIH.<sup>115</sup>

La Sala de Cuestiones Preliminares resolvió la cuestión entendiendo que, respecto al primer planteo defensorista, los crímenes en el Estatuto de Roma son la expresión de la voluntad de los Estados Partes de tipificar esas conductas y no necesariamente tienen que haber sido objeto de una criminalización anterior al Estatuto.<sup>116</sup> En relación con la segunda cuestión, la Sala, a través de un análisis exhaustivo de la normativa aplicable, llega a la conclusión de que los crímenes sexuales establecidos en el artículo 8 no requieren como elemento constitutivo que las víctimas sean personas protegidas en los términos del DIH.<sup>117</sup>

En este punto, es sumamente interesante el razonamiento que la Sala despliega en el párrafo 51 de la decisión. La Sala establece que la protección contra la violencia sexual, en virtud del DIH, no debe ser entendida como privativa de cierta categoría de personas protegidas, porque la esclavitud sexual es una forma de esclavitud. Es decir, como la prohibición de esclavitud es una norma de *ius cogens*, deduce la Sala que la esclavitud sexual también lo es. Incluso, acepta que la prohibición de violación reviste ese carácter.<sup>118</sup> Esta categorización tiene como consecuencia que ambas se transforman en prohibiciones en tiempos de paz y de conflicto armado, con respecto a todas las personas, independientemente del estatus legal que posean en ese momento. Siempre, cla-

---

112 *Idem*, párr. 79.

113 *Ibidem*.

114 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares IV, *Second decision on the Defense’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, 4 de enero 2017, párr. 35.

115 *Idem*, párr. 37.

116 *Idem*, párr. 35.

117 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares IV, *Second decision on the Defense’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, 4 de enero 2017, párr. 44.

118 *Idem*, párr. 51.

ro está, que exista un nexo con los elementos contextuales del crimen internacional en cuestión.<sup>119</sup>

Pierde el sentido, entonces, determinar si las personas señaladas como víctimas de los crímenes sexuales, participaban o no de las hostilidades y, por tanto, si eran o no miembros del grupo armado, porque se está en presencia de una prohibición que, siendo de *ius cogens*, no cede bajo ninguna circunstancia; ni siquiera, la participación en un conflicto como parte de un grupo armado.<sup>120</sup>

### 3.5. El caso “Ongwen”: participación activa y crímenes sexuales sin vinculación aparente

En el marco de la Situación de Uganda, Dominic Ongwen fue acusado por diversos crímenes de guerra y de lesa humanidad. Como se adelantó, la discusión de los crímenes sexuales y demás roles que eran obligadas las mujeres a desempeñar (tareas de cuidado, limpieza, cocina) como constitutivos de matrimonio forzado, comienza en el caso “Katanga”. El caso de “Ongwen” constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte porque es la primera decisión de confirmación de cargos<sup>121</sup> que reconoce al matrimonio forzado como un crimen internacional de otros tratos inhumanos. No obstante, al igual que en el caso “Katanga”, el análisis llevado a cabo por la CPI no establece conexión alguna con el reclutamiento de menores para participar en las hostilidades.

La Sala tuvo por probada la existencia de niños/as soldados/as en el grupo armado por testimonios de ex niños soldados y por civiles que fueron atacados por el Ejército de Resistencia del Señor o LRA por sus siglas en inglés.<sup>122</sup> El grupo tenía como práctica secuestrar niños/as de ambos géneros y entrenarlos/as para participar en actividades de combate, muchas veces como guardaespaldas y/o en asistencia operacional.<sup>123</sup>

En los 5 párrafos que la Sala le dedica al análisis de este crimen,<sup>124</sup> no se menciona si existía alguna diferencia entre las actividades que eran llevadas a cabo por niños/as en razón de su género. Tampoco se

---

119 *Idem*, párr. 52.

120 *Idem*, párr. 53.

121 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Dominic Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, 23 de marzo 2016.

122 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Dominic Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, 23 de marzo 2016, párr. 141.

123 *Idem*, párr. 142.

124 *Idem*, párrs. 141-145.

indica, como sí había sucedido en el caso “Lubanga”, si estos/as niñas/os fueron ultrajados/as sexualmente. Es más, de la lectura de la decisión puede afirmarse que las víctimas identificadas para este crimen son distintas de aquellas que fueron objeto de examen en los crímenes en basados en el género.<sup>125</sup>

En este sentido, el abordaje que se realiza es similar al realizado en la confirmación de cargos en el caso “Katanga” donde se desprende que las víctimas de los crímenes sexuales son mujeres adultas<sup>126</sup> y, en consecuencia, se descarta la posibilidad de que los/as menores que fueron reclutados/as para participar de las hostilidades hayan sido ultrajados/as sexualmente.<sup>127</sup>

#### 4. Análisis crítico y reflexiones finales

A lo largo de la jurisprudencia que fue reseñada se puede apreciar cómo fue impactando la perspectiva de género y de derechos humanos en el derecho aplicable. En la primera decisión en el caso “Lubanga”, la falta de perspectiva en la investigación, en la toma de los testimonios e, incluso, de los/as operadores/as, tuvo como consecuencia la falta de imputación por crímenes sexuales cometidos contra, en principio, niñas menores de 15 años que habían sido reclutadas. Las reglas que aplican al procedimiento ante la CPI impedían agregar estos cargos. Sin embargo, también se pudo apreciar que, si los mismos hechos son abordados desde un enfoque género, el proceso judicial puede responder a este tipo de falencias.

Tanto en la decisión de cargos en el caso “Lubanga” como en el caso “Katanga”, la CPI dio cuenta de que los roles de género impuestos por un sistema patriarcal permean los conflictos armados. Al detallar en el caso “Katanga” las actividades a las que eran obligadas las mujeres y niñas raptadas por el grupo armado, la violencia sexual era un denominador común en los testimonios, así como la sumisión a tareas de cuidado y tradicionalmente vinculadas con el ámbito privado del hogar. Tanto es así, que incluso cuando las niñas eran entrenadas para participar de las hostilidades en la zona de combate, la violencia sexual

---

125 Solo hay dos testimonios en los que se relata que fueron obligadas a golpear a otras personas. En el primer caso, P226, cuenta que Ongwen la obligó a golpear hasta la muerte a un soldado que había sido capturado por LRA durante el ataque a Patango, en el norte de Uganda (*cf.* párr. 116). En el segundo caso, P235, cuenta que también fue obligada a golpear hasta la muerte a dos varones que habían intentado escapar.

126 Siempre se habla de “women” y no de “girls” ni se aclara su edad al menos no durante el análisis de la decisión de confirmación de cargos (*cf.* párrs. 347-354).

127 Tampoco se aclara en el caso “Katanga” si las víctimas de reclutamiento eran de ambos géneros, aunque queda claro al analizar los crímenes de índole sexual, que las víctimas de este tipo de crímenes habrían sido solo mujeres.

ejercida sobre sus cuerpos no cedía, sino que parecería que formaba parte de ese reclutamiento. Llama la atención que en este caso, al igual que sucede en el caso “Ongwen”, no se haya realizado una evaluación conjunta de la situación. Es decir, pareciera que la forma de análisis jurídico que es llevada a cabo por parte de las diferentes instancias en la CPI es particionada. Podría afirmarse y con razón, que este análisis global no fue posible porque las víctimas de uno y otro crimen eran distintas. Sin embargo, sí se tuvo por probada la violencia sexual ejercida contra niñas y mujeres raptadas por los grupos, por lo cual, podría haber existido una presunción válida acerca de la posibilidad de que las niñas reclutadas para participar en las hostilidades hayan sido objeto de vejaciones en igual sentido. En otras palabras, si se hubiera planteado un análisis de género podría haberse profundizado en la investigación.

Claro está que esta forma de abordar el análisis jurídico de los hechos llevados ante la CPI implica un ejercicio que comienza con asumir el impacto diferencial de género que producen los crímenes. Esta primera asunción repercutirá en el derecho que la Corte seleccione para aplicar y, sobre todo, para interpretar.

Cuando en el caso “Katanga” la Sala interviniente entendió que las vejaciones a las que eran sometidas las niñas y mujeres podrían encuadrar en un matrimonio forzado, lo hizo recurriendo a tratados y convenciones sobre esclavitud y a los Elementos de los Crímenes. El punto a señalar es que, si hay una real intención de comprender la realidad de los crímenes internacionales siendo realmente fiel a los efectos que producen en las víctimas, la CPI tiene las herramientas para hacerlo.

Otra prueba de esto es el análisis *inextenso* que realiza en la sentencia del caso “Lubanga” acerca de las tareas a las que eran sometidos/as niños y niñas, arribando a una nueva interpretación del crimen de reclutamiento de menores. La Corte se encargó de analizar las normas de DIH para separarlas del concepto que trae el ER al respecto. No obstante, en este caso no se atrevió a incorporar en su razonamiento tratados de derechos humanos que le hubieran permitido un examen del impacto del crimen en niños y niñas.

La historia de los conflictos armados muestra que la violencia sexual siempre ha sido una forma de llevarlos a cabo. Pero pareciera que ciertas estructuras jurídicas siguen siendo demasiado sólidas para comprenderlo.

Incluso con estos limitantes, la Corte no dudó en analizar jurisprudencia de otros tribunales internacionales para delimitar, en el caso “Ongwen”, la violencia sexual contra niñas y mujeres, como otros tratos inhumanos, bajo la modalidad de matrimonio forzado.

Es cierto que desde el caso “Lubanga”, donde como se dijo, no fueron ni imputados ni incluidos en una instancia posterior, crímenes sexuales, la CPI fue modificando su accionar.

En el caso “Ntaganda”, por su parte, donde sí se dio esta conjunción entre el crimen de reclutamiento y el análisis de la violencia sexual, la Corte hizo otro esfuerzo argumental analizando, efectivamente, normas de derechos humanos y de DIH para lograr, nuevamente, una comprensión distinta de la utilización de menores en los conflictos armados.

El aspecto crítico de la labor de la Corte es no reconocer la contribución esencial de la violencia sexual en el esfuerzo de guerra. Los crímenes sexuales contra miembros del propio grupo y hacia la parte adversa en un conflicto se vuelve fundamental para llevar adelante las hostilidades. Omitir este tipo de consideraciones no solo invisibiliza el impacto que producen en las víctimas, sino que además produce una nueva victimización. Es hacer caso omiso a una parte de la historia de esas víctimas, de los/as victimarios/as que sin dudas repercute en una efectiva impartición de justicia internacional. Más aún, silenciar una parte de la historia en el desarrollo de los conflictos armados.

Es necesario para continuar con la tarea de reconocimiento de la violencia sexual en las hostilidades que la Corte establezca las particularidades que adquiere el involucramiento de mujeres y niñas en los conflictos. Y la perspectiva de género, a través de la inclusión de normas de derechos humanos en los análisis, ha demostrado ser la herramienta adecuada.

El análisis del crimen de reclutamiento a lo largo de este trabajo, junto con las vejaciones sexuales sufridas por las víctimas, es una pequeña muestra del potencial de este tipo de enfoque.

#### 4.1. Concepto de género y algunas consideraciones

Es claro que el ER es muestra de cómo la perspectiva de género se abrió paso en el derecho internacional penal. Sin embargo, no puede dejarse de lado lo analizado en la primera sección de este trabajo. La conceptualización del término *género* para la CPI debe ser revisada.

Hasta este momento, el análisis en este trabajo, pero también en gran parte de la jurisprudencia internacional, se ha focalizado en los crímenes sexuales contra niñas y mujeres.

La definición confusa y estricta también pareciera excluir aquellas conductas cuya motivación no es el género de la persona sino, además, su orientación sexual y/o su identidad de género.

A la fecha, los intentos de la CPI por incorporar un enfoque de género, aunque reconozcamos el avance, han dejado mucho que desear. Un análisis de género que solo se ponga en práctica porque existe una presunción de que se han cometido crímenes sexuales o porque hay víctimas mujeres, no alcanza.

El género como categoría de análisis debe permear a la justicia internacional. Desde operadores/as judiciales, jueces/zas, abogados/as intervinientes, hasta los análisis jurídicos de los hechos deben tener estos lentes que les permitan identificar las particularidades de cada crimen y su impacto.

Esta necesidad viene dada por la omisión de los feminismos en la creación del derecho internacional en su conjunto. Esta omisión es la que sale a la luz cuando en las investigaciones, análisis, interpretación y aplicación del derecho, hay reticencias a abordar la cuestión con una perspectiva de género. El derecho se presenta neutral y se descubre patriarcal.

## Bibliografía

### Jurisprudencia

#### *Corte Penal Internacional*

- “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Decision on the Legal Representatives’ Joint Submissions concerning the Appeals Chamber’s Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court*, 8 de enero de 2010.
- “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Juicio I, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute y Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, 14 de marzo 2012.
- “Fiscal c. Lubanga”, Sala de Apelaciones, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre 2014.
- “Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the confirmation of charges*, 30 de septiembre 2008.
- “Fiscal c. Germain Katanga”, Sala de Juicio II, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 7 de marzo 2014.
- “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, 9 de junio 2014.
- “Fiscal c. Bosco Ntaganda”, Sala de Cuestiones Preliminares IV, *Second decision on the Defense’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, 4 de enero 2017.
- “Fiscal c. Dominic Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, 23 de marzo 2016.

## *Tribunal Especial para Sierra Leona*

“Fiscal c. Brima, Kamara y Kanu”, Sala de Juicio II, *Judgment*, 20 de junio de 2007.

## Doctrina

- Bergalli, Roberto y Boledón, Encarnación, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 9, España, Ministerio de Justicia, 1992, pp. 43-74.
- Buss, Doris, “Knowing Women: Translating Patriarchy in International Criminal Law”, en *Social & Legal Studies*, Vol. 23, N° 1, 2014, pp. 73-92, disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0964663913487398>
- Charlesworth, Hillary y Chinkin, Christine, *The Boundaries of International Law: a feminist analysis*; Manchester University Press, 2000.
- Charlesworth, Hillary; Chinkin, Christine y Wright, Shelley, “Feminist approaches to international law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 85, N° 4, 1991, pp. 613-645.
- Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Colombia, Profamilia, 2010.
- Dias, Leandro, “Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 2, 2014, pp. 103-132.
- Guasch, Oscar, *La crisis de la hetero-sexualidad*, 2° Ed., Barcelona, Laertes, 2007.
- Harwood, Catherine, “A Matter of Distinction Part II: participation of children in hostilities following the Lubanga Appeal Judgment”, en Jacobs, Dov, *Spreading the Jam, International Law. International Criminal Law. Human Rights and Transitional Justice*, 2014 disponible en <https://dovjacobs.com/2014/12/19/guest-post-a-matter-of-distinction-part-ii-participation-of-children-in-hostilities-following-the-Lubanga-appeal-judgment/#-more-519>.
- Hunter, Rosemary, “Analysing Judgments from a Feminist Perspective”, en *Law, Gender and Sexuality: Sources and Methods in Socio-Legal Research*, Vol. 15, N° 1, 2015, pp. 8-11.
- Lamas, Marta, “La antropología feminista y la categoría ‘género’”, en *Nueva Antropología*, Vol. 7, N° 30, 1986, pp. 173-198.
- Maffía, Diana, “Sexo, género, diversidades y disidencias sexuales”, Conferencia dictada en el marco del Comité Académico Género y Sociedad de la Universidad de San Andrés, 14 de septiembre de 2011, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=LFiUr4Nzho>
- Maffía, Diana, (comp.) *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria, 2003.
- Martin Beringola, Ana, “Intersectionality: a tool for the gender analysis of sexual violence at the ICC”, en *Amsterdam Law Forum*, Vol. 9, N° 2, 2017, pp. 84-109.
- Oosterveld, Valerie, “The Definition of ‘Gender’ in the Rome Statute of the International Criminal Court: A step forward or back for International Criminal Justice?”, en *Harvard Human Rights Journal*, N° 18, 2005, pp. 55-84.

- Pateman, Carol, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, en Castells, C. (comp.) *Perspectivas feministas en teoría política*, Buenos Aires, Paidós, 2006, pp. 2-23.
- Pateman, Carol, “Feminismo y democracia” en Duncan, Graeme (ed.) *Democratic Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 212-214.
- Rich, Adrienne, “Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana (1980)”, en *DUODA Revista d'Estudis Feministes, Mujeres y literatura de resistencia*, N° 10, 1996, pp. 15-48.
- Ruiz, Tricia, “Feminist Theory and International Relations: The Feminist Challenge to Realism and Liberalism”, 2004, disponible en <https://www.csustan.edu/sites/default/files/honors/documents/journals/soundings/Ruiz.pdf>.
- Scott, Joan, “Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis?”, en *La manzana de la discordia*, Vol. 6, No 1, 2011, pp. 95-101.
- Sellers, Patricia, “(Re)Considering the Gender Jurisprudence of Conflict”, en Ní Aoláin et al. (eds). *The Oxford Handbook of Gender and Conflict*, Oxford, Oxford University Press.
- Sellers, Patricia, “Ntaganda: Re-Alignment of a paradigm”, disponible en <http://www.ihl.org/wp-content/uploads/2018/03/Ntaganda-V.pdf>.
- West, Robin, “Jurisprudence and Gender”, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 55, N° 1, 1988, pp. 1-72.
- Winkler, Philippa, *Confronting the International Patriarchy: Iran, Iraq and the United States of America* (ed.), Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2013.
- Wittig, Monique, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Madrid, Eagles SL, 2006.
- Yuvaraj, Joshua, “‘When Does a Child ‘Participate Actively in Hostilities’ under the Rome Statute? Protecting Children from Use in Hostilities after Lubanga”, en *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 32, N° 83, 2016, pp. 69-92.

### Otros documentos

- Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, “La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados”, Bogotá, 2012, disponible en <https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Investigacion/>.
- Corte Penal Internacional, “Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género”, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes-05-06-2014>.
- Corte Penal Internacional, “Política relativa a los niños”, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=161115-otp-policy-children%20>.

# El Crimen de Terrorismo Internacional: ¿fruto de una costumbre emergente?

*Marianela Clinaz e Ignacio Odriozola*

El 16 de febrero de 2011 podría representar un verdadero punto de inflexión en materia de derecho internacional penal. En esta fecha, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para El Líbano (en adelante, “Sala de Apelaciones” o “la Sala”), en aras de responder las consultas que le fueran formuladas por el Juez de Investigaciones Preliminares de dicha jurisdicción internacional, propuso una nueva perspectiva jurídica respecto de la noción del crimen de terrorismo internacional.<sup>1</sup>

Concretamente, las preguntas del Juez de Investigaciones Preliminares, de acuerdo con el art. 68 inc. G de las Reglas de Procedimiento y Prueba, fueron las siguientes:

“¿Debería el Tribunal tomar en consideración los conceptos internacionales sobre el terrorismo aun cuando el art. 2 del Estatuto solo faculta al Tribunal a aplicar el Código Penal Libanés?

Si la respuesta es afirmativa, ¿Hay una definición internacional del terrorismo y cómo debería ser aplicada?”<sup>2</sup>

La Sala, luego de entender que el primero de los interrogantes debía responderse afirmativamente, consideró que existía un tipo penal autónomo de terrorismo, como crimen internacional, definido por el derecho consuetudinario. Para arribar a esta conclusión, efectuó un extenso desarrollo donde se respaldó, principalmente, en las fuentes de derecho internacional.

Por ello, la propuesta de este trabajo es abordar, en primer lugar y de manera breve, la primera de las preguntas de la Sala, con el objeto de allanar el camino para el tratamiento de la segunda pregunta y, par-

---

1 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011.

2 *Idem*, párr. 42.

ticularmente, para examinar en detalle la construcción argumental que realizó la Sala a fin de demostrar la existencia de una definición internacional del crimen de terrorismo. Para concluir, ofreceremos algunas reflexiones finales.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿por qué el pronunciamiento de la Sala resultó tan novedoso como controvertido?, ¿cuál es el derecho aplicable en el que se respaldó la Sala para arribar a semejante decisión?, ¿existe el crimen de terrorismo en el derecho internacional consuetudinario? Estos interrogantes, entre otros, serán desarrollados a lo largo del presente trabajo.

## 1. Breve reseña histórica

Desde los atentados en la ciudad de Nueva York del 11 de septiembre 2001, el terrorismo internacional cobró relevancia en la agenda de las relaciones internacionales.

No obstante, su existencia data de mucho tiempo atrás. De hecho, al menos desde el aspecto terminológico y en un plano doméstico, la palabra *terrorista* fue acuñada en 1793 por el activista revolucionario, Grochus Babeuf, quien denominaba de este modo a todo aquel que implementase la imposición del terror como un medio para adquirir poder político. Implícitamente, Babeuf hacía referencia a Maximiliano Robespierre, líder de la Revolución Francesa en el período conocido como Reino del Terror (1793-1794).<sup>3</sup>

En cuanto al aspecto jurídico, el terrorismo ha estado presente en las discusiones sobre derecho internacional desde los albores del siglo XX.<sup>4</sup> Por caso, el Convenio para la Prevención y Castigo del Terrorismo del año 1937 fue la primera oportunidad en que la comunidad internacional logró una regulación sobre esta temática.<sup>5</sup>

---

3 Rubin y Rubin (2008: 4).

4 Swinarski (2003: 533-554). El tratamiento del asunto comenzó entre 1920 y 1930, en el marco de la Sociedad de las Naciones, registrándose el primer intento de definición del término en la Tercera Conferencia de Bruselas de 1930, donde se señaló que: “Será penado todo aquel que, mediante el uso internacional de medios capaces de producir un daño común que representen un acto de terrorismo, lleve a cabo crímenes contra la vida, la libertad o la integridad física de personas o los dirija contra la propiedad estatal o privada, con el propósito de expresar o ejecutar ideas sociales o políticas”. Traducción propia.

5 Sancionado el 16 de noviembre de 1937, este Convenio fue propuesto por Francia en el marco de la Sociedad de las Naciones y en respuesta a los asesinatos del rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro de Relaciones Exteriores francés, ocurridos en Marsella, en 1934. Definía los actos de terrorismo como “actos criminales dirigidos contra un Estado con la intención o el cálculo de crear un estado de terror en las personas, un grupo de personas o el público en general”. Si bien fue firmado por 24 Estados, tan solo fue ratificado por la India en 1941 y nunca entró en vigor.

Sin embargo, desde entonces y hasta nuestros días no se ha alcanzado consenso mundial respecto de una definición universal sobre el terrorismo y, particularmente, sobre su naturaleza de crimen internacional autónomo.

No podemos dejar de mencionar, entonces, que en el derecho como ciencia social, la importancia de brindar una definición jurídica posee un aspecto práctico cuyo objeto radica en tipificar una conducta ilícita que permita limitar el alcance de un acto y, consecuentemente, perseguir a sus perpetradores. Aun así, respecto del terrorismo internacional, la ausencia de un acuerdo global sobre una definición jurídica no responde a una falta de interés, sino que se encuentra limitada por un hecho político,<sup>6</sup> ya que la ley no es otra cosa que una imposición resultado de negociaciones.

En otras palabras, la ley o un tratado es una relación social que dispone, en palabras, el establecimiento de un consenso hegemónico que intenta delimitar un delito para prevenir su acometimiento y sancionar su concreción.<sup>7</sup>

## 2. Actos de Terrorismo, los Tratados y la Costumbre Internacional

Ante la ausencia de acuerdo, la comunidad internacional, enmarcada dentro de las Naciones Unidas, adoptó una serie de tratados internacionales<sup>8</sup> cuya técnica normativa consiste en prohibir determina-

---

6 Ambos (2008: 58-59).

7 Brodsky (2015: 36-37).

8 Los Tratados multilaterales, elaborados en el marco de Naciones Unidas, vigentes a la fecha son un total de 13, a los que deben sumarse 3 protocolos: 1. *Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves* (1963), 2. *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* (1970), 3. *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* (1971), 4. *Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicio a la aviación civil internacional, complementario al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* (1988), 5. *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* (1973), 6. *Convenio internacional contra la toma de rehenes* (1979), 7. *Convención sobre la protección física de los materiales nucleares* (1980), 8. *Enmienda sobre la protección física de los materiales nucleares* (2005), 9. *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (1988), 10. *Protocolo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación* (2005), 11. *Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental* (1988), 12. *Protocolo del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental* (2005), 13. *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* (1997), 15. *Convenio Internacional para la represión de la financiación del Terrorismo* (1999) y 16. *Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear* (2005).

