

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

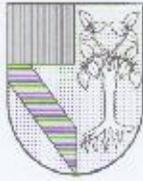
CAMPUS GUADALAJARA

ALINE ISABEL CÁRDENAS SOLORIO

**DOLO EVENTUAL EN EL SISTEMA DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, Julio de 2012



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

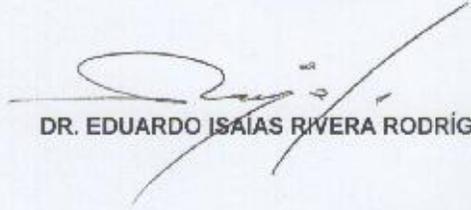
DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. ALINE ISABEL CÁRDENAS SOLORIO
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **"DOLO EVENTUAL DEL SISTEMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL"**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN


DR. EDUARDO ISAIAS RIVERA RODRÍGUEZ

20 de enero de 2012
Guadalajara, Jalisco, México.

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA.

Asesoría formal de tesis de licenciatura.

Lic. Gustavo Gómez:

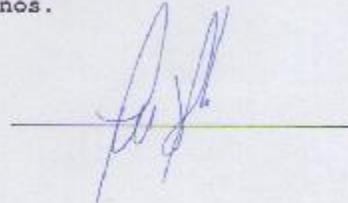
En virtud de la presente, me permito informar que considero concluida la tesis de licenciatura de Aline Cárdenas Solorio. En este sentido, estoy conforme tanto con el fondo como con la forma de dicha investigación.

sin más que añadir, me despido cordialmente,

LIC. LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ.

Acepto la presente carta en todos
sus términos.

Firma:



*In rebus quibuscumque difficilioribus non
expectandum, ut quis simul et serat et metat, sed
praeparatione opus est, ut per gradus maturescant.*
"En los asuntos difíciles, de cualquier naturaleza,
no se puede sembrar y cosechar todo a la
vez; es necesario la debida preparación a fin de
que los frutos, madurados, puedan ser un día
recogidos".

Francis Bacon (1561-1626)

A Dios, compañero incondicional, por permitirme ser espectadora de la crónica más inusual e insólita, mi vida.

A mi madre, mujer de sonrisa perpetua y bondad interminable, mentora de vida y mejor amiga, por ser el pilar que mantiene todo.

A mi padre, mi fortaleza, héroe y mayor admiración, por sus sabios consejos y protección, pero sobre todo por contagiarme las ganas de nunca rendirme y mucho menos detenerme.

Al grupo de académicos locos, apasionados internacionalistas que me enseñaron a ver más allá. A ustedes por mostrarme la verdadera pasión por el derecho y por hacer única la que hasta ahora ha sido la experiencia de mi vida.

A “las causantes” de ese parte aguas en mi vida, por creer en mí y adiestrarme en “el arte del amor al arte”.

De igual manera, agradezco al actuario y al doctor de mi vida, mis ángeles de la guarda, por ser los mejores hermanos que alguien puede pedir.

A la persona que hace mis días mejores, por ser el complemento que me alienta a dar el máximo de mí.

A mi asesor de tesis, por su orientación en el proceso de esta investigación.

A mis mentores penalistas por enriquecerme tanto enseñándome la disciplina y rigor de la rama que siempre será mi mayor afición y contagiarme la energía y pasión, única e inigualable, del litigante.

A la UP, orgullosamente mi casa de estudios y *alma mater*, por darme tanto.

A mis profesores en el aula y en la vida, por compartirme, pero sobretodo por producir en mí amor y estima a lo más valioso que existe, el conocimiento.

ÍNDICE

	Página
Lista de abreviaturas.....	10
Introducción.....	11
I. Derecho Penal Internacional.....	17
1. Concepto de DPI.....	17
2. Historia de las Cortes Internacionales.....	22
3. Antecedentes del DPI.....	23
3.1. Conferencias de Paz de la Haya	26
3.2. Tratados de paz de Versalles y Sevres; juicios de Leipzig.....	26
3.2.1. Tratado de Versalles.....	27
3.2.2. Tratado de Sevres.....	28
3.3. Los acuerdos de Locano y el Pacto Briand-Kellogg.....	30
3.4. Tribunales de Nuremberg y Tokio.....	31
3.4.1. TMI de Nuremberg	31
3.4.2. TMI para el lejano Oriente	33
3.5. Los principios de Nuremberg	36
3.6. DPI durante la guerra fría.....	41
3.7. Tribunales <i>ad hoc</i>	42
3.8. Proceso de instauración de un Tribunal permanente.....	47
II. Corte Penal Internacional.....	51
1. Objetivos.....	57
2. Atribuciones.....	59
3. Competencia.....	60
3.1. Tipos de competencia.....	64

	3.1.1. <i>Ratione materiae</i>	65
	3.1.2. <i>Ratione temporis</i>	67
	3.1.3. <i>Ratione loci y ratione personae</i>	67
3.2.	Bases para el ejercicio de la competencia de la CPI.....	70
3.3.	Procedimientos.....	70
4.	Admisibilidad de un asunto ante la CPI.....	71
4.1.	La CPI sólo conoce asuntos que revisten “gravedad suficiente”.....	72
4.2.	Carácter complementario de la CPI.....	74
4.2.1	Excepciones al principio de complementariedad.....	79
4.2.2	Complementariedad y <i>ne bis in ídem</i>	81
4.3.	Interés de justicia.....	80
5.	Integración de la CPI.....	82
6.	Derecho aplicable.....	82
7.	Principios generales de Derecho Penal aplicables a las actuaciones de la CPI.....	84
8.	Importancia de la cooperación Estatal con la CPI.....	86
8.1.	La entrega como forma de cooperación.....	90
8.2.	Otras formas de cooperación.....	90
9.	Penas.....	91
9.1	Ejecución de las penas.....	93
III.	Elemento subjetivo del hecho.....	94
1.	Introducción.....	94
2.	Existencia de una teoría unitaria de dolo en el sistema de la CPI.....	94
3.	Teoría unitaria del dolo.....	95
3.1	Teorías monistas del dolo.....	97
3.1.1	Teorías cognitivas.....	97
3.1.1.1.	Teoría de la representación.....	98
3.1.1.2.	Teoría de la probabilidad.....	100

3.1.1.3. Críticas a las teorías cognitivas.....	101
3.1.2. Teorías volitivas.....	104
3.1.2.1. Teoría del consentimiento.....	105
3.1.2.2. Teoría del sentimiento.....	106
3.1.2.3. Críticas a las teorías volitivas.....	106
3.2 Teorías dualistas del dolo.....	107
3.2.1 Elementos del dolo	109
3.2.1.1. Conocimiento o elemento cognitivo.....	109
3.2.1.1.1. Conocimientos ontológicos y nomológicos.....	112
3.2.1.1.2. Conocimientos superiores o especiales.....	114
3.2.1.1.3. Conocimientos Potenciales.....	114
3.2.1.1.4. Conocimientos Constructivos.....	115
3.2.1.2. Voluntad o elemento volitivo.....	116
3.2.1.3. Riesgo.....	117
3.3. Diferencias estructurales entre dolo y culpa.....	119
3.3.1 El tipo culposo	120
3.3.1.1. Culpa consciente.....	121
3.3.1.2. Culpa inconsciente.....	122
3.3.2. Razones de una punibilidad diferenciada entre dolo y culpa.....	122
3.3.2.1. Previsibilidad de un resultado; Probabilidad y posibilidad.....	126
3.4 Clases de dolo.....	127
3.4.1. Dolo directo de primer grado.....	128
3.4.2. Dolo directo de segundo grado.....	129
3.4.3. Dolo eventual.....	129
IV. Dolo eventual.....	131
1. Problemática para su definición, diferentes puntos de vista.....	132
1.1 Teoría del consentimiento.....	133
1.1.1 Críticas a la teoría del consentimiento.....	136
1.2. Teoría de la representación.....	138

1.2.1. Críticas a la teoría de la representación.....	139
1.3. Teoría de la indiferencia, del sentimiento o de la motivación.....	141
1.3.1. Críticas a la teoría de la indiferencia o sentimiento.....	142
1.4. Postura.....	143
V. <i>Mens rea</i> exigido por la CPI.....	145
1. Antecedentes del elemento subjetivo en crímenes internacionales.....	146
2. Dolo genérico en el sistema de la CPI.....	148
3. Las teorías monistas de dolo son incompatibles con el ER.....	149
3.1. Error de tipo.....	149
3.2. Tentativa y desistimiento.....	151
4. El ER es compatible con las teorías dualistas de dolo: análisis del art. 30 del ER.....	153
4.1. Exigencia de “intención y conocimiento”.....	153
4.1.1. Intención.....	154
4.1.1.1. En relación a la conducta típica.....	156
4.1.1.2. En relación con las consecuencias de la conducta.....	158
4.1.2. Conocimiento.....	161
4.1.2.1. En relación con las circunstancias concomitantes.....	161
4.1.2.2. En relación con los elementos normativos.....	162
4.1.2.3. En relación a la “producción de la consecuencia”.....	163
5. La comisión del crimen debe ser con dolo respecto a los “elementos materiales”.....	164
5.1. Elementos materiales.....	164
5.1.1. Conducta.....	165
5.1.2. Consecuencias.....	166

5.1.3. Circunstancias.....	167
5.2. Elementos contextuales.....	168
6. Debates respecto a la redacción del art. 30 del ER.....	169
6.1. <i>Recklessness</i>	169
6.2. Otras dificultades.....	172
7. Problemas que causa la mala redacción del artículo 30 del ER.....	173
7.1. Doble regulación de la previsible producción del resultado.....	174
7.2. Limitación de la aplicación del art. 30 a los autores del delito.....	175
7.3. El término “ <i>intent</i> ” es interpretado en el mismo numeral en diversos sentidos.....	176
8. Aplicación del dolo genérico “salvo disposición en contrario.....	177
8.1. “otras disposiciones” en el ER.....	178
8.2. “otras disposiciones” en los EC y en el derecho internacional consuetudinario.....	179
8.3 Efectos que causan “otras disposiciones” respecto a la punibilidad.....	180
8.3.1. Confirman los presupuestos subjetivos generales del art. 30.....	180
8.3.2 Amplían la punibilidad.....	180
8.3.3. Limitan la punibilidad.....	182
9. <i>Mens rea</i> de cada crimen de competencia de la Corte.....	183
9.1. Genocidio.....	184
9.2. Crímenes de lesa humanidad.....	185
9.3. Crímenes de guerra.....	188
9.3.1. Dolo respecto a la existencia de un “conflicto armado”..	189
9.3.2. Dolo respecto a la distinción entre conflicto armado internacional y no internacional.....	190
9.3.3. Dolo respecto a las personas y objetos protegidos.....	191

V. Propuesta: El dolo eventual debe aplicarse en el sistema de la CPI....	194
1. Criterios a considerar para analizar la conveniencia de incluir al dolo eventual en el sistema de la CPI.....	194
2. Dolo eventual en Derecho Penal Internacional.....	195
3. El dolo eventual no se contempla en el artículo 30 del ER.....	197
4. Decisiones de la CPI y dolo eventual.....	199
4.1 Caso Fiscal vs. Thomas Lubanga.....	199
4.2 Caso Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui.....	200
4.3. Caso Fiscal vs. Jean Pierre Bemba.....	203
5. La correcta interpretación del ER admite el dolo eventual.....	207
5.1. Interpretación de acuerdo a la Convención de Viena de 1969...	207
5.2. Interpretación de acuerdo a las disposiciones del ER.....	213
6. Autoría, participación y dolo eventual: artículo 25 del ER.....	217
6.1. Partícipes que contribuyen al delito cometido por un grupo con un fin criminoso.....	217
6.2 Coautoría mediata.....	221
7. Dolo eventual en la responsabilidad de los jefes y otros superiores.....	222
7.1. <i>Mens rea</i> respecto a los superiores militares: negligencia.....	224
7.2. <i>Mens rea</i> respecto a los superiores civiles: dolo eventual.....	225
8. La dificultad probatoria del dolo eventual puede y debe ser superada.....	228
8.1. Conocimiento constructivo.....	231
5. El dolo eventual puede y debe ser aplicado en las actuaciones de la CPI...	236
Conclusiones.....	239
Biliografía.....	244

Abreviaturas

Art.	Artículo.
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Corte	Corte Penal Internacional.
CPI	Corte Penal Internacional.
DPI	Derecho Penal Internacional.
Doc.	Documento.
DH	Derechos Humanos.
EC	Elementos de los Crímenes.
ER	Estatuto de Roma.
FPLC	<i>Forces Patriotiques Pour la Libération du Congo.</i>
ONG	Organización no Gubernamental.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Párr.	Párrafo.
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares.
TMI	Tribunal Militar Internacional.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
UPC/RP	<i>Union des Patriotes Congolais/Reconciliation et Paix.</i>

INTRODUCCIÓN

Fue la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad, y eso es tan es cierto que cada uno sólo quiere poner en el depósito público la porción más pequeña que sea posible, aquélla sólo que baste a mover a los hombres para que lo defiendan. El agregado de todas esas pequeñas porciones de libertad conforma el derecho a castigar. Todo lo demás es abuso, y no justicia: Es hecho, no Derecho.¹

El derecho a castigar del que hace referencia el jurista italiano es el *ius puniendi*. Así, el Derecho Penal viene a ser una expresión del poder punitivo y un límite a este dentro de un verdadero Estado de derecho democrático. Una de las maneras de establecer límites al poder punitivo es fijando como presupuesto necesario del sistema jurídico-penal un bien jurídico.²

Cada sistema de Derecho Penal nacional efectúa un juicio de valor para seleccionar los bienes jurídicos que considere más importantes, y por tanto, merecedores de la protección penal: bienes lo suficientemente relevantes como para que quien los vulnere sea castigado, se le aplique una pena, o dicho en otras palabras, se ejerza el poder punitivo en su contra.³

Al Derecho Penal dentro de un verdadero sistema democrático le interesa salvaguardar las relaciones sociales, la posición que en ellas ocupan los individuos, su intermediación con objetos y entes, y su transformación por la interacción social. Consecuentemente, los bienes jurídicos

¹ BECCARIA , Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Ed. D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara, traducido por D. Juan Antonio de las Casas, edición de 1774, España, p.11

²Entendido este según Mir Piug como aquel que cumple con dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal. No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. Véase: MIR PUIG, Santiago, *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del ius puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, Universidad de Santiago de Compostela, p. 205.

³MIR PIUG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Ariel, España, 1994, p.160.

plasman de manera concreta este complejo real social que se intenta proteger.⁴

Los principios de Derecho Penal antes expuestos, aplicables en un contexto democrático, aunque a algunos les resulte difícil de concebir, también resultan adaptables a un escenario más abstracto, conocido como estado de Derecho Internacional.

El estado de Derecho Internacional es una estructura universal compuesta por las instituciones fundamentales de las relaciones internacionales, comprendiendo todos los fenómenos que trascienden las fronteras estatales y que se componen de actores individuales y colectivos, que se unen por relaciones de diferente naturaleza (políticas, científicas, culturales, económicas, sociales, etcétera) reguladas por normas morales, políticas y jurídicas.⁵

Concebir la idea de un estado de Derecho Internacional, permite ir más allá de las fronteras Estatales por lo que ve a la protección de bienes jurídicos, esto se traduce en una posible aplicación del *ius puniendi* en la esfera internacional, es decir, la posibilidad de sancionar a los transgresores de la normatividad internacional.

En el contexto de una democracia el poder punitivo es ejercido por el Estado; sin embargo en Derecho Internacional no hay un órgano o grupo de órganos que concentren el poder de forma tal que en una sola entidad se puedan identificar los

⁴BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, España, 1987, pp.166-167.

⁵ El principio de estado de derecho consagrado en la Carta de las Naciones Unidas abarca elementos que atañen al desarrollo de las relaciones entre Estados, dicho principio implica que todos –desde el individuo hasta el propio Estado– deben ajustarse a Leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia. Véase: *La ONU y el estado de derecho*. Portal oficial de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/ruleoflaw/> Fecha de consulta: 20 de marzo de 2012.

poderes y las funciones propias del Estado.⁶ A pesar de ello, no se debe obviar que en el orden internacional se aplican penas por Tribunales Internacionales, esto es, un evidente ejercicio del *ius puniendi*.

En tal virtud, hoy en día es innegable la existencia de un poder punitivo internacional, conocido comúnmente como “Derecho Penal Internacional” que, debe tener como función la protección de bienes jurídico-penales que por su traslado a la esfera internacional son necesariamente aquéllos valores y principios de mayor aceptación y consenso de la comunidad internacional,⁷ que se estiman trasgredidos por las conductas más graves para la humanidad,⁸ o en palabras de Cheriff Bassiouni: “el denominador común de éste –Derecho Penal Internacional- es la protección de ciertos intereses que representan valores comúnmente compartidos por la sociedad mundial.⁹”

La jurisdicción penal internacional, es un tema de nuestro tiempo, una de las vertientes más interesantes y relevantes del nuevo orden que se establece en el mundo, un esfuerzo jurídico y político, pero sobre todo moral, ya que recoge la moralidad deseable en las relaciones internacionales.

A partir del reconocimiento de la autonomía del Derecho Penal Internacional, la doctrina se ha avocado durante los últimos años a la fijación de sus alcances y

⁶ RÉMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, España, 1997, pp.24-25.

⁷ Resultaría erróneo establecer que el Derecho Penal Internacional tiene como bien jurídico único un concepto vago, como la paz internacional.

⁸ Cuando la magnitud o gravedad de la conducta es suficientemente relevante y además responde a una política de quien ejerce poder, o es tolerada, o simplemente no puede ser reprimida por éste, la misma adquiere relevancia en el orden internacional y es capaz de amenazar al sistema internacional, y no cuando se trata de una violación aislada que puede ser reprimida por el aparato estatal. Véase: GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, Ed. Tecnos, España, 1999, pp.28-29.

⁹ BASSUOUNI, M. Cheriff, *Derecho Penal Internacional, proyecto de Código Penal Internacional*, traducido por: José L. de la Cuesta Arzamendi, Ed. Tecnos, España, 1984, p.77.

límites. Esto, aunque podría verse como un gran avance, a la vez indica que se ha profundizado muy poco en los temas que atañen a esta rama. Es por esto, que temas tales como el abordado en la presente investigación cobran relevancia si se considera que el Derecho Penal Internacional si bien parte de estructuras tomadas de los sistemas penales nacionales, ha creado figuras e instituciones propias.

El presente estudio fue elaborado haciendo uso de métodos de investigación deductivos, históricos, sintéticos pero sobre todo analíticos y es una contribución a uno de los temas que más interesan al Derecho Penal Internacional: El elemento subjetivo del hecho en el sistema de la Corte Penal Internacional.

En primer término, y para lograr introducir al lector a un sistema completamente innovador, el de la Corte Penal Internacional, en el capítulo I y II se realiza una exposición del desarrollo del Derecho Penal Internacional, las dificultades que ha atravesado para lograr su consolidación como rama del derecho independiente, así como la institución de Tribunales Penales Internacionales que hoy son antecesores de la CPI.

Si bien, a primera vista pareciera que la CPI por ser un Tribunal Penal se rige por los principios de Derecho Penal que comúnmente se conocen, esto no es así. Es por ello que a lo largo del presente estudio se abordan las características y principios primordiales que definen el sistema de la corte o que lo diferencian de los aquéllos de derecho penal nacionales.

Para poder sentar las bases de esta investigación abocada a uno de los temas de mayor debate de la llamada parte general del Derecho Penal Internacional,¹⁰ se analizó cuidadosamente la escasa jurisprudencia existente de esta innovadora rama del derecho –desde Nuremberg hasta la Haya- con el fin de estudiar y sistematizar los principios generales de Derecho Penal allí desarrollados y aplicables a la materia de estudio. Asimismo, durante el desarrollo de esta investigación fueron estudiados los esfuerzos de codificación existentes desde el inicio del Derecho Penal Internacional, incluyendo los principales tratados y estatutos que han regido las actuaciones de los diversos Tribunales Internacionales que se han dado a la tarea de imputar responsabilidad penal individual internacional.

Por otra parte, y dejando por un momento de lado el ámbito internacional, en los capítulos III y IV se aborda el tema del *mens rea* desde el punto de vista meramente dogmático-penal. Esto a fin de darle a la investigación un toque teórico, sin caer en lo meramente abstracto y permitir que el lector tenga claros conceptos como dolo y en específico dolo eventual, que son la base de la investigación y sin lo cual sería difícil introducir al lector a los capítulos posteriores, toda vez que es en estos donde la autora procura aterrizar los conceptos dogmáticos en el sistema que rige a la Corte Penal Internacional.

En el capítulo V, se presenta un análisis exhaustivo de las disposiciones contenidas en el ER que tratan sobre el elemento subjetivo del hecho y del *mens rea* exigido en cada uno de los crímenes de competencia de la CPI.

¹⁰En la “parte general” según Claus Roxin, “hay que aclarar que características ha de tener la relación entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como acción suya.” Véase: ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Civitas, España, 1997, p.304.

Finalmente, tomando como guía los criterios de los tribunales *ad hoc* y de la propia Corte Penal Internacional, en el Capítulo VI se elabora una teoría destinada a la profundización y no me atrevería a decir perfeccionamiento, más sí desarrollo con mayor detalle, de los conocimientos obtenidos en el tema de los presupuestos subjetivos hasta ahora: El dolo eventual debe ser tomado en cuenta como elemento subjetivo mínimo de imputación cuando se trata de: (i) partícipes que contribuyen al delito cometido por un grupo con un fin criminoso, (ii) coautores mediatos y (iii) superiores jerárquicos civiles.

A pesar de que el tema objeto de la presente investigación se pudiera considerar como “materia prima del Derecho Penal Internacional”, pues se encuentra totalmente en sus comienzos, esto generó mi interés por el tema, pues ello implica que debe ser base para sucesivas investigaciones, para que de éste modo sean tratadas todas las cuestiones trascendentes de la parte general del Estatuto de Roma a profundidad, de manera especializada, y en este sentido evitar el desarrollo de una dogmática jurídico-penal internacional incompleta y controversial a causa de un intento por agotar todos los temas de manera superficial.

A juicio de la autora, la comunidad internacional de nuestros tiempos se encuentra obligada a guardar especial cuidado respecto a ésta nueva encomienda persecutoria, que surge en el derecho de gentes moderno, en contra de los autores de crímenes que atentan contra la paz y seguridad internacional, de manera que resulte efectivamente a favor de la sociedad ecuménica y la justicia y no desemboque en persecuciones demagógicas, frívolas, que pretendan la conversión de la justicia en espectáculo, arena partidaria escenario de venganzas y disputas políticas que no merecen este foro.

I. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. Concepto de Derecho Penal Internacional

Hablar de Derecho Penal Internacional en *stricto sensu*, hace solamente algunas décadas resultaba inaceptable, pues la comunidad jurídica se cuestionaba en todo momento su existencia. Los debates doctrinales no precisaban siquiera su contenido, alcance o independencia del derecho penal o del internacional. Ha sido a través de la evolución de los tejidos sociales, y los conflictos presentados en estos, que se ha visto el desarrollo de esta rama jurídica, la cual aún está en plena evolución.

No ha sido fácil erigir el Derecho Penal Internacional, y tampoco lo ha sido caracterizarlo. Mientras que a principios de los años 90 la propia existencia del Derecho Penal Internacional se ponía en duda, hoy el punto de partida es claro: Esta rama jurídica es parte integrante del Derecho Internacional y no un mero proyecto del futuro, el cual se aplica por los Tribunales Internacionales. Asimismo, los Estados están llamados a aplicarlo poniendo en práctica múltiples procesos internos de implementación.

El Derecho Penal Internacional presenta una naturaleza híbrida al participar de dos disciplinas informadas por principios, categorías, preocupaciones, ocupaciones y expectativas distintas y además con un diverso y peculiar sistema de fuentes: el Derecho Penal y el Derecho Internacional Público.

A pesar de que mucho se ha cuestionado sobre las razones de vida de esta rama jurídica, y el papel que ésta juega en la comunidad internacional actual, conlleva varios aspectos positivos, tales como: la tutela de los mayores bienes de la humanidad, el primado de la dignidad humana con sus proyecciones en los derechos

fundamentales de las personas, pero sobre todo el mantenimiento de la seguridad y la paz universal, que constituye un deber compartido.

Si se busca una definición o concepto de Derecho Penal Internacional,¹¹ no existe una caracterización unívoca sobre ésta rama del orden jurídico y a pesar de ser relativamente nueva, no sería la primera en dar una propuesta, puesto que doctrinistas alrededor del orbe lo han intentado, siendo los más acertados a juicio de la autora los siguientes:

Jescheck señaló al respecto:

El Derecho Penal Internacional se ocupa de la cuestión de cuando está sometido al poder punitivo propio un supuesto hecho, que, bien por la nacionalidad del delincuente o de la víctima o bien porque se haya cometido en el extranjero, muestra un aspecto internacional.¹²

El autor alemán Triffterer, ha puesto de manifiesto que a su entender:

Derecho Penal Internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional, que conectan a una conducta determinada – crímenes internacionales- ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente.¹³

¹¹ Concepto utilizado por primera vez por Beling, véase: JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado de derecho penal-parte general*, 3ª. ed., traducido por: Santiago Mir Puig y Fernando Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978, p.119. nota 4.

¹² JESCHECK, Hans-Henrich, *Tratado de derecho penal-parte general, op cit.* p.220. Este mismo tratadista refiere que los principios que caracterizarán a un auténtico Derecho Penal Internacional son los enunciados a continuación: (i) el DPI deberá contener auténticos tipos penales, que sin mediación del Estado obligaran directamente al individuo, fijando la finalidad de la infracción, sin precisar la intervención del legislador estatal (*principio de responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho internacional*); (ii) Tendría que perder su eficacia todo derecho estatal que se opusiera a la punibilidad de una acción constatada por el Derecho Internacional (*principio de la supremacía del DPI frente al derecho estatal*); (iii) Ningún órgano estatal que actuara en contra de las reglas del DPI y que fuere perseguido por ello ante un tribunal internacional, podría alegar que el hecho es un acto estatal de soberanía y que por eso solo podría estar sometido a la jurisdicción del Estado. (*principio de exclusión de la teoría del acto de la soberanía*)

¹³ TRIFFTERER en *Untersuchungen*, citado por: AMBOS Kai, "La construcción de una parte general del derecho penal internacional" en: *Temas actuales del Derecho Penal Internacional*, Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, Uruguay, 2005, p. 13. Nota 2.

Kai Ambos, acertadamente ha afirmado qué se entiende por Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafrecht*):

El conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de Derecho Penal y de Derecho Internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de reprochabilidad de una determinada conducta proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales de Núremberg¹⁴, en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional).¹⁵

Cherif Bassiouni, adhiere que:

Ésta rama del derecho es una criatura extraña tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Internacional. Producto de ambos, cuenta con una “personalidad dividida”, característica que ha dificultado su desarrollo, y tiene dos vertientes: los aspectos internacionales del derecho penal, relativos principalmente al auxilio persecutorio; y los aspectos penales del derecho internacional: delitos y penas del orden mundial, la enorme novedad que trajo la segunda mitad del siglo XX y que se vio fortalecida en el XXI.¹⁶

En cuanto a la segunda vertiente, el tratadista señala que a través del Derecho Penal Internacional se reconstruye el Derecho Penal, ahora en la escala internacional. Las nuevas disposiciones prevén conductas punibles y estatuyen penas o medidas. Algo más: crean jurisdicciones y desarrollan procedimientos.

Por su parte, la autora Alicia Gil Gil refiere que el Derecho Penal Internacional es el que protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, aquéllos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves.¹⁷

¹⁴ *Crf.* el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Militar (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias, del 8 de agosto de 1945)

¹⁵ AMBOS, Kai, *Temas actuales, op cit.*, p. 13.

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales” en: MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *El Estatuto de Roma*, Ed. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 2004, p.117.

¹⁷ GIL GIL, Alicia, *Hacia un derecho internacional privado internacional*, en *Lex*, año I, núm 3, 1995, pp. 27-29.

El Doctor Javier Dondé Matute hace alusión a las siguientes maneras de entender el Derecho Penal Internacional:

1. Como el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación de la ley penal en el espacio;
2. Como los aspectos penales del derecho internacional;
3. Como los aspectos internacionales del derecho penal; o
4. Como las normas jurídicas que protegen bienes jurídico-penales internacionales.¹⁸

El ya citado tratadista define Derecho Penal Internacional, distinguiendo entre el sustantivo y el adjetivo, definición con la que esta autora concuerda, siendo la siguiente:

El derecho penal internacional sustantivo es la parte del Derecho Internacional en la que se regulan aspectos propios del derecho penal y se establecen normas jurídicas sobre las conductas delictivas, las sanciones y la aplicación de estas últimas. Por otro lado, podemos hablar de derecho procesal penal internacional, refiriéndonos a las normas jurídicas de carácter internacional que regulan la aplicación del DPI sustantivo y el derecho penal interno, incluidas las normas procesales y de colaboración entre Estados.

A juicio de la autora, el Derecho Penal Internacional es el conjunto de principios y disposiciones que regulan la investigación, enjuiciamiento y sanción de las conductas u omisiones que trasgreden los bienes jurídicos más importantes para la sociedad ecuménica en su conjunto. Esta rama jurídica es el punto de convergencia entre la disciplina jurídica con mayor rigor político, dogmático y de interpretación más estricta –Derecho Penal- y la más flexible en el ámbito del orden jurídico –Derecho Internacional Público-, que además postula el carácter de *ultima ratio*¹⁹ como lo hace el Derecho Penal.

¹⁸DONDÉ MATUTE, Javier F., *Derecho Penal Internacional*, Ed. Oxford, México, 2008, p.7

¹⁹ La tutela de la totalidad del orden internacional no es la función del Derecho Penal Internacional, ya que sólo cabra recurrir a él cuando resulte completamente imprescindible, dada la ineficiencia de otras formas jurídicas para la debida protección del mencionado orden. Véase: MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001, p.236.

En efecto, como ya fue aludido, el Derecho Penal Internacional es parte del Derecho Internacional Público, y es por ello que a primera vista podría señalarse que entonces sus fuentes son las establecidas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional –fuentes de Derecho Internacional Público-: Las convenciones internacionales,²⁰ el derecho consuetudinario,²¹ los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas,²² las decisiones judiciales²³ y doctrina,²⁴ e incluso se considera a la equidad –*ex aequo et bono*–.

Lo anterior distingue al Derecho Penal Internacional del Derecho Penal de los países con tradición continental europea, regularmente arraigados en una legalidad que reclama *lex scripta, praevia, stricta y certa*.

El Derecho Penal Internacional se orienta a los valores y a los fines políticos de la comunidad internacional²⁵, la sociedad y los valores a los que atiende esta

²⁰ Artículo 38(1)(a) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

²¹ Artículo 38(1)(b) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. La fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades en un doble panorama: Desde la óptica del derecho penal, el principio del *nullum crimen sine lege* excluye la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. Sin embargo, conforme al Derecho Internacional Público, concretamente en los artículos 15(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11(2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible “según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Para el Derecho Penal Internacional, a pesar de conformarse por Derecho Internacional Público, el concepto “principios de derecho” no se debe entender en el sentido del artículo 38.1(c), del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* – el cual señala a la costumbre como fuente de derecho internacional- sino más bien en el sentido de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg. Esto implica una “desformalización” o bien la carga normativa del principio *nullum crimen* que le impone la parte del derecho penal que lo conforma. Véase: AMBOS Kai, *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer- Stiftung, Uruguay, 2005, p.15.

²² Artículo 38(1)(c) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. El derecho penal interno de un Estado podría llegar a influir en el desarrollo del derecho penal internacional solo de un modo indirecto a través de la derivación, por medio de derecho comparado de principios generales de derecho.

²³ La jurisprudencia de los tribunales internacionales, tiene un peso normativo propio en la fundamentación de derecho consuetudinario internacional. Véase: TPIY, *Fiscal vs. Erdemovic*, Caso no. IT-96-22-A, decisión de 07 de octubre de 1997, especialmente los votos particulares de los jueces McDonald/Vohrah, Cassese y Stephen.

²⁴ Artículo 38(1)(d) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

²⁵ Así fue establecido por el TPIY, en: TPIY, *Fiscal vs. Erdemovic*, *op cit.*, “The law must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role”; Simma /Paulus, en Ascencio/Dcaux/Pellet, *Droit international penal*, 2000, p.68, en: AMBOS Kai, *Temas actuales de Derecho Penal*

rama del derecho es la mundial, de esta manera, al DPI le corresponde la protección de los derechos humanos fundamentales.²⁶

Un poder punitivo transnacional se debe fundar, sin duda, con referencia a los Derechos Humanos reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto. Entonces el DPI Presupone una concepción del Derecho Penal que parte de la persona y de su dignidad humana inviolable. La dignidad de la persona debe ser, por tanto, punto de partida y punto inmovible de todo sistema de derecho penal. Hoy, no existe la menor duda de que tanto el Estado como la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el Derecho Penal.²⁷

2. Historia de las Cortes Internacionales

Como bien ha señalado Sergio García Ramírez, los tribunales son la garantía última de la vigencia o eficacia del Derecho y de la observancia de los derechos. Por supuesto refiriéndose a tribunales dotados de independencia, imparcialidad y competencia.

La historia de los Tribunales Internacionales no siempre es bien conocida por quienes se inquietan cuando oyen hablar de tribunales que no son estrictamente nacionales. A lo largo de la última centuria, el esfuerzo de un gran número de filósofos, juristas, sociólogos y hombres de Estado ha cristalizado en la creación de éste tipo de instituciones, que han llevado a cabo ciertos progresos en el camino hacia la paz. Aun cuando sus resultados no satisfagan por completo las altas expectativas y necesidades del hombre, son en todo caso, significativos.

Internacional, op cit. p. 20, nota 49: "Ansi, l'interpretation téléologique des prescriptions du droit international pénal est en effet orientée vers les buts politique-sociaux de la communauté internationale."

²⁶*ibidem. p.21.*

²⁷*Ibidem. p.22.*

Como ya se mencionó, el último siglo aportó novedades internacionales, primero para las contiendas entre Estados: El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, y luego, tras la Segunda Guerra Mundial, La Corte Internacional de Justicia. A estos órganos que dirimen controversias entre potencias se añadieron los que resuelven conflictos entre Estados e individuos a propósito de los Derechos Humanos: En Europa y en América, Estrasburgo y San José. Añádanse las Cortes provistas para la aplicación del derecho comunitario construido en Europa.²⁸

En este proceso de innovaciones aparecerían los tribunales que interesan al presente estudio: Las Cortes Penales Internacionales.

3. Antecedentes del Derecho Penal Internacional

Una rama del derecho como el DPI debe ser examinada en función de la circunstancia que la genera y en la que se desarrolla; y más todavía, de la que está llamada a gobernar. Por ello, el examen debe practicarse desde una perspectiva histórica. Si no se examina conforme a esta amplia perspectiva, se estaría limitando a analizar el texto del Estatuto de Roma sin atender a los antecedentes que configuran su raíz, se dejaría de lado la vida y las condiciones en las que éste se desenvuelve, el pensamiento y la experiencia que han determinado el desarrollo de las disposiciones y las prácticas penales a nivel mundial.

La idea de que hay bienes comunes a la sociedad universal y de que ésta trae consigo la exigencia de una represión mundial de los crímenes que los lesionan,

²⁸ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *La Corte Penal Internacional*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, p.13.

puso en movimiento la formación de un Derecho Penal aplicable de manera mundial. No obstante, éste fue un proceso arduo que tuvo dos principales obstáculos: En primer lugar, la posición defensiva de los Estados frente a injerencias exteriores, anclada con la idea de soberanía,²⁹ en segundo término, el reconocimiento del individuo como sujeto de Derecho Internacional Público, pues la idea de una responsabilidad individual era extraña al Derecho Internacional Público clásico.³⁰

Solamente dejando atrás estos obstáculos, se favoreció el surgimiento del Derecho Penal Internacional. No obstante, los horrores de la dictadura nacionalsocialista le ayudaron a abrirse paso: fue en razón de la perpetración de los crímenes más infames del siglo pasado, que se consideró insoportable la impunidad de los responsables, exigiéndole así una respuesta obligada a la comunidad internacional. Así, el Derecho Penal Internacional es el resultado de algunos de los capítulos más oscuros de la historia de la humanidad.

²⁹La soberanía es conocida como la fuente de resistencia al Derecho penal internacional de orden constitucional por excelencia. No obstante, frente al argumento de que se abdica de la soberanía, aparece la respuesta: no es así; aquélla se ejerce y en ese ejercicio conviene en compartir o delegar la jurisdicción penal, uno de sus reductos. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales" en: MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *op cit.* p.117; Recordemos a Calamandrei, cuando medita sobre la democracia: atrás de las normas constitucionales, de las que no podríamos prescindir –pero en las que tampoco podemos confiar a ciegas- trabajan las costumbres democráticas. Así, a pesar de que en las constituciones nacionales se instala y florece la democracia, los individuos requerimos de instrumentos a los que podamos recurrir, cada individuo en cada caso en concreto, para salvaguardar nuestros derechos, recuperar los que hemos perdido y ejercer los que tenemos suspendidos. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *La Corte Penal Internacional*, *op cit.* p.12; "La Corte representa una extensión de la jurisdicción penal nacional, creada por un tratado que se convierte en parte del Derecho Nacional. No se afecta la soberanía nacional ni se pasa de un sistema nacional que verdaderamente cumple sus obligaciones internacionales." Cheriff Bassiouni en: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *La Corte Penal Internacional*, *op cit.* p.35; A partir de que se reconoció que los derechos humanos dejaron de ser asunto exclusivo del Estado y se abre una nueva etapa de reflexión en torno a la soberanía –sostiene Luigi Ferragiolli- ésta se tornó un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico, pues la santificación de los DH en la declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales sino supraestatales, límites externos y no solamente internos de los poderes de los Estados. Véase: CARBONELL Miguel *et al*, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en *Estado Constitucional y globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001, p.317.