Al momento de la redacción de este trabajo, el Ministro de Relaciones Internacionales de la Federación Rusa, Sergei Lavrov, en el marco de la Conferencia de Desarme que sesiona en Ginebra,

dos “*actos terroristas*”, sin dejar de considerar al terrorismo como un amenaza a la paz y a la seguridad internacionales.<sup>9</sup> Estas Convenciones tienen una lógica común: no brindan una definición unívoca del terrorismo internacional, sino que tipifican un “tipo de actividad terrorista” que los Estados, al ratificarlas, se obligan a criminalizar y a penalizar en sus ordenamientos internos y según la idiosincrasia e historia de cada nación. A su vez, estas Convenciones obligan a los Estados a establecer una jurisdicción para someter a juicio a aquellas personas que llevan a cabo estos actos<sup>10</sup> y, asimismo, reúnen principios que las Naciones Unidas proponen a los Estados miembros con la intención de que, una vez ratificados, constituyan obligaciones que generen responsabilidad internacional ante su incumplimiento.<sup>11</sup>

Es evidente entonces que, a la hora de criminalizar actos de terrorismo, los tratados internacionales<sup>12</sup> han sido, por antonomasia, la fuente formal principal de derecho elegida por la comunidad internacional. Entendemos que esto no solo obedece al *deber de cumplimiento* que compromete a todo Estado Parte<sup>13</sup> a observar las disposiciones de un acuerdo, acatando su propia voluntad, sino también a que el proceso de implementación de los tratados tiende a identificar más claramente la norma aplicable, su oponibilidad a un sujeto determinado, la fijación de su contenido, su interpretación y sus alcances,<sup>14</sup> facilitando su aplicación.

Sin embargo, adelantándonos al desarrollo que ha realizado el Tribunal Especial para El Líbano en su decisión, y teniendo en cuenta la relevancia que este le asigna a la costumbre internacional,<sup>15</sup> creemos necesario revisar brevemente algunas nociones básicas relacionadas con esta fuente formal principal de derecho internacional y su relación

---

Suiza, propuso la elaboración de una Convención para la lucha contra el terrorismo químico, dado los ataques perpetrados en Siria e Iraq por parte del grupo fundamentalista ISIS o *Daesh*. *Centro de Noticias de la ONU*, disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=34560&kw1=terrorismo#VuBYQPkrLcc> (último acceso: 09/03/2016).

9 Pinto (2003:107).

10 Youngm (2006: 23-106).

11 Zbar (2008: 27).

12 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco (Estados Unidos), artículo 38 inc. 1. A., 24/10/1945, UNTS XVI

13 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena (Austria), Art. 26, 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), UNTS 1115:331.

14 Arredondo (2012: 56).

15 Artículo 38, inc.1.B, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco (Estados Unidos), 24/10/1945, UNTS XVI

con los tratados internacionales, a los fines de facilitar la comprensión del texto.

La costumbre internacional, definida en el artículo 38 inc. 1. b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") "como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho" es uno de los modos de formación del derecho internacional. Se la ha definido por fuera de lo establecido en el mentado Estatuto, como la práctica común, constante y uniforme generalmente admitida como derecho.<sup>16</sup> Exige la concurrencia de dos elementos sustanciales: una práctica internacional o *usus* (elemento material) y que esta se lleve a cabo con conciencia de su obligatoriedad u *opinio iuris sive necessitatis* (elemento psicológico).<sup>17</sup>

Esta fuente de derecho tiene la particularidad de conformarse por la conducta; no está expresada por escrito, es una serie de comportamientos que, en general, se reiteran en el tiempo de manera concordante y, a través de su repetición, junto con el elemento psicológico, dan lugar a la formación de una norma jurídica.<sup>18</sup>

Con relación al elemento material, primero debemos comprender lo que entendemos por *práctica*. Comúnmente, los actos que la constituyen deben ser conductas humanas y deben tratarse de actos vinculados con las relaciones internacionales. De allí que la práctica exclusivamente interna, si bien puede ayudar a demostrar la existencia de una práctica, no puede dar lugar por sí sola a una costumbre internacional.<sup>19</sup> Por otra parte, se ha admitido que, a la hora de analizar la práctica, las omisiones deben ser tomadas en cuenta.<sup>20</sup>

Quienes llevan a cabo la *práctica* son aquellos que tienen la capacidad de obligar internacionalmente al Estado, cuestión circunscripta a quienes llevan adelante las relaciones internacionales: Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores y cuerpo diplomático. A su vez, hay quienes entienden que la conducta de aquellos capaces de responsabilizar internacionalmente al Estado también de-

---

16 Arredondo (2013:72).

17 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte" (Alemania c. Dinamarca y Alemania c. Países Bajos) sentencia del 20 de febrero 1969. En el "Caso de la Plataforma continental entre Libia y Malta", de 1985, la Corte Internacional de Justicia afirmó: "la sustancia de ese derecho (consuetudinario) debe buscarse principalmente en la práctica real y en la *opinio iuris* de los Estados".

18 Gonzalez Napolitano, (2015: 92).

19 Barberis (1994: 74-78).

20 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "Caso S.S Lotus" (Francia c. Turquía), sentencia del 7 de septiembre de 1927, p. 28.

bería tenerse en cuenta para identificar la práctica del Estado<sup>21</sup> lo que amplía el espectro de instancias de práctica a examinar. Del mismo modo, además de aquella de los Estados, la práctica de las organizaciones internacionales también puede contribuir al desarrollo de normas consuetudinarias. A modo de ejemplo, en la Opinión Consultiva sobre “Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, la Corte Internacional de Justicia tuvo en cuenta la práctica llevada a cabo por el Secretario General de las Naciones Unidas, en su carácter de depositario de tratados multilaterales, para determinar la costumbre relativa a las reservas a los tratados.<sup>22</sup>

A más, debemos resaltar que la práctica no es en sí misma suficiente. Hay muchos actos internacionales, como por ejemplo en el campo del ceremonial y protocolo, que son llevados a cabo casi invariablemente, pero sin estar motivados más que por la cortesía, la conveniencia o la tradición, y no por el sentido de un deber legal.<sup>23</sup> Por lo tanto, para probar la existencia de una regla consuetudinaria se debe probar una práctica estatal y una *opinio juris* como consecuencia de que esta regla existe.<sup>24</sup>

En tal sentido, en el caso de la “Plataforma Continental del Mar del Norte”, la CIJ determinó que el accionar estatal no debe solo equivaler a una práctica constante, sino que debe llevarse a cabo de tal manera que sea evidente la creencia de que esta práctica es considerada obligatoria por cuanto subyace un estado de derecho que lo exige. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la *opinio juris sive necessitatis*. Por lo tanto, los Estados interesados deben sentir que actúan conforme a una obligación legal.<sup>25</sup>

Entonces, la *opinio iuris* debe ser entendida como un estado de consciente obligatoriedad con relación a la observancia de ciertas reglas, por las cuales los Estados deciden regir sus relaciones particulares en el marco del derecho internacional. La *opinio iuris*, según Barberis, resulta definida por la actitud interna de aquellos que cumplen con una práctica, no por imitación, sino por considerarla como pauta o regla

---

21 Gonzalez Napolitano (2015: 92).

22 Akehurst (1974–1975: 11).

23 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso “Plataforma Continental del Mar del Norte”, (Alemania vs Dinamarca), sentencia del 20 de febrero de 1969, párr. 77.

24 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso “Orden de Arresto del 11 de abril del 2000”, (República Democrática del Congo vs. Bélgica), sentencia del 14 de febrero de 2002, Disidencia de la Jueza Van Den Wyngaert, párr. 12.

25 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso “Plataforma Continental del Mar del Norte”, (Alemania vs Dinamarca), sentencia del 20 de febrero de 1969, párr. 77.

general.<sup>26</sup> Sin embargo, agrega Barberis que la percepción de la *opinio iuris* como elemento psicológico de la costumbre no recibe una aceptación unánime por parte de la doctrina, toda vez que no desempeña ningún papel de importancia en el proceso de formación de la costumbre.<sup>27</sup>

Sentadas las bases de esta fuente del derecho internacional, creemos que su importancia puede revelarse cuando se confronta con los tratados internacionales y se analiza su practicidad. Entendemos que las normas no escritas y los principios de derecho consuetudinario, pese al crecimiento exponencial en el último siglo de la codificación del derecho internacional mediante la adopción de tratados, continúan jugando un rol crucial en las relaciones interestatales.<sup>28</sup> Parafraseando a Mark Twain, los reportes relativos a la *muerte* del derecho consuetudinario internacional son realmente exagerados.<sup>29</sup> Es que, en un sentido pragmático, la costumbre internacional posee un impacto mayor que los tratados internacionales dado que, al establecerse una norma consuetudinaria, resulta obligatoria para todos los Estados, aún para aquellos que tienen una actividad escasa o reciente en la práctica instaurada, mientras que no la hayan objetado persistentemente durante su formación.

Además, al comparar la formación de la costumbre internacional con la celebración de tratados realizados en buena y debida forma, la práctica actual de la comunidad internacional sugiere que la primera de las fuentes no posee la cantidad de obstáculos que ofrece la segunda y que, de hecho, se formaliza más rápidamente de lo esperado.<sup>30</sup> Según Scharf, esta idea se respalda en la experiencia que han atravesado distintos instrumentos internacionales, entre los que menciona el Estatuto de Roma, cuyo estudio por la Comisión de Derecho Internacional

---

26 Barberis (1994: 97). Se considera que una costumbre es jurídica a partir de la reacción que se genera en una comunidad como respuesta al incumplimiento sobre dicha regla jurídica. Coincido en el sentido de que, el contenido sancionatorio plasmado sobre aquella conducta que resulte antijurídica, puede revestir la utilidad para revelar cuál es el grado de interiorización que posee una comunidad respecto de la obligatoriedad de una conducta; pudiendo acarrear similares consecuencias jurídicas el incumplimiento de una regla consuetudinaria que la violación expresa de una norma jurídica.

27 Barberis (1994: 92). En particular este tipo de postura crítica, en cuanto a la necesidad del elemento psicológico como elemento constitutivo, tiene sus raíces en la lógica “kelseniana” y en las doctrinas cuyos razonamientos devienen de los principios sentados por la teoría pura del derecho. Siguiendo a esta crítica, el error visceral que se encuentra en la valuación del elemento psicológico reside principalmente en que: los sujetos que llevan a cabo la práctica, deben generar una conciencia respecto de una norma que en realidad no existe; sumado a lo cual resulta casi imposible suministrar una prueba relevante para acreditar la existencia de una conciencia psicológica en la realización de una conducta por parte de un Estado o demás sujetos del derecho internacional.

28 Scharf (2013: 29).

29 Bederman (2010: 43).

30 Treves (2012: 25).

comenzó en 1949, fue luego tratado sin éxito por diversos comités de preparación, para ser concluido en 1998 y finalmente entrar en vigor en el año 2002.<sup>31</sup>

Por último, si bien es posible asumir que los tratados internacionales ofrecen una mayor claridad y precisión, este no es siempre el caso. Principalmente, los convenios multilaterales, como los mencionados precedentemente sobre actos terroristas, suelen tener una “penumbra de incertidumbre” que se evidencia en la diversidad de lenguas, culturas, leyes y en divisiones políticas.<sup>32</sup> Es por ello que la costumbre puede proveer mayor precisión, pues responde a conductas, situaciones y casos concretos que, en oportunidades, incluso, se materializan en las decisiones escritas de tribunales internacionales.

### 3. El Tribunal Especial para El Líbano

Antes de adentrarnos en el examen de la decisión, resulta importante mencionar las características, competencia y jurisdicción del Tribunal que la dictó.

El 13 de diciembre de 2005 el gobierno de la República libanesa solicitó a Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) el establecimiento de un tribunal internacional que se encargase de enjuiciar a todos aquellos que presuntamente habían participado en un atentado ocurrido en Beirut, el 14 de febrero de 2005. El ataque terrorista, que tuvo lugar en las inmediaciones del Hotel St. George, además de un saldo de 23 muertos y cientos de heridos acabó con la vida del Primer Ministro libanés, Rafik Hariri.<sup>33</sup> Sobre la base de las enérgicas críticas de la comunidad internacional, como también del entonces Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, quien había solicitado que se condenase “en los términos más duros a aquellos que instigaron, planearon y ejecutaron este insensible asesinato político”,<sup>34</sup> el gobierno efectuó una petición a la ONU luego de adoptar una resolución estableciendo el solicitado Tribunal (Resolución 1664/2006), el Consejo

---

31 Arredondo (2012: 31).

32 Arredondo (2012: 31).

33 *El País*, “Asesinado el ex Primer Ministro de El Líbano”, 15 de febrero de 2005. Disponible en: [https://elpais.com/diario/2005/02/15/internacional/1108422001\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/02/15/internacional/1108422001_850215.html) (último acceso: 28/02/2016).

34 Disponible en: <http://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/creation-of-the-stl> (último acceso: 28/02/2016).

de Seguridad dictó la Resolución 1757/2007 que aprobó su Estatuto,<sup>35</sup> entrando en vigor definitivamente el 10 de julio de 2007.<sup>36</sup>

En su artículo 1, el Estatuto determina que su competencia temporal, circunscripta a la fecha del atentado, puede ampliarse si el Tribunal concluye que otros ataques suscitados en El Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 son conexos, conforme a los principios de la justicia penal, al atentado que le dio origen y siempre que su gravedad y naturaleza se asimilen a este.

Asimismo, si bien es caracterizado como un tribunal internacional en virtud de su creación mediante resolución del Consejo de Seguridad y de que su composición incluye jueces internacionales, el Tribunal Especial para El Líbano aplica derecho nacional (libanés), por lo que se trata, en realidad, de un tribunal híbrido o mixto.<sup>37</sup> En efecto, el artículo 2 de su Estatuto señala que serán aplicables únicamente “las disposiciones del Código Penal libanés relativas a la persecución y castigo de actos de terrorismo”. Por lo tanto, se considera que el rasgo internacional del Tribunal obedece a los altos “estándares de justicia” y a los “más altos estándares de procedimiento penal internacional”.<sup>38</sup>

Por último, el Tribunal tiene su asiento en la ciudad de La Haya, Países Bajos y se encuentra en funcionamiento desde el 1° de mayo de 2009.

#### 4. Decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para El Líbano: ¿podría existir el crimen de terrorismo internacional como una figura autónoma en la costumbre internacional?

Como referimos en el primer apartado, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para El Líbano, a fin de avanzar sobre la pregunta que, en definitiva, es el objeto de estudio de este trabajo, debía sortear un obstáculo. Este era responder por la afirmativa la consulta respecto de si el Tribunal Especial debería tomar en consideración los conceptos

---

35 Resulta necesario aclarar que la adopción de dos Resoluciones obedeció a que el proceso constitucional libanés tendiente a establecer el Tribunal a través de un tratado entre el Estado y la ONU tropezó con obstáculos y desacuerdos políticos en el ámbito interno, a pesar de la clara intención de consolidar el Tribunal. Explicaría mejor que se iba a adoptar por medio de un acuerdo entre la ONU y El Líbano y como ese acuerdo no fue aprobado por el Parlamento, se creó por resolución del CS. Hay artículos que lo explican bien. Citaría alguno.

36 Cf. [www.un.org/spanish/news/focus/tslibano/index.shtml](http://www.un.org/spanish/news/focus/tslibano/index.shtml) (último acceso: 28/02/2016).

37 Secretario General de Naciones Unidas, *Report of the Secretary General on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon*, S/2006/893, 15 de noviembre de 2006, párr. 7.

38 *Ibidem*.

internacionales relativos al terrorismo, a pesar de que el artículo 2 de su Estatuto solo se refiere al Código Penal libanés<sup>39</sup> (en adelante, “CPL”).

En efecto, la Sala, entendió que el tipo penal de terrorismo, previsto en el artículo 314 del CPL,<sup>40</sup> no podía analizarse sin tener presente el derecho internacional. Para arribar a esta decisión, se encargó de deconstruir la figura típica que el CPL les asigna a los actos de terrorismo, con la interpretación que los tribunales internos realizaron en distintos casos jurisprudenciales. En este sentido, destacó diversas inconsistencias interpretativas, particularmente en relación con los medios previstos para llevar a cabo los ataques terroristas e, implícitamente, criticó el extremo positivismo de los tribunales locales y la ausencia de una jurisprudencia pacífica que pudiese resolver las incongruencias existentes en la legislación vigente. Por último, destacó que los tratados internacionales de carácter regional en materia de terrorismo no logran suplir el déficit de la norma doméstica.<sup>41</sup>

En definitiva, la Sala sostuvo la necesidad de dar al derecho internacional un rol autónomo respecto de la interpretación del Estatuto, por cuanto entendió que este debe corregir el derecho “irrazonable” o “manifiestamente injusto” que contiene el CPL<sup>42</sup> y, a su vez, interpretar y aplicar la ley de El Líbano conforme al Estatuto.<sup>43</sup>

De esta forma, la Sala inició su razonamiento sobre el terrorismo en el plano internacional y, particularmente, se focalizó en demostrar que, a pesar de la creencia de que este crimen no está definido, un escrutinio detallado demuestra, de hecho, que su definición ha emergido gradualmente.<sup>44</sup>

Entonces bien, a los efectos de corroborar la tesis de la Sala, analizaremos detenidamente los argumentos que ha implementado. Así,

---

39 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, *Section 1: Crimes Falling under the Tribunal's jurisdiction*, Interlocutory Decision on the Applicable Law, 11/01/1/AC/R176bis, párr. 42. El original en inglés dice: *1) Taking into account the fact that Article 2 of the Statute refers exclusively to the relevant provisions of the Lebanese Criminal Code in order to define the notion of terrorist acts, should the Tribunal take into account the relevant applicable international law?*”.

40 El artículo 314 del Código Penal Libanés establece: Serán actos terroristas todos aquellos cuya intención sea causar un estado de terror y que sean cometidos con medios suficientes para crear peligro público, ya sea con explosivos, material inflamable, productos tóxicos o corrosivos e infecciosos o agentes microbianos -traducción de los autores-.

41 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011, párr. 80.

42 Ambos (2012).

43 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011, párr. 62.

44 *Idem*, párr. 83.

nuestra propuesta es dilucidar si sus fundamentos 1) pudieron reflejar, efectivamente, la existencia de una conducta estatal que dé cuenta de la presencia de la costumbre internacional y 2) si estos tienen asidero en la doctrina y en la jurisprudencia internacional.

Puntualmente, la Sala asumió su posición al relevar a) una serie de tratados internacionales, b) resoluciones adoptadas en el seno de las Naciones Unidas y c) la práctica jurídica y legislativa de los Estados. Junto con todos estos elementos, intentó reflejar la formación de una *opinio iuris* general en la comunidad internacional que, acompañada de una práctica consistente con el elemento material de la costumbre, demuestra que –al menos en tiempo de paz– existiría el crimen de terrorismo internacional en el derecho consuetudinario.<sup>45</sup>

#### 4.1. Tratados Internacionales

Resulta innegable la existencia de un consenso global tendiente a fomentar la lucha contra el terrorismo internacional en todas sus formas, tomando como base el derecho internacional y teniendo presente qué es aquello que lo impulsa, cómo se financia, quiénes son sus perpetradores y cuáles son sus víctimas.<sup>46</sup> En este sentido, la percepción de los Estados y de distintas organizaciones internacionales es unívoca respecto de la gravedad de esta clase de actos y de la necesidad de penalizarlo como un crimen internacional.<sup>47</sup> En rigor, la ONU lo considera uno de los desafíos más serios que atraviesa nuestro planeta<sup>48</sup> y el Consejo de Seguridad avizora en el terrorismo internacional “uno de las amenazas más serias para la paz y la seguridad internacionales del siglo XXI”.<sup>49</sup>

En este sentido, hemos señalado anteriormente que existe un total de 16 tratados multilaterales y 12 de carácter regional, cuyo objeto es fomentar la criminalización y la penalización de una extensa variedad de actos de terrorismo.<sup>50</sup> Sin embargo, estos tratados no brindan una definición integral y unívoca del crimen de terrorismo internacional. Justamente, son producto de los desacuerdos que han surgido en torno a la falta de consenso para establecerla. De hecho, estos desacuerdos comenzaron a agudizarse en los debates suscitados en la Asamblea General en la década de 1970, en el marco de la Guerra Fría y de las

---

45 *Idem*, párr. 85.

46 *Report to the Counter-Terrorism Committee* (Iran), 27 de diciembre 2011, S/2001/1332, p. 1.

47 Gutierrez Posse (2006:167).

48 Orlova (2005:1).

49 CSNU, Res. 1377, U.N. SCOR, 4413, Annex. At 2. U.N. Doc. S/RES/1377 (2001).

50 Ver nota 7 sobre Convenciones multilaterales en la materia.

políticas de descolonización, dando pie a la adopción de una medida alternativa como son, hoy día, las referidas convenciones o los acuerdos de cooperación.<sup>51</sup>

En este sentido, al analizar la decisión adoptada por la Sala, vemos que los Magistrados entienden que, a través de diversas normas convencionales que regulan al terrorismo en el ámbito regional o internacional, se puede advertir la existencia de una costumbre internacional. Arriban a esta conclusión señalando que detrás de la ratificación de estos instrumentos, se ven reflejados los elementos constitutivos de esta fuente originaria de derecho internacional: a) la práctica generalizada entre los Estados y b) la existencia de una conciencia de obligatoriedad, requisitos que, en definitiva, demuestran el compromiso de la comunidad internacional por regular y penalizar al terrorismo.<sup>52</sup> Para respaldar esta posición, los Jueces de la Sala mencionan una serie de tratados internacionales como la Convención Árabe para la Supresión del Terrorismo del 22 de abril de 1998, la Convención para la Prevención y el Combate del Terrorismo del 14 de julio de 1999 de la Unión Africana, el Tratado de Cooperación entre los Estados Miembros del *Commonwealth* de los Estados Independientes en el Combate por el Terrorismo del 4 de junio de 1999, y la Convención de Shanghái en el Combate contra el Terrorismo, Separatismo y Extremismo del 15 de junio de 2001, entre otras.

Como ya hemos indicado, la CIJ, en la controversia relativa a la “Plataforma Continental del Mar del Norte”, se pronunció sobre la costumbre internacional resaltando los elementos necesarios para que una regla convencional sea considerada como regla general de derecho internacional de carácter consuetudinario. En dicha ocasión, la CIJ estableció que, si bien no es necesario que haya pasado un largo período de tiempo para que se forme una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una norma convencional, es indispensable que en ese lapso, por más breve que sea, la práctica de los Estados –entre los que se comprendan los que están particularmente interesados– haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada.<sup>53</sup>

En otras palabras, la CIJ sostiene que el derecho consuetudinario podrá surgir de una Convención, en tanto y en cuanto la práctica de los

---

51 Saul (2012:3).

52 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011, párr. 88.

53 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Asunto relativo a la plataforma continental del Mar del Norte” (República Federal de Alemania c. Dinamarca y los Países Bajos), sentencia del 20 de febrero de 1969, citado por Drnas de Clément (1995).

Estados vaya en la misma línea que las imposiciones que emanan del acuerdo preexistente (de modo frecuente y uniforme), aunque sea por un lapso breve. Entonces, podría afirmarse que las Convenciones son *per se* un instrumento que refleja una conducta estatal en uno u otro sentido. Para realizar esta afirmación, es fundamental analizar cómo reaccionó cada Estado en relación con sus disposiciones. De ello, se podría observar si, efectivamente, estamos en presencia de una costumbre que estaría comenzando a emerger como una práctica entre Estados.

Consideramos que la Sala desarrolló y fundó este punto de modo parcial. Como veremos a continuación, respaldó su postura en un extenso número de legislaciones domésticas y en la interpretación y aplicación que diversos Tribunales han otorgado a esta. Ello, por lo pronto, demuestra la conciencia de un vasto número de Estados de acatar los instrumentos supranacionales a los cuales se han obligado. Sin embargo, en la construcción de su decisión, creemos que la Sala hizo referencia a un conjunto de normas y sentencias que discutiblemente pueden abarcar (y demostrar) sin ambages la presencia de una conciencia de obligatoriedad unívoca, tal como será explicado más adelante.

#### 4.2. Resoluciones de Naciones Unidas

La Sala de Apelaciones se amparó en las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>54</sup> (en adelante, “Resoluciones de la AG”) para verificar la existencia de una norma consuetudinaria. Considero que, a pesar de no ser vinculantes, reflejan el modo de actuar de la comunidad internacional. Ello, dado que los textos finales se adoptan al encontrarse reunidos la generalidad de los Estados del mundo en el foro internacional de mayor envergadura. Entonces, debemos preguntarnos ¿es correcto otorgarle este carácter a las Resoluciones de la AG de la ONU?

En primer lugar, es necesario aclarar que estas Resoluciones formulan “recomendaciones” a los Estados miembros de las Naciones Unidas, conforme al artículo 10 de la Carta. Por lo tanto, en virtud del sentido corriente que, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, debe otorgársele al término, las Resoluciones de la AG no poseen carácter vinculante para los Estados a quienes van dirigidas. Aun así, podrían ser tenidas en cuenta como elementos materiales que contribuyen al proceso de formación de una norma consuetudinaria, ya sea que se califique el voto o la abstención

---

54 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011, párr. 85.

como una instancia de práctica estatal o la recomendación misma como prueba de la existencia de una conciencia de obligatoriedad en la materia.<sup>55</sup>

En este sentido, Jiménez de Arechaga considera que las Resoluciones deben generar un *triple efecto* respecto de la formación de normas consuetudinarias. Al respecto, indica que desde de la precitada sentencia relativa a la “Plataforma Continental del Mar del Norte”, se ha asentado asentado que las Resoluciones pueden surtir un efecto declarativo, cristizador, o bien generador de costumbres; de allí la noción del *triple efecto*.<sup>56</sup>

Por su parte, el Instituto de Derecho Internacional ha reconocido que algunas resoluciones de la Asamblea General pertenecen a la categoría de “instrumentos no contractuales que tienen un papel normativo” y, en concreto, que “la Asamblea puede hacer recomendaciones que contribuyan al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, a su consolidación y codificación”.<sup>57</sup>

En materia jurisprudencial, al volver en el tiempo, vemos que, hasta principios de la década de 1970, la CIJ no se había pronunciado de manera explícita sobre el peso de las Resoluciones en la evolución del derecho internacional.<sup>58</sup> Sin embargo, autores como Thierry sostenían que, por ese entonces, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución 1514(XV) de la AG del 14 de Diciembre de 1960) constituía una “etapa importante en la evolución” del derecho de autodeterminación.<sup>59</sup> Fue posteriormente, en el asunto del *Sahara Occidental* (1975), donde la Corte finalmente recurrió a las Resoluciones de la AG de la ONU en materia de descolonización y libre determinación para “determinar las reglas del Derecho Internacional que se remiten directamente a los términos de la consulta”<sup>60</sup>, es decir, para establecer el derecho existente en la materia.<sup>61</sup>

Cabe destacar que, frente a la presencia de una norma consuetudinaria, la Asamblea General puede simplemente referirse a su existencia,

---

55 González Napolitano (2015:266).

56 Jiménez de Aréchaga (1980:111).

57 Resolución de la Sesión del Cairo de 1987 sobre las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Preámbulo y Conclusión 1. *Annuaire*, pp. 275-277.

58 Thierry (1980:440).

59 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Report, Dictamen del 21 de Junio de 1971, 1971, pp. 31.

60 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo al Sahara Occidental”, Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975, p. 30.

61 Thierry (1980:444).

sin resultar necesario que se lleve a cabo un ejercicio de calificación legal de esta.<sup>62</sup>

Entonces bien, por fuera del debate que pueda presentarse respecto de la fuerza vinculante –o no– de las Resoluciones, lo cierto es que la Sala citó las Resoluciones 49/60, 64/118 (2009) y 63/129 (2008), entre otras, para fundamentar su posicionamiento respecto del crimen de terrorismo internacional y ello, a nuestro criterio, resultaría un fundamento sólido para identificar la incidencia que fueron adquiriendo estas resoluciones a través del tiempo, particularmente, en el tema en cuestión.

#### 4.3. Jurisprudencia nacional y legislación interna

En último lugar, la Sala se refirió a la jurisprudencia interna<sup>63</sup> y a los códigos penales del derecho doméstico<sup>64</sup> de diferentes países de la comunidad internacional, entendiendo que estas resultan una fuente probatoria de la vigencia de la *opinio iuris* respecto del crimen de terrorismo internacional.

Drnas de Clément sostiene la teoría de que la jurisprudencia interna es un mero hecho para el derecho internacional.<sup>65</sup> No obstante, a través de las decisiones de los tribunales internos puede visibilizarse la aplicación del derecho internacional y sus distintas fuentes. Sobre este punto, Levy-Bruhl argumenta: “[e]l juez participa de alguna manera en la labor legislativa, en la medida en que modifica el significado de la norma. En este sentido la jurisprudencia crea derecho (...) El número de innovaciones y progresos jurídicos que produce es considerable”.<sup>66</sup>

En este mismo orden de ideas, conforme la calificación diseñada por Rousseau, los actos de relevancia jurídica a nivel internacional pueden emanar tanto de órganos estatales como interestatales. Incluye, de este modo: a) los actos de práctica gubernamental y diplomática (Poder Ejecutivo) que refleja el tipo de relaciones y conductas de un estado con el resto de los estados de la comunidad internacional; b) la legislación interna de un Estado (leyes, decretos, reglamentos) que también

---

62 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, párr.72,

63 TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011, párr. 86.

64 *Idem*, párrs. 91, 91-98.

65 Drnas de Clément (1995:14) Se explica que son las sentencias internacionales aquellas que pueden tener valor como fuente autoritativa en la aplicación del derecho a un caso determinado, y como medio para determinar la existencia de normas consuetudinarias.

66 Lévy-Bruhl.(1964:35). El autor reconoce, en el ejercicio de estas virtualidades legítimas, al juez como una fuente viva del derecho.

traslucen líneas de conducta y permiten analizar la postura respecto a la política exterior que parte desde un determinado ordenamiento jurídico; c) las decisiones judiciales de derecho interno, que suponen el pronunciamiento de los tribunales nacionales de un Estado respecto de casos en que se involucren aspectos normativos regulados por el derecho de gentes.<sup>67</sup>

Asimismo, Gutierrez Posse entiende que “los medios a los que se puede acudir para probar tanto una práctica como la *opinio iuris*, emanan de actos internos y de actos internacionales. De este modo, una sentencia proveniente de un Tribunal Superior en el ámbito interno, una ley, un decreto de la autoridad administradora, un acto de la administración, pueden ser invocados como pruebas de ambos elementos”.<sup>68</sup> Esto, en efecto, había sido confirmado ya por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el “Caso de los Empréstitos Serbios”, donde se asignó a una norma carácter consuetudinario, y se expresó que “ha sido creada mediante decisiones judiciales internas”.<sup>69</sup>

De lo analizado, observamos que, en tanto prueba de la costumbre, la jurisprudencia interna dista de ser un mero hecho para el derecho internacional. Por el contrario, verificaría el comportamiento de los Estados en el ámbito interno y en la opinión que tienen sobre el crimen de terrorismo internacional.

Por otra parte, en lo tocante a la posibilidad de acudir a la legislación interna como prueba de uno de los elementos la costumbre internacional, jueces como McDonald y Vhorah, en su opinión separada en la sentencia del caso *Erdemovic* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, han expresado con suma claridad que no existe ninguna restricción en el derecho internacional que impida la referencia a la ley nacional como guía.<sup>70</sup>

Desde el punto de vista del ámbito penal, autores como Ambos, consideran que el énfasis sobre el derecho nacional sirve a los intereses de un régimen de determinación de la pena de crímenes internacionales. En otras palabras, Ambos entiende que, así como el *quantum punitivo* que merece un delito en el ámbito doméstico puede servir de base para imponerlo en el plano internacional, puede existir en el derecho interno

---

67 Rousseau (1996:99).

68 Gutierrez Posse (2003:31).

69 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, “Caso de los Empréstitos Serbios” (Francia vs. Serbia), 1929, Serie A, N° 20/21, párr.41. Ver también: CPJI, Opinión Consultiva “Intercambio entre población griega y turca”, Reports, Series B, No.10, 1925, pp. 19-20 y ONU, UN Reports of International Arbitral Awards, vol. XIII, pp. 398-399.

70 TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Erdemovic”, Sala de Apelaciones, Sentencia, Opinión separada de los jueces Mc Donald y Vhorah, párr. 5.

una obligación *psicológica* para juzgar un delito determinado por una conducta antijurídica.<sup>71</sup>

En concordancia con el citado autor, interpretamos que al existir una legislación interna que regule cuestiones de derecho internacional, podría entenderse que el elemento psicológico que requiere la costumbre internacional respecto de la temática se encontraría respaldado en ella.

Más aun, Sieber destaca la importancia de observar la legislación nacional, pues esta puede aportar información sumamente valiosa para alcanzar marcos penales más precisos para los crímenes internacionales.<sup>72</sup>

Sin embargo, académicos como Saul, han criticado este argumento destacando que la decisión hace referencia al derecho doméstico como un modo necesario para reflejar la unidad de criterios respecto del crimen de terrorismo, pero, en realidad, tan solo cita 37 legislaciones nacionales que ni siquiera coinciden en un todo, dejando de lado 160 legislaciones estatales que (según entiende Saul), tratarían el crimen de terrorismo de otro modo.<sup>73</sup>

Si bien se aprecia razonable la crítica esbozada por Saul entendemos que, al momento de analizar los códigos domésticos y su relación con la costumbre internacional, puede resultar más apropiado hablar de *representatividad* que de *extensión*, por cuanto es de mayor importancia considerar cuáles son los Estados que siguen la práctica y la *opinio iuris* correspondiente, antes que –simplemente– realizar una sumatoria de legislaciones.<sup>74</sup>

#### 4.4. Definición de crimen internacional de terrorismo

En función de lo expuesto, y a sabiendas de que los fundamentos de la decisión pueden parecer discutibles, inacabados o insuficientes, podemos concluir, en primer lugar, que la Sala ha comprobado la pre-

---

71 Ambos (2008: 59).

72 Ambos (2008: 60).

73 Saul (2012: 9). En este sentido, Ben Saul se pregunta cómo la Sala de Apelaciones puede sugerir que existe un concepto común de terrorismo en las leyes nacionales que cita cuando el terrorismo varía en su significado como “la violación al honor” en Arabia Saudita, “lucha sectaria” en Irak, “Subversión a las Constitución” en Perú, “conflicto armado” en Uzbekistán, “Lesión al orden público” en Egipto por mencionar algunos.

74 El agregado de este aspecto cualitativo puede que haga perder cierto sentido democrático a la práctica. Frente a esta observación, el *Comité para la Formación del Derecho Consuetudinario Internacional* sostuvo: “The fact that the test is not purely quantitative may appear undemocratic. But, leaving aside the question what is meant by ‘democratic’ in this context, it should be noted that customary systems are rarely completely democratic: the more important participants play a particular significant role in the process. And certainly, the international system as a whole is far from democratic”.

sencia de una *práctica* como elemento material formador del derecho consuetudinario, que difícilmente podría ser controvertido pues, desde inicios del siglo XX, la conducta estatal general se encuentra dirigida a criminalizar y penalizar los actos de terrorismo.

En segundo lugar, la Sala efectuó una construcción teórica que permitiría comprobar la existencia (al menos emergente) de una *opinio iuris* interestatal, pues la mentada *práctica* se ha realizado de forma constante –con menor o mayor continuidad– bajo la conciencia de la obligatoriedad que requiere el elemento formal de la costumbre.

A partir de ello, la Sala concluye que el crimen de terrorismo internacional, conforme a la costumbre internacional, consiste en tres elementos: la comisión de un acto criminal o la amenaza de cometer el acto, la intención de generar miedo entre la población (lo cual consistiría en la creación de peligro público) o directa o indirectamente coaccionar una autoridad nacional o internacional a llevar a cabo alguna acción o evitar que lleva a cabo alguna y el acto debe estar compuesto por un elemento transnacional.

## 5. Conclusión

El terrorismo, si bien es una problemática que, de antemano, aparenta estar focalizada en ciertos puntos del mapa, no deja por ello de ser un flagelo que atenta contra derechos humanos, la paz y seguridad internacionales. De allí, que el terrorismo representa un desafío universal que merece el esfuerzo, principalmente, de los mandatarios y las mandatarias del mundo, dueños y dueñas de las decisiones políticas necesarias para abordar esta cuestión.

El aspecto jurídico, empezando por la definición del crimen de terrorismo internacional, no resulta ajeno a este escollo.

Consideramos que la importancia de dar un significado unívoco al terrorismo radica en la unión de criterios que impediría –al menos en el campo teórico– hacer la vista a un lado frente a situaciones latentes. A su vez, porque entendemos que los acuerdos internacionales existentes sobre la materia no abarcan suficientemente los distintos modos de operar de los grupos terroristas que, de hecho, evolucionan constantemente y de manera dinámica, dejando a la normativa vigente en el plano internacional obsoleta; letra muerta.

Entonces, la decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para El Líbano no puede pasar desapercibida. Sin desconocer los cuestionamientos que puede recibir por el modo en que sustenta su conclusión, muchas veces acompañados de críticas que resaltan el “oportunismo” de la Sala por encontrar la oportunidad para

expedirse al respecto, tampoco debe perderse de vista que acierta en decidir que existe una costumbre en desarrollo respecto del crimen de terrorismo internacional como un delito autónomo.

No existen dudas sobre la necesidad de luchar contra el terrorismo, combatiéndolo desde distintos planos. De hecho, al analizar las fuentes citadas, es dable concluir que a la luz de la multiplicidad de Tratados o Convenciones internacionales, las Resoluciones de Naciones Unidas y la jurisprudencia interna, la *opinio iuris* estaría cristalizada, mientras que en el caso de la legislación interna podríamos cuestionar tal extremo.

Por esto, la decisión representa un avance: pone en *palabras* una conducta que, pese a estar fragmentada, puede (y debe) consistir en tres elementos coincidentes, visibles aun a pesar de las diferentes maneras de llevar a cabo una práctica terrorista.

La decisión no cobró el revuelo esperado. Recibió diversas críticas limitadas a resaltar los tropiezos de la Sala al intentar demostrar la existencia de la costumbre internacional. Sin embargo, creemos que el contenido de la definición que la Sala de Apelaciones revela podría significar un primer paso, con sus dificultades claro, para cristalizar en un acuerdo multilateral, definitivamente, el crimen de terrorismo internacional como un delito autónomo.

## Bibliografía

### Jurisprudencia

#### *Corte Permanente de Justicia Internacional*

“Caso Lotus” (Francia c. Turquía), 1927, Rep. Serie A. No. 19, Sentencia del 7 de septiembre de 1927.

“Caso de los Empréstitos Serbios” (Francia vs. Serbia), 1929, Serie A, N° 20/21, sentencia del 12 de julio de 1929.

#### *Corte Internacional de Justicia*

“Caso Plataforma Continental del Mar del Norte” (Alemania vs Dinamarca), Sentencia del 20 de febrero de 1969

“Caso relativo al Sahara Occidental”, Opinión Consultiva del 16 de octubre de 1975.

“La legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996.

“Caso Orden de Arresto del 11 de abril del 2000” (Republica Democrática del Congo vs. Belgica), Sentencia del 14 de febrero de 2002.

#### *Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia*

“Fiscal c. Erdemovic”, Sala de Apelaciones, Sentencia del 7 de octubre de 1997.

## Doctrina

- Akehurst, Michael, "Custom as a Source of International Law", en *British Year Book of International Law*, Vol. 47, No. 1, 1975, pp. 1-53.
- Ambos, Kai, *Nulla Poena sine Lege en Derecho Penal Internacional*, Barcelona, Ed. Atelier, 2008.
- Ambos, Kai, "Creatividad Judicial en el Tribunal Especial para El Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Barcelona, 3º Época, N° 7, 2012, pp. 143-173.
- Arredondo, Ricardo, "Las Fuentes del Derecho Internacional", *Manual de Derecho Internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- Barberis, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 1994.
- Brodsky, Patricio A., *Genocidio, un crimen moderno: reflexiones sobre genocidio y modernidad*, Buenos Aires, Tips, 2015.
- Bederman, David J., "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 31, 2010, pp. 31-45.
- Drnas De Clément, Zlata, *Las fuentes del derecho internacional en la jurisprudencia de La Corte de Justicia de la Nación Argentina*, Córdoba, Lerner, 1995.
- Gutierrez Posse, Hortensia D.T, *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, De los Cuatro Vientos, 2006.
- Gutierrez Posse, Hortensia D.T, *Guía general para el conocimiento de los elementos del Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- Jiménez De Arechaga, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980.
- Lévy-Bruhl, Henri, *Sociología del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1964.
- Orlova, Alexandra, "'Umbrellas' or 'building blocks'? Defining international terrorism and transnational organized crime in international law", en *Houston Journal of International Law*, Vol. 27, N° 2, 2005, pp. 267-310.
- Pinto, Mónica, "Terrorismo y Derechos Humanos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2003, pp. 105-140.
- Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Rubin, Barry y Rubin, Judith Colp, *Cronología del Terrorismo Moderno*, Nueva York, M.E. Sharpe Inc., 2008.
- Saul, Ben, "The Special Tribunal for Lebanon and Terrorism as an international crime: Reflections on the judicial function", en *Sydney Law School Legal Studies*, Research Paper No. 12/64, 2012.
- Scharf, Michael P., *Customary International Law in times of fundamental change: recognizing Grotian Moments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Swinarski, Christophe, "Del terrorismo en el Derecho Internacional Público", en *Revista Lecciones y Ensayos*, 2003, pp. 553-547.
- Thierry, Hubert, *Les Resolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, Vol. 167, Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 1980.

- Treves, Tullio, "Customary International Law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012.
- Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1957.
- Young, Reuven, "Defining Terrorism: the evolution of terrorism as a legal concept in international law and its influence on definitions in domestic legislation", en *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 29, 2006.
- Zbar, Agustín, "Terrorismo Internacional y Derechos Humanos: apuntes para una legislación antiterrorista", en *Estudios Latinoamericanos para la Democracia Contemporánea*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.

### Documentos Internacionales

- Committee on Formation of Customary Law, Report of the International Law Association, London Conference, 2000.
- Secretario General de Naciones Unidas, *Report of the Secretary General on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon*, S/2006/893, 15 de noviembre de 2006.

# El impacto del Estatuto de Roma en las jurisdicciones locales a la luz del principio de complementariedad

*Ianiv Garfunkel*

El Estatuto de Roma<sup>1</sup> (en adelante, “ER”) que crea a la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI” o “Corte”) está gobernado por el sistema de complementariedad, en virtud del cual son los Estados Parte quienes tienen en primera instancia el derecho y la obligación<sup>2</sup> de investigar y juzgar a aquellas personas acusadas de haber cometido los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.<sup>3</sup> Solo en caso de que esto no suceda, la CPI se encontrará habilitada para ejercer su jurisdicción en el asunto concreto, ya sea porque el Estado interesado está incapacitado para hacerlo o porque carece de voluntad para ello.<sup>4</sup>

En este marco podría suceder que un Estado Parte del ER, cuando investiga y juzga a través de su poder judicial local algún crimen de competencia de la CPI,<sup>5</sup> aplique un derecho distinto al del ER<sup>6</sup> o, aun habiendo tipificado los crímenes del artículo 5 ER, haga una interpretación diferente a la que hace la CPI. En otras palabras, podría suceder que las jurisdicciones locales se aparten de los estándares que fija la CPI. Estas diferencias de aplicación e interpretación en relación con la CPI pueden tener consecuencias no deseadas por los Estados Parte, como lo sería la admisibilidad de un caso ante esa jurisdicción internacional. Por supuesto, los Estados siempre podrán argüir que si las

---

1 Estatuto de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

2 Pezzot (2015:1004).

3 ER, preámbulo, párrs. 6 y 10.

4 ER, artículo 17.

5 ER, artículo 5.

6 Philippe (2006:390).

diferencias no son, en palabras de van der Wilt, “dramáticas” o “escandalosas”, la CPI seguirá careciendo de jurisdicción.<sup>7</sup>

En este contexto, vale indagar si corresponde que los Estados Parte del ER adecúen no solo su legislación interna, sino también la interpretación que el poder judicial local deba hacer de los crímenes tipificados en el artículo 5 ER, o si la circunstancia de llevar adelante un juicio justo es motivo suficiente para que la CPI deba inhibirse de intervenir en la investigación y juzgamiento de esa situación. La oscuridad del tema se origina en que el ER no contiene expresamente ninguna obligación asumida por los Estados Parte de tipificar en su derecho interno los crímenes del artículo 5 ER de forma textual,<sup>8</sup> y mucho menos interpretarlos conforme su jurisprudencia.

En consecuencia, en este trabajo argumentaré porqué es esperable que los Estados Parte del ER tipifiquen e interpreten el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión<sup>9</sup> de la misma forma en que el ER y la CPI lo hacen; para lo primero, me voy a valer de una interpretación armónica del ER, mientras que para justificar la interpretación de esos crímenes de conformidad con la jurisprudencia de la CPI voy a proponer que los Estados Parte tienen un deber de llevar adelante lo que llamaré un “control estatutario”.<sup>10</sup>

Planteado ello, considero necesario hacer dos aclaraciones. Por un lado, al menos en principio, la situación inversa no generaría problemas sustanciales ni pondría en movimiento la maquinaria de la CPI;<sup>11</sup> es decir, si un Estado Parte del ER decide tipificar e interpretar los crímenes del artículo 5 ER de forma tal que se exijan menos elementos objetivos y/o subjetivos, difícilmente pueda ser visto como una incapacidad o falta de voluntad del Estado Parte para investigar y juzgar esas conductas a la luz del artículo 17 ER. Por el otro, hay otras situaciones que también podrían plantear un problema similar al que proyecto en este trabajo, tipo de penas aplicables por las jurisdicciones locales, amnistías para

---

7 van der Wilt (2008:254).

8 Kai Ambos plantea que existe una obligación *de facto* de llevar adelante esa implementación. Véase Ambos (2003).

9 Respecto del crimen de agresión, el deber al que hago referencia será exigible a aquellos que Estados que, además de haber ratificado el ER, hayan ratificado, de conformidad con el artículo 121.5 ER, las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión, aprobadas por la Conferencia de Revisión mediante Resolución RC/Res.6, del 11 de junio de 2010.

10 Utilizo esa fórmula como un concepto paralelo al de “control de convencionalidad”, concepto desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que será explicado más adelante.

11 van der Wilt (2008:233).

conseguir la paz en una situación concreta, inadecuadas o nulas reparaciones a las víctimas, modos de atribución de responsabilidad, valoración probatoria, reglas de interpretación, etc. A pesar de lo importante que pueda resultar resolver esos problemas, no los trataré aquí porque excede el objeto específico de este trabajo.

Aclarado ello, a continuación definiré los alcances del principio de complementariedad a la luz del ER; luego me referiré al tratamiento que se le ha dado al tema de la incorporación e interpretación que las jurisdicciones nacionales hacen, han hecho o deberían hacer de los crímenes tipificados en el artículo 5 ER, donde presentaré mi propuesta de ejercer un “control estatutario” para evitar problemas prácticos y choques entre soberanía y jurisdicción internacional; por último, haré algunas conclusiones.

## 1. Principio de complementariedad en el ER

Pese a los problemas de interpretación que, en virtud de su ambigüedad,<sup>12</sup> llevan ínsito algunos de sus incisos,<sup>13</sup> el artículo 17 ER contiene una introducción que despeja cualquier duda: la CPI ejerce su jurisdicción de forma complementaria a las jurisdicciones nacionales. Que “la Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando [...]”<sup>14</sup> se comprueben ciertas circunstancias, es la muestra de que su intervención es la excepción y no lo regla;<sup>15</sup> a tal punto que el primer Fiscal de la CPI sostuvo que su éxito no depende de la cantidad de casos en que intervenga sino que, por el contrario y gracias al principio de complementariedad, la ausencia de casos ante la CPI será una prueba del éxito del funcionamiento de las jurisdicciones nacionales.<sup>16</sup>

Se podría argumentar que el fundamento de esta cláusula es el respeto que los Estados que participaron en la negociación y redacción del ER exigieron respecto de su soberanía.<sup>17</sup> En efecto, la reticencia

---

12 Perrin (2006:307).

13 Como ejemplo puede mencionarse: qué significa estar dispuesto a enjuiciar a una persona –artículo 17.1.a y b–; cuándo hay gravedad suficiente –artículo 17.d–; cuándo hay demora injustificada –artículo 17.2.b–, entre otros.