³⁰El ser humano en su condición de tal no era considerado un personaje en el escenario del Derecho internacional. Si adquiría en éste alguna relevancia, no se debía a su condición humana, sino a su carácter de representativo del Estado. Véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, *op cit.* p.10.

Sin lugar a dudas, el DPI es una de las materias que ha experimentado un mayor desarrollo en el s. XX. y XXI, considerando que durante prácticamente todo el s. XIX, la guerra fue observada como “la continuación de la política por otros medios”,³¹ no obstante fue en éste mismo siglo que la situación cambió radicalmente, ello se expone a continuación:

Desde la consolidación del Estado soberano como centro de atribución del poder político en el s. XVI, la guerra se consideró como un medio al servicio del Estado. En estas circunstancias se desarrolló un concepto de “guerra justa” de corte tomista y desarrollado por la doctrina clásica del derecho internacional.³² Dicho concepto fue decayendo hasta ser relegado y después visto como una teoría moral obsoleta por algunos.

Es hasta el s. XIX que la práctica de los Estados confirmó la valoración que se le da al uso de la fuerza. Basta recordar las guerras napoleónicas, para ilustrar el abundante uso de la fuerza por parte de los Estados. Los excesos estremecedores a que se llegaron en las guerras a finales del s. XVIII y las del s. XIX, provocaron como reacción, la aparición de un movimiento pacifista y humanitario que criticó a toda costa el despilfarro de la guerra y el gasto del dinero público en armamentos. Este movimiento constituyó el antecedente inmediato a las conferencias de paz de la Haya.

³¹ El Derecho Penal Internacional hunde sus raíces en el Derecho de la guerra. En *De iure belli ac pacis* (1625), el clásico Grocio previno que también la guerra está sujeta a normas. Así éste autor –pronto hará cuatrocientos años- puso manos a la obra de componer un tratado que expusiera “ese derecho común que vale para las guerras y en las guerras”. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.* p.170.

³² En especial por la escuela española del XVI, impulsada primordialmente por Francisco de Vitoria.

3.1. Conferencias de paz de la Haya

Celebradas en 1899 y 1907, respectivamente, constituyen un importante precedente para el DPI, en virtud de que en éstas se regularon las leyes y costumbres bélicas, permitiendo o prohibiendo en nombre de principios ideales, lo que antes no tuvo otro juez más que la voluntad o conveniencia del Estado soberano.

A diferencia de conferencias internacionales como las de Westfalia (1648), Utrecht (1713) y Viena (1815), las conferencias de la Haya se celebraron al margen de cualquier guerra o de sus consecuencias, con el fin de hallar soluciones a los problemas internacionales de urgente solución, que demandaba la sociedad internacional del siglo que había finalizado.

3.2. Tratados de paz de Versalles y Sevres; juicios de Leipzig

Para un mejor entendimiento de esta lucha de la comunidad internacional en contra de conductas abominables, es importante estudiar su comienzo en el año de 1919, al finalizar la Primera Guerra Mundial.³³ El colosal desastre que constituyó dicha guerra, generó en la conciencia popular un clima de rechazo al uso de la fuerza. Las gravísimas infracciones del *ius in bello* cometidas por los beligerantes, provocaron su denuncia por las voces más importantes de la época. Una de esas voces fue sin duda, el presidente en ese momento de Estados Unidos, Woodrow Wilson quien propuso la constitución de una liga de naciones.³⁴

³³ CORCUERA CABEZUT, Santiago *et al.*, *Justicia Penal Internacional*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 2001, p. IX.

³⁴ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio *et al.*, *La criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, España, 2000, p.99.

Con la firma del Tratado de Versalles, la Sociedad de Naciones se convierte en una realidad. En este punto, los aliados incluyeron disposiciones—tanto en el Tratado de Versalles como de Sèrves— con el fin de juzgar al Kaiser Guillermo II de Hnohenzollern, junto con otros dirigentes militares alemanes, “acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de guerra”.³⁵

3.2.1. Tratado de Versalles

Tratado de paz firmado en 1919, al finalizar la Primera Guerra Mundial. Con el objeto de luchar contra la impunidad de los responsables de violaciones a las leyes y costumbres de guerra durante la Primera Guerra Mundial, el tratado de paz de Versalles obligaba al gobierno alemán a extraditar a criminales de guerra y a prestar asistencia judicial³⁶. Aunque esas pretensiones eran innovadoras y ambiciosas para la época, este modelo sancionador no llegó a implementarse, es decir, no se creó un Tribunal Internacional. Esto resultó en la imposibilidad de juzgar al Kaiser alemán, por un asilo otorgado por los países bajos.³⁷

No obstante lo anterior, cientos de jefes militares alemanes sí fueron juzgados en los comúnmente conocidos como juicios de Leipzig,³⁸ a partir del 23 de mayo de

³⁵Artículo 228.1 y artículo 229.1 del *Tratado de Versalles*, preveía tribunales militares de composición internacional para el caso de delitos cometidos en contra de ciudadanos de distintos estados. Véase: WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2005, p.45.

³⁶Artículo 230 del *Tratado de Versalles*.

³⁷La negativa se fundó en que el delito imputado al ex Kaiser no figuraba en la relación de crímenes determinantes de extradición por parte de Holanda, conforme a los tratados suscritos por ese país con las naciones aliadas y en el carácter político que entrañaba la persecución penal del ex monarca.

³⁸Ante este Tribunal se celebraron un total de 907 procesos basados en las listas de extradición de los aliados; otros 837 los inició el Tribunal Supremo del Reich por propia iniciativa. Sin embargo solo en 13 casos se llegó a la fase oral del proceso. En nueve procesos, concluidos con una sentencia final, hubo seis condenas y seis absoluciones. Ni siquiera estas penas fueron cumplidas en su totalidad, en ninguno de los casos. Al disminuir el interés de las potencias vencedoras, el resto de los procesos fueron sobreesidos y dos condenados fueron absueltos en un dudoso proceso de revisión.

1921, procesos que fueron llevados a cabo de forma sustitutiva ante el Tribunal Supremo del Reich con sede en Leipzig.³⁹ El resultado de estos juicios fue desastroso: algunos acusados escaparon de los centros de detención, los tribunales fueron incapaces de fincar responsabilidad penal ante la defensa de algunos imputados que alegaron obediencia debida como eximente de responsabilidad y las sentencias dadas estaban por demás debajo de lo que correspondía –probablemente influyó el hecho de que los tribunales eran alemanes-. Tratadistas como el alemán Gerhard Werle hablan de procesos simulados, con el fin de satisfacer a las potencias vencedoras.⁴⁰

A pesar de lo anterior, este fue el primer intento, aunque fallido, de juzgar internacionalmente a individuos por violar normas de Derecho Internacional, teniendo así una importancia indirecta para el desarrollo del Derecho Penal Internacional y a pesar de que los procedimientos ante el Tribunal Supremo del Reich fueron conducidos sobre la base del derecho penal alemán, aplicando en todo momento los tipos penales del Código Penal del Reich, aunque sea para fundamentar la antijuridicidad el Tribunal recurrió al Derecho Internacional.⁴¹ Con ello se fijaron las bases para lo que vendría con posterioridad a las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial.

3.2.2. Tratado de Sevres

Tratado de paz suscrito entre el Imperio otomano y las naciones aliadas de la Primera Guerra Mundial, en 1920, no obstante este jamás entró en vigor. Previó expresamente la obligación de entregar a los responsables a un tribunal aliado o

³⁹ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p. 46.

⁴⁰ MONTOYA MEXÍA, Alejandra, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Incompatibilidad con la Constitución Mexicana*, Ángel Editor, México, 2007, p.21

⁴¹ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p.47

internacional⁴². Finalmente, los esfuerzos comunes de las potencias Aliadas no concluyeron en la creación de un Tribunal Internacional, sin embargo mediante este tratado se desintegró el imperio otomano y Armenia logró su independencia. El gobierno otomano instauró un Tribunal en Constantinopla, que enjuició y condenó a varios oficiales por haber actuado en contra de la humanidad y la civilización.

En el mismo año, 1920, El señor Descamps, de Bélgica, presidente de la comisión consultiva de juristas que participó en el diseño del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, propuso –sin éxito- que se constituyera una Corte Penal Internacional.⁴³ A raíz del atentado terrorista contra el rey de Yugoslavia, en el que también resultó muerto el ministro francés Barthou, revivió el interés por la lucha internacional contra el terrorismo y la adopción de un tribunal de la misma naturaleza que asumiera jurisdicción sobre estos crímenes.

Al igual que el Tratado de Versalles, resultaron infructuosos los esfuerzos hechos por sancionar penalmente las deportaciones masivas y asesinatos⁴⁴ de miles de miembros de la minoría cristiana armenia en Turquía desde 1915, a través de un Tribunal Internacional. Los aliados realizaron una declaración en la que establecieron

⁴² Artículo 230 del *Tratado de Paz de Sevres*.

⁴³ De éste impulso resultaron dos proyectos de convenio en Ginebra en el año de 1937, que nunca alcanzaron las ratificaciones suficientes para adquirir vigencia- uno sobre la lucha internacional contra el terrorismo y otro de la creación de un tribunal internacional que sancionara este tipo de conductas. Era la primera vez que un convenio internacional olvidaba el dogma de la soberanía de los Estados y establecía la supremacía de las sentencias penales internacionales en ámbitos que previamente habían sido siempre competencia exclusiva de las jurisdicciones nacionales.

⁴⁴ La masacre de la población Armenia no ha sido reconocida como genocidio por ningún Tribunal Internacional ni por la Organización de las Naciones Unidas, no obstante en enero de 2012 Francia decretó una ley que sanciona a todo aquél que niegue el carácter de genocidio a los crímenes cometidos contra armenios en esa época.

que responsabilizarían personalmente a los miembros del gobierno otomano por los crímenes cometidos.⁴⁵

3.3. Los acuerdos de Locarno y el Pacto Briand-Kellogg

Los acuerdos de Locarno, firmados en Londres en 1925, consistieron en un tratado plurilateral que se concluyó entre cinco Estados -dos garantes (Reino Unido e Italia) y tres garantizados (Alemania, Bélgica y Francia). Alemania asumió un compromiso de no agresión respecto Francia y Bélgica y estos dos Estados respecto al primero. Además Reino Unido e Italia garantizaron la inviolabilidad de las fronteras germano-belgas y germano-francesas, a cumplirse en caso de agresión procedente de uno u otro contratante.

En 1928, se firmó en París el llamado comúnmente Pacto Briand-Kellogg,⁴⁶ constituye el primer texto convencional que en la historia declara ilegal, y por consiguiente hecho ilícito internacional, cualquier guerra de agresión, algo que no se había conseguido con el Pacto de la Sociedad de Naciones, ni con ningún otro acuerdo.

Al desencadenarse la Segunda Guerra Mundial, un conjunto de agresiones se perpetraron en una confrontación de magnitud desconocida hasta entonces, así, se llevó la llamada carrera armamentista más allá del horror y la infamia. Todo esto planteó una necesidad, entre varias: que haya una justicia penal que proteja los bienes jurídicos y confiera una realidad a los derechos de la comunidad internacional.

⁴⁵“ *In view of these crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announces publicly to the sublime Port that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in those massacres*”.

⁴⁶Frank B. Kellogg fue el entonces Secretario de Estado estadounidense que propuso una fórmula que “prohibía la guerra como instrumento de política internacional”. Véase: CARRILLO SALCEDO., *op cit.*, p.104.

3.4. Tribunales de Nuremberg y Tokio

En el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial,⁴⁷ el contexto de indignación contra semejantes horrores pudo constatarse a nivel mundial. Por ello, los países vencedores firmaron el acuerdo para el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo.⁴⁸

Así, se pactó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual algunos consideran como acta de nacimiento del Derecho Penal Internacional. En este sentido, fueron instituidos los Tribunales de Nuremberg⁴⁹ y Tokio,⁵⁰ constituyendo un parteaguas y punto de partida real a la lucha contra la impunidad de aquéllos que cometen los crímenes más siniestros contra la humanidad. Con éstos, se reconoció por primera vez que éste tipo de crímenes debían ser objeto de juicios imparciales y públicos.

a) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Tras los infructuosos esfuerzos realizados por los aliados con posterioridad a la Primera Guerra Mundial y la imposibilidad de instaurar un Tribunal Internacional para

⁴⁷ Los horrores de la Segunda Guerra Mundial también incitaron a los Estados a aprobar los cuatro convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre el Genocidio, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. véase. Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Reunión del Commonwealth sobre la Corte Penal Internacional*, Commonwealth Secretariat, Londres, 2010, p. 5

⁴⁸ MONTOYA MEXÍA, Alejandra, *op cit.*, p.21

⁴⁹ Fue constituido por la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania y condenó a pena de muerte a doce líderes nazis, hubo siete sentencias de encarcelamiento de diez años a cadena perpetua, tres sobreseimientos y se declaró con título de criminales a tres organizaciones.

⁵⁰ Fue establecido por la proclama especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas Douglas McArthur, de 19 de enero de 1946 y condenó a pena de muerte a siete jefes y altos cargos militares japoneses e impuso penas privativas de libertad a dieciocho acusados.

luchar contra la impunidad, ésta vez, se prepararon cuidadosamente todos los aspectos con el fin de lograr el establecimiento de un Tribunal eficaz. Un claro ejemplo de ello fue el establecimiento de la *United Nations War Crimes Commission* en 1942, con el fin de investigar y sobretodo recoger pruebas sobre la comisión de crímenes de guerra.⁵¹

Poco después, el 1 de octubre de 1943, se produjo una declaración de Roosevelt, Churchill y Stalin en torno al futuro enjuiciamiento de crímenes de gran magnitud. El 8 de agosto de 1945, Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la URSS acordaron en la ciudad de Londres la creación del Tribunal Militar Internacional y adoptaron el Estatuto respectivo.

La competencia del Tribunal de Nuremberg comprendía el enjuiciamiento⁵² de criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran una localización geográfica particular⁵³, ya que aquéllos delitos que pudieran ser referidos al territorio de un Estado en concreto, debían ser juzgados por el Estado de mérito y los crímenes perpetrados por alemanes dentro de las fronteras del Reich, serían en cambio competencia de los tribunales aliados o de ocupación.⁵⁴

⁵¹ BASSIOUNI, Cheriff, *International Criminal Law*, tomo III, 2° ed., 1999, p. 39.

⁵² Conocido por algunos como “el juicio más importante de la historia”, Véase: GARRIDO, Luis, “La hora universal de Nuremberg” en *Criminalia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año XII, núm. 10, Octubre de 1946, p.429.

⁵³ Artículo 1 del *Acuerdo de Londres para el Establecimiento de una Tribunal Militar Internacional*, 1945.

⁵⁴ Para ejercer dicha competencia se formó un Consejo de Control Aliado. Véase: Proclamación n°1 del Consejo de Control de 30 de agosto de 1945; El 20 de diciembre de 1945 se proclamó la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, fundamento jurídico común para el procedimiento en las cuatro zonas de ocupación, mediante este instrumento el Consejo de Control Aliado toma el modelo sancionador del Tribunal de Nuremberg y lo mejoró. Un claro ejemplo de estas mejoras fue que este sistema dejó de exigir una conexión entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra o crímenes contra la paz, como la prevista en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional.

La elección de la ciudad de Nuremberg como sede comportó sin duda, una carga simbólica, pues había sido utilizada por el régimen nazi para llevar a cabo sus más grandes concentraciones y desde ella fueron promulgadas las más escandalosas leyes de persecución racial.⁵⁵

Conviene destacar que no obstante la denominación del Tribunal militar, sus componentes, con excepción de los miembros soviéticos, fueron civiles prestigiosos en el ámbito de la magistratura o del derecho de cada uno de los países vencedores

b) Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio)

Terminada en definitiva la Segunda Guerra Mundial, el efecto “Nuremberg” no se hizo esperar, así, tras un entendimiento entre los gobiernos de Australia, Canadá, China, Francia, Holanda, Nueva Zelanda, URSS, Reino Unido y Estados Unidos (posteriormente Italia y Filipinas) se procedió al establecimiento de medios jurídicos para la exigencia de responsabilidades.⁵⁶

La competencia del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente comprendió primordialmente los crímenes de guerra de la segunda guerra mundial, es decir, la agresiva política de guerra de Japón hasta 1945. Los procesos se llevaron a cabo entre 1946 y 1948.⁵⁷

⁵⁵CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op cit.*, p.108.

⁵⁶*Ibidem* p.110.

⁵⁷WERLE, Gerhard, *op cit.*, p.56

Este Tribunal, tanto desde el punto de vista estructural como procesal se basó, en cierta medida en el modelo de Nuremberg. No obstante, tanto la base jurídica como la gestión de iniciativas difieren totalmente.

En primer lugar, si bien la experiencia que se tuvo en Nuremberg fue recogida por el Estatuto de Tokio, éste gana en claridad, incluso en precisión respecto al primero. En segundo lugar, en cuanto a la sede del Tribunal, la ciudad de Tokio no fue elegida por ninguna razón política sino que fue una opción pragmática por cuestiones de aprovechamiento de la infraestructura de la ciudad, a diferencia de Nuremberg como se analizó anteriormente. En tercer lugar, es la composición de los tribunales, Nuremberg por cuatro jueces originarios de los países vencedores de la guerra y Tokio de once de carácter internacional. En cuarto lugar, la competencia material de los órganos, en Nuremberg se tipificaron: Crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conspiración, en Tokio se suprimió el último.⁵⁸

Estos tribunales fueron objeto de arduas críticas pues fueron creados *ad hoc*, *ex post facto* y por los vencedores para juzgar los crímenes de las potencias vencidas, además se critica que no hubo imparcialidad ni debido proceso, ya que los jueces, en el caso del Tribunal de Nuremberg, eran exclusivamente nacionales de las potencias vencedoras y en el caso del Tribunal de Tokio, a pesar de estar compuesto por jueces en representación de once países, todos ellos fueron formalmente designados por D. McArthur, comandante supremo de las fuerzas aliadas.

La principal crítica que se hace a estos tribunales es que no se respetó el principio de legalidad penal, ampliamente establecido a partir del Derecho Penal de

⁵⁸CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op cit.*, pp.110-113.

la ilustración, pues en ese momento hubo una falta de leyes penales internacionales que tipificaran las conductas desplegadas como delitos, expedidas con anterioridad a la comisión de éstos, sin dejar de lado la imprecisión del concepto y contenido de los crímenes de guerra, contra la paz y la humanidad.⁵⁹ Ante este argumento, los internacionalistas han sostenido con firmeza que los usos, costumbres y principios generales del Derecho, son fuentes de Derecho Internacional, y que los actos y las omisiones de los encausados violaron las normas que provenían de dichas fuentes.⁶⁰

A pesar de las críticas antes referidas, éstos Tribunales significaron para la comunidad internacional algo más, una promesa de que nunca más quedarían impunes crímenes como los acontecidos en la Segunda Guerra Mundial. Hoy, se reconoce al derecho de Nuremberg el carácter de derecho internacional consuetudinario y los tipos penales en su Estatuto contenidos.