14 ER, artículo 17(1).

15 CPI, Oficina de la Fiscalía, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 de septiembre de 2006, La Haya, pág. 5, disponible en [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf) (último acceso: 11/12/2016)

16 CPI, Declaración hecha por el Sr. Luis Moreno Ocampo durante la Ceremonia de Juramento del Fiscal de la Corte Penal Internacional, 16 de junio de 2003, La Haya, pág. 2, disponible en [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/d7572226-264a-4b6b-85e3-2673648b4896/143585/030616\\_moreno\\_ocampo\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/d7572226-264a-4b6b-85e3-2673648b4896/143585/030616_moreno_ocampo_english.pdf) (último acceso: 11/12/2016).

17 Philippe (2006:381).

de los Estados hacia la aplicación del derecho internacional penal no debe sorprender, toda vez que los tribunales penales internacionales se entrometen en la jurisdicción criminal o, lo que es lo mismo, en una de las áreas más sagradas de la soberanía estatal.<sup>18</sup> Como contracara, los Estados acordaron que la actuación complementaria de un tribunal penal con las características de la CPI es asegurar que no prevalezca la impunidad de ciertas conductas consideradas de suma gravedad.<sup>19</sup> El valor que los Estados le dieron a la persecución y represión de los crímenes tipificados en el ER se ve reflejado en la posibilidad que le otorgaron a una jurisdicción internacional para que actúe cuando ellos, sobre todo, no puedan hacerlo.

Adoptar este mecanismo de intervención, según la propia Fiscalía de la CPI, se basa en consideraciones de eficiencia y efectividad, pues los Estados generalmente tendrán mejor acceso a la evidencia y a los testimonios.<sup>20</sup> Para ello, es necesario un abordaje sistemático que permita un empoderamiento de las legislaciones locales.<sup>21</sup>

La adopción de un sistema como el de la complementariedad en el ER, a diferencia de lo que había sucedido con los tribunales *ad hoc*, tiene una explicación basada en circunstancias fácticas. Cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda se enfrentó a dos situaciones distintas: en el primero caso, falta de voluntad de investigar y perseguir a los responsables de haber cometido crímenes internacionales, cuando, además, el conflicto armado seguía vigente; en el segundo, falta de capacidad.<sup>22</sup> Por este motivo, los Estatutos de dichos tribunales les otorgaban concurrencia con primacía sobre las jurisdicciones nacionales. A diferencia de ello, el ER presume que los Estados tienen voluntad y capacidad de perseguir los crímenes tipificados en su artículo 5; solo cuando la CPI compruebe que el Estado en cuestión no investiga ni persigue (ya sea por falta de voluntad o de capacidad), podrá asumir jurisdicción. Podemos decir entonces que la CPI es una especie de “red de seguridad” o “último recurso”.<sup>23</sup> De hecho, la Fiscalía de la CPI indicó que la cantidad de casos en los que interviene la CPI no debe ser tomada como una medida de su efectividad, sino que, por el

---

18 Cassese (1998: 11).

19 Burchill (2009:284).

20 Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, septiembre 2003, p. 4 disponible en [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962E-D8B6/143594/030905\\_Policy\\_Paper.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962E-D8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf) (último acceso: 11/03/2016).

21 Bergsmo, Bekou y Jones (2010:796).

22 Holmes (2002: 668, 669), visto en Spilman (2013:8).

23 Bergsmo, Bekou y Jones (2011:34).

contrario, la creciente actuación de las jurisdicciones locales significa lo exitoso del sistema del ER.<sup>24</sup>

En este escenario, la inacción por parte de aquel o aquellos Estados que tengan jurisdicción para investigar y/o enjuiciar a una persona acusada de cometer un crimen de competencia de la CPI, no traería mayores dificultades al análisis.<sup>25</sup> Lo que sí podría resultar problemático, y es lo que se pretende analizar en este trabajo, es aquella situación en la que un Estado esté llevando adelante o haya llevado adelante una investigación y/o juicio contra esa persona, pero aplicando un tipo penal diferente al contenido en el ER, o haciendo una interpretación distinta a la que efectúa la CPI. Es en estos supuestos en los que el principio de complementariedad adquiere relevancia en los términos planteados en la introducción de este análisis.

El principio de complementariedad, como se dijo, se ve reflejado en el artículo 17 ER, el cual está dividido en tres partes: el primer párrafo indica las causales de inadmisibilidad de un asunto y las excepciones a esas causales;<sup>26</sup> el segundo párrafo establece qué deberá examinar la CPI a fin de determinar si el Estado interesado tiene o no *voluntad* de actuar en un asunto determinado y el tercer párrafo indica qué deberá examinar la CPI a fin de determinar la *incapacidad* del Estado interesado para investigar o enjuiciar en un asunto determinado.

Hecha esta pequeña introducción acerca del principio de complementariedad y del artículo 17 ER, a continuación señalaré qué es lo que considero relevante de esa disposición para el presente trabajo. Para ello, me basaré en el análisis que hace Bacio Terracino.<sup>27</sup>

Según dicho autor, la falta de tipificación de los crímenes del artículo 5 ER o una tipificación restrictiva en comparación con el ER, solo activará la actuación de la CPI por mandato del tercer párrafo del artículo 17, es decir, en el supuesto de la falta de capacidad. Y es que para él, el análisis que hay que hacer de la voluntad o disposición de actuar que un Estado Parte pueda tener en un *asunto determinado*, es un análisis que presupone la existencia de legislación concreta. En este contexto, cuando la CPI analice la admisibilidad de un asunto a la luz del artículo 17(2) deberá evaluar si el *proceso* tiene o tuvo en cuenta las debidas

---

24 CPI, Oficina de la Fiscalía, *Report on Prosecutorial Strategy*, cit., p. 10.

25 No pretendo en este trabajo indagar los motivos de esa inacción, ni tampoco qué actitud debería adoptar la CPI frente a esa inacción.

26 Si bien este inciso establece que debe verificarse un cierto umbral de gravedad a la hora de considerar la admisibilidad de asunto (apartado “d”), esa disposición no será analizada en este trabajo por cuanto dicho análisis es independiente de la actividad desplegada por la legislación y jurisprudencia locales.

27 Bacio Terracino (2007).

garantías reconocidas por el derecho internacional,<sup>28</sup> o si el *juicio* está o estuvo en marcha con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal,<sup>29</sup> o que haya una demora injustificada en el *juicio* que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia,<sup>30</sup> o bien 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.<sup>31</sup>

Como puede observarse, todos los supuestos del artículo 17(2) presuponen la existencia de legislación que permita investigar y enjuiciar (*proceso o juicio*) los crímenes del artículo 5 ER. Por ello, respecto de este inciso lo que deberá analizarse será si las jurisdicciones locales hacen una interpretación que esté en línea con los estándares que marca la CPI a través de su jurisprudencia.

El tercer párrafo, en cambio, plantea el problema de cuando la ausencia de legislación o la existencia de una legislación más restrictiva implican una incapacidad de llevar adelante la investigación o enjuiciamiento que el ER requiere. Este ha sido el camino marcado por la Fiscalía de la CPI.<sup>32</sup>

A la luz de lo antedicho, en lo que sigue analizaré: (i) si los Estados Parte del ER están obligados o no a incorporar los crímenes tipificados en el artículo 5 ER a su legislación local para evitar “incapacidad” en la investigación y juzgamiento y (ii) si los Estados Parte del ER están obligados a interpretar los crímenes tipificados en el artículo 5 ER de conformidad con los estándares de la CPI para evitar “falta de voluntad” en la investigación y juzgamiento. Como puede observarse, por cuestiones metodológicas abordaré primero la regla del párrafo tercero del artículo 17 ER y luego la regla del párrafo segundo de ese mismo artículo.

---

28 ER, artículo 17(2).

29 ER, artículo 17(2)(a).

30 ER, artículo 17(2)(b).

31 ER, artículo 17(2)(c).

32 Fiscalía de la CPI, ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, 30 de marzo de 2009, Anexo 4.

## 2. Incorporación e interpretación de los crímenes del artículo 5 ER por parte de los Estados Parte del ER

### 2.1. Incorporación de los crímenes del artículo 5 ER a la legislación local de conformidad con el ER

Antes de la existencia del ER, las definiciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra diferían de Estado a Estado o ni siquiera existían en sus legislaciones.<sup>33</sup> Esta circunstancia, a pesar de la existencia de tratados internacionales referidos a algunos de esos crímenes –como el genocidio o los crímenes de guerra–<sup>34</sup>, pasaba (y pasa) porque el derecho internacional establece *qué* tienen que hacer los Estados, pero no *cómo* lo tienen que hacer.<sup>35</sup> Si la legislación interna de los Estados Parte del ER dejara de lado la tipificación que ese instrumento hace de los crímenes internacionales, podríamos encontrarnos ante un supuesto donde el asesinato de una persona se criminalizara, cuando pudo haber estado justificado por las leyes de la guerra.<sup>36</sup> En sentido contrario, si la legislación de un Estado Parte del ER exige que se acredite la sistematicidad y la generalidad del ataque contra la población civil (es decir, como elementos acumulativos),<sup>37</sup> podríamos encontrarnos frente a la impunidad de un crimen de lesa humanidad, ya que se exigirían más requisitos que ante la instancia internacional.

Si bien los Estados Parte del ER tiene una obligación general de cooperar con la CPI que emana de la Parte IX del ER, y en particular, la obligación de asegurar que en el derecho interno de un Estado existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación, no puede extenderse a la tipificación de los crímenes que el ER contiene.<sup>38</sup> Por lo tanto, para justificar la incorporación de los crímenes del artículo 5 en el derecho interno, la búsqueda debe ir por otro camino.

La ausencia de un cláusula expresa en el ER sobre este punto no implica que igual no pueda encontrarse a través de una interpretación armónica de ese tratado.<sup>39</sup> Así, si tomamos en consideración lo dicho en el apartado anterior, podemos presumir que la circunstancia de que los Estados signatarios del ER hayan establecido el principio de comple-

---

33 Bacio Terracino (2007:423).

34 Por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

35 Kreicker (2005:319).

36 Ferdinandusse (2005:127).

37 Ferdinandusse cita como ejemplo el artículo 212(1) del Código Penal francés. Cf. Ferdinandusse (2005: nota al pie 105).

38 Bekou (2012:678).

39 Kleffner (2003:92).

mentariedad como mecanismo o forma de activar la jurisdicción de la CPI, responde a que los Estados Parte del ER tienen interés en ejercer ellos mismos su derecho a investigar y juzgar los crímenes del artículo 5 ER. Para ello, por supuesto, será necesario que esos Estados hayan tipificado previamente esos crímenes en su derecho interno para llenar los vacíos legales.<sup>40</sup> De hecho, si los Estados Parte pudieran elegir entre tipificar o no esos crímenes, la propia idea de “complementariedad” quedaría vacía de contenido, y la CPI no sería una jurisdicción subsidiaria de las nacionales, sino la primera y única.<sup>41</sup>

Cierta doctrina sostiene incluso que si un Estado Parte del ER no tipifica en su legislación interna ciertas conductas de la misma forma en que lo hace dicho instrumento, y juzga esas conductas a la luz de su derecho interno, la CPI podría considerar que ese Estado Parte no está dispuesto a llevar adelante una investigación o juicio por ese crimen, y por lo tanto activar su jurisdicción.<sup>42</sup>

Además, el propio preámbulo del ER afirma que, para que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto [no queden sin castigo] hay que adoptar medidas en el plano nacional [...] para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.<sup>43</sup> Y nos recuerda también que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”,<sup>44</sup> tal como lo interpretó la CPI.<sup>45</sup>

Siguiendo este razonamiento, podemos agregar como argumento que dada la capacidad y los recursos limitados de la CPI, solo va a poder atender un número restringido de casos por lo que las actuaciones de las jurisdicciones nacionales son necesarias para “poner fin a la impunidad”.<sup>46</sup> A eso debemos sumar que, dada la competencia limitada que tiene la CPI en razón del tiempo y el espacio, la aplicación del derecho internacional penal en el marco de las investigaciones nacionales adquiere una importancia preminente.<sup>47</sup> Aun más, si reconocemos que la CPI no podrá actuar en todos los casos en que tendría competen-

---

40 Kleffner (2003:88).

41 Kleffner (2003:94).

42 Newton (2001: 72).

43 ER, preámbulo, párr. 4.

44 ER, preámbulo, párr. 6

45 “Fiscal v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute*, 30 de mayo de 2011, párr. 44.

46 Kleffner (2003:93).

47 Werle (2009:81).

cia para hacerlo, por las limitaciones recién mencionadas, habrá que recordarle a los Estados que adoptaron el ER que en 1998 estuvieron “*Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes*”,<sup>48</sup> por lo que su actuación es imprescindible.

En efecto, esta posición permite evitar una situación esquizofrénica: los Estados destinan recursos humanos y económicos y envían agentes diplomáticos y plenipotenciarios a foros internacionales (pongamos como ejemplo la Conferencia de Roma de 1998) ya que consideran que es muy importante perseguir ciertos crímenes que son sumamente graves porque constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y por eso crean un mecanismo (pongamos como ejemplo la CPI) para reprimirlos y evitar la impunidad. Luego, de vuelta en casa, deciden que no es relevante tipificar esos mismos crímenes.

A partir de lo dicho, se podría argumentar, como lo ha hecho cierta jurisprudencia y doctrina, que la falta de adopción de legislación interna adecuada para perseguir crímenes internacionales es un acto internacionalmente ilícito.<sup>49</sup> De igual manera, para lograr un desempeño efectivo y exitoso por parte de los Estados, resultará necesario, como prerrequisito, ajustar la legislación local a la internacional.<sup>50</sup>

En definitiva, a esto se refiere Ambos cuando dice que los Estados Parte del ER tienen una “obligación *de facto*” de incorporar los crímenes del artículo 5 ER.<sup>51</sup>

Aun aceptando que existe esa obligación, sea *de iure* o *de facto*, el problema no se agota allí. Si consideramos que el ER, por ejemplo, establece que el sujeto pasivo del crimen de genocidio es alguno de los cuatro grupos protegidos mencionados en el artículo 6 ER, ¿significa que un Estado Parte del ER debe tomar esa definición como un estándar mínimo? O por el contrario, ¿esos Estados están imposibilitados de agregar otros grupos protegidos?<sup>52</sup> Una tipificación de los crímenes del artículo 5 ER en el derecho local más abarcativa o más restrictiva puede tener consecuencias significativas.

---

48 ER, preámbulo, párr. 5.

49 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “Fiscal c. Anto Furundzija” Sala de Juicio, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, párr. 149; Ferdinandusse (2005:180-181); para opiniones en sentido contrario, véase Stahn (2012: nota al pie 104), Perrin (2006:316) y Bergsmo, Bekou y Jones (2010:795).

50 van der Wilt (2008:230).

51 Ambos (2003:25).

52 van der Wilt (2008:255).

Para ejemplificar el conflicto que planteo en este punto, podemos tomar el caso van Arnaat,<sup>53</sup> donde el Tribunal de Distrito de La Haya resolvió que el acusado no era responsable por complicidad en el crimen de genocidio.<sup>54</sup> Lo interesante de la decisión, y relevante aquí, es que esa jurisdicción adhirió a los estándares del derecho internacional en materia del elemento subjetivo que requerían, según su interpretación, el conocimiento de la intención específica en el genocidio por parte del autor, en vez de aplicar derecho interno, lo que hubiera redundado en responsabilidad del acusado, tal como el tribunal lo reconoció.<sup>55</sup> En palabras de Ferdinandusse, cuando un Estado tipifica crímenes internacionales, podemos encontrarnos con casos de *under-inclusion* y con casos de *over-inclusion*.<sup>56</sup> Así también sucedió, por ejemplo, en el caso “Bagaragaza”, cuando la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda opinó que Noruega no estaba en condiciones de ejercer su jurisdicción penal en ese caso, porque los cargos por genocidio por los que se juzgaba a Michel Bagaragaza no quedaban cubiertos bajo las figuras de homicidio y lesión física que preveían la legislación noruega.<sup>57</sup>

Los casos que acabo de mencionar demuestran también la importancia de unificar las tipificaciones de los crímenes internacionales en las legislaciones locales, para que los derechos de la persona enjuiciada no se vean vulnerados.<sup>58</sup>

De esta forma vemos que la incorporación de los crímenes tipificados en el artículo 5 ER puede evitar injusticias desde ambos ejes: dejando impunes ciertas conductas o castigando conductas que podrían no ser castigadas.<sup>59</sup>

---

53 Para una multiplicidad de ejemplos, véase van der Wilt (2008).

54 Corte de Distrito, 23 de diciembre de 2005, LJN: AU8685. El texto de la sentencia está disponible en holandés aquí: <http://www.rechtspraak.nl>. Referencia extraída de van der Wilt (2006:240).

55 van der Wilt (2006:240). Según comenta este autor, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró, en el caso “Krstic” (2004) que para calificar como responsable por complicidad en el crimen de genocidio, el cómplice también debe tener la especial intención de destruir total o parcialmente a uno de los grupos protegidos contra ese crimen. En oposición a esta interpretación, el autor comenta, respecto de la aplicación de la legislación holandesa: “Dutch criminal courts would be satisfied if the accomplice had been aware of the considerable chance that the principal would plan to commit genocide and that his assistance would be helpful in accomplishing this dismal goal”.

56 Ferdinandusse (2005:126).

57 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, “Fiscal c. Michel Bagaragaza” Sala de Apelaciones, *Decisión sobre la Apelación respecto de la Regla 11bis*, 30 de agosto de 2006, párrs. 14 y 16.

58 Cryer (2005:173).

59 Para este último supuesto pienso en conductas que podrían prescribir si fueran tipificadas sencillamente como delitos ordinarios y no como los crímenes internacionales mencionados en

Por consiguiente, considero que sería coherente que los Estados tipifiquen los crímenes del artículo 5 ER de la manera más fiel posible a como están redactados en ese Estatuto. De esta forma, cuando la CPI analice la admisibilidad de un asunto a la luz del artículo 17(3) ER, deberá inhibirse.

Por último, cabe mencionar que en cuanto al modo en que los Estados deben incorporar los crímenes del artículo 5 ER a su derecho interno, el derecho internacional les deja librada la elección sobre cómo cumplir con sus obligaciones internacionales,<sup>60</sup> ya sea aplicando directamente el derecho internacional –modelo monista– o convertir aquel en derecho local –modelo dualista–.<sup>61</sup> En la medida en que asumamos que los Estados Parte no podrán incumplir con el tratado,<sup>62</sup> es esperable que incorporen esos crímenes como derecho vigente a nivel local.

## 2.2. Interpretación de los crímenes del artículo 5 ER de conformidad con la CPI. El “control estatutario” como propuesta de solución

Considerar válida la afirmación del punto anterior, en cuanto a la necesidad de incorporar los crímenes del artículo 5 ER al derecho interno de los Estados Parte, permite discutir acerca de la idea que las jurisdicciones locales deben hacer de sus propias normas.

Como primera impresión, y al igual que sucedió en el acápite anterior, se podría argumentar que los Estados Parte del ER no han asumido la obligación de seguir los estándares que la CPI marca, por más preferible que eso sea.<sup>63</sup> En efecto, al igual que en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>64</sup> el ER no contiene disposición alguna que indique la obligación que tendrían los Estados Parte de seguir la jurisprudencia de la CPI.

Sin perjuicio de ello, la interpretación que se plantea en este trabajo no es extraña en el ámbito del derecho internacional. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CorteID-

---

el artículo 5 ER.

60 van der Wilt (2006:250).

61 Malarino (2003:39).

62 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26.

63 van der Wilt (2008: 257).

64 Malarino (2012: 427-428).

H”),<sup>65</sup> en el caso “Almonacid Arellano” elaboró el concepto de “control de convencionalidad”<sup>66</sup> en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>67</sup>

Del párrafo transcrito, se puede extender esa noción de “control de convencionalidad” a la que se refiere la CorteIDH a la tarea que las jurisdicciones nacionales tienen respecto del ER. Parafraseando a esa Corte, se puede pensar que cuando un/a juez/a local investiga y/o juzga alguno de los crímenes del artículo 5 ER debe guiarse a partir de la jurisprudencia de la CPI, en lo que podemos llamar un “control estatutario”.

Si los Estados americanos deben ejercer ese “control de convencionalidad” que la CorteIDH exige respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¿por qué los Estados Parte del ER no

---

65 La analogía entre un sistema internacional de protección de derechos humanos y el sistema creado por el ER se hace teniendo en cuenta que el primero responde a la idea de subsidiariedad para determinar la responsabilidad internacional del Estado, mientras que el segundo funciona de manera complementaria para determinar la responsabilidad internacional del individuo. Para un análisis de las similitudes y diferencias entre la subsidiariedad de un sistema y la complementariedad de otro, puede verse Van der Wilt y Lyngdorf (2009).

66 Un repaso jurisprudencial respecto de este concepto puede encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (último acceso: 21/10/2018).

67 CORTEIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

lo deberían hacer respecto de la CPI? Si un/a juez/a debe “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”, esos/as mismo/as ¿no deberían hacer lo mismo respecto del ER?

A partir de estas ideas, se puede empezar a elaborar un concepto que permita justificar el deber que las jurisdicciones locales tienen a la hora de interpretar los crímenes del artículo 5 ER.

En efecto, según Betlem y Nollkaemper, la práctica estatal permite inferir la existencia de un deber internacional de que los tribunales nacionales interpreten, de conformidad con sus mandatos constitucionales, el derecho local a la luz del derecho internacional.<sup>68</sup> Esto va en línea con la idea de que si un Estado, para que su derecho interno sea idéntico al derecho internacional adopta, por ejemplo, la definición del crimen de genocidio del ER, estará obligado a aceptar la interpretación que la CPI haga de los elementos del crimen.<sup>69</sup> De hecho, como se dijo más arriba, una interpretación restrictiva de los crímenes del artículo 5 ER podría implicar la admisibilidad del asunto ante la CPI.<sup>70</sup>

En el derecho alemán, por ejemplo, se ha establecido que los tribunales locales, cuando determinen el alcance de los elementos objetivos y subjetivos de un crimen de competencia de la CPI, deberán usar como guías el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.<sup>71</sup> Más aún, para Triggs, interpretar el derecho interno de diferente forma a como lo hace la jurisprudencia de la CPI puede acarrear el incumplimiento de la obligación contraída en el marco del ER.<sup>72</sup>

Como cierta doctrina ya lo ha advertido, la adecuación del derecho interno al derecho internacional no se circunscribe exclusivamente a las normas del tratado en cuestión,<sup>73</sup> sino también a la interpretación que de esas normas hace el órgano creado por ese tratado.<sup>74</sup>

Así también lo entendió la CorteIDH en su jurisprudencia, al decir que las interpretaciones legislativas deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia de ese Tribunal,<sup>75</sup> que las interpreta-

---

68 Betlem y Nollkaemper (2003: 574).

69 Kreicker (2005:326).

70 Keller (2010:207).

71 “Explanatory Memorandum to the Code on International Crimes, Parliamentary Papers II, 2001-2002, 28 337, no.3, at 27”, visto en van der Wilt (2006: 254); Stigen (2008: 279-280).

72 Triggs (2003:516).

73 Como se explicó en el apartado 2.1 de este trabajo.

74 Sagües (2010:125).

75 CorteIDH, “Caso Radilla Pacheco Vs. México”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 340.

ciones judiciales y las garantías judiciales se deben aplicar de acuerdo con los principios establecidos en la jurisprudencia de ese Tribunal,<sup>76</sup> y que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de esa Corte,<sup>77</sup> en ejercicio del control de convencionalidad.<sup>78</sup>

En este contexto, como plantea Malarino, “para eludir caer en una petición de principio”<sup>79</sup>, dicho deber no debería surgir de la propia jurisprudencia del órgano en cuestión, esto es, CorteIDH o CPI. Como quedó explicado en los párrafos anteriores, solo si los poderes judiciales locales interpretan el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, tal como lo hace la CPI, darán sentido al principio de complementariedad establecido en el ER. En consecuencia, la obligación que aquí se pone de manifiesto, surge de la interpretación armónica del ER, a la que se hizo referencia anteriormente.

Por otro lado, las Reglas de Procedimiento y Prueba facultan a la CPI a pedirle al Estado al que hace referencia el artículo 17(1) ER información relativa para saber si “sus tribunales reúnen las *normas* y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar”<sup>80</sup> (énfasis agregado); en otras palabras, la CPI está habilitada a indagar si el Estado en cuestión está en condiciones de llevar cabo procesos judiciales que no impliquen una sustracción de la persona de que se trate de su responsabilidad penal por los crímenes del artículo 5 ER, respetando la garantías del debido proceso.<sup>81</sup>

La idea que se presenta en este acápite no debe ser entendida como un mero capricho. Entiendo que, a la luz de lo que se ha argumentado en este trabajo, los Estados Parte del ER tienen interés en resguardar su soberanía criminal y por ende investigar y juzgar crímenes internacionales; para ello deben incorporar a su derecho interno los crímenes tipificados en el artículo 5 ER; pero el rompecabezas no estaría completo sí, a pesar de las dos afirmaciones anteriores, las jurisdicciones locales tuvieran la libertad de interpretar esos crímenes apartándose de

---

76 CORTEIDH, “Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 284.

77 CORTEIDH, “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, párr. 461.

78 *Idem*, párr. 464.

79 Malarino (2012: 429).

80 Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 51.

81 Perrin (2006: 306).

los estándares de la CPI. De lo contrario, con interpretaciones más restrictivas, una conducta podría caer por fuera de los crímenes tipificados en los artículos 6, 7, 8 u 8 *bis* y por ende habilitar a la CPI a declarar el caso admisible.<sup>82</sup> En definitiva, el valor práctico de los estándares internacionales depende principalmente de su implementación dentro de los sistemas legales domésticos,<sup>83</sup> y una interpretación divergente, de Estado a Estado, es poco deseable.<sup>84</sup>

### 3. Conclusión

A partir de los argumentos volcados en este trabajo, se puede considerar que si un Estado Parte del ER tipifica en su derecho interno los crímenes enumerados en el artículo 5 de ese instrumento, pero lo hace de manera más restrictiva,<sup>85</sup> la CPI podría tener, en virtud del artículo 17 ER, jurisdicción en esa situación concreta<sup>86</sup> y el Estado en cuestión estará incumpliendo su deber.<sup>87</sup> Una característica, cuanto menos implícita, en el régimen del principio de complementariedad, es que los Estado Parte deben tener la capacidad legal e institucional para llevar adelante investigaciones propias.<sup>88</sup>

En definitiva, cualquier intento genuino y honesto de perseguir localmente crímenes internacionales y enjuiciar a los responsables está condenado al fracaso si esos crímenes no fueron adecuadamente incorporados al régimen legal local<sup>89</sup> e interpretados de conformidad con la jurisprudencia de la CPI.

Esto significa, lisa y llanamente, que la CPI es una especie de “perro guardián”<sup>90</sup> de la justicia penal internacional respecto de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional, aunque difícilmente los/as jueces/az de la CPI lo reconozcan de forma expresa en sus decisiones. Visto a su mejor luz, este rol de “monitor” del dere-

---

82 Incluso podríamos considerar que esta situación es la que intenta evitar el artículo 20.3.b ER.

83 Hilary Charlesworth and Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000) citado en Cryer (2005:167).

84 Cryer (2005:172).

85 Por ejemplo, mencionando menos grupos protegidos en el crimen de genocidio o exigiendo “sistematicidad” y “generalidad” como elementos acumulativos en los casos de crímenes contra la humanidad.

86 van der Wilt (2006: 250).

87 Cryer (2005: 118-119).

88 Schiff (2008:153).

89 van der Wilt (2008:230).

90 Olásolo (2005:137).

cho internacional penal debería ser un incentivo para que los Estados actúen y así consoliden la justicia internacional.<sup>91</sup>

Este punto, a diferencia de lo que plantea van der Wilt,<sup>92</sup> de ninguna forma contraría el argumento de que los Estados son soberanos y por lo tanto la CPI no puede ni debe actuar como una instancia de apelaciones. En efecto, aquí también podemos trazar un paralelismo con la CorteIDH cuando afirma que su jurisdicción, de ninguna forma, debe ser vista como una especie de “cuarta instancia”, porque:

[P]ara que la excepción de cuarta instancia sea procedente, es necesario que el solicitante o peticionario busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal. Esto no ocurre en el presente caso [...]. La propia Convención concibe ambas jurisdicciones, a juicio de la Corte, como diferentes al señalar, en su preámbulo, el carácter de coadyuvante y complementario de la interamericana respecto de la nacional, por lo que una no puede sustituir a la otra.<sup>93</sup>

A la luz de esa jurisprudencia, también podemos afirmar que la CPI está en condiciones de revisar lo actuado por los tribunales locales, con el único objetivo de verificar que se haya dado cabal cumplimiento a las obligaciones emanadas del ER, entre ellas, investigar y juzgar los crímenes tipificados entre los artículos 6 y 8 *bis* del ER, en el marco del principio de complementariedad.<sup>94</sup> Por supuesto que para ello deberá *revisar* la legislación interna y la aplicación e interpretación que de ella hagan los tribunales nacionales, a fin de verificar si existe falta de voluntad o incapacidad en llevar adelante la investigación o juzgamiento, según corresponda.

De alguna forma podríamos decir que la Fiscalía de la CPI, hace ya más de diez años, esbozó la idea que se trató de plasmar en este trabajo. En efecto, sostuvo que el principio que subyace en el concepto de

---

91 Sandoz (2009:1062).

92 van der Wilt (2008:256).

93 CORTE IDH, “Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párrs. 20-22.

94 Con esto no quiero decir que, en caso que el Estado no lo haga, la CPI declararía su responsabilidad internacional, sino que, en todo caso, podría declarar admisible el asunto.

complementariedad es que los Estados siguen siendo responsables de investigar y enjuiciar los crímenes cometidos bajo su jurisdicción y que se espera que los sistemas nacionales mantengan y hagan cumplir los estándares internacionales.<sup>95</sup> Aunque sea de manera involuntaria, este mecanismo hará que los Estados más poderosos no puedan marcar la agenda de los crímenes internacionales de la misma forma en que lo venían haciendo hasta la creación de la CPI.<sup>96</sup>

En resumen, se puede sostener que los Estados Parte del ER tienen el deber de tipificar en su derecho interno los crímenes mencionados en el artículo 5 ER para cumplir con su “capacidad” de investigarlos y juzgarlos, y al mismo tiempo tienen el deber, “control estatutario” mediante, de interpretarlos de conformidad con los estándares de la CPI, para así cumplir también –al menos en el aspecto aquí tratado– con su “voluntad” de investigarlos y juzgarlos.

Una propuesta interesante para asegurar que eso suceda es la creación de un Grupo de Trabajo Especial por parte de la Asamblea de Estados Parte –de conformidad con el artículo 83 de su Reglamento–, que tenga como una de sus funciones la de monitorear que la implementación de los crímenes tipificados en el artículo 5 ER por parte de las jurisdicciones nacionales sea compatible con el ER.<sup>97</sup>

## Bibliografía

### Instrumentos internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, (Austria), 23/05/1969 (e.v. 27/01/1980), UNTS 1155:331.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17/07/1998 (e.v. 1/07/2002), UNTS 2187:3.

Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de Estados Parte de la CPI, ICC-ASP/1/3 (part II-B).

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea de Estados Parte de la CP, ICC-ASP/1/3.

### Jurisprudencia

#### *Corte Penal Internacional*

“Fiscal v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and -Joshua Arap Sang”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Application by the Go-*

---

95 Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, Septiembre 2003, p. 5 disponible en [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962E-D8B6/143594/030905\\_Policy\\_Paper.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962E-D8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf) (último acceso: 11/03/2016).

96 Struett (2005:183-184).

97 Bacio Terracino (2007:439).

vernment of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30 de mayo de 2011.

#### Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

“Fiscal v. Anto Furundzija”, Sala de Juicio, *Sentencia*, 10 de diciembre de 1998.

#### Tribunal Penal Internacional para Ruanda

“Fiscal v. Michel Bagaragaza”, Sala de Apelaciones, *Decision on the Application of the Rule 11bis*, 30 de agosto de 2006.

#### Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

“Caso Radilla Pacheco vs. México”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

“Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

“Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279.

“Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador”, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Serie C No. 327.

#### Documentos oficiales

CPI, Declaración hecha por el Sr. Luis Moreno Ocampo durante la Ceremonia de Juramento del Fiscal de la Corte Penal Internacional, 16 de junio de 2003, La Haya, pág. 2, disponible en [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/d7572226-264a-4b6b-85e3-2673648b4896/143585/030616\\_moreno\\_ocampo\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/d7572226-264a-4b6b-85e3-2673648b4896/143585/030616_moreno_ocampo_english.pdf).

CPI, Oficina de la Fiscalía, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 de septiembre de 2006, La Haya, pág. 5, disponible en [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf).

CPI, Oficina de la Fiscalía, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*. ICC-01/04-01/07-1008-AnxA, 30 de marzo de 2009, Anexo 4, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/90915d/pdf/>.

#### Doctrina

Ambos, Kai, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (eds.) *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer – Stiftung A.C., 2003, pp. 26-31.

- Bacio Terracino, Julio, "National implementation of ICC crimes", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 421-440.
- Bekou, Olympia, "Crimes at crossroads", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 677-691.
- Bergsmo, Morten; Bekou, Olympia y Jones, Annika, "Complementarity after Kampala: Capacity Building and the ICC's Legal Tools", en *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, 2010, pp. 791-811.
- Bergsmo, Morten, Bekou, Olympia y Jones, Annika, "New technologies in criminal justice for core international crimes: the ICC Legal Tools Project", en Bergsmo, Morten (ed.) *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2011, pp. 25-42.
- Betlem, Gerrit y Nollkaemper, André, "Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation", en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 569-589.
- Burchill, Richard, "From East Timor to Timor-Leste: A Demonstration of the Limits of International Law in the Pursuit of Justice", en Doria, José; Gasser, Hans-Peter y Bassiouni, Cherif (eds.), *The legal regime of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 255-296.
- Cassese, Antonio, "On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law", en *European Journal of International Law* Vol. 9, 1998, pp. 2-17.
- Cryer, Robert, *Prosecuting International Crimes Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Ferdinandusse, Ward, *Direct application of international criminal law in national courts*, Tesis Doctoral, Universidad de Ámsterdam, Países Bajos, 2005.
- Keller, Linda, "The practice of the International Criminal Court: comments on 'the complementarity conundrum'", en *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, pp. 199-230.
- Kleffner, Jann, "The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law" en *Journal of International Criminal Justice* Vol. 1, 2003, pp. 86-113.
- Kreicker, Helmut, "National prosecution of Genocide from a Comparative Perspective", en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 313-328.
- Malarino, Ezequiel, "Argentina", en Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (eds.) *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer-Stiftung A.C., 2003, pp. 35-81.
- Malarino, Ezequiel, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales", en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung e.V., 2011, pp. 425-445.
- Newton, Michael, "Comparative complementarity: domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", en *Military Law Review*, Vol. 167, 2001, pp. 20-73.

- Olásolo, Héctor, “The triggering procedure of the International Criminal Court, procedural treatment of the principle of complementarity, and the role of Office of the Prosecutor”, en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, 2005, pp. 121-146.
- Pezzot, Romina, “Derecho internacional penal”, en González Napolitano, Silvina (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Ciudad de Buenos Aires, Errepar, 2015, pp. 987-1006.
- Perrin, Benjamin, “Making sense of complementarity: the relationship between the international criminal court and national jurisdictions”, en *Sri Lanka Journal of International Law*, Vol. 18, 2006, pp. 301-325.
- Philippe, Xavier, “The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, Num. 862, 2006, pp. 375-398.
- Sagües, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” en *Estudios Constitucionales*, Año 8, Num. 1, 2010, pp. 117-136.
- Sandoz, Yves, “The dynamic but complex relationship between international penal law and international humanitarian law” en Doria, José, Gasser, Hans-Peter, y Bassiouni, Cherif (eds.), *The legal regime of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 1049-1069.
- Schiff, Benjamin, *Building the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Stahn, Carsten, “Libya, the International Criminal Court and complementarity” en *Journal of International Criminal Justice* Vol. 10, 2012, pp. 325-349.
- Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Struett, Michael, “The transformation of state sovereign rights and responsibilities under the Rome Statute for the International Criminal Court”, en *Chapman Law Review*, Vol. 8, Orange, California, 2005, pp. 179-199.
- Triggs, Gillian, “Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court: a quiet revolution in Australian law”, en *Sydney Law Review*, Vol. 25, 2003, pp. 507-534.
- van der Wilt, Harmen, “Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 239-257.
- van der Wilt, Harmen, “Equal standards? On the dialectics between national jurisdictions and the International Criminal Court” en *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008, pp. 229-272.
- van der Wilt, Harmen y Lyngdorf, Sandra, “Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle” en *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, pp. 39-75.
- Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009.

## La cooperación entre la ONU y la Corte Penal Internacional: Repercusiones de las remisiones del Consejo de Seguridad a la luz del Acuerdo de Relación del 4 de octubre de 2004

*Victor Lisandro Elías*

Desde la gestación de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI” o “Corte”), los redactores del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”) comprendieron la importancia de una relación armoniosa de la nueva Corte con la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”). Incluso, podría considerarse que la CPI se convirtió en el remedio que la ONU necesitaba tras las duras críticas luego de la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, considerados por muchos violatorios de principios básicos del derecho penal y a favor de una justicia selectiva.

Por mandato del mismo ER (artículo 2), debido a la necesidad de convenir el trabajo conjunto entre ambas Organizaciones Internacionales (en adelante, “OIs”), en el año 2004 se adoptó un Acuerdo de Relación entre la CPI y la ONU (en adelante, “Acuerdo de Relación” o “Acuerdo”). Como explicaré más adelante, este Acuerdo es una especie de reglamentación de las cláusulas del ER que vinculan de alguna manera a ambas instituciones.

La relación que une a la ONU y la CPI es, sin dudas, de carácter atípico. Por un lado, se creó una entidad subjetivamente desvinculada de la ONU para garantizar su independencia, pero, por el otro, se brindó al Consejo de Seguridad de la ONU (en adelante, “CS”) la posibilidad estatutaria de intervenir directamente en su labor. Ello fue canalizado, especialmente a través del artículo 13(b) del ER, que permite al CS remitir una situación –aun en el caso de que los hechos hayan ocurrido en un Estado no Parte o los supuestos crímenes hubieran sido cometidos por nacionales de Estados no Parte– y del artículo 16 del ER, que faculta al CS a solicitar a la Corte que no inicie o que suspenda por el plazo de 12 meses, renovable, las investigaciones o procesamientos que se lleven a cabo en una situación determinada, todo ello mediante una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta de la

ONU. En particular, las remisiones tienen un efecto directo en la labor cotidiana de la CPI, principalmente en tres áreas: la cooperación de los Estados, la independencia de la Fiscalía, y el financiamiento de las remisiones.

A pesar de la existencia de normas relativamente claras, la intervención que ha tenido el CS en el marco del artículo 13(b) del ER parecería ir en contra de componentes indispensables para el actuar independiente de la CPI y su correcta vinculación con la ONU. Si se comprobara que ello es así, podría configurarse una violación al Acuerdo de Relación y, por ende, la correspondiente responsabilidad internacional de la ONU mediante el accionar de uno de sus órganos principales.<sup>1</sup>

El objetivo del presente capítulo es analizar la repercusión de la intervención del CS en la labor de la CPI, principalmente con la remisión de las situaciones de Darfur y Libia, a la luz de las obligaciones establecidas en el ER, en el Acuerdo de Relación y en la Carta de la ONU. A los fines de verificar la eventual existencia de responsabilidad por parte de la ONU resulta imprescindible analizar, en primer lugar, el contenido del ER, del Acuerdo de Relación y de las Resoluciones del CS, para luego observar el accionar de la CPI y la respuesta del CS ante los resultados de las situaciones remitidas.

## 1. Base normativa de la relación entre la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional

### 1.1. Estatuto de Roma

El vínculo entre la CPI y la ONU transitó diferentes alternativas en el seno de la Comisión de Derecho Internacional.<sup>2</sup> Principalmente, se discutió si la CPI debía de ser un órgano más dentro del sistema de la ONU –lo que hubiera implicado la reforma de su Carta– o si esta debía nacer como una nueva entidad judicial independiente.<sup>3</sup>

Finalmente, este dilema fue zanjado mediante la instauración de la CPI como una nueva OI. No obstante, por medio del artículo 2 del ER se mantuvo un vínculo con la ONU, el cual debía ser consolidado a través de un tratado internacional, sin perjuicio de las demás disposiciones

---

1 Conforme los artículos 4 y 6 de los Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (Anexo resolución de la Asamblea General de la ONU A/Res/66/100), la violación de un tratado internacional podría ser atribuida a la ONU por el accionar de uno de sus órganos principales.

2 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su cuadragésimo segundo periodo de sesiones, 1º de mayo a 20 de julio de 1990, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento No. 10, Doc. A/45/10, párr. 139.

3 Marchesi (1999:66).

del ER que ya las relacionaban.<sup>4</sup> Para ello, el mismo ER reconoció a la CPI como un sujeto de derecho internacional, dotándola de la capacidad para llevar adelante sus funciones y propósitos.<sup>5</sup> El Acuerdo de Relación, al encontrarse bajo el título “Del establecimiento de la Corte”, demuestra que la necesidad del vínculo entre ambas instituciones tiene un carácter constitucional,<sup>6</sup> y no aparece como una opción, sino como un requisito,<sup>7</sup> lo que se refleja claramente en el lenguaje empleado en el artículo 2 del ER:

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 esta (las bastardillas son propias).

Algunas posturas consideraban que la forma previsiblemente más sólida de crear la CPI hubiera sido reformar la Carta de la ONU.<sup>8</sup> Sin embargo, según se observa del proceso de preparación del ER, la creación de la CPI y su vínculo con la ONU se encuentran estrechamente ligados a la necesidad de dotar de universalidad y autoridad moral al nuevo tribunal internacional, y asegurar su viabilidad financiera y económica.<sup>9</sup> Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el punto central era impedir que la relación entre ambas de ninguna manera afecte la independencia de la CPI.<sup>10</sup>

Como mencioné anteriormente, este Acuerdo de Relación no es el único puente que une a estas dos OIs. Quizás el vínculo más destacado entre la ONU y la CPI, aun al día de hoy, son las remisiones y suspensiones del CS en el marco de los artículos 13(b) y 16 del ER. Como fue-

---

4 Además de los ya mencionados artículos 13(b) y 16, también resulta relevante el artículo 87(7), el cual determina que cuando 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, esta podrá remitir la cuestión a la Asamblea de Estados Parte o al CS, si este le hubiese remitido el asunto conforme el artículo 13 inciso b. De la redacción del artículo se vislumbra la intención de que el CS no se desvincule de una situación cuando esta fue remitida a la CPI.

5 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17-07-1998 (e.v. 01-07-2002), UNTS 2187:3, artículo 4 inciso 1.

6 Condorelli y Villalpando (2002: 222).

7 Yáñez-Barnuevo y Escobar Hernández (1999:46).

8 Clark (1997: 415).

9 Marchesi (1999: 66). Citando Asamblea General de la ONU, “Informe del Comité Especial sobre la Establecimiento de una Corte Penal Internacional”, A/50/22 (1995), p. 4.

10 Marchesi (1999: 68). Informe del Comité Especial sobre la Establecimiento de una Corte Penal, p. 8.

ra anunciado anteriormente, me enfocaré en el primero de los artículos referidos.

Mediante el artículo 13(b) del ER, el CS tiene la facultad de remitir a la Fiscalía de la CPI una situación en la que parezca haberse cometido algún crimen de su competencia que represente una amenaza para la paz y seguridad internacional, quebrantamiento de ella o acto de agresión, sin perjuicio de que el Estado donde transcurrieran los hechos no fuera Parte del ER o que los supuestos crímenes hayan sido cometidos por nacionales de Estados no Parte. En este sentido, el Estado donde ocurrieron los hechos se ve obligado a cooperar con la CPI, incluso no siendo Parte del ER.<sup>11</sup> Más aún, considerando que las decisiones del CS son vinculantes para todos los miembros de la ONU,<sup>12</sup> este podría solicitar la cooperación de todos los Estados Miembros de la Organización.<sup>13</sup>

Paralelamente, es necesario examinar el artículo 87 del ER, que establece las disposiciones generales respecto de las solicitudes de cooperación que realice la CPI. Estas solicitudes pueden ser efectuadas a Estados Parte,<sup>14</sup> a Estados no Parte –sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada–<sup>15</sup> y a OIs.<sup>16</sup> Asimismo, cuando la situación fuera remitida por el CS y un Estado Parte o no Parte incumpliera con una de estas solicitudes, la CPI podría, conforme los incisos 5(b) y 7, solicitar, entre otras medidas, la intervención del CS o de la Asamblea de Estados Parte (en adelante, “AEP”) para que los Estados cumplan o reanuden su cooperación.

De la lectura conjunta de estos artículos se observa que, para el caso de las remisiones del CS, este órgano tiene, no solo la potestad de dotar de competencia a la CPI, sino que también, en ese acto, pareciera crear un mecanismo tendiente a asegurar que todos los Estados cooperen con la CPI para garantizar el desarrollo de las investigaciones y procesos.

Toda esta labor conjunta entre la ONU y la CPI, originada en las remisiones efectuadas por el CS, viene con un costo e impacta en el presupuesto de la Corte. La cooperación entre la ONU y la CPI es necesaria en varios niveles, entre ellos en materia de financiamiento. En

---

11 Zhu (2006:91).

12 Carta de las Naciones Unidas, San Francisco (Estados Unidos), 26/06/1945 (e.v. 24/10/1945), UNTS 1:1, artículo 25.

13 Zhu (2006:91).

14 Estatuto de Roma, artículo 87 inciso 1.

15 Estatuto de Roma, artículo 87 inciso 5(a).

16 Cf. Estatuto de Roma, artículo 87 inciso 6.

efecto, el sistema establecido en la Parte XII del ER, diversificando las fuentes de los recursos financieros de la CPI, pretende garantizar su eficacia e independencia.<sup>17</sup> Conforme el ER, los fondos de la CPI provienen de las cuotas de los Estados Parte,<sup>18</sup> las contribuciones voluntarias,<sup>19</sup> y de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, “AGNU”).<sup>20</sup> Las primeras representan los ingresos ordinarios de toda OI; sin embargo, las últimas se encontrarían más relacionadas con las remisiones del CS y demás gastos vinculados a la relación entre ambas OIs.<sup>21</sup> La regulación de los fondos de la CPI viene a completar el círculo de cooperación entre la CPI, la ONU y, particularmente, el CS. De esta manera, ambas OIs entendieron que para asegurar el ejercicio del mandato de la CPI era necesario regular detalladamente la cooperación en los casos donde las situaciones son remitidas por el CS.

## 1.2. Acuerdo de Relación

En virtud de la necesidad de cooperación mutua, muchas esperanzas fueron depositadas en los resultados del proceso de negociación y celebración del Acuerdo de Relación entre la CPI y la ONU, sobre todo, dadas las críticas relativas a la intervención del CS mediante las remisiones y suspensiones –artículos 13(b) y 16 del ER– de situaciones, investigaciones o enjuiciamientos en proceso.<sup>22</sup>

En este sentido, en primer lugar, el Acuerdo de Relación aportó al entendimiento del compromiso de la ONU con la cooperación de los Estados Parte y no Parte del ER; en segundo término, se refirió a la libertad de la CPI para llevar a cabo las actuaciones que se crean necesarias sin entorpecimiento alguno –es decir la independencia para investigar cualquier situación y los individuos involucrados–, siempre dentro de los límites del ER y finalmente, dispuso la importancia de la autonomía financiera de la CPI.