El legado o aportación más relevante que éstos Tribunales dieron al Derecho Penal Internacional, en el terreno de los principios, se colige fue el siguiente: (i) estableció el carácter criminal de la guerra de agresión; (ii) fijó la posibilidad de fincar internacionalmente responsabilidad penal individual; (iii) instituyó la irrelevancia del cargo oficial como escudo protector de la justicia penal; y (iv) Sentó la idea de que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos, deben primar sobre su deber de obedecer las leyes de su Estado.

⁵⁹ MONTROYA MEXÍA, Alejandra, *op cit.*, p.22

⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.* p.16.

3.5. Los principios de Nuremberg⁶¹

La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 95 (I), aprobada el 11 de diciembre de 1946,⁶² confirmó los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

Al confirmar estos principios, la Asamblea General se proponía claramente expresar su aprobación y apoyo por los conceptos generales y estructuras jurídicas del Derecho Penal derivado del Estatuto del Tribunal –utilizados en sus sentencias–. Esta aprobación y apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha el proceso encaminado a convertir esos principios en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional.⁶³

Posteriormente a la resolución 95 (I) ya señalada, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, encargando a la recién creada Comisión de Derecho Internacional⁶⁴ que formulara los principios de Nuremberg y preparara un proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1954, la Comisión de Derecho Internacional presentó el primer proyecto de ese carácter, y posteriores proyectos le sucedieron en 1991 y 1996.

⁶¹ Los principios del Estatuto del Tribunal Militar Internacional no sólo tuvieron aplicación en Nuremberg, sino también en los procesos por crímenes de guerra que tuvieron lugar en Tokio, pues el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente concuerda de manera literal prácticamente con las disposiciones del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

⁶² En esa misma fecha, la Asamblea declaró que el genocidio constituye un crimen bajo el derecho de gentes.

⁶³ CASSESE, Antonio, *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law, http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf, 22 de abril de 2011; Doc. ONU A/1316, Comisión de Derecho Internacional, *Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, periodo del 5 de junio al 29 de junio de 1950, p.11.

⁶⁴ Establecida con arreglo a la resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los “Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg” aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, arrancan lógicamente con el principio de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional.

3.5.1. Responsabilidad penal individual⁶⁵

El principio I se basa fundamentalmente en el fallo del Tribunal ya señalado, según el cual “los delitos contra el Derecho Internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del Derecho Internacional.⁶⁶”

Con el concepto de responsabilidad individual se comprende a los problemas relacionados con la atribución de una determinada conducta humana a un tipo penal de Derecho Penal Internacional. Se trata, por tanto, en primer término de reglas y posibilidades de imputación de una determinada conducta a un determinado resultado, y no de “responsabilidad” en el sentido de una categoría delictiva independiente en lugar de la culpabilidad.⁶⁷

Con anterioridad al Tribunal de Nuremberg ningún Órgano se había pronunciado antes respecto al individuo como sujeto de derecho internacional,⁶⁸ ante violaciones de Derecho Internacional solamente se hablaba de responsabilidad Estatal. De esta forma, se convierte la responsabilidad penal individual en el principio rector del Derecho Penal Internacional. A este respecto, el pasaje posiblemente más conocido de la sentencia del Tribunal Militar Internacional a la letra señala: “*Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing*

⁶⁵El Derecho Penal Internacional de nuestros días supone que el hombre es sujeto del Derecho de gentes: interesa al mundo, que lo inviste de libertades, prerrogativas, derechos y garantías, pero también de deberes. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales” en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op cit.*, p.116.

⁶⁶Tribunal Militar Internacional, A/CN.4/22, sentencia de 1 de octubre de 1946, p. 33.

⁶⁷AMBOS, Kai, *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional*, *op cit.*, p.25.

⁶⁸ Pues como se vio anteriormente se había tratado de implementar este principio en el tratado de Versalles, no obstante nunca llegó a consolidarse pues con dicho tratado no se logró instaurar un Tribunal internacional que lo aplicara.

individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced".⁶⁹

3.5.2. Responsabilidad penal internacional incluso cuando la conducta no es sancionada en el ámbito interno

El principio II afirma que existe responsabilidad penal con arreglo al Derecho Internacional incluso si el derecho interno no sanciona un acto que constituye delito de derecho internacional, esta idea ya se había plasmado en el artículo 6 c) del Estatuto Nuremberg con respecto a los delitos contra la humanidad, definidos como ciertas categorías de actos, independientemente de que éstos "constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron". En su fallo, el Tribunal afirmó que "la esencia misma del Estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada uno de los Estados."⁷⁰

3.5.3. El cargo oficial no es eximente de responsabilidad penal individual internacional

El principio III afirma la denegación de la inmunidad a toda persona que haya actuado "como Jefe de Estado o funcionario a cargo de departamentos del Gobierno". El tribunal señaló:

"El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado no puede aplicarse a actos calificados de delitos por el Derecho Internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse detrás de su cargo oficial a fin de quedar eximidos de sanción" en determinados procesos. El Tribunal afirmó asimismo que "el que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por el hecho de actuar en cumplimiento de las órdenes del Estado si al autorizar una acción, el Estado se excede de su competencia en virtud del Derecho Internacional."⁷¹

⁶⁹ Tribunal Militar Internacional, A/CN.4/22, sentencia de 1 de octubre de 1946, p. 447.

⁷⁰ *Ibidem* p. 34.

⁷¹ *Ibidem* p. 35.

3.5.4. El cumplimiento de una orden no exime de responsabilidad penal individual

Conforme al principio IV, “el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”. Esta idea ya estaba contenida en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal. No obstante, la Comisión añadió el elemento de la “posibilidad moral de opción” formulado en el fallo del Tribunal.

En el Estatuto para el Tribunal Militar de Nuremberg, el actuar en cumplimiento de órdenes superiores podía considerarse como atenuante si a juicio del Tribunal la justicia así lo requería; la Comisión estimó que la cuestión de la atenuación de la pena era algo que debía decidir el Tribunal competente.⁷²

3.5.5. Juicio justo e imparcial

El principio V consagra el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.⁷³

3.5.6. Delitos internacionales: Delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad

En el principio VI se codifican las tres categorías de delitos previstos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal: delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad. El genocidio aún no estaba previsto en los Estatutos de los Tribunales Militares.

⁷² *Yearbook of the International Law Commission*, International Law Commission, 1950, vol. II, párrs. 104 y 106

⁷³ *Ibidem* párr. 109

Los delitos contra la paz –hoy crimen de agresión- están definidos en el principio VI como: a) “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i)”. Es interesante notar cómo ni en el Estatuto ni en las sentencias del Tribunal figura una definición de “guerra de agresión”.

En cuanto a los delitos de guerra, el principio VI b) retoma el texto del artículo 6 b) del Estatuto del Tribunal, incluida la descripción de los delitos de guerra como “violaciones de las leyes o usos de la guerra”.

Con respecto a los delitos contra la humanidad, el texto del principio VI también se apega a la formulación del Estatuto del Tribunal, proscribiendo únicamente los delitos contra la humanidad “cometidos al perpetrar un delito contra la paz o cualquier delito de guerra”. La Comisión suprimió la frase “antes de la guerra o durante la misma”, pues estimó que esta se refería a una guerra particular, a saber, la guerra de 1939. No obstante, la *“omisión de la frase no significa que los delitos contra la humanidad sólo puedan ser cometidos durante una guerra. Por el contrario, esos delitos pueden ser cometidos también antes de una guerra, en relación con delitos contra la paz”*⁷⁴. En este punto conviene notar que entonces la Comisión al establecer los principios, sí exige un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y los delitos contra la paz o crímenes de guerra. Vínculo que con posterioridad descartó, cuando aprobó el proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996.⁷⁵

⁷⁴*Ibidem*, párr. 123

⁷⁵*Yearbook of the International Law Commission*, International Law Commission, 1996, vol. II (Segunda parte), pág. 48; Ley número 10 del Consejo de Control Aliado de 20 de diciembre de 1945; Artículo 1 b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968; TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso no. IT-94-1-T, decisión de 2 de octubre de 1995, *Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, párr. 141.

3.5.7. Complicidad como delito internacional

Por último, el principio VII reza que “la complicidad en la comisión de un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad constituye asimismo delito de Derecho Internacional”. En este principio se alude únicamente a la complicidad, sin mencionar otras formas de responsabilidad como las de planificar u ordenar tales delitos o incitar a su comisión. De las observaciones de la Comisión no se desprende claramente qué formas de responsabilidad entrañaba entonces la “complicidad”.⁷⁶ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional, prevé que “aquéllos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración [...] serán responsables de todos los actos realizados por las personas que ejecuten dicho plan”. Esto se complementaba con el artículo 6 a) –crímenes contra la paz- según el cual existía responsabilidad por “participar en planes comunes o en una conspiración para [perpetrar crímenes contra la paz]”.

3.6. DPI durante la guerra fría

En tiempos de la guerra fría, la comunidad internacional no consideró la idea de instaurar Tribunales Penales Internacionales a pesar de la enorme resonancia que tuvieron los Tribunales de Nuremberg y Tokio. El contexto en aquél entonces creó una paralización del Derecho Penal Internacional, incluso cuando los fundamentos jurídicos de esta rama se encontraban ampliamente afianzados y el Derecho de Nuremberg, como ya se señaló, se había consolidado.

Sin embargo, tuvo mayor peso la falta de disposición y capacidad de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto para dar vida a estos principios y ponerlos en uso⁷⁷. El panorama prevaleciente en esta materia era ciertamente desolador. Se habían incurrido en delitos gravísimos que alarmaban la conciencia de la humanidad, y muy pocas personas habían sido procesadas y

⁷⁶CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, pág. 311

⁷⁷WERLE, Gerhard, *op cit.*, p.62.

condenadas por los Tribunales nacionales por crímenes de lesa humanidad o violaciones al Derecho humanitario a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Como bien se ha mencionado, en la Segunda Guerra Mundial se produjo una conculcación alarmantemente amplia del derecho de guerra vigente en la época. Semejantes violaciones de la normativa establecida provocaron, en los primeros años de la postguerra, un extendido sentimiento de frustración y desconfianza respecto del derecho de la guerra, un claro ejemplo de esto fue el rechazo de la recién creada Comisión de Derecho Internacional de codificar y desarrollar progresivamente el derecho de la guerra. Esta paralización se vio interrumpida a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja que en 1949 logró la celebración de una conferencia de plenipotenciarios, en donde se adoptaron los cuatro convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario bélico.

A finales de la década de los sesenta, los esfuerzos encaminados a adaptar el Derecho Internacional Humanitario a las nuevas realidades, comenzaron a divulgarse. Fue hasta 1974 que tuvo lugar, en Ginebra, la Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, como resultado de la misma se adoptaron los dos protocolos adicionales a los convenios de Ginebra de 1949.⁷⁸

3.7. Tribunales *ad hoc*

Concluidos los juicios de Nuremberg en 1946, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, inició una discusión sobre la necesidad de una Corte Penal Internacional universal que tuviera competencia para juzgar los peores crímenes, que culminara el esfuerzo iniciado en ese sentido desde la segunda década del siglo XX, con el fin de desterrar finalmente a la impunidad.

⁷⁸ El Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el Protocolo II, referente a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

No obstante a ello, como ya fue referido anteriormente, la guerra fría paralizó los avances de la justicia penal internacional durante casi medio siglo y a pesar de las propuestas que se venían dando desde ese entonces en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones, es hasta la creación de los tribunales *ad hoc*⁷⁹ que se puede decir que el Derecho Penal Internacional retoma la atención de la comunidad internacional.

Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* de las Naciones Unidas, se crearon en 1993 y 1994, respectivamente, por medio de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU para juzgar las violaciones al derecho internacional humanitario en los Balcanes –Territorio de la antigua Yugoslavia- a partir de 1991 y su símil para juzgar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones al derecho internacional humanitario cometidos en Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.⁸⁰

El contexto en el cual se creó el TPIY fue básicamente el siguiente: Hasta la muerte de Tito, Yugoslavia se formaba por seis Repúblicas: Serbia (que incluye los territorios autónomos de Voivodina y Kosovo) Montenegro, Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia. De estas Repúblicas, Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, se declararon unilateralmente independientes. Por su parte, Servia y Montenegro, se constituyeron en 1992, en una nueva República Federal de Yugoslavia.

La constitución de la nueva República Federal de Yugoslavia no fue en absoluto pacífica, un número importante de personas se manifestaron contra el recién

⁷⁹El primero creado por la resolución 827 de 25 de mayo de 1993 (Doc. ONU: S/RES/827) y el segundo por resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 (Doc. ONU: S/RES/955)

⁸⁰Así, la comunidad internacional reaccionó al genocidio que en pocos meses de 1994 había cobrado la vida de alrededor de un millón de personas en Ruanda.

designado presidente Milosevic. Serbia tenía muy claro un objetivo: aspiraciones hegemónicas. Tras estas aspiraciones, la presión internacional intentó lograr que los serbios renunciaran a su finalidad, así, se tomaron medidas como la suspensión de Yugoslavia como miembro del GATT, la Cruz Roja internacional inspeccionó centros de detención en Yugoslavia, en razón de denuncias de crímenes de guerra contra musulmanes y croatas, la Asamblea General de la ONU expulsó a Yugoslavia de la Organización, por el empleo de la fuerza contra Bosnia-Herzegovina, entre otras medidas.⁸¹

Así las cosas, el Consejo de Seguridad de la ONU decidió crear un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*.⁸² En el preámbulo de su resolución, el Consejo expresó su profunda alarma por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional Humanitario que se perpetraban en el territorio de la ex Yugoslavia, especialmente en el de la República de Bosnia-Herzegovina, inclusive los informes sobre asesinatos en masa, detenciones y violaciones masivas de mujeres, organizadas y sistemáticas, y sobre todo de la práctica de “limpieza étnica”.

El contexto que rodeo la instauración del Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue distinto: Lo que es actualmente Ruanda, fue un protectorado alemán desde 1889 hasta 1915 y mandato belga desde 1919. En 1916, obtuvo la independencia proclamándose al año siguiente como República. En este punto existió una clara rivalidad trivial entre la minoría tutsi y la mayoría hutu, no obstante hacia 1992, el gobierno no pudo controlar la situación de sangrientos enfrentamientos, ni el pillaje tanto de las fuerzas armadas como de los grupos paramilitares. Las fuerzas rebeldes del Frente Patriótico de Ruanda, (PFR) dominado

⁸¹CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op cit.*, pp. 123-125.

⁸² La jurisdicción territorial del Tribunal, abarca el solar de la ex República Federalista Socialista de Yugoslavia, su espacio aéreo y sus aguas jurisdiccionales.

por los tutsis, se enfrentaron al gobierno. Se entabló en este momento una cruenta guerra civil y étnica, los muertos se contaban por miles y los refugiados por decenas de miles. Entre abril y junio de 1994, la cifra de muertos sobrepasaba un millón.⁸³

Ante semejantes atrocidades, la ONU decidió crear un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en territorio ruandés, constituido tras una serie de actos que despejaron el camino para su creación: informe de un relator especial, análisis y dictamen de un Comité de expertos y petición del propio gobierno de Ruanda, cuyo sistema de justicia se trata de fortalecer a través de la labor que realice el Tribunal Internacional con sede en la ciudad de Arusha.⁸⁴

Como ya fue establecido, Naciones Unidas, con el fin de cumplir su mandato dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas –mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales- estableció dos Tribunales Penales Internacionales con competencia prioritaria frente a los Órganos Judiciales nacionales, incluidos los del Estado en los que se hayan cometido los crímenes⁸⁵, en esta ocasión no fueron las potencias vencedoras las que al finalizar un conflicto armado forzaron la aplicación del Derecho Penal Internacional.⁸⁶

Ambos tribunales fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos de *ultima ratio* para el establecimiento de la paz y seguridad internacional en

⁸³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.*, p.33.

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ Artículo 9 del *Estatuto del TPIY*; Artículo 8 del *Estatuto del TPIR*; TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso no. IT-94-1-T, sentencia 10 de agosto de 1995, párr. 41.

⁸⁶ En el primer informe del TPIY, A/49/342.S/1994/1007, 29 de agosto de 1994, párr. 10, puede leerse: “contrariamente a los Tribunales de Nuremberg y Tokio, el Tribunal es verdaderamente internacional, ya que aquéllos eran Tribunales multinacionales pero o internacionales en *stricto sensu* por el hecho de que los mismos nos representaban más que a una parte de la comunidad mundial: la de los vencedores.

situaciones de crisis determinadas. Son tribunales regionales o especiales en atención al territorio, la categoría de las personas y el tiempo de comisión de los delitos, así como el funcionamiento de los propios órganos.

Los crímenes internacionales de competencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia son: Crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad⁸⁷, dejando fuera los crímenes contra la paz. En lo respectivo a la parte general el Estatuto de este Tribunal sigue las reglas fijadas por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y su jurisprudencia a contribuido de forma esencial a alcanzar una mayor precisión y progreso del Derecho Penal Internacional.

En efecto, los Tribunales *ad hoc*, a diferencia de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, disponen de un derecho procesal desarrollado que se rige por principios de un Estado de Derecho, regulado tanto por su Estatuto como por sus Reglas de Procedimiento y Prueba.⁸⁸ Ambos Tribunales comparten ciertos aspectos institucionales, para ambos existe sólo una fiscalía y una misma sala de apelaciones.

Fue gracias a la instauración de los antes mencionados Tribunales que se aceleró el proceso de avance del Derecho Penal Internacional, pues la comunidad internacional retomó el interés por la creación de Tribunales Penales Internacionales. En suma, estos Tribunales han contribuido a la construcción de la paz en sociedades que estuvieron en guerra y al establecimiento de una especie de rendición de cuentas criminal, en la cultura de las relaciones internacionales.

⁸⁷Artículos 2 a 5 del *Estatuto del TPIY*.

⁸⁸La primacía de los TPIY y TPIR es resultado de su creación mediante resolución del Consejo de Seguridad, actuando conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU. La Sala de Apelaciones de ambos tribunales ha destacado la importancia que ha desempeñado la primacía de los tribunales *ad hoc* sobre las jurisdicciones nacionales. Véase: TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, decisión de 2 de octubre de 1995, *op. cit.*, párr. 55-60; WERLE, Gerhard, *op cit.*, p.66.

3.8. Proceso de instauración de un Tribunal permanente

Los esfuerzos por crear un Tribunal Internacional permanente ya expuestos, demuestran que, a pesar de las críticas y del escepticismo dominante, la idea de crear una jurisdicción penal internacional ha estado siempre viva, a la espera de tiempos mejores para su realización.