El primer aspecto a destacar es que ambas organizaciones se reconocen como sujetos de derecho internacional.<sup>23</sup> El segundo, es el consentimiento de la ONU en obligarse formalmente respecto de la relación y responsabilidades que dispone el ER, por ejemplo en materia de

---

17 Condorelli y Villalpando (2002:232).

18 Estatuto de Roma, artículo 115 inciso a.

19 Estatuto de Roma, artículo 116.

20 Estatuto de Roma, artículo 115 inciso b.

21 Ver más detalladamente en punto 3.3 del presente capítulo.

22 Ver en general Condorelli y Villalpando (2002:627-655).

23 Cf. Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, Nueva York (Estados Unidos), 04/10/2004 (e.v. 04/10/2004), UNTS 2083:195, artículo 2.

cooperación judicial y asuntos financieros.<sup>24</sup> No resulta ocioso destacar que, en principio, conforme el derecho de los tratados, las disposiciones del ER que le confieren ciertas obligaciones a la ONU<sup>25</sup> no tenían, en virtud del principio *pacta tertiis nec nocent*, ningún efecto vinculante.<sup>26</sup> Con la adopción del Acuerdo se reglamentaron una serie de disposiciones del ER mediante las cuales la ONU pasa a obligarse ineludiblemente. Asimismo, esto cobra aún más importancia si tenemos en cuenta que el Acuerdo de Relación se ha convertido en derecho aplicable por la CPI en los términos del artículo 21 inciso 1(b) del ER.<sup>27</sup>

Otro aspecto relevante para la relación general de la ONU y la CPI es que, según el artículo 3 del Acuerdo de Relación, ambas organizaciones tiene la obligación de cooperar entre sí para el ejercicio eficaz de sus respectivas funciones.<sup>28</sup> Es posible concluir que al celebrar este tratado la ONU corroboró el compromiso de cooperar con la CPI conforme las solicitudes que esta efectúe en el marco del artículo 87 del ER.

Es necesario destacar que, desde un principio, el Acuerdo de Relación reconoce, al igual que el ER, la importancia de la CPI como un tribunal internacional independiente.<sup>29</sup> Es decir, se subraya uno de los componentes principales del objeto y fin del ER —como así también del Acuerdo—: la consolidación de una corte penal internacional independiente e imparcial que aporte a la consolidación de la paz y seguridad internacionales.<sup>30</sup>

---

24 Condorelli y Villalpando (2002:223).

25 En primer lugar se destaca el hecho de que el mismo artículo 2 establece que ambas organizaciones se vincularán por un tratado, imponiendo a la ONU la celebración de este. Asimismo el artículo 115 del ER establece que los gastos derivados de las remisiones del CS serán devengados de los fondos de la ONU, previa aprobación de la AGNU. Por otro lado, el ER contiene en múltiples artículos funciones que se le otorgan al Secretario General de la ONU.

26 Se debe dejar a salvo aquí lo relativo a disposiciones como los artículos 13(b) (facultad de remisión del CS) y 16 (facultad de suspensión del CS), ya que estos, conforme el artículo 36 de las Convenciones de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, no requieren más que una aceptación tácita por ser derechos en favor de terceros, a diferencia de la imposición de obligaciones que según el artículo 35 de las Convenciones señaladas requieren de la aceptación expresa.

27 Corte Penal Internacional, “Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decisión sobre las consecuencias de la no divulgación de los materiales de comprendidos en los artículos 54 (3) (e) y la solicitud de suspensión del proceso contra el acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la Audiencia de junio 2008*, 13 de junio de 2008, ICC-01/04-01/06-1401, párr. 34.

28 Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, artículo 3, Obligación de cooperación y coordinación: Las Naciones Unidas y la Corte convienen en que, con miras a facilitar el ejercicio eficaz de sus respectivas funciones, cooperarán estrechamente entre sí cuando proceda y celebrarán consultas sobre asuntos de interés común con arreglo al presente Acuerdo y de conformidad con las disposiciones respectivas de la Carta y el Estatuto.

29 Cf. Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, artículo 2.

30 Yáñez-Barrionuevo y Escobar Hernández (1999:42); Condorelli y Villalpando (2002:627). Cf. Estatuto de Roma, Carta de las Naciones Unidas, artículo 1.

Si entendemos que la principal función de la ONU es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales,<sup>31</sup> y que, conforme los preámbulos del Acuerdo de Relación y del ER, los crímenes más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional que juzga la CPI son una amenaza a la paz y seguridad internacionales, entonces existe una clara confluencia entre las funciones de ambas OIs.<sup>32</sup> Es decir, la CPI pareciera transformarse en un medio para los objetivos de la ONU, siendo el Acuerdo de Relación el instrumento concebido para fraguar el vínculo.<sup>33</sup>

Gran parte del Acuerdo de Relación se refiere a cuestiones netamente administrativas, relativas al intercambio de información, representación recíproca, uso de instalaciones, y empleo del personal.<sup>34</sup> Sin embargo otras disposiciones se refieren a cuestiones estrictamente vinculadas con el objeto y fin del ER. Se destaca lo relativo a las cuestiones financieras (artículo 13), y particularmente, el Capítulo III (artículos 15 a 20), respecto de la cooperación y la asistencia judicial. Dentro de este último capítulo, el Acuerdo de Relación regula aspectos de la cooperación entre el CS y la Corte en las situaciones remitidas conforme el artículo 13(b) del ER (artículo 17), reitera el compromiso de cooperación de la ONU para con la Fiscalía de la CPI (artículo 18), y nuclea las normas relativas a las inmunidades y prerrogativas de la ONU (artículo 19), destacando especialmente la cooperación mediante la renuncia de dichas prerrogativas e inmunidades.

Si bien todas las disposiciones del Acuerdo de Relación revisten cierto grado de importancia, es necesario enfocarse en aquellas relacionadas con las situaciones remitidas por el CS, tema central del presente análisis. Se observará a continuación como, de una u otra manera, dichas disposiciones han sido incumplidos por el CS en las situaciones remitidas mediante su acción u omisión.

## 2. El Consejo de Seguridad en acción: la remisión de las situaciones de Darfur y Libia

Los conflictos entre el norte y sur de Sudán se remontan a la primera mitad del siglo XIX, cuando el Reino Unido decidió unificar am-

---

31 Cf. Carta de las Naciones Unidas, artículo 1(1).

32 En efecto, además de los ya mencionados artículos, el ER prevé en sus artículos 15bis y 15ter, relacionados con el ejercicio de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión, que, antes de iniciar una investigación, el Fiscal deberá verificar si el Consejo de Seguridad ya ha calificado la situación como acto de agresión.

33 Cf. Condorelli y Villalpando (2002:227).

34 Ver artículos 4 a 12 del Acuerdo de Relación.

bas regiones.<sup>35</sup> Durante la primera década del año 2000, este conflicto presentó su máximo pico de violencia, particularmente en la zona de Darfur.<sup>36</sup> Los enfrentamientos entre el gobierno sudanés, mediante tropas oficiales y las milicias *Janjaweed*, y los grupos armados opositores adquirieron un tenor tal que llamó al CS a intervenir y establecer una comisión para la investigación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad que podrían haber sido cometidos por ambos bandos.<sup>37</sup> Por recomendación de esta comisión el CS decidió en el año 2005 remitir la situación en Darfur a la CPI en el marco del artículo 13(b) del ER.

Posteriormente, ante las graves consecuencias de la guerra civil en Libia a instancias del enfrentamiento entre las tropas del entonces presidente Gadafi y las milicias rebeldes,<sup>38</sup> la ONU adoptó una metodología similar a la utilizada en el conflicto de Darfur. Luego del informe efectuado por la comisión de investigación establecida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU,<sup>39</sup> que reflejaba la posible existencia de violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario, el CS decidió, entre otras cuestiones, remitir la situación a la Fiscalía de la CPI en el año 2011.<sup>40</sup>

En ambas remisiones el CS utilizó un lenguaje similar, estableciendo el deber inexorable de cooperar con la CPI por parte de Sudan y Libia, Estados no Parte del ER, y de todos los Estados Parte del ER. Asimismo, determinó que la ONU no brindaría asistencia financiera y limitó el alcance de la investigación de la Fiscalía de la CPI, al decidir “que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva”.<sup>41</sup>

Las irregularidades contenidas en dichas resoluciones y la falta de acción por parte del CS, entre otras razones, han contribuido a que hoy

---

35 Cryer (2006:196).

36 Schiff (2008:227-228).

37 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1591 (2004), punto 3. Condorelli y Ciampi (2005: 591).

38 Leanos (2012: 2267).

39 Consejo de Derechos Humanos, Resolución S-15/1, punto 11.

40 Stahn (2012:328-329).

41 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005), punto 6 y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011), punto 6.

en día los casos abiertos en virtud de ambas situaciones hayan encontrado numerosos obstáculos para su conclusión. Analizaré particularmente cómo la independencia de la CPI se vio afectada por tres motivos en las situaciones remitidas por el CS: 1) la ausencia respuesta del CS ante los pedidos de la CPI por falta de cooperación; 2) la limitación *ratione personae* de la investigación y 3) la restricción del financiamiento de la ONU a la CPI en dichas situaciones. En adelante, me centraré en la remisión de la situación en Darfur, toda vez que es la que mejor refleja las vicisitudes de la relación entre el CS y la CPI.

## 2.1. La falta de cooperación y la inacción del Consejo de Seguridad

Previamente se explicaron las características generales de la facultad del CS para remitir una situación a la CPI conforme el artículo 13(b) del ER del CS. En este sentido, específicamente en el texto de la resolución 1593 (2005), el CS, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU:

2. Decide que el Gobierno de Sudan y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en la aplicación en la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tiene obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente.<sup>42</sup>

Cabe destacar que la resolución 1970 (2011) del CS utilizó palabras casi idénticas al momento de remitir la situación de Libia.<sup>43</sup> De esta manera, el CS reiteró la obligación en cabeza de Libia de cooperar con la CPI, únicamente exhortando a que otros Estados no Parte del ER lo hicieran.

De la letra de la resolución se destaca que el CS distingue entre las partes del conflicto y los demás Estados. Por un lado, toma la determinación de obligar a los Gobiernos de Sudán y Libia a cooperar con la CPI y, por el otro, solamente exhorta a los Estados no Parte del ER a cooperar pues no tienen una obligación de hacerlo conforme dicho tra-

---

42 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005), punto 2.

43 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011), punto 5.

tado. La omisión de mencionar a los Estados Parte del ER resulta irrelevante, toda vez que estos se encuentran convencionalmente obligados a cooperar con la CPI.<sup>44</sup>

Por otro lado, el CS solicitó a la Fiscalía de la CPI, en concordancia con el artículo 17(1) del Acuerdo de Relación, que remita un informe semestral respecto del estado de las investigaciones.<sup>45</sup> Desde entonces tanto la Fiscalía como las Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante, “SCP”) y la AEP han notificado al CS del incumplimiento de los Estados en cooperar con la CPI.<sup>46</sup>

En el caso particular de Darfur, la no cooperación tanto de Sudán como de otros gobiernos ha sido justificada en la inmunidad del ex presidente sudanés Omar Hassan Al-Bashir.<sup>47</sup> Como mencioné anteriormente, analizaré la postura del CS en la situación de Darfur, sin detenerme en el derecho de fondo que asiste a la CPI para demandar la cooperación de los Estados involucrados, lo cual ya ha sido objeto de otros estudios.<sup>48</sup>

Luego de que la SCP emitiera a pedido de la Fiscalía dos órdenes de arresto contra Al-Bashir entre 2009 y 2010,<sup>49</sup> la Unión Africana (en adelante, “UA”) llamó a todos los Estados de la región a no cooperar con dichas órdenes, toda vez que ello violaba los privilegios e inmunidades de un presidente en funciones conforme el artículo 98 del ER, perturbando la búsqueda de la paz en la región, y solicitó al CS que suspendiera las investigaciones en proceso conforme el artículo 16 del ER.<sup>50</sup> Desde entonces –y hasta su destitución el pasado 11 de abril de 2019–,<sup>51</sup> Al-Bashir se presentó en varios Estados Parte y no Parte del

---

44 Estatuto de Roma, artículo 86.

45 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005), punto 8 y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011), punto 7.

46 Ver informes en [[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/non-cooperation/Pages/default.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/non-cooperation/Pages/default.aspx)], (última consulta: 29/08/2017).

47 Por su parte, en el caso de Libia la negativa de entregar a Saif Al Islam Gaddafi corresponde a la naturaleza complementaria de la jurisdicción de la CPI y a la potestad de los tribunales nacionales de juzgar al acusado por los crímenes cometidos en el territorio. Ver Stahn (2012: 325-349).

48 Ver, por ejemplo, Gallant (2003: 553-591). Nsereko (2009: 975-999). Píkis (2010: 315-322).

49 Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)), Sala de Cuestiones Preliminares I, *Orden de detención* del 9 de marzo de 2009, ICC02/05/01/09-1; CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)), Sala de Cuestiones Preliminares I, *Segunda orden de detención* del 12 de julio de 2010, ICC02/05/01/09-94.

50 Cf. Unión Africana, “Decisión sobre la Reunión de Estados Africanos Parte de la Corte Penal Internacional (CPI)”, 1-3 de julio de 2009, Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1.

51 Ver Nesrine Malik: “Omar al-Bashir is gone. It was Sudan’s 30 years of anger that ousted him”, disponible en [<https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/apr/11/omar-al-bas>

ER, primordialmente del continente africano, en el marco de sus funciones como presidente de Sudán.<sup>52</sup> Sin embargo estos Estados no cumplieron con su arresto, principalmente escudados en la resolución de la UA.<sup>53</sup> A partir de esta situación, la UA comenzó una campaña con el fin de desprestigiar a la CPI.<sup>54</sup>

El artículo 98 inciso 1 del ER establece que la CPI no dará curso a una solicitud de entrega cuando para ello el Estado requerido deba violar otras obligaciones del derecho internacional público en materia de inmunidades de un Estado o respecto de la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, es decir un Estado no Parte del ER –por ejemplo Sudán–, a menos que este haya renunciado previamente a dichas inmunidades. Es decir, la discusión entre la CPI y la UA se centra exclusivamente en los alcances de la remisión del CS y sus consecuencias para el Estado no Parte involucrado, en ese caso Sudán con relación a la inmunidad de su presidente.<sup>55</sup>

Resulta relevante destacar que en sus distintas decisiones de no cumplimiento conforme el artículo 87(7) del ER, mediante las cuales se requirió la adopción de medidas al CS en virtud del artículo 17(3) del Acuerdo de Relación, la SCP determinó la validez de la orden de arresto y se expidió respecto de la postura de la UA. Además de la decisión de incumplimiento de Sudán, mediante la cual la SCP estableció en términos generales que este Estado debe cooperar plenamente con la CPI,<sup>56</sup> son particularmente ilustrativas dos de ellas. En la decisión de incumplimiento de Malawi determinó, luego de un extenso desarrollo histórico, que conforme los principios del derecho internacional en materia de inmunidades, estas no pueden ser invocadas por los jefes

---

hir-sudan-ousted-regime-president], (último acceso: 06/05/2019).

52 Mutyaba (2012: 957).

53 A la actualidad, la CPI, mediante la SCP y la AEP, ha determinado el incumplimiento del deber de cooperación de Sudán, Chad, Kenia, Djibouti, Malawi, República Democrática del Congo, Uganda y Jordania; disponible en [[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/non-cooperation/Pages/default.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/non-cooperation/Pages/default.aspx)], último acceso: 09/01/2018. Respecto de la decisión por incumplimiento de Sudáfrica, que incluso anunció su retiro del ER, ver en [[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017\\_04402.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04402.PDF)] (último acceso: 09/01/2018). Ver también CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Vigésimo cuarto informe de la Procuradora de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005)”, 13 de diciembre de 2016, párrs. 6 a 8.

54 Chigara y Nwankwo (2015: 245).

55 Cf. Tladi (2013: 204).

56 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor’s Request for a Finding of Non-Compliance Against the Republic of the Sudan* del 9 de marzo de 2015, ICC-02/05-01/09.

de Estado y de Gobierno frente a tribunales internacionales,<sup>57</sup> y que, por ende, no existía un conflicto entre el artículo 98(1) del ER y el derecho internacional general respecto de la entrega del jefe de Estado de Sudán.<sup>58</sup> Más allá de la postura que se adopte, los argumentos de la SCP, si bien válidos, no se fundaron primariamente en las obligaciones jurídicas establecidas en el ER respecto de los Estados Parte.<sup>59</sup> Por ello, quizás la decisión más esclarecedora es la relativa al incumplimiento de la República Democrática del Congo. Allí la SCP reconoció que la renuncia a las inmunidades que establece el artículo 27 del ER es en principio aplicable solo a aquellos Estados Parte en virtud del derecho internacional de los tratados, y que el artículo 98(1) tiene como objetivo la protección de la inmunidad de aquellos cargos oficiales de Estados no Parte del ER.<sup>60</sup> Sin embargo, precisa que, conforme la Resolución 1593 (2005) del CS, Sudán se encuentra obligado a cooperar plenamente con la CPI, la cual ejerce sus funciones conforme su estatuto, por lo que son aplicables al caso tanto el artículo 27 del ER como el artículo 86, que determina el deber de los demás Estados Parte de cooperar plenamente con la Corte.<sup>61</sup> Asimismo, señala que, dada la obligación de Sudán de cooperar, la postura de la UA sería aún incorrecta, puesto que el artículo 98(1) *in fine* del ER estaría cumplimentado.<sup>62</sup> Finalmente, la SCP señaló que virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta de la ONU, sus Estados Miembros se encuentran obligados a cumplir con las resoluciones del CS, aun cuando estén en contraposición con otras normas generales del derecho internacional o incluso otra OI, como la UA, toda vez que ante un conflicto deben prevalecer las obligaciones establecidas en la Carta.<sup>63</sup> En efecto, la CPI alineó su postura con lo oportunamente resuelto por la Corte Internacional de Justicia respecto de la obligatoriedad de las decisiones del CS para con los miembros de la ONU cuando actúa

---

57 Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)), Sala de Cuestiones Preliminares I, *Rectificación de la Decisión con arreglo al artículo 87.7 del Estatuto de Roma respecto del incumplimiento por la República de Malawi de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte respecto de la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 13 de diciembre de 2011, ICC-02/05-01/09-139-Corr, párrs. 22 a 36.

58 *Idem*, párr. 43.

59 Tladi (2013:206-207).

60 Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)), Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre la cooperación de la República Democrática del Congo en relación con la detención y entrega de Omar Al Bashir ante la Corte*, 9 de abril de 2014, ICC-02/05-01/09-195, párrs. 26 y 27.

61 *Idem*, párrs. 26 y 32.

62 *Idem*, párr. 29.

63 *Idem*, párrs. 30 y 31.

en conformidad con el Capítulo VII.<sup>64</sup> Incluso, podría decirse que cuando el CS remite una situación tiene la facultad de imponer obligaciones más amplias que aquellas establecidas por el ER.<sup>65</sup>

Más recientemente, la SCP reiteró su postura en la decisión de incumplimiento de Jordania, remarcando que dada la remisión del CS el régimen de inmunidades no se aplica a la relación entre Sudan y la CPI, así como tampoco entre Sudán y los Estados Parte del ER.<sup>66</sup> Resulta interesante también el planteo que realiza la SCP al señalar que, más allá de la aplicación o no del artículo 98(1), la obligación de cumplir y cooperar con las órdenes de arresto emitidas por la CPI es autónoma, por lo que es tarea de la Corte, y no de los Estados Parte, determinar, independientemente del arresto, la aplicabilidad o no de las inmunidades del artículo 98(1) del ER.<sup>67</sup> Esta decisión fue posteriormente apelada por Jordania<sup>68</sup> y la Cámara de Apelaciones invitó, previo a resolver, a los Estados a presentar sus opiniones en carácter de *amicus curiae* conforme la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.<sup>69</sup> Finalmente, el 6 de mayo de 2019, la Cámara emitió su sentencia, que, recordando el caso “Taylor” del Tribunal Especial para Sierra Leona y alineándose con la SCP en el incumplimiento de Malawi, reiteró que las inmunidades no pueden ser invocadas por los jefes de Estado y de Gobierno frente a tribunales internacionales.<sup>70</sup> Particularmente señaló que, a diferencia de la inmunidad respecto de los tribunales domésticos, no existían elementos, práctica y *opinio juris*, que indicaran la existencia

---

64 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Cuestiones de interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia contra el Reino Unido)”, *Orden de Medidas Provisionales* del 14 de abril de 1992, *ICJ Reports 1992*, párr. 39.

65 Akande (2012: 323).

66 Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir””, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión con arreglo al artículo 87.7 del Estatuto de Roma respecto del incumplimiento por Jordania de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte respecto de la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 11 de diciembre de 2017, ICC-02/05-01/09-309, párr. 39.

67 *Idem*, párr. 41.

68 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir””, Sala de Apelaciones, *Apelación del Reino Hachemita de Jordania contra la “Decisión con arreglo al artículo 87.7 del Estatuto de Roma respecto del incumplimiento por Jordania de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte respecto de la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir”*, 12 de marzo de 2018, ICC-02/05-01/09-326.

69 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir””, Sala de Apelaciones, *Orden que invita a expresar expresiones de interés como amici curiae en procedimientos judiciales (de conformidad con la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba)*, 29 de marzo de 2018, ICC-02/05-01/09-330.

70 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir””, Sala de Apelaciones, *Sentencia en la remisión de Jordania sobre la apelación de Al-Bashir*, 6 de mayo de 2019, ICC-02/05-01/09 OA2, párr. 113.

de una costumbre internacional en materia de inmunidad de jurisdicción respecto de los tribunales internacionales.<sup>71</sup> Tal conclusión, sumado a las obligaciones de Jordania emanadas de las resoluciones del CS y la Carta de la ONU, permite a la Cámara de Apelaciones determinar que no existía impedimento alguno para que Jordania cumpliera con la orden de arresto y entrega de Al-Bashir.<sup>72</sup>

Entre otras reacciones, vale la pena destacar que el representante permanente de Kenia propuso ante la AGNU la inclusión en la agenda de una solicitud de opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias de las obligaciones legales de los Estados en virtud de las diferentes fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros funcionarios superiores,<sup>73</sup> la cual fue aprobada e incluida en la agenda para el año 2019.<sup>74</sup>

Es cierto que aún quedan importantes opiniones y decisiones pendientes, sin embargo, es posible resumir que, aunque cierta doctrina opine lo contrario,<sup>75</sup> a los fines prácticos, a través de la resolución del CS, Sudán fue posicionado en un lugar análogo al de un Estado Parte del ER. Esta conclusión se encuentra implícitamente contenida en los argumentos de la última decisión por incumplimiento de Sudán, que fuera comunicada al CS junto con la constante reiteración de solicitud de medidas.<sup>76</sup>

La cuestión de las inmunidades y el ejercicio de las funciones de la CPI en situaciones remitidas por el CS es un tema que ha sido objeto de amplio debate y excede el marco del presente trabajo.<sup>77</sup> No obstante, se adoptará la postura en favor del ejercicio de la jurisdicción por la CPI y la obligación de cumplir con las órdenes de detención y entrega.<sup>78</sup> De

---

71 *Ibidem*.

72 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)), Sala de Apelaciones, *Sentencia en la remisión de Jordania sobre la apelación de Al-Bashir*, 6 de mayo de 2019, ICC-02/05-01/09 OA2, párr. 118.

73 Asamblea General de las Naciones Unidas, “Carta de fecha 9 de julio de 2018 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Kenia ante las Naciones Unidas”, A/73/144

74 Asamblea General de las Naciones Unidas, “Asignación de temas del programa para el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General”, 21 de septiembre de 2018, A/73/252, ítem 89.

75 Ver Tladi (2013:212).

76 Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)), Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre el pedido de sentencia de incumplimiento de la República del Sudán*, 9 de marzo de 2015, ICC-02/05-01/09, pp. 13-16.

77 Ver Akande (2004: 407-433); Bantekas (2005: 21-42); Summers (2006: 463-493); Kiyani (2013: 467-508); Ramsden y Yeung (2016: 703-729).

78 Para un análisis detallado del tema ver Akande (2009: 333-352). Ver también una postura contraria en Gaeta (2009:315-332).

todas formas, más allá de la posición que se elija, resulta evidente que la discusión entre la CPI y la UA gira en torno a la interpretación del alcance de la Resolución 1593 (2005) respecto de Sudán, por lo que una respuesta a las solicitudes de intervención de ambas OIs pareciera ser imprescindible a los fines de destrabar el asunto.