En cuanto a la discusión por la comunidad ecuménica de la creación de un Tribunal de corte internacional, es necesario remontarse al contexto anterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando la Sociedad de Naciones realizó un intento fallido de establecimiento de una Corte de esta especie, con una convención que fue firmada por 13 Estados en 1937, la cual nunca entró en vigor.⁸⁹

Una década más tarde, la Convención sobre el Genocidio de 1948 previó en su artículo 6 además de la persecución penal a través del Estado en donde se cometiera el delito, la competencia de un Tribunal Penal Internacional. A partir de esto, la Asamblea General de la ONU solicitó a la Comisión de Derecho Internacional “examinar si era conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a personas acusadas de genocidio.”⁹⁰ La Comisión dijo que sí y consecuentemente una subcomisión de la misma presentó a la Asamblea General un proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional. En 1954 se dio a conocer la versión revisada de este proyecto por la Asamblea.

Acto seguido, se presentó una situación mundial crítica que impidió la continuación de estos trabajos y en 1957 la Asamblea General suspendió las

⁸⁹ *Ibidem* p.67.

⁹⁰ Doc. ONU A/RES/3/260, *Adoption of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1948.

discusiones sobre la codificación del Derecho Penal Internacional hasta que se alcanzara una definición del crimen de agresión. Es hasta 1989 que por iniciativa de Trinidad y Tobago, la Asamblea General le dio el mandato a la Comisión nuevamente de estudiar la creación de un Tribunal Internacional permanente.⁹¹

Finalizados los trabajos encomendados a la Comisión de Derecho Internacional en 1994 fue que se presentó finalmente a la Asamblea General un proyecto. En 1996, la Asamblea General de la ONU encomendó a un Comité Preparatorio llevar a cabo la labor técnica y diplomática y sobretodo la organización de una Conferencia de Plenipotenciarios en Roma, Italia para la aprobación definitiva del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional.⁹²

Para promover su universalidad y aceptación general, la comunidad internacional decidió crear la Corte mediante un tratado internacional y no por resolución de Consejo de Seguridad, órgano responsable de mantener la paz y seguridad internacional, como lo hizo en el caso de los tribunales *ad hoc*.

Así, el 17 de julio de 1998 se formalizó un compromiso entre lo deseable y lo posible: Se creó el Estatuto de Roma, tratado que rige el mandato de la CPI, el cual fue establecido tras diversas discusiones, en la conferencia de Roma antes referida. Se llegó a su texto final gracias a los acuerdos hechos tras un análisis profundo de las diversas posibilidades prácticas que ofrecían los distintos sistemas jurídicos del orbe⁹³. Se puede decir que el resultado final es una mezcla de los sistemas penales tanto del *common law* como del *civil law*.⁹⁴

⁹¹Doc. ONU A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989.

⁹²Cfr. Resolución de la Asamblea General 51/207 de 17 de diciembre de 1996.

⁹³El procedimiento “aceptado” por la mayor parte de la Conferencia tenía varios objetivos definidos: centra el debate, adelantar el proceso de la formación de opinión entre las delegaciones, auscultar los puntos

Al ser el Estatuto de Roma una convención internacional e interpretarse de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la regla general en su interpretación entonces es la utilización de principios aplicables a los tratados como: *Res inter alios acta, pacta sunt servanda, ex consensu advenit vinculum, rebuc sic strantibus, pacta tertiis nec nocent nec prosunt y bona fidei*.⁹⁵

Por lo anterior, la Corte solo tiene competencia para juzgar personas que: 1) sean nacionales de un Estado parte del Estatuto o 2) hayan cometido el crimen en el territorio de un Estado parte del Estatuto, con la salvedad de que un Estado no parte consienta el ejercicio de la competencia de la Corte, o que el Consejo de seguridad en virtud de sus facultades otorgadas por el capítulo VII de la Carta de la ONU remita al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes.

Este tratado incluye –tipifica– los peores crímenes de trascendencia para la humanidad, aquéllos que sin lugar a duda son repudiados por el conjunto de los Estados que participaron en la Conferencia de plenipotenciarios de Roma: Genocidio, crímenes de Guerra, crímenes de lesa humanidad, y agresión.

de vista mayoritarios a efecto de poder eliminar propuestas que tenían el respaldo de pocos Estados. Todo apuntaba a alcanzar unas bases empíricas apropiadas para que la mesa directiva de la conferencia elaborara un paquete de propuestas que tuviese buenas oportunidades de generar un consenso exitoso. Este procedimiento prometía ser efectivo. Véase: PETER KAUL, Hans, “La Corte Penal Internacional, la lucha por su competencia” en: AMBOS Kai, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ed. Universidad externado de Colombia, Colombia, 1999, p.222.

⁹⁴Cfr. La opinión de Roy S. Lee, quien afirma que el Estatuto, complementado por los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba, “integra el más completo sistema moderno de justicia penal internacional a la fecha. Construido sobre las tradiciones legales de todo el mundo y contiene valores tradicionalmente aceptados y conceptos derivados de los sistemas nacionales de muchos países. No pertenece a ningún sistema de derecho en especial, y sin embargo, ha tomado de todos y para todos.

⁹⁵ *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*, Doc. ONU: A/CONF.39/27 , 1969, arts. 2, 26, 27, 31, 34, 43 y 62.

Una vez agotado el tema de la historia del Derecho Penal Internacional, antes de proseguir con una profundización al sistema de la misma Corte Penal Internacional, es de mi interés recalcar los grandes logros que se le atribuyen a la jurisdicción penal internacional, apoyándome en la opinión del Doctor Sergio García Ramírez: El Derecho Penal Internacional cierra puertas a medidas unilaterales, impositivas o violentas; reduce la impunidad por los crímenes más graves; impulsa la jurisdicción nacional para que asuma con entereza y competencia el papel que le corresponde; propicia mejores estándares de justicia interna; contribuye a la independencia de los poderes judiciales; favorece la seriedad, objetividad e imparcialidad en el proceso; acredita el tema de los Derechos Humanos en el ámbito interno e internacional; fortalece el Estado de Derecho; aísla a los gobiernos que miran con indiferencia la violación de Derechos Fundamentales; genera una práctica de rendición de cuentas (*accountability*) y promueve el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Si bien lo anterior podría ser visto en este punto como meras afirmaciones, a lo largo del desarrollo del presente estudio, el lector podrá percatarse del fundamento de cada aseveración y finalmente llegar a una conclusión propia. No obstante, para llegar a la fijación de una opinión respecto a este tema, hay que imaginarse un mundo sin la justicia penal internacional y con ella. Ya lo hemos conocido sin ella, ahora es tiempo de que nos demos la oportunidad y a la tarea de conocer este nuevo sistema, antes de criticarlo y negar su oportunidad y eficacia.

II. CORTE PENAL INTERNACIONAL

“Las nuevas opiniones despiertan siempre sospechas y con frecuencia se suelen refutar con la única excusa de que no son comunes.”⁹⁶ John Locke.

En este capítulo, se realizará una breve reseña de la creación histórica de la CPI, así como de su naturaleza jurídica a fin de contextualizar al lector para lograr un mayor entendimiento de los temas centrales de esta investigación. Profundizaremos con posterioridad en el estudio del alcance de la jurisdicción de la Corte y en el tema de la competencia de este Órgano: distinguiéndola entre competencia en razón de la materia, la persona, el tiempo y el territorio.

La Corte Penal Internacional, es la primera jurisdicción penal internacional en la historia de carácter permanente y alcance universal,⁹⁷ tiene su nacimiento en la Conferencia Diplomática de Roma, convocada por las Naciones Unidas, que culminó el 17 de julio de 1998, tras múltiples negociaciones y reuniones de trabajo a distintos niveles, con la adopción, por 120 votos contra 7 y 21 abstenciones,⁹⁸ del Estatuto de Roma. Aunque en *stricto sensu* se puede decir que la Corte nació el 1 de julio de 2002, respetando los términos de *vacatio* fijados en el propio tratado fue hasta el 11 de abril de este mismo año que se dispuso de las ratificaciones indispensables para su entrada en vigor.

⁹⁶ LOCKE, John, *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*, traducido por Edmundo O’Gorman, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

⁹⁷ Artículo 1, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁹⁸ México se abstuvo a la hora de la votación por la colisión existente entre preceptos del Estatuto y normas de nuestra Constitución Política. No obstante esa abstención se transformó en suscripción el 7 de septiembre del 2000. Sobre las razones de la abstención *cfr.* GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio (jefe de la delegación mexicana en la Conferencia), *Tres temas básicos del derecho internacional humanitario. La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios*, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2001, pp.4 y ss.

En este tratado, se concretó la creación de instituciones penales internacionales así como la elaboración –a través de la mezcla de los diversos sistemas jurídicos en el mundo– de proyectos de códigos de crímenes internacionales,⁹⁹ tomando como base los principios de Derecho Penal Internacional instituidos desde el Tribunal de Nuremberg.¹⁰⁰

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es un ordenamiento heterogéneo que abarca diversos aspectos del Derecho Penal Internacional,¹⁰¹ tales como: la organización misma del tribunal: los órganos y autoridades que lo componen y sus atribuciones (parte orgánica); las normas de derecho penal (parte general); tipos penales (parte especial o sustantiva); el procedimiento a seguir desde la investigación hasta la emisión de una sentencia y el régimen de impugnaciones (parte adjetiva o procesal); establece a su vez las reglas pertinentes para la ejecución de penas (parte ejecutiva).¹⁰²

El preámbulo del tratado,¹⁰³ es aleccionador sobre los orígenes, características y fines del mismo. Resalta los crímenes y atrocidades cometidos a lo largo del siglo XX, que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y el bienestar de la humanidad; la necesidad de que los Estados se abstengan de intervenir en los asuntos internos de otros Estados y de recurrir a la amenaza o el

⁹⁹GUEVARA BERMUDEZ José Antonio *et. al*, *La Corte Penal Internacional*, Ed. Universidad Iberoamericana y Secretaría de Relaciones Exteriores México, México, 2002, p. 7.

¹⁰⁰Tomando como punto de partida el principio de responsabilidad penal individual instaurado por el Tribunal Militar Internacional, la responsabilidad penal que se establece en el Estatuto de Roma es de carácter individual o personal y se concreta en la competencia exclusiva de la Corte sobre personas físicas o naturales. A pesar de tomar como base el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en el Estatuto de la Corte Penal Internacional hay una ausencia de un precepto sobre las organizaciones criminales, es decir, fijando la imposibilidad de que una persona moral pudiese ser sujeto activo del crimen (*societas deliquere non potest*), tal y como pretendió Francia en las negociaciones de Roma.

¹⁰¹El Estatuto de Roma es uno de los instrumentos más complejos que jamás se hayan negociado. Véase: SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2001, p.20.

¹⁰²GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.*, p.34.

¹⁰³*Ibidem* p.35.

uso de la fuerza; la existencia de obligaciones jurisdiccionales de los Estados frente a los crímenes internacionales; y el obligado destierro a la impunidad.¹⁰⁴

El establecimiento de una corte permanente es ya un paso decisivo en el fortalecimiento del Estado de Derecho Internacional y en la fundación de un sistema internacional de procuración de justicia, prevención y castigo de los más grandes crímenes de trascendencia para la comunidad internacional. Este Órgano debe ser visto como el puente que comunica el pasado con el futuro, marcando un hito en la mundialización: un hito positivo.

Aunque la Corte Penal Internacional cuenta con antecedentes judiciales directos como los mencionados en apartados anteriores –tribunales de Nuremberg, Tokio, antigua Yugoslavia y Ruanda-, este Tribunal se diferencia en puntos importantes de estas experiencias previas, contando con las siguientes notas distintivas que definen su naturaleza:

La CPI es de carácter permanente, que trabaja con criterios *ex ante* —y no *ex post*— para resolver sobre la comisión de crímenes de su competencia.

La CPI es un Tribunal internacional, creado por un tratado de carácter multilateral¹⁰⁵ —adoptado y ratificado por la mayoría de los estados de la comunidad

¹⁰⁴En términos generales se puede definir impunidad como “no punibilidad” o “ausencia de castigo”, Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal, parte general*, Argentina, 1983, p.11. De modo similar el “Informe Final Revisado” de la Subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección a las minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU entiende impunidad como: “la inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los DH, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.” Véase: UN-ECOSOC-CHR-Subcommission, 1997, p.19 (anexo II).

internacional-. Cambiando así la idea de que un tribunal internacional es necesariamente la “justicia del vencedor”.

El sistema de la CPI es de corte garantista, tanto de los derechos del acusado como de las víctimas, familiares y testigos, procurando un régimen respetuoso de derechos humanos¹⁰⁶ de los involucrados en los procedimientos y salvaguardando en todo momento las garantías del debido proceso, rompiendo con los esquemas anteriores.¹⁰⁷

Se puede llegar a considerar a la CPI como un Tribunal de corte voluntario, puesto que el ejercicio de su jurisdicción está subordinado ante todo, a la voluntad de los Estados.¹⁰⁸ En este sentido la CPI sólo tiene competencia para juzgar personas que: 1) sean nacionales de un Estado parte del Estatuto o 2) hayan cometido el crimen en el territorio de un Estado parte del Estatuto, con la salvedad de que un Estado no parte consienta el ejercicio de la competencia de la Corte,¹⁰⁹ o que el

¹⁰⁵Desde el inicio de las negociaciones se aceptó la idea de que la creación de la Corte mediante una resolución del Consejo de Seguridad al convertía en su órgano subsidiario, que podría disolverse en cualquier momento por una resolución del Consejo mismo, cuya jurisdicción estaría limitada a las situaciones que dicho órgano declarara amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

¹⁰⁶Antes de Roma, la Carta de las Naciones Unidas había resuelto que la protección de los Derechos Humanos cesaba de ser un asunto doméstico y se afirmaba como “el tema” de la sociedad humana. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales” en: MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *op cit.*, p.116.

¹⁰⁷MEDELLIN URQUIAGA, Ximena *et al.*, *Manual Básico de la Corte Penal Internacional*, Ed. Konrad - Adenauer- Stiftung, México, 2009, p. 12.

¹⁰⁸La aceptación de la jurisdicción de la CPI puede efectuarse en dos formas diversas. Por un lado, la ratificación del Estatuto implica la aceptación automática de la jurisdicción de la Corte, sin que sea necesario el consenso del Estado con relación a cada situación en particular. Por otra parte, un Estado puede aceptar la competencia de la Corte sólo con relación a un episodio específico, es decir, que brinde un consenso *ad hoc* sin ratificar el Estatuto, en consecuencia, sin adquirir la condición de Estado Parte.

¹⁰⁹El 23 de junio de 2011, el Fiscal de la Corte, el señor Luis Moreno Ocampo, solicitó autorización a los Jueces de la Corte para iniciar una investigación por los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, presuntamente cometidos en Costa de Marfil. La situación en Costa de Marfil estuvo bajo observación de la Oficina del Fiscal desde el 1° de octubre de 2003, fecha en la cual el Gobierno de ese Estado remitió una declaración en la cual aceptaba la jurisdicción de la Corte. La Oficina del Fiscal analizó los presuntos crímenes cometidos en Costa de Marfil en el periodo comprendido entre el 2002 – 2005, sin embargo, la violencia se ha exacerbado tras la elección presidencial del 28 de noviembre de 2010. La Corte accedió a la solicitud del Fiscal,

Consejo de seguridad en virtud de sus facultades otorgadas por el capítulo VII de la Carta de la ONU, remita al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes.

Adicionalmente, el tratado¹¹⁰ implica la consolidación de la personalidad internacional del individuo —que significa la plenitud de la personalidad jurídica a partir de la condición humana— con derechos y obligaciones propios.¹¹¹

Por último, al ser un Tribunal Internacional, es un órgano inminentemente jurisdiccional y además especializado pues está compuesto de magistrados de la más alta calidad moral y profesional en ámbitos sobretodo del Derecho Penal y del Derecho Internacional. En este punto conviene notar que la CPI no es un Órgano de Naciones Unidas, sin embargo está ligada a la ONU a través de un acuerdo aprobado durante la primera sesión de la Asamblea de Estados Partes,¹¹² realizada en septiembre de 2002.

El Estatuto de Roma tuvo consecuencias de mayor alcance que el mero establecimiento de una corte internacional: dio lugar a un auténtico sistema

constituyendo la primera vez que se inicia una investigación en un tercer Estado, que, aun cuando no es Estado Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ha aceptado su jurisdicción. Véase: “Informativo Jurídico Internacional”, edición no. 19 – Junio de 2011, Ministerio de Relaciones Exteriores- Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales- Área Consultiva: <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/IJI19.pdf>

¹¹⁰ Se trata de un tratado “normativo” pues tal como los instrumentos de DH, no intentan producir derechos y obligaciones recíprocos entre los suscriptores, sino garantizar derechos y obligaciones entre estados *vis-á-vis* o individuos frente a la comunidad internacional. Véase: AMBOS Kai *et. al.*, “Justicia penal y paz. Una Mirada al largo camino hacia la conformación del Derecho Penal Internacional contemporáneo” en: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, p.82.

¹¹¹En el sistema universal y regional de los DH, destaca la calidad del individuo como sujeto de derechos, y la del Estado y la comunidad ecuménica como obligados. Esto se puede constatar en diversos pactos, declaraciones y jurisdicciones. En el sistema de la CPI destaca la posición del individuo como sujeto obligado y de la comunidad internacional como facultado. Véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.*, p.173.

¹¹² Artículo 2º del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

multilateral progresivo con efectos muy concretos en la lucha mundial contra la impunidad¹¹³. Este logro, representa un paso enorme en el orden internacional, alcanzado después de más de cincuenta años de intentos fallidos, posible debido a una alianza no escrita entre dos grupos con un fin común: que el mundo contase con un verdadero Tribunal Penal Internacional en el siglo XXI. Estos grupos fueron por una parte, la Coalición de Organizaciones no Gubernamentales para la Corte Penal Internacional y por el otro lado el Grupo de Estados Afines o *Like-minded Group*,¹¹⁴ que estaban a favor de la Corte. Mismos que se enfrentaron a un grupo de Estados escépticos,¹¹⁵ preocupados por su soberanía,¹¹⁶ liderados por Estados Unidos,¹¹⁷ quienes estaban interesados en reducir los poderes del tribunal con el fin de que inicialmente fuera una Corte “débil y simbólica¹¹⁸” y que a pesar de no haber firmado el tratado finalmente, sí firmaron la declaración final de la conferencia, por lo cual, no se puede quitar el dedo del renglón respecto a su futura integración al sistema de la

¹¹³ Véanse los párrafos 4 y 5 del “Preámbulo”, y los artículos 1 y 5 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹¹⁴ Resultó ser un grupo peculiar a las negociaciones llevadas a cabo en Roma, debido a que no existe en ningún otro marco de negociación multilateral, rompe con los moldes establecidos, ya que reúne países de diversas afinidades geográficas, políticas y económicas. Se trata más bien de un grupo creado de manera *ad hoc* para promover una causa: La creación de la Corte Penal Internacional, un tribunal que fuese permanente, universal, independiente, fuerte y eficaz. No se buscaba una Corte que funcionase de forma episódica, a instancia solamente de los Estados Parte o del Consejo de Seguridad; o que careciera de poder alguno para actuar frente a situaciones que requirieran imperativamente su intervención.

¹¹⁵ 120 Estados votaron a favor del Estatuto, 7 en contra y 21 se abstuvieron. Debido a que se trató, por solicitud de Estados Unidos de una votación anónima, solo puede presumirse a partir de actitudes posteriores el sentido del voto de cada Estado. A partir de esto es que se presume que junto con Estados Unidos, China, Israel, Yemen, Qatar, Irak y Libia votaron en contra del Estatuto. Se abstuvieron India, los Estados de la Liga Árabe (entre ellos Sudán, Siria, Irán y Egipto), Trinidad y Tobago (por la no inclusión de los delitos de droga y la pena de muerte) y Turquía. Véase: Reproducción de las posiciones de los Estados tras la votación en *U.N. Pressrelease*, en: AMBOS Kai *et. al.*, “Justicia penal y paz. Una Mirada al largo camino hacia la conformación del Derecho Penal Internacional contemporáneo” en: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, p.146. nota al pie numeral 56.

¹¹⁶ El peligro que estos estados vieron en la creación de la Corte era la transferencia del poder de administrar el sistema de justicia a un Órgano que tiende a ejecutar jurisdicción sin considerar las exigencias de las políticas locales.

¹¹⁷ Estados Unidos suscribió el tratado a finales del año 2000, el Presidente Clinton aseguró que la presencia de su país en la nómina de los suscriptores permitiría servir mejor los intereses nacionales norteamericanos: actuar desde dentro, no mirar desde fuera. El subsecretario Bolton notificó al Secretario General de la ONU, que éste país no tenía la intención de ratificar el Estatuto de Roma y que la firma puesta en éste no produciría obligación alguna para el Estado. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales” en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op cit.*, 127.

¹¹⁸ PETER KAUL, Hans, “La Corte Penal Internacional, la lucha por su competencia” en: AMBOS Kai, *El Estatuto ...*, *op cit.*, p.216.

CPI, pues se tiene la esperanza fundada de que dichos Estados a largo plazo se sumen a este nuevo sistema penal universal.

La creación de la Corte Penal Internacional es en sí misma un logro considerable. Con la instauración de la misma habrá por lo menos un ente de naturaleza jurisdiccional, establecido tras un consenso internacional, que actúe bajo la dirección de normas regulatorias, estatutarias, procedimentales y ejecutorias que fueron expedidas de forma apropiada y fueron dadas a conocer a la comunidad internacional.¹¹⁹

1. Objetivos

La adopción del Estatuto de Roma en la Conferencia Diplomática de julio de 1998 fue un hito decisivo para la justicia penal internacional, y para que las víctimas obtengan justicia. Se ha dado un paso histórico de un sistema jurídico fundamentalmente no escrito a uno codificado y justiciable.¹²⁰ Al abrir una nueva era de responsabilidad, la comunidad internacional envió un mensaje claro a los autores de las peores atrocidades que el género humano conozca: la no tolerancia a la impunidad.¹²¹

El propio preámbulo del Estatuto, refiere en su párrafo quinto que la Corte tiene el mandato de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Al ser el Estatuto de Roma un tratado se debe atender a las reglas de interpretación de los tratados fijadas en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, instrumento que en su artículo 31 dispone lo siguiente:

¹¹⁹GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Mexico and the Rome Statute*, Mexican Law Review, <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/mlawr/4/arc/arc3.htm#N33>, 24 de abril de 2011.

¹²⁰AMBOS Kai, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *op cit.*, p.146.

¹²¹Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *op cit.*, p. VIII.

1. 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.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: [...]

De lo anterior se deduce que el Estatuto de Roma debe interpretarse tomando en cuenta su preámbulo pues en éste se establece la *ratio essendi* del Tribunal, en otras palabras, considerando su contexto, así como el objeto y el fin del instrumento, teniendo como punto de partida de cualquier interpretación los fines u objetivos por los que fue creado el Tribunal Internacional.

Tal y como refiere Bruce Broomhall,¹²² miembro fundador de la Sociedad Internacional de la Corte Penal, el principal objetivo de la aprobación del Estatuto de Roma y por ende de la actuación de la CPI, es disuadir la comisión de abusos y reducir los crímenes que han ensangrentado tanto el siglo XX. Reduciendo los crímenes, la Corte aliviará las tensiones que amenazan la paz y seguridad de las naciones y también recortará significativamente los costos que los Estados y la comunidad internacional afrontan al terminar un conflicto armado y reparar sus consecuencias.

Como afirmó el Ministro de Relaciones exteriores de Italia, en la conferencia de Roma, Lamberto Dini: “la Corte marcará una gran paso hacia delante en la sociedad no sólo política sino moralmente”. Esto significa como refiere Cherif Bassiouni, Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia diplomática, la culminación de una historia que comenzó con el fin de la Primera Guerra Mundial.

¹²²BROOMHALL, Bruce, *La Corte Penal Internacional: visión general y la cooperación con los Estados*, Instituto Legal Internacional de Derecho Humanos, Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, Italia, 1998, pp. 46-47.

La Corte Penal Internacional realmente inaugura una nueva era de rendición de cuentas, utilizando una expresión de Ban Ki-moon, Secretario General de las Naciones Unidas. El compromiso que los Estados tienen con la Corte es el de acabar con la impunidad¹²³ y erradicar los crímenes más graves que “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.”¹²⁴

La prevención general positiva, es una de las cartas de presentación de este Tribunal, pues con el Derecho Penal Internacional se persigue la meta de crear un determinado orden normativo para poner fin a abusos estatales, es decir prevenir la macrocriminalidad.¹²⁵

2. Atribuciones

La misión de la Corte Penal Internacional es puramente judicial. No forma parte del sistema de Naciones Unidas ni de ningún órgano político.¹²⁶ El Estatuto de Roma dispone la independencia de la Corte.

La gran mayoría de los crímenes que contempla el Estatuto de Roma, han sido durante décadas reconocidos como crímenes por el derecho consuetudinario internacional, pero fue necesario el impulso del Estatuto de Roma para incitar a los

¹²³Si se parte del hecho de que la impunidad quita la credibilidad en la pena y del derecho penal en general, su efecto preventivo (general o especial), se puede formular la tesis de que la impunidad posibilita, o más bien facilita violaciones de derechos humanos y la comisión de delitos, ya que el autor no es responsabilizado penalmente.

¹²⁴“Preámbulo” del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹²⁵El tipo de criminalidad que es objeto del DPI se conoce como “macrocriminalidad”, significa por tanto, criminalidad fortalecida por el Estado, o con menor precisión, delitos de Estado. Implicando así, la participación del Estado, tolerancia, inatención o incluso incentivación de comportamientos criminales. Véase: AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ed. Konrad –Adenauer- Stiftung, Argentina, 1999, pp. 44 y 50

¹²⁶Artículos 2 y 4, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

Estados a disponer en su legislación nacional el enjuiciamiento de tales crímenes. Aunque el funcionamiento eficaz de la Corte, se convierte en un importante factor para la prevención de violaciones futuras y en la acción normativa en cuanto al enjuiciamiento de los crímenes a que se refiere el Estatuto.

Por otra parte, uno de los aspectos más importantes del Estatuto de Roma es que presta gran atención a la condición de las víctimas. Permite a estas participar sustancialmente en los procedimientos ante la Corte, aun cuando no tengan que comparecer como testigos.¹²⁷ Si bien el Estatuto de Roma es muy favorable a las víctimas, sigue siendo un sistema garantista que salvaguarda en todo momento los derechos del acusado y la sustanciación de juicios justos e imparciales con apego a los principios del debido proceso.¹²⁸

3. Competencia.

En las negociaciones en Roma hubo varios enfoques y propuestas que se desarrollaron sobre el problema clave de la competencia. La tensión existente entre la soberanía de los Estados y la protección de los intereses comunes demuestran los problemas que implica la cesión por parte de los Estados del ejercicio de la jurisdicción penal a la CPI. En este sentido, las tres propuestas principales fueron las citadas a continuación:

1. El llamado régimen *opt in-optout*, desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, según el cual los Estados Parte podían aceptar o rechazar

¹²⁷ En los tribunales *ad hoc*, las víctimas solamente pueden participar cuando eran llamadas como testigos, es decir, solamente es posible hablar de víctimas-testigos.

¹²⁸ MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *op cit.*, p. 12

en forma selectiva la competencia de la Corte, para determinados delitos y por determinado periodo de tiempo.

2. El régimen “del consentimiento del Estado”, propuesto por Francia, de acuerdo con el cual se requería del consentimiento del Estado interesado en cada procedimiento concreto a efecto de que la CPI pudiera asumir competencia.
3. El régimen de “competencia automática”, asumido por la mayoría a propuesta de Alemania, en virtud del cual un Estado que ha ratificado el Estatuto acepta en forma inmediata la competencia de la CPI¹²⁹.

La disposición acordada en Roma sobre una competencia automática – artículo 12 del Estatuto- adopta la propuesta alemana.¹³⁰

Otro gran problema que se suscitó en las negociaciones referente a la competencia de la Corte fue definir qué Estado o Estados estarían sujetos a la jurisdicción de la Corte: el Estado con competencia por el principio de territorialidad¹³¹, el Estado en el cual el presunto autor o partícipe fue detenido, el Estado con competencia por el principio de personalidad activa,¹³² o aquél con por el principio de personalidad pasiva.¹³³

¹²⁹ La fórmula alemana sobre el problema de la competencia se presentó así: “Un Estado que llegue a ser parte de este Estatuto acepta así la competencia inherente de la Corte con respecto a los crímenes relacionados en el Estatuto.” Véase: Doc. ONU no. A51/22 Suplemento 22ª, *Report on the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol II, p.73, Propuesta I (propuesta alemana)

¹³⁰PETER KAUL, Hans, “La Corte Penal Internacional, la lucha por su competencia” en: AMBOS Kai, *El Estatuto.., op cit.*, p.219.

¹³¹Estado del Territorio en el cual tuvo lugar el crimen.

¹³²Estado del cual es nacional el imputado.

¹³³Estado del cual es nacional la víctima o las víctimas del crimen.

Al igual que la cuestión antes abordada, hubo tres propuestas principales:¹³⁴

1. La propuesta británica,¹³⁵ que se fundaba en que la competencia de la Corte debía basarse tan sólo en el Estado territorial de un país que fuese parte del Estatuto de Roma.
2. La propuesta germana,¹³⁶ basada en el principio de *jurisdicción universal*¹³⁷ respecto del conjunto de crímenes de competencia de la CPI. Esta propuesta se fundó en que de acuerdo al Derecho Penal Internacional moderno, los crímenes contenidos en el ER son de jurisdicción universal, aunado al hecho de que si los países miembros de la ONU pueden ejercer este tipo de jurisdicción para esta especie de crímenes, también podrían, ratificando el ER, transferir esta jurisdicción universal a la CPI.
3. La propuesta de Corea del Sur, elaborada sobre el principio antes aludido de “competencia automática”, la cual refería que la CPI sería competente sí, ya fuera el Estado con competencia territorial, el Estado con competencia personal –activa o pasiva-, el Estado que tuviera detenido el imputado o inclusive todos ellos, fueran parte del Estatuto de Roma.¹³⁸

Para llegar a un arreglo ante las diversas propuestas, los miembros del Consejo de Seguridad de la ONU tuvieron una participación activa en las discusiones, pues Francia, desde un inicio buscó una vía para exceptuar los crímenes de lesa

¹³⁴PETER KAUL, Hans, “La Corte Penal Internacional, la lucha por su competencia” en: AMBOS Kai, *El Estatuto ... op cit.*, pp.220-221.

¹³⁵Doc. ONU no. A Conf. I 83/2/Add. I, Conferencia Diplomática de la Organización de las Naciones Unidas, pp. 38 y 39, art. 7.

¹³⁶Doc. ONU no. A /A.C. 249/1998, DP *La competencia de la CPI, documento de discusión informal presentado por Alemania.*

¹³⁷De acuerdo con este principio estos crímenes serían punibles en cualquier lugar y por cualquier Estado, sin consideración a la nacionalidad del presunto autor, la víctima o el lugar donde el crimen se cometió.

¹³⁸Después de Roma, se ha lamentado profundamente que la propuesta surcoreana por una competencia efectiva, fuese más o menos “negociada” en el último minuto, pues, se ha dicho que esta habría mejorado en medida considerable la efectividad y el radio de acción de la Corte, en particular en lo que respecta a los conflictos armados de carácter interno que suceden en los Estados no partes, toda vez que si el sujeto activo fuera detenido en un Estado Parte, según la propuesta la CPI hubiera sido competente. Véase: PETER KAUL, Hans, “La Corte Penal Internacional, la lucha por su competencia” en: AMBOS Kai, *El Estatuto ... op cit.*, p.227.

humanidad y los crímenes de guerra de competencia obligatoria de la Corte. Estados Unidos, por su parte pretendía que la Corte tuviese competencia solamente opcional para los mismos tipos de crímenes. Así, el 16 de julio de 1998 los miembros permanentes del Consejo de seguridad, de manera informal presentaron a la Conferencia un acuerdo que básicamente proponía lo siguiente:

1. Posibilidad *optout* para crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por un periodo de 10 años prorrogables. (Propuesta de Francia)
2. Los Estados no Parte podrían excluir la competencia de la Corte alegando que el delito fue cometido bajo una “misión militar oficial”. (Propuesta de Estados Unidos)
3. En el punto de la competencia concordaba con la propuesta británica, bajo la cual la CPI sería competente si el estado con competencia territorial es Estado Parte del Estatuto.

Alemania por su parte, adelantó una contrapropuesta la misma tarde del 16 de julio del mismo año, la cual contenía:

1. La competencia de la CPI se adquiriría si el Estado de detención o el Estado del cual era nacional la víctima era parte del Estatuto.
2. La posibilidad de *optout*, propuesta por Francia debería limitarse a tres años, sin posibilidad de prórroga y restringirse únicamente a los crímenes de guerra.

Ante las dos propuestas presentadas, jugó un papel clave el embajador Kirsch a la cabeza de la Mesa Directiva de la Conferencia, pues propuso un arreglo acordado finalmente en julio 17 y que contenía los siguientes elementos:

1. Competencia automática para todos los crímenes contenidos en el Estatuto, sobre la base de que el Estado de la nacionalidad del autor, o el Estado en el que se cometió el delito fuesen miembros del Estatuto.

2. Una disposición transitoria solamente aplicable a los crímenes de guerra, habilita a los Estados Parte para excluir por un término de siete años la competencia de la Corte únicamente respecto estos delitos.

La noche del 17 al 18 de julio de 1998, este compromiso puso fin a un largo año de discusiones sobre la competencia y la extensión de los poderes de la en ese entonces futura Corte.¹³⁹

Los elementos del referido acuerdo se traducen finalmente en lo siguiente:

3.1. Tipos de competencia

La competencia de la Corte tiene cuatro¹⁴⁰ facetas previstas en el Estatuto de Roma,¹⁴¹ a saber: *ratione temporis*;¹⁴² *ratione loci*;¹⁴³ *ratione materiae*¹⁴⁴ y *ratione personae*.¹⁴⁵

¹³⁹ *Ibidem*, p.226.

¹⁴⁰ La llamada "Propuesta de Corea", incluía una propuesta de jurisdicción de la Corte más amplia, esta comprendía el hecho de que la CPI podría ejercer su jurisdicción también en el Estado de nacionalidad de las víctimas y el Estado de detención. Tras esta proposición varios Estados expresaron su negativa a aprobar el Estatuto en caso de que estas propuestas fueran aceptadas. Por ello la propuesta inicial fue restringida , incluyendo solo la territorialidad y la nacionalidad del imputado. Véase: artículo 12 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En lo personal, la autora es de la idea de que la desaparición del Estado de las víctimas es una seria falla en el Estatuto, pues la práctica de los Tribunales en materia de protección de Derechos Humanos ha demostrado ser una herramienta útil para asegurar la persecución penal de violaciones masivas de Derechos Humanos. En relación a la propuesta de que la Corte sea competente respecto al Estado de detención, consideramos que ello presupone que necesariamente haya habido una orden de aprehensión en contra del individuo sea por el Estado donde fue detenido, sea por otro con el cual dicho Estado ha celebrado un Tratado es esa materia y consecuentemente se excluiría la competencia de la CPI, toda vez que existe un Estado competente que busca juzgar y sancionar la conducta probablemente constitutiva de delito.

¹⁴¹ CPI, ICC-01/04-01/06-772, *Fiscal Vs. Thomas Lubanga Dyilo*, 3 de octubre 2006, *op cit.*, párr. 21- 22.

¹⁴² Art. 11, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁴³ Arts. 12 y 13(b), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁴⁴ Art. 5, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁴⁵ Arts. 12 y 26, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

3.1.1. *Ratione materiae*

La competencia por razón de la materia de la CPI es respecto a los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión¹⁴⁶ próximamente -pues la Corte todavía no puede ejercer su competencia respecto a este último-.¹⁴⁷

El proyecto de 1994 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, se limitó a enumerar los crímenes de competencia de la Corte distinguiéndolos de otros crímenes sancionados por el Derecho Internacional en general, con esta distinción no se pretendió que estos dos grupos fuesen totalmente excluyentes, sino más bien se buscó reconocer la importancia de que ambos coexistan.

¹⁴⁶ Según el artículo 5 del Estatuto, el crimen de agresión ya forma parte de la competencia material de la CPI, sin embargo dicho numeral establece que no podrá ejercerse sino hasta que se defina dicho crimen y se establezcan las condiciones para iniciar el proceso penal internacional de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. A lo anterior se debe agregar que el 11 de junio de 2010 en la 13ª sesión plenaria de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto, se emitió la Resolución RC/Res.6, en la cual se resuelve activar la competencia de la CPI respecto al crimen de agresión a la brevedad posible, aprobando las enmiendas respectivas tanto del ER como de los elementos de los crímenes, agregando el artículo 8 *bis*, el cual establece: “Una persona comete el crimen de agresión cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.” Además este numeral también define un “acto de agresión” entendiéndolo como “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.” El ordinal continúa enumerando los actos individuales que constituyen un acto de agresión con independencia de que haya una declaración de guerra.