Como fuera mencionado, la cooperación de los Estados en las situaciones remitidas por el CS se encuentra regulada en el artículo 87(7) del ER. Allí, se establece que ante el incumplimiento del deber de cooperación por parte de un Estado Parte, la CPI puede notificar dicho incumplimiento al CS para que este decida si tomará o no medidas al respecto. De manera complementaria, el artículo 17 del Acuerdo de Relación aclara:

En los casos en que el Consejo de Seguridad haya remitido a la Corte una cuestión y la Corte encuentre, de conformidad con el párrafo 5 b) o el párrafo 7 del artículo 87 del Estatuto, que un Estado se niega a cooperar con la Corte, esta informará o remitirá la cuestión al Consejo de Seguridad, según el caso, y el Secretario transmitirá al Consejo de Seguridad, [...], la decisión de la Corte, junto con la información pertinente en el asunto. El Consejo de Seguridad, [...], informará a la Corte, [...], acerca de las medidas adoptadas en esas circunstancias, si las hubiere.

Respecto de la situación en Darfur, el CS no emitió decisión alguna de tomar medidas ante el incumplimiento de los gobiernos de los Estados mencionados, e incluso de los demás Estados Parte del ER. Tanto las salas intervinientes como la Fiscalía de la CPI han informado al CS del incumplimiento de Sudán y demás Estados parte del ER, especificando:

A diferencia de los tribunales nacionales, la Corte no tiene un mecanismo de aplicación directa y debe contar con la cooperación de los Estados para cumplir con su mandato. Por lo tanto, es especialmente importante que el Consejo de Seguridad, tras referir una situación al Fiscal de la Corte como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, responda con cualquier medida apropiada al incumplimiento por parte de los Estados Partes en el Estatuto de cooperar con el Tribunal para que cumpla el mandato que le ha sido encomendado. En ausencia de medidas de segui-

miento por parte del Consejo de Seguridad, cualquier remisión a la Corte en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas sería inútil e incapaz de lograr su objetivo final de poner fin a la impunidad.<sup>79</sup>

No es de menor importancia remarcar que la misma Fiscalía de la CPI informó que el incumplimiento del deber de cooperación de los Estados Parte y de Sudán no era la única traba que enfrentaba este tribunal. La falta de cooperación de otros Estados no Parte del ER, requerida por el CS, dificulta en gran medida la labor de la CPI, por lo que la Fiscalía solicitó al CS tomar medidas al respecto.<sup>80</sup>

Si volvemos a considerar el poder de las decisiones del CS sobre los miembros de la ONU, la CPI podría incluso notificar al CS respecto de la falta de cooperación de un Estado no Parte del ER pero miembro de la ONU, para que el CS tome las medidas necesarias a fin de demandar dicha cooperación.<sup>81</sup> En ese sentido, de adoptarlas, todos los Estados miembros de la ONU tendrían la obligación de cooperar conforme el artículo 25 de la Carta de la ONU porque, aunque sea la CPI la que ejerce la jurisdicción en el caso, su intervención es una medida ordenada por el CS.<sup>82</sup> En gran parte el artículo 87(5)(b) del ER expresa esta intención.<sup>83</sup> El texto del ER y el Acuerdo de Relación reflejan una obligación acentuada del CS de cooperar con la CPI en estos casos.

Para remitir la situación conforme el Capítulo VII de la Carta de la ONU, el CS necesariamente reconoció que los crímenes cometidos en dichas situaciones constituyen una amenaza para la paz y seguridad internacionales; sin embargo para el CS, el enjuiciamiento de los responsables no ameritaba necesariamente contar con la cooperación de toda la comunidad internacional.

El CS debería cooperar con la CPI ante el pedido de su Fiscalía, tomando la decisión de que todos los miembros de la ONU, y no solo los Estados Parte del ER, cooperen con el tribunal en las situaciones

---

79 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Vigésimo cuarto informe de la Procuradora de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005), párr. 14 y CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre el pedido de sentencia de incumplimiento de la República del Sudán*, 9 de marzo de 2015, ICC□02/05□01/09, párr. 17.

80 CORTE PENAL INTERNACIONAL, Vigésimo cuarto informe de la Procuradora de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005), párr. 21.

81 Zhu (2006: 108).

82 Sarooshi (2004:104).

83 Pikis (2010:341).

remitidas conforme el artículo 13 inciso b). Si bien la inclusión de una cláusula que obligue a todos los miembros de la ONU a cooperar sería lo más natural en la remisión de una situación a la CPI,<sup>84</sup> es necesario reconocer que, desde un punto de vista jurídico, los Estados no Parte del ER no se encuentran obligados a cooperar con la CPI y –aunque en los casos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda lo ha hecho–<sup>85</sup> sería demasiado ambicioso pretender que el CS extienda de tal manera la obligación. Sin embargo, este no es el caso de Sudán y los demás Estados Parte, que sí tienen la obligación de cooperar con la CPI.

Como fuera mencionado, desde la primera decisión de la CPI sobre la no cooperación en 2010 al día de la fecha, el CS no ha tomado medida alguna frente al sometimiento de los incumplimientos de cooperación decididos por la CPI. Es necesario recordar que la disputa jurídica entre los Estados Parte y la CPI gira en torno a la discusión entre la UA y la CPI respecto del levantamiento implícito de los privilegios e inmunidades del ex presidente Al-Bashir y el alcance de la Resolución 1593 (2005). Es por ello que un pronunciamiento al respecto por parte del CS resulta imperiosamente necesario. La cooperación internacional es un presupuesto indispensable para el funcionamiento de la CPI.<sup>86</sup>

Como adelanté al comienzo de este trabajo, el artículo 3 de Acuerdo de Relación establece que “con miras a facilitar el ejercicio eficaz de sus respectivas funciones”, tanto la CPI como la ONU “cooperarán estrechamente entre sí cuando proceda” de conformidad con el Acuerdo, el ER y la Carta de la ONU. Si bien la facultad del CS para tomar medidas ante el incumplimiento del deber de cooperación es de carácter discrecional, la ya mencionada disputa entre la UA y la CPI, que constituye el mayor obstáculo para el procesamiento de Al-Bashir, se centra en el propio contenido de su Resolución 1593 (2005) respecto de las obligaciones de Sudán y los demás Estados Parte del ER. Por este motivo, la omisión o inactividad por parte del CS en este caso reviste más que un simple silencio. La medida que pueda adoptar el CS es requerida para el cumplimiento de su propia remisión, y no pronunciarse al respecto implica una violación del deber de cooperar estrechamente para facilitar la eficaz labor de la CPI.

---

84 Condorelli y Ciampi (2005: 593).

85 En los casos referidos el CS decidió que todos los miembros de la ONU debían cooperar con los tribunales creados, *Cf.* Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resoluciones 827 (1993) y 955 (1994).

86 *Cf.* Zhu (2006: 88).

Teniendo en cuenta que la mayoría de las situaciones y casos que tramitan ante la CPI tiene lugar en África, la AU y la CPI comenzaron un proceso de negociación a los fines de celebrar un Acuerdo de relación entre ambas OIs; sin embargo, los avances logrados en dicho proyecto parecen perdidos hoy en día.<sup>87</sup> La continuidad del conflicto entre la UA y la CPI, estrechamente vinculado con el procesamiento de Jefes de Estado y de Gobierno, daña gravemente la legitimidad del primer tribunal penal internacional permanente, poniendo en riesgo su perdurabilidad.<sup>88</sup>

Gran parte de este conflicto se debe a que el CS cometió un error al no aclarar el alcance de la cooperación de Sudán y la aplicabilidad del ER. En efecto, como explica Sluiter,<sup>89</sup> cuando se compara el texto del párrafo 2 de la parte dispositiva de la Resolución 1593 (2005) con el del párrafo resolutivo 4 de la Resolución 827 (1993), por la que se crea el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, “TPIY”), se observan ciertas diferencias. En primer lugar, la Resolución 827 (1993) estableció que la plena cooperación debe realizarse de conformidad con el Estatuto del TPIY, es decir conforme sus artículos 9 y 29.<sup>90</sup> Por su parte, la Resolución 1593 (2005) no ofrece ningún contenido similar, y se conforma con señalar que debe haber “plena cooperación”, sin hacer referencia a las normas del Estatuto de la CPI. En segundo lugar, la Resolución 827 (1993) obliga a todos los Estados a adoptar las medidas dentro de su legislación interna, básicamente a los fines de asegurarse de que puedan ejecutar las solicitudes de asistencia para con el tribunal. Esta obligación, que para los Estados Partes de la

---

87 Mutyaba (2012: 954).

88 Chigara y Nwankwo (2015: 248).

89 Sluiter (2008: 877).

90 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, Informe del Secretario General conforme Resolución 808 (1993), Anexo, Artículo 9 - Competencias concurrentes: 1. El Tribunal Internacional y las jurisdicciones nacionales son simultáneamente competentes para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir del 1º de enero de 1991. 2. El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento, puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento; Artículo 29 - Cooperación y ayuda judicial mutua: 1. Los Estados deben colaborar con el Tribunal en la búsqueda y en los juicios de aquellas personas acusadas de haber cometido graves violaciones del derecho internacional humanitario. 2. Los Estados deben responder sin demora a toda demanda de asistencia o a toda orden que emane de una Cámara de Primera Instancia y que concierna, sin limitarse a ello: a) La identificación y la búsqueda de personas; b) La reunión de testimonios y la obtención de pruebas; c) La expedición de documentos; d) El arresto o la detención de personas; e) El traslado o la convocatoria del acusado ante el Tribunal.

CPI se encuentra en el artículo 88 del Estatuto de la CPI,<sup>91</sup> no se ha establecido textualmente respecto de Sudán –ni de los demás Estados no Parte– en la Resolución 1593 (2005). La pregunta que surge es de qué manera se debe interpretar la decisión tomada por el CS. ¿La obligación de cooperación de Sudán se extiende únicamente a cooperar plenamente en el marco de la legislación nacional existente? ¿Es posible que el CS considerara como implícito que el artículo 88 del Estatuto de la CPI debe aplicarse a Sudán? Lo que se evidencia es que el nivel de especificidad del CS en el caso de Yugoslavia fue mayor al del caso de Sudán, generando, en este último, dudas que operan en favor del presidente de Sudán y en contra de la CPI.

Lo que empeora aún más este conflicto es que opera un vacío respecto de la existencia de un procedimiento por parte del CS respecto del seguimiento de una situación remitida cuando la CPI solicita la adopción de medidas ante la falta de cooperación. Sin embargo, es lógico pensar que, al haber aprobado la remisión y dotado a la CPI de jurisdicción, el CS debería tener todo el interés en el asunto y tomar las medidas necesarias para su encauzamiento, toda vez que los poderes otorgados por el ER lo convierten en estos casos en una especie de brazo ejecutor cuya asistencia es esencial para la efectividad de la CPI.<sup>92</sup>

## 2.2. La limitación de las remisiones: un atentado a la independencia de la Corte Penal Internacional

La falta de claridad del CS no es el único factor que ha perjudicado a la CPI en las situaciones de Darfur y Libia. Ciertas cláusulas expresas en las Resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011) atentan contra la independencia del tribunal. Cuando el CS remitió la situación de Darfur a la CPI parecía claro que aceptó que esta ejerciera sus funciones en el marco del ER.<sup>93</sup> Incluso, la SCP determinó que la situación de Darfur sería evaluada de acuerdo con el marco proveído por el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte.<sup>94</sup>

---

91 Estatuto de Roma, 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.

92 Yáñez-Barnuevo y Escobar Hernández (1999: 54).

93 Akande (2009:340).

94 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decisión sobre la solicitud de la Fiscal para obtener una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09, párr. 45.

Esta afirmación parece ir parcialmente a contramano del párrafo operativo 6 de ambas resoluciones del CS, en ellas:

6. Decide que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva

Esta decisión ha generado incertidumbre respecto de las intenciones del CS y la forma de enmarcar jurídicamente su postura. Incluso, creó dudas dentro del mismo CS por su efecto en la independencia del tribunal ya que se encuentra redactada en términos de exclusión de jurisdicción;<sup>95</sup> sin embargo debió ser incluida como requisito de los Estados Unidos para proteger a sus nacionales.<sup>96</sup> Existen tres maneras de interpretar este asunto conforme el ER:<sup>97</sup> tomar el punto 6 como una suspensión en los términos del artículo 16 del ER; que la remisión sea aplicada conjuntamente con el artículo 98(2) del ER;<sup>98</sup> o considerar que el CS ha remitido la situación limitando la competencia de la CPI respecto de los sujetos enumerados en las resoluciones.

La primera de las opciones parece haber sido descartada categóricamente por la doctrina.<sup>99</sup> Si bien las resoluciones hacen referencia a las suspensiones en sus considerandos, en ningún momento el CS invoca la aplicación del artículo 16 del ER ni menciona el plazo de 12 meses de duración, como si lo ha hecho en las dos ocasiones en que ha aplicado

---

95 Sluiter (2008:880). White y Cryer (2009:474).

96 Happold (2006:231); Sluiter (2008:873); Cryer (2006:204).

97 *Cf.* Cryer (2006:210).

98 Estatuto de Roma. El artículo 98(2) establece: 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 esta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.

99 Condorelli y Ciampi (2005: 596); Cryer (2006: 209); Happold (2006: 232); Sluiter (2008: 879); Trahan (2013: 460); Kocar (2015: 176).

esta cláusula.<sup>100</sup> No es posible que el CS haga uso de las facultades del artículo 16 del ER sin referirse expresamente a dicha norma.<sup>101</sup> Asimismo, este artículo cubre la suspensión de investigaciones y procesos, no categorías de individuos.<sup>102</sup>

Tampoco resulta relevante discutir demasiado la aplicabilidad de la segunda opción. Por un lado, deben tenerse en cuenta los mismos motivos que en el caso anterior, el CS solo hace un mero reconocimiento de la existencia de los acuerdos internacionales mencionados en el artículo 98(2) del ER en sus considerandos, pero no se explaya sobre su aplicación en la parte dispositiva. Por otro lado, la aplicabilidad de dichos acuerdos en los casos de Estados no Parte no excluye la competencia de la CPI respecto de los sujetos comprendidos en dichos acuerdos internacionales.<sup>103</sup>

Finalmente, la tercera posibilidad gira en torno a la discusión del alcance del artículo 13(b) del ER y la facultad del CS para limitar el alcance de las situaciones que remite al Fiscal de la CPI.

Para algunos, resulta claro que la intención de los redactores del ER era que el CS tuviera la facultad limitada de remitir “situaciones” generales y no, por ejemplo, casos individuales.<sup>104</sup> *A contrario sensu*, en el caso de las suspensiones del artículo 16, el CS fue dotado con el poder de intervenir en casos más específicos, mediante la utilización del término “procesamiento”.<sup>105</sup> Es decir, el artículo 13(b) del ER no otorgaría al CS el poder de limitar las situaciones a un grupo determinado de individuos. Esto se encuentra vinculado con el hecho de que, conforme dicho artículo, la CPI no tiene la obligación de actuar ante una remisión del CS, sino que tiene la posibilidad de ejercer jurisdicción a partir de la evaluación que su Fiscalía haga respecto de la existencia de bases suficientes para proceder con una investigación conforme el artículo 53 inciso 1 (a)-(c) del ER.<sup>106</sup>

Es posible aquí realizar un paralelismo con la situación de Uganda. Allí, el Estado remitió, conforme el artículo 13(a) del ER, la situación en su territorio respecto de los crímenes cometidos por el Ejército de Resistencia del Señor, omitiendo los posibles crímenes perpetrados por

---

100 Ver Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1422 (2002) y Resolución 1487 (2003).

101 White y Cryer (2009: 475).

102 Trahan (2013: 460).

103 Scheffer (2005:337).

104 Condorelli y Villalpando (2002:632); White y Cryer (2009: 462).

105 Cryer (2006: 212).

106 Trahan (2013: 423).

otras partes o incluso por el mismo gobierno.<sup>107</sup> Sin embargo, la Fiscalía abrió una investigación más amplia que la solicitada por Uganda.<sup>108</sup> Se puede observar que ambos incisos del artículo 13 utilizan el término “situación” del mismo modo, por ende, tanto las remisiones de los Estados como del CS tienen la posibilidad de dotar de jurisdicción a la CPI,<sup>109</sup> pero no imponerla o limitarla.<sup>110</sup>

Habiendo descartado todas las posibles interpretaciones del párrafo operativo 6 de las resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011) conforme las disposiciones del ER, solo resta considerar dicha medida como ajena al ER y adoptada por el CS como medida en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Conforme el artículo 1 del ER “[l]a competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”. Dentro de dicho Estatuto las únicas atribuciones otorgadas directamente al CS y que le permiten por decisión propia interferir activamente en la labor de la CPI son las de los artículos 13(b) y 16.<sup>111</sup> Fuera de ello, la CPI tiene total independencia respecto del CS. Como fuera explicado, según los artículos 25 y 103 de la Carta de la ONU, los Estados Parte tienen una obligación ineludible de cumplir con las decisiones del CS. Vale la pena aclarar que la CPI no es miembro de la ONU y, por ende, las decisiones del CS no crean obligaciones para la CPI más allá de las reconocidas en los artículos del ER antes mencionados.<sup>112</sup> Desde la gestación de la Corte se trabajó sobre la base de garantizar la independencia del tribunal frente a la ONU, por lo que se enfatizó que cada organización sería regida por su propio instrumento constitutivo.<sup>113</sup> La CPI no formaría parte de la ONU y la ONU no formaría parte de la CPI. Es decir que la CPI no podría actuar fuera de su Estatuto y a la inversa, el CS no podría arrogarse poderes que no le fueron otorgados.<sup>114</sup>

En este sentido, la decisión tomada por el CS de limitar la jurisdicción de la CPI por fuera de los canales establecidos en el ER equivale a requerir que el tribunal actúe de manera contraria a su estatuto constitu-

---

107 Akhavan (2005: 411).

108 Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda”, Comunicado de Prensa del 29 de julio de 2004, ICC-OTP-20040729-65.

109 Trahan (2013: 419).

110 Akhavan (2005: 411).

111 Es necesario aclarar que los artículos 15 bis, 15 ter y 87 del Estatuto de Roma también otorgan un rol al Consejo de Seguridad, aunque no como sujeto activo.

112 Sarooshi (2004:107); Akande (2012:308).

113 Cf. Schiff (2008:79).

114 White y Cryer (2009: 458).

tivo.<sup>115</sup> Ello, no solo resulta ser imposible, sino que atenta directamente contra la independencia de la CPI, reconocida por las misma ONU en el Acuerdo de Relación.

Vale la pena detenerse para ver la claridad con la que ambas organizaciones se comprometieron en el artículo 2 del Acuerdo de Relación a no interferir en sus respectivos mandatos:

1. Las Naciones Unidas reconocen a la Corte como institución judicial independiente de carácter permanente que, de conformidad con los artículos 1 a 4 del Estatuto, tiene personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.
2. La Corte reconoce las funciones que incumben a las Naciones Unidas de conformidad con la Carta.
3. Las Naciones Unidas y la Corte se comprometen a respetar mutuamente su condición y su mandato respectivos.

Esta cláusula cumple la función de reforzar la independencia de la CPI frente al poder del CS.<sup>116</sup> En efecto, parece totalmente discordante reconocer a la CPI como independiente y luego actuar de forma incompatible por fuera de su instrumento constitutivo mediante una obligación adoptada en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU.<sup>117</sup> El CS, como órgano de la ONU, está obligado a respetar la personalidad y el mandato de la CPI en los términos establecidos por el Acuerdo de Relación.<sup>118</sup>

A pesar de todo, la realidad es que, en virtud del principio de complementariedad, esta discusión solo sería relevante si se diera el caso de que crímenes cometidos por las personas mencionadas en el párrafo operativo 6 de las resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011) del CS no fueran procesadas en sus países, y sus crímenes revistieran la gravedad establecida el ER.<sup>119</sup> Sin embargo, ello no obsta que por el mero hecho de incluir una exclusión de jurisdicción no avalada por el ER, el CS atentó contra la integridad e independencia de la CPI y, por ende, contravino lo establecido en el ER y el Acuerdo de Relación.

---

115 White y Cryer (2009: 475).

116 Trahan (2013: 424).

117 Cryer (2006: 213).

118 Condorelli y Ciampi (2005: 597).

119 Sluiter (2008: 881).

### 2.3 El (des)financiamiento de las situaciones remitidas

La participación del CS en el sistema de acceso a la jurisdicción de la Corte desde un principio amenazó con presentar problemas para con la independencia de dicho tribunal.<sup>120</sup> El presupuesto es un arma poderosa al momento de limitar el alcance de los tribunales penales internacionales,<sup>121</sup> y la CPI se encuentra en constante preocupación por la carencia de financiamiento ante el aumento de los casos e investigaciones a su cargo.<sup>122</sup> No obstante, toda vez que el mismo preámbulo del ER reconoce que los graves crímenes sobre los que tiene competencia la CPI constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y dado que el CS tiene la facultad y responsabilidad de actuar contra estas amenazas, se lo dotó del poder para remitir situaciones a la CPI.<sup>123</sup> Teniendo en cuenta esto, en las discusiones del Comité Redactor fue de vital importancia encontrar un sistema de financiamiento que garantice la viabilidad e independencia de la CPI.<sup>124</sup>

Es interesante observar los términos empleados en el artículo 115 inc. b del ER, que establece que:

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:

[...]

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.

Si bien el ER no impone que la ONU garantice los fondos, existe un entendimiento reflejado en el espíritu del ER que la ONU solventaría los gastos de la CPI cuando fuera el CS quien remitiese un caso a los fines de restablecer la paz y seguridad internacionales.<sup>125</sup> Justamente producto de la ambigüedad del artículo 115 del ER es que el Acuerdo de Relación se consideró necesario para asegurar la administración y

---

120 Yáñez-Barnuevo y Escobar Hernández (1999: 52).

121 Alter (2006: 321).

122 Trahan (2013:450).

123 Condorelli y Villalpando (2002: 227).

124 Half y Tolbert (1999: 1223).

125 Gallant (2003: 575-576).

el financiamiento de la CPI.<sup>126</sup> En efecto, el Acuerdo de Relación reglamentó incipientemente en su artículo 13 inciso 1<sup>127</sup> que los fondos proporcionados por la ONU –referidos en el artículo 115(b) del ER– se regularían mediante acuerdos especiales celebrados en virtud de una decisión adoptada por la AGNU.

Si bien tanto las disposiciones del ER como las del Acuerdo de Relación fueron redactadas en términos ambiguos,<sup>128</sup> surge claramente que estos fondos se diferencian de las simples contribuciones voluntarias que establece el artículo 116 del ER,<sup>129</sup> las cuales no constituyen fondos propiamente dichos, aunque sí pueden ser usadas para solventar gastos y, como su nombre lo indica, son meramente voluntarias y no se encuentran vinculadas de manera previa al funcionamiento del tribunal.<sup>130</sup> La intención fue crear un sistema apropiado de financiamiento constante que garantice el funcionamiento de la CPI de manera independiente.<sup>131</sup> A su vez, ambos instrumentos reafirman la potestad presupuestaria de la AGNU con relación al financiamiento de las situaciones remitidas en virtud del artículo 13(b) ER.<sup>132</sup> Esto se encuentra en sintonía con la Carta de la ONU, que en su artículo 17 establece la absoluta potestad de la AGNU respecto de las cuestiones financieras y presupuestarias de la organización.

No obstante, en la remisión de las situaciones de Darfur y Libia, el CS “[r]econoce que ninguno de los gastos derivados de la remisión a la Corte, [...], deberán ser sufragados por las Naciones Unidas [...]”,<sup>133</sup> haciendo responsable a las Partes del ER y contribuyentes voluntarios de todos los gastos derivados.<sup>134</sup> De esta manera, el CS se subrogó en la potestad en materia de financiamiento, que corresponde exclusiva-

---

126 Marchesi (1999:68).

127 Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, artículo 13, Cuestiones financieras: 1. Las Naciones Unidas y la Corte convienen en que las condiciones en que se podrán proporcionar fondos a la Corte, en virtud de una decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas conforme al artículo 115 del Estatuto, serán objeto de acuerdos especiales. El Secretario informará a la Asamblea de la concertación de esos acuerdos.

128 Condorelli y Villalpando (2002: 232).

129 Yáñez-Barnuevo y Escobar Hernández (1999: 60).

130 Half y Tolbert (1999: 1222).

131 Yáñez-Barnuevo y Escobar Hernández (1999: 59).

132 La lógica de esta disposición viene sustentada en el artículo 17 de la Carta de la ONU, el cual establece que la Asamblea General tiene autoridad exclusiva sobre los asuntos presupuestarios de dicha organización.