En lo que respecta al ejercicio de la competencia de la Corte en relación al crimen de agresión, se fijó el artículo 15 *bis*, el cual refiere que la CPI únicamente podrá ejercer su competencia respecto de este tipo de crímenes cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Parte. Asimismo refiere que la CPI ejercerá su competencia respecto de este crimen a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

¹⁴⁷ Se plantea la posibilidad de incorporar nuevas figuras típicas en el futuro próximo: terrorismo internacional y narcotráfico. Estos crímenes no tuvieron mención alguna en el texto del Estatuto ni en el Acta Final de la Conferencia de Roma, más sí fue discutida su inclusión. Solamente se señala expresamente que se considerará su posible incorporación. Véase: Doc. ONU no.A/CONF.183/10, *Final Act of the United Nations diplomatic conference of plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*, punto E. “Recommends that a review conference pursuant to article 123 of the Statute of the International Criminal Court consider the crimes of terrorism and drug crimes with a view to arriving at an acceptable definition on their inclusion on the list of crimes within the jurisdiction of the Court.”

El Comité Preparatorio y el Comité de la Conferencia de Diplomáticos trabajaron en la determinación del contenido de los crímenes competencia de la CPI, en base a los siguientes criterios:

- a) La necesidad de que los crímenes estuvieran claramente definidos;
- b) La base consuetudinaria de todos los crímenes recogidos, materializada por la voluntad de introducir elementos de la práctica internacional actual;
- c) La trascendencia para la comunidad internacional y la gravedad de los crímenes del Estatuto; y
- d) La búsqueda del compromiso entre las distintas posturas defendidas por los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional como ONG's.

Por lo que respecta a los tipos penales definidos en la costumbre internacional, en las etapas preparatorias de la Conferencia de Roma se debatió la inclusión en la competencia de la Corte de los delitos definidos como tales por la costumbre. Sin embargo, la costumbre *per se* impide la definición estricta de la conducta punible, tampoco contempla de forma taxativa la sanción aplicable. En conclusión y en consonancia a principios de Derecho Penal moderno como *nullum crimen nullum pena sine lege*, las disposiciones consuetudinarias son insuficientes para tipificar delitos,¹⁴⁸ ello si se considera que la *ratio legis* de la CPI es precisamente garantizar que cada uno de los crímenes competencia de la Corte esté determinado de manera clara y precisa. Desgraciadamente, lo anterior no implica que el Estatuto tenga una redacción perfecta de los mismos, a pesar de que representa indudablemente un avance en relación con los Estatutos de los Tribunales que la preceden.

¹⁴⁸ En este sentido, señala Rebagliati que debe tenerse en cuenta que el Derecho Internacional Público clásico no se conformó en primer término como un orden jurídico directamente aplicable a los individuos, sino a los Estados, y en consecuencia, sus normas –incluidas las costumbre, fuente por excelencia del Derecho internacional clásico– no fueron elaboradas para imputarse a personas físicas. Por ello, el Derecho Internacional debe adecuarse a la nueva realidad de la directa aplicación de reglas a los individuos. *Vease: REBAGLIATI, Orlando, La Corte Penal Internacional, Revista Jurídica de Buenos Aires, I-II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998, p. 5.*

El establecimiento y descripción de los crímenes dentro del Estatuto de Roma, excluye aquéllos crímenes contenidos en tratados internacionales que, a pesar de que su comisión genera responsabilidad penal individual y tienen dimensión transnacional, no alcanzan el consenso necesario en cuanto a la trascendencia para la comunidad internacional y su gravedad. Así, todos los crímenes contemplados en el ER constituyen atentados de gran magnitud contra la dignidad del ser humano, que trasciende a las propias víctimas individuales para afectar a la comunidad internacional, destinataria del bien jurídico que estas normas protegen.

3.1.2. *Ratione temporis*

La competencia temporal de la Corte comenzó en la fecha de entrada en vigor del Estatuto, el 1 de julio de 2002.

3.1.3. *Ratione loci y ratione personae*

La competencia territorial y personal de la Corte, depende de la aceptación de su jurisdicción por el Estado en cuyo territorio ocurrió el crimen o por el Estado de la nacionalidad de la persona acusada. Convertirse en un Estado Parte implica de inmediato la aceptación de la competencia, aunque un Estado no parte también puede declarar que acepta dicha competencia *ex profeso*. La competencia personal comprende a personas físicas mayores de 18 años al momento de la comisión del crimen.

Algunos autores hablan también de la competencia “por remisión”, en la que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede remitir cualquier situación a la Corte en virtud de sus facultades, por salvaguardar la paz y seguridad internacional, previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En cuanto a la competencia personal, quedan excluidas las personas jurídicas, como podrían ser las asociaciones o las ONG's. Tampoco se incluyen las organizaciones criminales, que sí fueron contempladas en Nuremberg, la CPI sólo tendrá competencia sobre los individuos que hayan actuado en tales asociaciones, pero no sobre las organizaciones como tal.

De igual manera, queda excluida la competencia de la CPI en lo que respecta a Estados. En este punto, conviene notar que la responsabilidad individual del nacional de un Estado y la del Estado mismo por violaciones a Derechos Humanos podrían coexistir, esto es, con independencia de que la CPI investigue la situación en un país, este podría ser investigado a la par por un Tribunal de corte humanista como podría ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta situación podría presentarse en el caso de que los individuos que cometen los crímenes tipificados en el ER, lo hagan por cuenta de un Estado, como órganos *de iure* o *de facto* del mismo.¹⁴⁹

En cuanto a la competencia temporal, el ER establece la irretroactividad de la competencia de la CPI en razón del tiempo y en razón de la persona. La primera de ellas, limita la competencia de la Corte a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, en apego al principio de derecho internacional fijado en

¹⁴⁹ Artículo 25, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En este artículo se contempla la cláusula que establece que nada de lo normado por el propio ER respecto de las personas naturales afectará la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que establece la irretroactividad de los tratados respecto de los actos o hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de éstos. Cuando un Estado se constituye en parte del ER después de la entrada en vigor de éste, la Corte solamente podrá ejercer su competencia sobre sus nacionales y territorio por crímenes cometidos desde la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado y no desde el 1 de julio de 2002 –fecha de entrada en vigor del Estatuto en general– a menos que el Estado lo consienta *ex profeso*. En este caso la CPI ejercerá su jurisdicción de manera retroactiva.

De igual modo, el Estatuto contempla la figura de la irretroactividad en razón de la persona, esto hace referencia a hechos cometidos antes de que el Estado del que es nacional la persona haya adquirido la condición de Estado Parte del Estatuto. Este principio también encuentra su excepción con el consentimiento del Estado de aceptar la jurisdicción de la Corte de manera retroactiva sobre sus nacionales.

3.2. Bases para el ejercicio de la competencia de la CPI

Además de respetar los criterios de competencia en razón de la materia, persona, territorio y tiempo, arriba analizados; es necesario que se cumplan otros requisitos a fin de que la CPI pueda ejercer su jurisdicción. Conocidos como “links jurisdiccionales”, priman los principios de territorialidad y nacionalidad del imputado.

De acuerdo con el Estatuto de Roma, la CPI puede ser activada a través de tres mecanismos¹⁵⁰(los llamados *trigger mechanisms*).En primer lugar, cualquier

¹⁵⁰Artículo 13, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

Estado parte puede remitir una situación al Fiscal, en la que “parezca” que se haya cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte;¹⁵¹ en segundo lugar, el Consejo de Seguridad¹⁵² puede remitir una situación al mismo Fiscal por una decisión del mismo órgano conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas;¹⁵³ finalmente, el Fiscal puede iniciar una investigación también por iniciativa propia –a *motu proprio*-.¹⁵⁴

3.3. Procedimientos

Al ya haber sido puesto en funcionamiento uno de los mecanismos antes referidos, lo sucesivo corresponde al llamado procedimiento previo, el cual consiste en que tanto el fiscal como posteriormente la Sala de Cuestiones Preliminares, prueben la

¹⁵¹ Cualquier Estado Parte podrá remitir un caso ante la CPI, no teniendo que alegar un interés directo en el caso, sino por tener un interés general de justicia universal. Lo que se remite es una situación y no un caso en concreto, esto implica que aunque la maquinaria procesal de la CPI pueda ser activada por la remisión de un Estado, es en última instancia el Fiscal el único que podrá acusar formalmente a una persona por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, para que ésta sea investigada y enjuiciada.

¹⁵² En este evento es indiferente si el Estado interesado (con competencia territorial o personal) es Estado Parte o no del Estatuto de Roma, es por ello que esta disposición promete ser de gran significación para la mayor o menos efectividad de la Corte; actualmente la única situación que ha sido remitida por el Consejo de Seguridad a la CPI es la de la República de Kenia.

El Consejo puede remitir una situación y no un caso individual, una vez que un caso es remitido por el Consejo, será el fiscal y posteriormente la Sala de Cuestiones Preliminares quienes determinaran si hay bases suficientes para iniciar el proceso ante la CPI.

¹⁵³ En las negociaciones de Roma, solo unos pocos Estados, entre los que se encontraban México e India, no querían aceptar que el Consejo de Seguridad desempeñara algún papel con respecto al funcionamiento de la Corte. Sin embargo en la medida en que solo un grupo minoritario asumió esta posición, estaba claro que la mayoría de los delegados se había inclinado por darle el derecho al Consejo de Seguridad de la ONU para activar la CPI, como un factor determinante de su competencia. Véase: PETER KAUL, Hans, “La Corte Penal Internacional, la lucha por su competencia” en: AMBOS Kai, *El Estatuto ...*, *op cit.*, p.222.

¹⁵⁴ El Fiscal tiene poderes para actuar de oficio y conducir la investigación, pero sus actos están sometidos al control jurisdiccional de una sala de la CPI denominada “Sala de cuestiones preliminares”. Es a través del Fiscal que las víctimas, familiares y ONG’s podrán ser escuchadas, sin depender de voluntades políticas e intereses estatales, siendo esto una garantía de que la voz de los afectados pueda realmente desencadenar en justicia. La mediación exclusiva de los Estados y del Consejo de Seguridad con la CPI, hubiera resultado en una limitante respecto a la independencia del Tribunal, pues si atendemos a la historia, a los Estados no les interesa dañar sus relaciones con otros Estados por violaciones de derechos humanos que muchas veces concluyen en la comisión de crímenes internacionales; y el Consejo de Seguridad en ninguna de sus resoluciones ha condenado jamás a alguno de sus miembros permanentes, de lo que se desprende una notoria prevalencia de intereses políticos por encima de la justicia.

veracidad de los cargos. En este procedimiento se decide la admisibilidad de la causa y las medidas, tanto cautelares como de detención, que se consideraren pertinentes.

Una vez que hayan sido confirmados los cargos en la audiencia previa por la Sala de Cuestiones Preliminares, continúa el juicio público ante la Sala de Primera Instancia, la cual está facultada para admitir todos los medios de convicción que a su juicio resultaren necesarios, así como la imposición de penas privativas de libertad, multas y decomiso de bienes.

Dentro de los órganos que conforman la CPI no se puede dejar a un lado la Sala de Apelaciones, que si bien no ha sido utilizada, debido a que no ha habido ninguna sentencia emitida por la Sala de Primera Instancia todavía, es un órgano al que pueden recurrir el sentenciado o su defensa para abrir el procedimiento de apelación.

4. Admisibilidad de un asunto ante la CPI.

El cumplimiento de las bases de competencia no es el único requisito que deberá ser satisfecho a fin de que un caso sea efectivamente estudiado por la Corte, el análisis de admisibilidad es un requisito *sine qua non* un asunto resulta de conocimiento de los órganos de la Corte.

Para que un asunto sea admisible, deben concurrir los siguientes elementos: (i) la CPI debe respetar su carácter de tribunal complementario¹⁵⁵ y (ii) los crímenes deben revestir “gravedad suficiente”.¹⁵⁶

En adición a los criterios antes aludidos, la oportunidad entra en juego bajo un último concepto –que ha de establecer la el fiscal de la Corte-: el interés de la justicia.

Las cuestiones de admisibilidad están reguladas en el artículo 17 del ER. Un caso será inadmisibile ante la CPI:

- 1) Si ya está siendo investigado o enjuiciado por un Estado que tenga jurisdicción sobre el mismo.
- 2) Si fue investigado por un Estado y el Estado ha decidido no enjuiciar a la persona en cuestión. En este supuesto la CPI puede declarar admisible el caso si el Estado que ejerza su jurisdicción no está dispuesto o no puede realmente llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento o si la decisión de no juzgar resultó de su falta de voluntad o incapacidad de iniciar juicio.
- 3) Si la persona en cuestión ya ha sido enjuiciada por la misma conducta o si el caso no es de gravedad suficiente como para justificar la acción adicional de la Corte.

4.1. La CPI sólo conoce asuntos que revisten “gravedad suficiente”

La jurisprudencia de la CPI ha establecido que no basta la comisión de un crimen tipificado en el ER para que el asunto resulte admisible,¹⁵⁷ adicionalmente se exige

¹⁵⁵ Artículo 17(1)(a)-(c), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁵⁶ Artículo 17(1)(d), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

que el crimen satisfaga el estándar de gravedad exigido por el artículo 17 del Estatuto de Roma.

La Corte se centrará únicamente en los crímenes que por sus características sean de mayor gravedad, es decir, solamente un número limitado de responsables serán investigados, enjuiciados y en su caso sancionados por la Corte, comúnmente los rangos más altos. Esto no implica, que no existan otras avenidas jurídicas para el procesamiento de esos crímenes, ni que la Corte sea indiferente a las mismas, por ello el fiscal de la propia CPI ha enfatizado en impulsar y asistir las iniciativas de investigaciones y enjuiciamiento que se lleven a cabo a nivel nacional.¹⁵⁸

A primera vista se podría pensar que el concepto de gravedad suficiente tiene que ver, naturalmente, con el bien jurídico afectado y la magnitud de la lesión causada.¹⁵⁹ No obstante, la gravedad debe evaluarse desde una perspectiva cualitativa y no sólo cuantitativa, debe considerarse además del número de víctimas, la existencia de factores agravantes ligados a la comisión de los crímenes.¹⁶⁰

Al efecto, la regla 145(l)(c) y (2)(b)(iv) de las Reglas de Procedimiento y Prueba¹⁶¹ proporcionan directrices para evaluar la gravedad de los crímenes: (i) la escala de los supuestos crímenes (incluido el análisis de la intensidad temporal y geográfica); (ii) la naturaleza de la conducta ilícita; (iii) los medios empleados para

¹⁵⁷CPI, ICC-01/04-01/06-8-Corr, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre la solicitud del Fiscal de una orden de arresto, 24 de Febrero 2006, párr. 41; CPI, ICC-02/05-02/09, *Fiscal vs. Baharldriss Abu Garda*, Decisión de confirmación de cargos, 8 de febrero 2010, párr.30.

¹⁵⁸ Documento sobre la política de la Oficina de la Fiscalía de la CPI, Septiembre de 2003.

¹⁵⁹GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales" en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op cit.*, p.123.

¹⁶⁰CPI, ICC-02/05-02/09, *Fiscal vs. Baharldriss Abu Garda*, *op cit.* párr.31; Cfr. W. A. SCHABAS, "Prosecutorial Discretion and Gravity", *The Emerging Practice of the ICC*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 245-246.

¹⁶¹ CPI, ICC-02/05-02/09, *ibidem.*, párr.32.

perpetrar el crimen; y (iv) la magnitud del daño causado a víctimas y sus familiares.¹⁶²

Además del criterio señalado en el párrafo precedente, adoptado en el caso *Abu Garda*, con anterioridad en el caso *Lubanga* se señaló que un asunto es grave cuando el ataque sea sistemático, generalizado, la persona imputada sea uno de los líderes de más alto rango y además haya causado alarma social en la comunidad internacional.¹⁶³

4.2. Carácter complementario de la CPI¹⁶⁴

La creación de una zona de contacto entre las disposiciones del Derecho Internacional y las del Derecho nacional, conlleva un tema difícil: la relación funcional y jerárquica entre aquél y éste. Lo cierto es que el establecimiento de un Derecho Penal Internacional supone cierta deficiencia del orden interno naturalmente competente. Es entonces cuando el internacional interviene, con aire de emergencia.¹⁶⁵

Hoy en día, los Estados ya no pueden considerar el trato que les dan a las personas bajo su autoridad como un asunto exclusivo de su jurisdicción interna, esto

¹⁶² *Ibid.* párr.62.

¹⁶³ CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, Decisión de 10 de febrero de 2006.

¹⁶⁴ Para que funcione la complementariedad se necesita congruencia de normas, aunque no precisamente identidad, entre el orden nacional y el internacional. Dicha congruencia sólo significa posibilidad de que la jurisdicción interna llegue por sí misma, en lo esencial, al resultado que produciría la internacional. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales" en: MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *op cit.*, p.122.

¹⁶⁵ La CPI, no es una super policía, ésta tendrá efectos directos en el ámbito de cada país, cumpliendo con una función de vigilancia y monitoreo de la administración de justicia interna. Véase: BERNALES BALLESTEROS, Enrique, "Presentación" en: *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 2001, p.11.

debido al carácter complementario de la Corte Penal Internacional, pues ésta solamente tendrá jurisdicción complementaria de los tribunales penales nacionales cuando los Estados parte no puedan o no quieran enjuiciar a los presuntos responsables, en otras palabras, si un Estado investiga o persigue adecuadamente un crimen de derecho internacional, la CPI no puede ejercer competencia sobre él.

Como se observó en apartados anteriores, la CPI resuelve sobre la admisibilidad del asunto y sobre su propia competencia, sin embargo, también decide acerca de la voluntad y la aptitud del Estado para llevar adelante el procedimiento. Para resolver el punto, será preciso explorar el propósito con que se desarrolla el procedimiento. El Estatuto de Roma propone una pregunta ¿se trata de sustraer al acusado de su responsabilidad penal? Por otra parte, también se analiza la independencia e imparcialidad del tribunal, en aras de establecer si hay una intención real de hacer justicia.

La Corte Penal Internacional no es una Corte supranacional con jurisdicción universal. Funciona en base al principio de complementariedad, previsto en los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma,¹⁶⁶ el cual rige sus actuaciones.

Es una Corte de última instancia,¹⁶⁷ esto significa que recurrir a la Corte se hace en segundo lugar y que la responsabilidad principal de procesar incumbe a los

¹⁶⁶ HOLMES, J.T, *The Pinciple of Complementarity*, en R.S. Lee, *The Interntational Criminal Court, the making of the Rome Statute*, Transnational Pulishers, Estados Unidos, 1999, p. 41-78 (p.73)

¹⁶⁷ La relación entre los tribunales *ad hoc* y las jurisdicciones nacionales se rigen por el principio de primacía, que contrario al principio de complementariedad, es aquél que habilita a las jurisdicciones nacionales a investigar y enjuiciar solamente si los tribunales *ad hoc* no ejercen su jurisdicción, y legitiman a los tribunales *ad hoc* a requerir a las jurisdicciones nacionales que se inhiban a favor de aquellos antes de que dicten sentencia, o si ya dictaron sentencia clasificando a los delitos como del orden doméstico, o las actuaciones no hayan sido independientes e imparciales. Véase: Doc. O.N.U. S/25704, 3 de mayo de 1993, párr.16: Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Counsil Resolution 808 (1993); MORRIS, V. *et al.*, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 1998, p.314; MORRIS,

Estados. “La Corte Penal Internacional no puede ejercer su competencia respecto de un crimen si dicho crimen está siendo investigado o enjuiciado por un Estado que tiene competencia sobre el mismo o si en ese Estado las autoridades adecuadas han tomado de forma correcta e independiente la decisión de no enjuiciar”.¹⁶⁸ De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales.¹⁶⁹

En el anterior sentido, los Estados Parte del Estatuto de Roma, confirieron a la Corte el poder de decidir sobre el alcance de su jurisdicción, incluyendo el poder para decidir sobre la inacción, la falta de disposición¹⁷⁰ o la incapacidad¹⁷¹ de las jurisdicciones nacionales. Esto constituye sin duda alguna la transferencia de soberanía de mayor trascendencia realizada en virtud del tratado.¹⁷²

De lo anterior se desprende entonces, que el principio de complementariedad se compone de dos elementos: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales

V. et al., *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal to the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 1995, p.126.