133 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resoluciones 1593 (2005), párr. 7 y 1970 (2011), párr. 8.

134 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resoluciones 1593 (2005), párr. 7 *in fine* y 1970 (2011), párr. 8 *in fine*.

mente a la AGNU, violando así los tres tratados en juego: la Carta de la ONU, el ER y el Acuerdo de Relación.

Justamente el motivo por el que la redacción del artículo 115(b) fue formulada en dichos términos respondió a que, si bien se intentó crear una obligación general para la ONU de financiar las remisiones, el ER no podía imponer una obligación a la ONU en materia financiera sin la aprobación de la AGNU.<sup>135</sup> Es por ello que el Acuerdo de Relación establece específicamente que el financiamiento de las remisiones se llevará a cabo a instancias de los acuerdos celebrados con la AGNU, y no el CS.

La razón por la cual el CS decidió incluir esta cláusula en ambas remisiones se debe a las negociaciones con Estados Unidos que buscaban que este no impusiera su veto sobre las resoluciones. En efecto la delegación norteamericana supeditó su aprobación a, entre otros pedidos, que la remisión no significare ningún gasto para la ONU.<sup>136</sup> Sin embargo, ello no quita responsabilidad al CS por un acto que puede ser catalogado como *ultra vires*. Resulta necesario reconocer que cuando la CPI ejerce su jurisdicción en el marco de las remisiones del CS, esta presta un servicio no solo a sus Estados Parte, sino a toda la comunidad internacional.<sup>137</sup> Es posible afirmar que tanto las cláusulas del ER como las del Acuerdo de Relación reflejan la razonable intención de que los gastos derivados de las remisiones del CS sean sufragados principalmente por los fondos procedentes de la misma ONU,<sup>138</sup> ya que sostener lo contrario implicaría que la ONU pudiera depositar libremente los costos del accionar de sus órganos en la CPI, en indirectamente en los Estados Parte del ER.<sup>139</sup>

Como mínimo, el Acuerdo de Relación indica un deber de buena fe respecto del financiamiento de las remisiones,<sup>140</sup> e, incluso, aunque se considerase que no existe obligación alguna por parte de la ONU de financiar las remisiones, cuanto menos, el accionar del CS violó el artículo 17 de la Carta de la ONU, así como también el artículo 115 del ER y el artículo 13(1) del Acuerdo de Relación, toda vez que actuó manifiestamente en contra de dichas disposiciones por subrogarse poderes que no le correspondían, atentando directamente contra la labor y atribuciones de ambas OIs.

---

135 Halff y Tolbert (1999: 1228); Condorelli y Villalpando (2002: 232).

136 White y Cryer (2009: 473).

137 Yáñez-Barnuevo y Escobar Hernández (1999: 60).

138 Condorelli y Villalpando (2002: 644).

139 Cryer (2006: 206).

140 Condorelli y Ciampi (2005: 594).

### 3. Conclusiones

A través del Acuerdo de Relación, la ONU y la CPI forjaron un vínculo reconocido por la comunidad internacional como indispensable para el enjuiciamiento de los crímenes más graves cometidos en perjuicio de la paz y seguridad internacionales. Una de las áreas donde se requiere de una especial labor conjunta entre ambas OIs es en las remisiones efectuadas por el CS respecto de situaciones acontecidas en Estados no Parte del ER o cuando los supuestos autores de los crímenes sean nacionales de Estados no Parte. Por ello, el ER y el Acuerdo de Relación, derecho aplicable conforme la SCP,<sup>141</sup> establecen un sistema de cooperación estrecha, mediante el cual se establecieron mecanismos para garantizar una labor eficaz de la CPI, la intervención del CS en caso de incumplimiento del mandato de su resolución de remisión, y la intención de que la ONU solventara de buena fe los gastos derivados de un trabajo de la CPI iniciado en aras del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Sin embargo, se pudo observar claramente que en la remisión de la situación de Darfur, el CS actuó de manera inconsistente con sus atribuciones y obligaciones. Darfur se encuentra bajo investigación de la CPI hace 12 años, que continúa enfrentando obstáculos en su labor generados en gran medida por el CS. A la fecha, múltiples Estados africanos Parte del ER se rehúsan a cumplir con el pedido de detención y entrega del ahora ex presidente sudanés Al-Bashir, escudados en la postura adoptada por la UA de respetar las inmunidades de los jefes de Estado conforme las normas del derecho internacional,<sup>142</sup> a pesar de la exclusión de dichas inmunidades establecida en el artículo 27 del ER. Ante el incumplimiento, y pese a los pedidos de los órganos de la CPI, el CS no ha adoptado medidas. Más grave aún resulta el hecho de que en su misma remisión limitó de manera ilegítima la jurisdicción de la CPI y la privó de financiamiento por parte de la ONU, actuando de manera inconsistente con sus obligaciones en el marco de la Carta de la ONU, el ER y el Acuerdo de Relación.

La postura del CS no solo conlleva la responsabilidad de la ONU por inobservancia y violación de normas convencionales por parte de

---

141 CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decisión sobre las consecuencias de la no divulgación de los materiales de comprendidos en los artículos 54 (3) (e) y la solicitud de suspensión del proceso contra el acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la Audiencia de junio de 2008*, cit., párr. 34.

142 Poco tiempo ha pasado desde la destitución de Al-Bashir por el ejército sudanés, por lo que es difícil definir con absoluta certeza si los Estados árabes y africanos continuarán defendiéndolo. Este caso pareciera ser más en un ejemplo de los intereses de los jefes de Estado de dichas regiones, más que en una causa individual. Por ello, sería razonable concluir que la postura de los Estados de la UA y la Liga Árabe no cambiará demasiado.

uno de sus órganos, sino que también agrava la crisis de legitimidad que enfrenta la CPI frente al mundo y sobre todo la comunidad africana. La realidad parecería indicar que únicamente asegurando la cooperación del CS la CPI podrá hacerle frente a su posible extinción.

## Bibliografía

### Instrumentos jurídicos

- Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, Nueva York (Estados Unidos), 04/10/2004, UNTS 2283:1272.
- Carta de las Naciones Unidas, San Francisco (Estados Unidos), 24/10/1945, 1 UNTS XVI.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, Viena (Austria), 21/03/1986, UNTS N/A.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena (Austria), 26/05/69 (e.v. 27/01/1980), UNTS 1155:331.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma (Italia), 17/07/1998 (e.v. 01/07/2002) UNTS 2187:3.

### Jurisprudencia

#### *Corte Internacional de Justicia*

- “Cuestiones de interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 1971 derivadas del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia contra el Reino Unido)”, *Orden de medidas provisionales* del 14 de abril de 1992, *ICJ Reports 1992*.
- “Reparaciones por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas” Opinión consultiva del 11 de abril de 1949 (ICJ Reports 1949, p. 185).

#### *Corte Penal Internacional*

- “Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo”, Decisión sobre las consecuencias de la no divulgación de los materiales de comprendidos en los artículos 54 (3) (e) y la solicitud de suspensión del proceso contra el acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la Audiencia Junio 2008, 13 de Junio de 2008, ICC-01/04-01/06-1401.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Orden de detención*, 9 de marzo de 2009, ICC□02/05□01/09-1
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Segunda orden de detención*, 12 de julio de 2010, ICC□02/05□01/09-94.
- “Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Rectificación de la Decisión con arreglo al artículo 87.7 del Estatuto de Roma respecto del incumplimiento por la República de Malawi de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte respecto de*

*la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 13 de diciembre de 2011, ICC-02/05-01/09-139-Corr.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre la cooperación de la República Democrática del Congo en relación con la detención y entrega de Omar Al Bashir ante la Corte*, 9 de abril de 2014, ICC-02/05-01/09-195.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión sobre el pedido de sentencia de incumplimiento de la República del Sudán*, 9 de marzo de 2015, ICC-02/05-01/09-309.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decisión sobre la solicitud de la Fiscal para obtener una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-309.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decisión con arreglo al artículo 87.7 del Estatuto de Roma respecto del incumplimiento por Jordania de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte respecto de la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 11 de diciembre de 2017, ICC-02/05-01/09-309.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Apelaciones, *Apelación del Reino Hachemita de Jordania contra la “Decisión con arreglo al artículo 87.7 del Estatuto de Roma respecto del incumplimiento por Jordania de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte respecto de la detención y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir”*, 12 de marzo de 2018, ICC-02/05-01/09-326.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Apelaciones, *Orden que invita a expresar expresiones de interés como amici curiae en procedimientos judiciales (de conformidad con la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba)*, 29 de marzo de 2018, ICC-02/05-01/09-330.

“Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)”, Sala de Apelaciones, *Sentencia en la remisión de Jordania sobre la apelación de Al-Bashir*, 6 de mayo de 2019, ICC-02/05-01/09 OA2.

### Otros informes y documentos relevantes

Corte Penal Internacional, “Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda”, Comunicado de Prensa del 29 de julio de 2004, ICC-OTP-20040729-65.

Corte Penal Internacional, Vigésimo cuarto informe de la Procuradora de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005).

Organización de la Unión Africana, *Decisión sobre la Reunión de Estados Africanos Parte de la Corte Penal Internacional (CPI)*, 1-3 de Julio de 2009, *Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1*.

### Doctrina

Akande, Dapo, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3, 2004, pp. 407-433.

- Akande, Dapo, “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, en *Journal of International Criminal Justice* 7, 2009, pp. 333-352.
- Akande, Dapo, “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, en *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, pp. 299-324.
- Akhavan, Payam, “The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s Submission of the First State Referral to the International Criminal Court”, en *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 2, 2005, pp. 403-421.
- Alter, Karen J., “Delegation to international courts and the limits of re-contracting political power”, en *Delegation and Agency in International Organizations*, Cambridge: University Press, 2006, pp. 312-338.
- Bantekas, Ilias, “Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction against the Background of the 2003 Iraq War”, en *Journal of Conflict and Security Law* 10, 2005, pp. 21-42.
- Chigara, Benedict A. y Nwankwo, Chidebe M., “‘To be or not to be?’ The African Union and its Member States Parties’ Participation as High Contracting States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (1998)”, en *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33, No. 3, 2015, pp. 243-268.
- Clark, Roger S., “The Proposed International Criminal Court: Its Establishment and Its Relationship with the United Nations”, en *Criminal Law Forum*, Vol. 8 No. 3, 1997, pp. 411-430.
- Condorelli, Luigi y Ciampi, Analissa, “Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC”, en *Journal of International Criminal Justice* 3, 2005, pp. 590-599.
- Condorelli, Luigi y Villalpando, Santiago, “Relationship of the Court with the United Nations”, en Cassese, A., Gaeta, P. y Jones, R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 219-234.
- Cryer, Robert, “Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice”, en *Leiden Journal of International Law* 19, 2006, pp. 195-222.
- Gaeta, Paola, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, en *Journal of International Criminal Justice* 7, 2009, pp. 315-332.
- Gallant, Kenneth, “The International Criminal Court in the System of States and International Organizations”, en *Leiden Journal of International Law* 16, 2003, pp. 553-591.
- Halff, Maarten y Tolbert, David, “Article 115. Funds of the Court and the Assembly of States Parties”, en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 1999, pp. 1221-1228.
- Kiyani, Asad, “Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity”, en *Chinese Journal of International Law* 12, 2013, pp. 467-508.
- Kocar, Yasin, “The relationship between the International Criminal Court and the United Nations Security Council”, en *Law & Justice Review*, Vol. 6.11, 2015, pp. 169-179.

- Leanos, Brenan, "Cooperative Justice: Understanding the Future of the International Criminal Court through Its Involvement in Libya", en *Fordham Law Review*. Vol 80, 2012, pp. 2267-2304.
- Marchesi, Antonio, "Article 2. Relationship of the Court with the United Nations", en Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 1999, pp. 65-70.
- Mutyaba, Rita, "An Analysis of the Cooperation Regime of the International Criminal Court and its Effectiveness in the Court's Objective in Securing Suspects in its Ongoing Investigations and Prosecutions", en *International Criminal Law Review*, Vol. 12, 2012, pp. 937-962.
- Pikis, Georghios, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- Ramsden, Michael y Yeung, Issac, "Head of State Immunity and the Rome Statute: A Critique of the PTC's Malawi and DRC Decisions", en *International Criminal Law Review*, Vol. 16, No. 4, 2016, pp. 703-729.
- Sarooshi, Dan, "The peace and justice paradox: the International Criminal Court and the UN Security Council", en Rowe, Peter, McGoldrick, Dominic y Donnelly, Eric (eds.), *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Oxford, Hart, 2004, pp. 95-120.
- Scheffer, David, "Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 333-353.
- Schiff, Benjamin N., *Building the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Sluiter, Göran, "Obtaining cooperation from Sudan – Where is the Law?", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 871-884.
- Stahn, Carsten, "Libya, the International Criminal Court and Complementarity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 325-349.
- Summers, Mark, "Immunity or Impunity - The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States Like the United States That Are Not Parties to the Statute of the International Criminal Court", en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31, 2006, pp. 463-493.
- Tladi, Dire, "The ICC Decisions on Chad and Malawi", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 199-221.
- Trahan, Jennifer, "The relationship between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: parameters and best practices", en *Criminal Law Forum*, Vol. 24, 2013, pp. 417-473.
- White, Nigel y Cryer, Robert, "The ICC and the Security Council: An Uncomfortable Relationship", en Doria, Jose, Gasser, Hans-Peter y Bassiouni, M. Cheriff (Eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 455-484.
- Yáñez-Barnuevo, Juan Antonio y Escobar Hernández, Concepción, "The International Criminal Court and the United Nations; a complex vital relationship", en Lattanzi, Flavia y Schabas, Willam. A. (Eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Il Sirente, 1999, pp. 41-68.
- Zhu, Wenqui, "On co-operation by states not party to the International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, 2006, pp. 87-110.

## Resoluciones e informes de órganos de las Naciones Unidas

Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (Anexo resolución de la Asamblea General de la ONU A/Res/66/100).

Asamblea General de las Naciones Unidas, Asignación de temas del programa para el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, 21 de septiembre de 2018, A/73/252.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Carta de fecha 9 de julio de 2018 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Kenia ante las Naciones Unidas, A/73/144

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1422 (2002).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1487 (2003).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1593 (2005).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 827 (1993).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 955 (1994).

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su cuadragésimo segundo período de sesiones, 1º de mayo a 20 de julio de 1990, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 10, Doc. A/45/10.

## Las autoras y los autores

### Marianela Paz Clinaz

Abogada con orientación en Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires. Ha realizado la especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de esta misma Universidad. Actualmente se encuentra en su segundo año del Master de estudios de género, género i ciutatania de la Universidad de Barcelona. TransFeminista, activista- tanto en el terreno como en la academia, ha participado de algunos congresos nacionales sobre Derecho Internacional Penal, Derecho Humanitario y Derechos Humanos, con ponencias referidas particularmente a temáticas vinculadas con los estudios de género y los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal.

Desde 2014 ha colaborado con distintos proyectos de investigación de la Universidad de Buenos Aires centrados principalmente en el Derecho Internacional Penal.

nelaclinaz@gmail.com

### Victor Lisandro Elias

Abogado y maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho Internacional por el *Graduate Institute of International and Development Studies*. Auxiliar docente de la Universidad de Buenos Aires en la cátedra de Derecho Internacional Público a cargo de la Dra. Silvina González Napolitano. Actualmente, se desempeña como abogado en la Sub-coordinación Operativa de Migrantes de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

victorelias@derecho.uba.ar

### Ianiv Garfunkel

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Jefe de Trabajos Prácticos –interino- de la materia Elementos de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Ha completado el curso correspondiente a la Maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires (tesis pendiente). Integró

equipos de la Facultad de Derecho de esa Universidad, como estudiante y como tutor académico, en simulacros de audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. Es investigador en formación en proyectos de investigación. Ha sido árbitro externo para la revista “En letra. Derecho penal” y obtuvo la Mención de Honor en el Premio al Ensayo en Derechos Humanos de la American University, Washington College of Law en 2015. Autor de artículo y capítulos de libros en la especialidad.

ianiv.garfunkel@gmail.com

### **Sebastián A. Green Martínez**

Abogado y Magíster en Relaciones Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Master en Derecho Internacional y Comparado por la George Washington University, Law School. Ayudante de primera de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho (en uso de licencia). Se desempeña como asociado en la firma Uría Menéndez, Oficina Madrid. Sus intereses académicos incluyen el derecho internacional público en general, y, dentro de dicho sistema, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el derecho del patrimonio cultural, de las inversiones y el derecho internacional penal, sobre las que ha publicado distintas piezas de investigación en la Argentina y en el exterior.

sgreenmartinez@derecho.uba.ar

### **Natalia M. Luterstein**

Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Internacional Público. Ha obtenido una Maestría en The London School of Economics and Political Science y es doctoranda en la UBA, donde es docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la carrera de grado y la coordinadora de investigación del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario.. Asimismo, es profesora en la Maestría de Relaciones Internacionales de la UBA, donde también coordina desde el año 2012 la selección y preparación del equipo que representa a la Facultad de Derecho de la UBA en el concurso “Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional”. Integró el cuerpo docente de la Maestría de Derecho de la Universidad de Palermo. Ha participado de numerosas conferencias nacionales e internacionales y es autora de diversas publicaciones sobre Derecho Internacional Público. En la actualidad es Directora del Proyecto de Investigación UBACyT “Los crímenes internacionales y la determina-

ción polifónica de sus alcances: un estudio de las dinámicas de intervención y de los dispositivos de apropiación de participantes estatales y no estatales” (2018-2019), acreditado y financiado por la UBA. Desde 2014 trabaja en la Defensoría General de la Nación y actualmente se desempeña en el Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos. Fue Asesora Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina (2006-2014) y letrada de la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional (2009).  
nluterstein@derecho.uba.ar

### Carla Martini

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante de segunda en la cátedra de Derecho Internacional Público de la Dra. Mónica Pinto. Ha participado en proyectos de investigación DeCyt y UBACyT. Actualmente se encuentra estudiando una Maestría en Leyes en la Universidad de Columbia (LL.M). Es miembro del Comité Ejecutivo de la *Columbia Society of International Law*, y editora en la *American Review of International Arbitration*.  
carla.martini92@gmail.com

### Noelia Matalone

Abogada con orientación en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Especialista y candidata a magíster en Derecho Penal en la Universidad Torcuato Di Tella. Es docente de grado y posgrado en Derecho Penal y Derecho Internacional Penal en diversas universidades (UBA, UNDAV, UNLZ, UCASAL), como también de cursos, capacitaciones y diplomaturas. Ha integrado distintos proyectos de investigación y jurados evaluadores de competencias vinculados principalmente con el Derecho Internacional Penal y los Derechos Humanos, y ha sido tutora académica de diversos equipos de la UBA que participan en el Concurso “Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional. Además, ha sido expositora en seminarios, congresos y coloquios y autora de capítulos en obras colectivas y de artículos en revistas nacionales e internacionales articulando esas especialidades. Es directora de tesina de alumnos de grado (UNDAV) y Secretaria Federal en el Poder Judicial de la Nación.

nmatalone@derecho.uba.ar

## Ignacio Odriozola

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Migración y Estudios de Movilidad por la Universidad de Bristol y Maestrando en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Migrantes y Protección de Refugiados por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado por el Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por el Washington College of Law de la American University. Ayudante de Segunda en el Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires. Becario del Programa Chevening Scholarship Awards.

nacho\_odriozola@hotmail.com

## Martina Olivera

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora de proyectos UBACyT y DECYT. Ha sido investigadora *ad honorem* del Instituto y Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, así como del Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos en temáticas relacionadas con Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ha sido becaria de la Fundación Fulbright, para cursar estudios cortos en la Universidad de Massachusetts, y de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, para realizar una visita de investigación en Heidelberg, Alemania. Ha sido asesora sobre Sistema Interamericano y Universal de Protección de Derechos Humanos en la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, consultora de la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), así como de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex – ILGA y se ha desempeñado como profesional visitante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

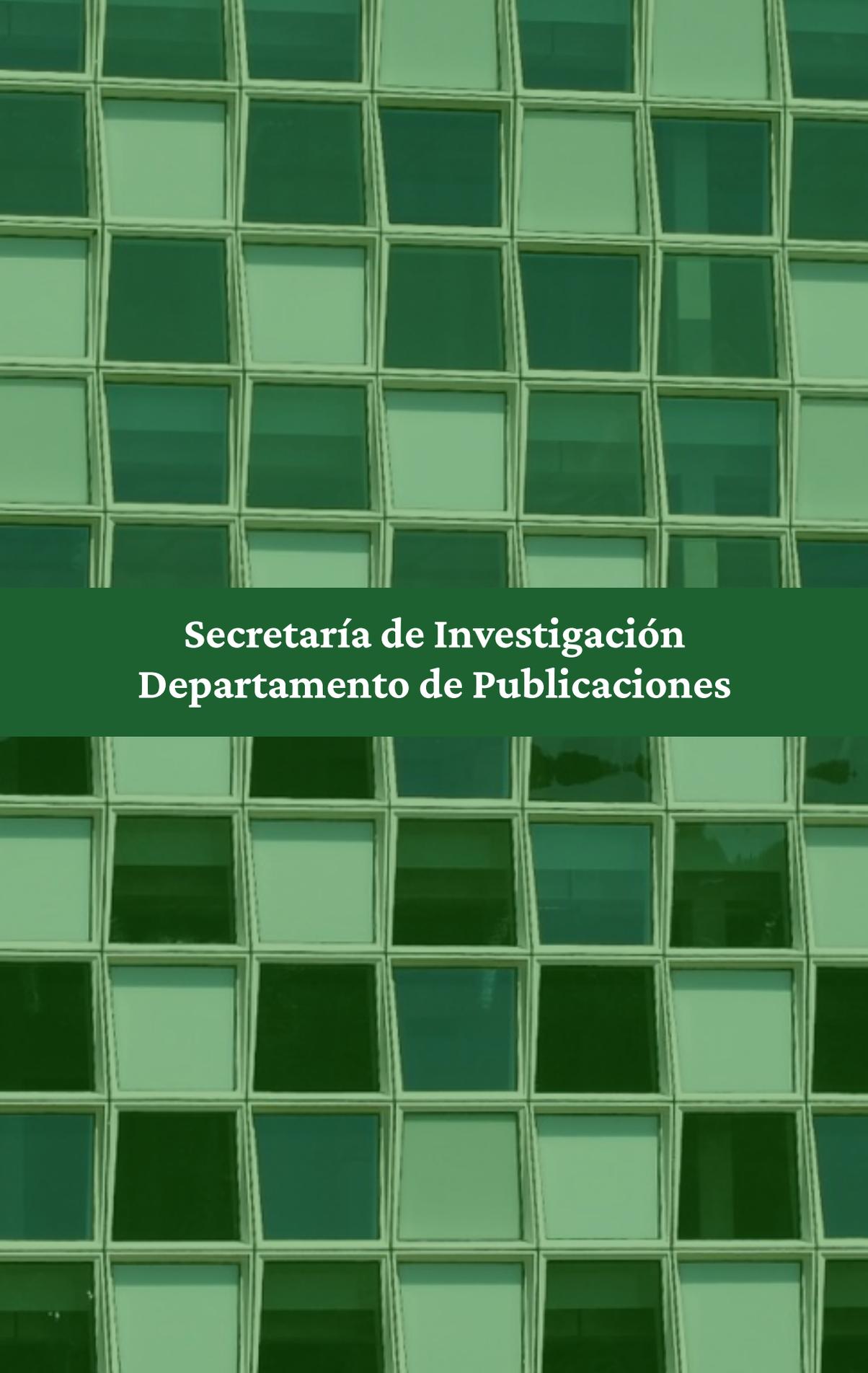
martinaolivera@gmail.com

## Paula Scianca Luxen

Abogada (orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público) por la Universidad de Buenos Aires. Docente de Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal en la Cátedra Alejandro Alagia-Elizabeth Gómez Alcorta de la misma Universidad. Diplomada del Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law. Fue parte de diversos proyectos de investigación DeCyT en

los que abordó cuestiones de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional penal, desde una perspectiva de género. Se ha desempeñado en diversas dependencias estatales en el diseño de políticas públicas en materia de género y diversidad sexual, como así también en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

[pausciancalux@gmail.com](mailto:pausciancalux@gmail.com)



**Secretaría de Investigación  
Departamento de Publicaciones**