¹⁶⁸BRANDON, Ben et. al., *The Prosecution of International Crimes: A Practical Guide to Prosecuting ICC Crimes in Commonwealth States*, ed. Commonwealth Secretariat, 2005, p. 33.

¹⁶⁹ESCOBAR HERNÁNDEZ, *La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional*, en: GARCÍA ARÁN et al. *Crimen internacional y jurisdicción universal, (el caso Pinochet)*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2000, p.258.

¹⁷⁰Los artículos 17(2) y 20(3) del ER destacan que son supuestos de falta de disposición los casos en los que las actuaciones nacionales se llevan a cabo con el propósito de sustraer al acusado de la acción de la justicia, esto es, de su responsabilidad penal por la comisión de crímenes de competencia de la Corte. Un claro ejemplo puede ser la demora injustificada de las actuaciones, o cuando no son sustanciadas de manera independiente e imparcial. Véase: OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Ed. INACIPE, México, 2010, p.23.

¹⁷¹El artículo 17(3) del ER define los supuestos de incapacidad como aquéllos en que los Estados no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas y de los testimonios necesarios, o no se encuentran en condiciones necesarias de llevar a cabo un juicio debido a un colapso total o sustancial de la administración de justicia del Estado o en caso de carecer de una. Los supuestos de incapacidad se refieren a casos excepcionales, como la ausencia de gobierno, una guerra civil, el acaecimiento de un desastre natural que provocare un colapso total o sustancial en la administración de justicia. Véase: OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Estudios.. op cit.*, p.23.

¹⁷²OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2003, pp.228-230.

sobre la CPI y la primacía material de la Corte sobre aquéllas.¹⁷³ Ambos elementos se relacionan, pues el primero, pretende impulsar a nivel doméstico las investigaciones y enjuiciamientos de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.”¹⁷⁴ y el segundo busca poner alto a la impunidad que se presente en los casos en que los Estados pretendan impedir dichas investigaciones y enjuiciamientos.

Habría que alentar a los Estados a ratificar y a promulgar la aplicación de una legislación con arreglo al Estatuto de Roma, para permitir que se lleven a cabo, a nivel nacional, investigaciones y enjuiciamientos de delitos definidos en el Estatuto como crímenes de competencia de la Corte. Sólo así es como se creará la capacidad de procesar casos que habrían de ser tratados a nivel nacional, lo que a la vez evitaría apremiar a la Corte y sus recursos con una sobrecarga de trabajo.¹⁷⁵

El Estatuto de Roma, refleja la convicción de la mayoría de los Estados del mundo de que los crímenes de competencia de la Corte no pueden ser tolerados, y de que todos los Estados tienen el deber de ejercer su competencia penal nacional respecto de los responsables de esos crímenes. Es por ello, que se acordó que la Corte fuese un tribunal de última instancia,¹⁷⁶ actuando como una red de seguridad que asegura que no prevalecerá la impunidad aun cuando no se pueda hacer justicia en un contexto nacional.¹⁷⁷

¹⁷³ OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Estudio... op cit.*, , p.21.

¹⁷⁴ Artículo 1, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁷⁵ Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *op cit.*, p. IX.

¹⁷⁶ Art. 17, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁷⁷ Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *op cit.*, p.4

Por ende, la Corte no es un sustituto de los sistemas judiciales nacionales,¹⁷⁸ sino sólo un complemento de los mismos. Uno de los efectos más importantes del Tribunal y su Estatuto, es que induce a los Estados a hacer uso de su capacidad interna para tratar los crímenes definidos en el tratado,¹⁷⁹ reconociendo así que el compromiso, el derecho y la jurisdicción corresponden en primer término al Estado y sólo después en defecto de éste, a la comunidad internacional. Hasta la fecha casi 50 Estados Parte en el Estatuto han promulgado leyes con ese fin y se espera que otros los hagan pronto.

Así, El papel de la CPI en principio se limita a monitorear o supervisar sistemas nacionales y eventualmente apoyarlos en sus enjuiciamientos nacionales. Esto está claramente expresado en la iniciativa de algunos Estados para establecer la llamada "Capacidad de respuesta rápida de la Justicia" (*Justice Rapid Response Capacity*) de la CPI, para ayudar a Estados dispuestos, pero incapaces, de llevar a cabo sus propios procesos.¹⁸⁰

Las ventajas que conlleva el principio de complementariedad de la CPI son las siguientes: Es un espacio de convergencia y conciliación entre los conceptos de soberanía y la salvaguarda de un orden jurídico internacional; no excluye, desplaza ni absorbe las atribuciones, obligaciones y facultades originales del Estado, que tiene a salvo su potestad de actuar en primer término; y no se desconoce el desarrollo del orden jurídico en su conjunto, dándole un papel relevante al sistema internacional como segunda línea de garantía, en forma subsidiaria y segura.

¹⁷⁸El derecho penal nacional, tutelar de bienes jurídicos, tiene una cantera cierta: la Constitución democrática. El Derecho penal internacional posee la suya: el *ius cogens*. Ambas se instalan en la dignidad humana.

¹⁷⁹"*The influence of the Rome Statute will extend deep into domestic criminal law, enriching the jurisprudence of national courts and challenging prosecutors and judges to greater zeal in the representation of serious violations of human rights. National courts have shown, in recent years, a growing enthusiasm for the use of international law materials in the application of their own laws. The Statute itself, and eventually the case law of the International Criminal Court, will no doubt contribute in this area.*" Véase: TPIY, *Fiscal vs. Furudzija*, caso no. IT-95-17/1-T, Decisión de 10 de diciembre de 1998, párr. 227.

¹⁸⁰Cfr. "*Justice Rapid Response Feasibility Study*", octubre de 2005, producido por la petición y apoyo de los gobiernos de Finlandia, Alemania, Liechtenstein, Suecia, Suiza y Reino Unido.

4.2.1. Excepciones al principio de complementariedad

El principio de complementariedad no es del todo absoluto, pues el mismo artículo 17 que regula la admisibilidad de un asunto frente a la CPI, contiene algunas excepciones expresamente. Estas excepciones se refieren a los casos en que el Estado que haya enjuiciado al autor de los delitos competencia de la Corte, lo haya hecho de manera incorrecta o con fines de impunidad. Otra de las excepciones a este principio es cuando por razones de infraestructura, situación política o económica, el Estado no está genuinamente en la capacidad o posibilidad de emprender el juicio o la investigación.

Por tanto, se deben de presentar las siguientes situaciones a fin de que la CPI reemplace a las jurisdicciones nacionales: (i) falta de capacidad de investigar o juzgar¹⁸¹ o (ii) falta de voluntad de investigar o juzgar.¹⁸²

¹⁸¹ A fin de determinar la incapacidad del Estado en cada asunto en concreto, los órganos de la CPI valorarán si, por causa de un sustancial colapso –imposibilidad de disponer de su propio sistema judicial interno– el Estado no tiene la capacidad de obtener la presencia del imputado, pruebas necesarias, la realización de diligencias, o sea de cualquier otra forma incapaz de llevar a cabo el procedimiento incoado.

¹⁸² Para determinar la falta de voluntad estatal la Corte –considerando las garantías procesales reconocidas tanto en Derecho Internacional como por los sistemas jurídicos internos– analizará lo siguiente: (i) Si el procedimiento es o fue conducido, o la decisión del Estado fue adoptada para proteger a la persona; (ii) Si el procedimiento sufrió una demora injustificada incompatible con la finalidad de asegurar al procesado a la justicia; (iii) Si el procedimiento no ha sido independiente e imparcial, y ha sido conducido, de forma tal que resulta incompatible con la finalidad de asegurar a la persona interesada a la justicia.

El ER establece diversos parámetros objetivos que la CPI debe adoptar como marco de referencia para determinar la falta de voluntad: (i) Iniciativas procesales con una finalidad distinta de alcanzar una determinación de los hechos, este no debe confundirse con un resultado negativo de las investigaciones, el cual puede atribuirse a razones no necesariamente imputables al Estado, como falta de pruebas o falta de medios para conducir investigaciones que resulten costosas, entre otras. (ii) Retardo injustificado en la institución de los procedimientos, debe ser analizado el contexto del procedimiento penal vigente del Estado en concreto. *Vease: CIDH, Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997; (iii) proceso conducido sin las necesarias garantías legales o procesales, es decir, los denominados “procesos farsa”, tendientes a mostrar una real intención de perseguir el delito, que en realidad están dirigidos a asegurar la impunidad de los culpables. la CPI puede juzgar la legalidad de los procedimientos internos.

4.2.2. Complementariedad y *ne bis in ídem*

El ER¹⁸³ establece que nadie puede ser juzgado por la CPI, o por cualquier otra jurisdicción, en orden a los mismo hechos por los que fuera previamente condenado o absuelto por cualquier tribunal, incluso, claro está, por la Corte misma. Se establece a favor de la Corte un nuevo poder de evaluación sobre la actividad de las jurisdicciones internas en materias de su competencia, autorizándola a intervenir en un asunto cuando el proceso nacional: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional, o lo hubiere sido de alguna manera que, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Así, una sentencia de la Corte –ya sea absolutoria o condenatoria– tendría automáticamente el efecto de impedir que un tribunal nacional pueda juzgar sobre los mismos hechos y las mismas personas. Conviene notar que no sucedería lo mismo a la inversa, si se considera la facultad de la Corte de analizar las actuaciones del Estado antes expuesta.

4.3. Interés de justicia

El “interés de la justicia” es una facultad exclusiva del Fiscal, esto es, solamente el Fiscal de la CPI, tiene la potestad de colegir si es que un procedimiento ante la CPI redundaría en el interés de la justicia. Para ello, la Fiscalía, con fundamento en el artículo 53(1)(c) del ER, deberá considerar la gravedad de los crímenes y los

¹⁸³ Artículo 20 ,*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

intereses de las víctimas para determinar si existen razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia.¹⁸⁴

La facultad discrecional otorgada por el numeral citado al Fiscal es de naturaleza excepcional, existiendo una presunción favorable para abrir una investigación cuando los requisitos de competencia y admisibilidad han sido satisfechos.¹⁸⁵

El texto del ER y su razón de ser -principalmente la prevención y castigo de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional¹⁸⁶- promueven la investigación de aquellas situaciones cuyos posibles casos resultan admisibles y satisfacen el estándar probatorio correspondiente.

A diferencia de la competencia y admisibilidad, el interés de la justicia no necesita ser acreditado, es decir, el Fiscal no está obligado a demostrar que una investigación redunde en interés de la justicia. Por el contrario, procederá con las investigaciones a menos que existan determinadas circunstancias que se traduzcan en razones sustanciales para creer que dicha investigación no responderá al interés en comento.¹⁸⁷

Este concepto tiene que ver con la pertinencia de perseguir y sancionar, tomando en cuenta las características del caso y la forma en que éste se proyecta sobre su circunstancia. En algunos preceptos, la invocación de la justicia apareja una

¹⁸⁴ OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Ed. Ubijus, México, 2009, p. 35.

¹⁸⁵ CPI, OFICINA DEL FISCAL, *Policy Paper on the interest of Justice*, septiembre 2007, p. 3.

¹⁸⁶ "Preámbulo", *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁸⁷ CPI, *Situación en la República de Kenia*, Decisión de conformidad con el Art. 15 del ER de abrir una investigación en Kenia, 31 de marzo 2010, párr.63.

referencia más o menos inmediata a la equidad, la seguridad, la paz, la conveniencia social o política, el mal menor.¹⁸⁸

5. Integración de la CPI

La CPI se integra de 18 magistrados, aunque éste número puede elevarse a sugerencia de la presidencia del Tribunal y por acuerdo de la Asamblea de Estados Parte.¹⁸⁹ Para la elección se tomarán en cuenta: a) aspectos personales y profesionales de los magistrados y b) adecuada representación de género, especialidades y áreas geográficas.¹⁹⁰

Los órganos que figuran en la Corte son los siguientes:¹⁹¹ (i) Presidencia; (ii) Sección de Cuestiones Preliminares; (iii) Sección de Primera Instancia; (iv) Sección de apelaciones; (v) Fiscalía¹⁹² y (vi) Secretaría.¹⁹³

6. Derecho aplicable

Una vez conocida la organización de la CPI, conviene mencionar el marco jurídico para sus actuaciones, es decir las fuentes aplicables, tema que *supra* se analizó

¹⁸⁸GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales" en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op cit.*, p.122.

¹⁸⁹Artículo 36, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁹⁰"Personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países". "Representando los principales sistemas jurídicos del mundo, distribución geográfica equitativa, participación equilibrada de hombres y mujeres y presencia de especialistas en cuestiones penales e internacionales, así como en problemas específicos concernientes a la competencia material de la Corte."

¹⁹¹Artículo 34, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁹²La fiscalía actúa con independencia, es un órgano separado de la Corte. Véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.*, p.42.

¹⁹³La Secretaría está a cargo de aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios.

superficialmente. La observancia de las fuentes de Derecho aplicables constituye una garantía de justicia y seguridad jurídica tanto para inculpados como para víctimas.

A pesar de que el Derecho Penal Internacional se rige por principios de Derecho Internacional Público, el primero tiene sus propias fuentes, diversas de aquéllas que rigen las actuaciones del último.

El Estatuto de Roma establece un orden de aplicabilidad, desarrollándose en los siguientes términos: (i) El Estatuto, elementos de los crímenes y reglas de procedimiento prueba;¹⁹⁴ (ii) Tratados, principios y normas de derecho internacional; (iii) Principios generales del Derecho Nacional.¹⁹⁵ De igual manera la CPI puede aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.¹⁹⁶

En suma, el mismo artículo 21 del Estatuto, referente a las fuentes aplicables sostiene en su tercer apartado que “la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

¹⁹⁴Más debe referirse que tanto los elementos de los crímenes como las reglas de procedimiento y prueba integran cuerpos normativos separados y subordinados al Estatuto, es decir, no forman parte ni constituyen enmiendas de éste. Véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.*, p.45.

¹⁹⁵“Siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos” Véase: Artículo 21(c) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

¹⁹⁶Artículo 21.2, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

7. Principios generales de Derecho Penal aplicables a las actuaciones de la CPI

Los principios generales de Derecho Penal aplicables al sistema de la CPI con los enlistados a continuación:

- a) *Nullum crimen sine lege* (artículo 22).- Una persona no puede ser responsable criminalmente conforme al ER, a menos que su conducta al momento de efectuarse constituya un crimen bajo la jurisdicción de la Corte.¹⁹⁷ La definición del crimen será interpretada estrictamente¹⁹⁸ y no se hará extensiva por analogía.
- b) *Nulla poena sine lege*,(artículo 23).- Una persona convicta por la Corte, solo puede ser castigada de acuerdo a lo dispuesto por el Estatuto de Roma.¹⁹⁹
- c) Irretroactividad *ratione personae*, (artículo 24).- Ninguna persona puede ser criminalmente responsable por una conducta realizada antes de la entrada en vigor del Estatuto.²⁰⁰

¹⁹⁷El mismo artículo 22 del Estatuto que contiene este principio alude: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho Internacional independientemente del presente Estatuto”. Ello quiere decir que el hecho de que el Estatuto o incorpore ciertas conductas en el ámbito de competencia material de la Corte, no cancela necesariamente la posibilidad de que éstas sean delitos internacionales que deban ser juzgados por otra autoridad. Algunos delitos que habitualmente son considerados como internacionales y no fueron tipificados en el ER son: piratería, falsificación de moneda extranjera, narcotráfico y terrorismo;

¹⁹⁸En este sentido es de interrogarse si algún elemento “extra” contenido en el documento de “Elementos de los crímenes” podría ser considerado *lege*, en los términos de éste artículo. En opinión de la autora, si una disposición o elemento contenido en dicho documento es contrario al Estatuto entonces podría considerarse como una disposición *ultra vires* y no debe ser tomada en cuenta, si por el contrario es consonante con el texto del ER entonces se podrá considerar para tal efecto.

¹⁹⁹En el caso de la multa, además del Estatuto de Roma se deben de considerar las Reglas de Procedimiento y Prueba.

²⁰⁰Los tres principios antes referidos son el reconocimiento expreso que hace el Estatuto del principio de legalidad penal; El principio de legalidad ha sido aceptado como un DH, reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos, artículo 7.2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como las siguientes decisiones: CEDH, *The Sunday Times vs. United Kingdom*, no. 311979; CEDH,

- d) Responsabilidad penal individual (artículo 25).²⁰¹ Excluye la responsabilidad estatal o cualquier forma de castigo colectivo.
- e) *In dubio pro reo* (artículo 22).- En caso de ambigüedad se interpretará de forma que beneficie al reo.
- f) La Corte no tiene jurisdicción sobre personas menores de 18 años.(artículo 26)
- g) Prohibición de alegar el cumplimiento de órdenes de superiores jerárquicos, inmunidad oficial²⁰² o coerción externa como eximentes de responsabilidad.(artículo 27)
- h) Imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte.(artículo 29)
- i) Exclusión absoluta de la pena de muerte dentro del cuadro de penas de la CPI.
- j) Los jueces gozarán de absoluta independencia, tendrán nacionalidad distinta a la de los acusados y reflejarán los diversos sistemas legales existentes en el mundo.²⁰³

Müller and others vs. Switzerland, no. 1331988; CEDH, *Kokkinakis vs Greece*, no. 260-A1993; “ El principio de legalidad penal implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la generación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos. ”CIDH, *Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, no.52.

²⁰¹En este precepto se regulan los supuestos de autoría, coautoría, coautoría mediata, coautoría por dominio de la organización, proposición, inducción, instigación, encubrimiento y participación en tentativa.

²⁰²Las inmunidades nacionales, incluso las relativas a Jefes de Estado o de Gobierno, carecen de eficacia en el plan Penal Internacional. Véase: GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *La Corte Penal Internacional, op cit.*, p.51.

²⁰³Véase: www.un.org/icc

8. Importancia de la cooperación Estatal con la CPI

“La justicia no debe detenerse ante los límites marcados por las fronteras de los países”²⁰⁴

Hoy más que nunca todos los Estados están atentos al devenir mundial y están conscientes de la importancia de preservar la paz.²⁰⁵

La cooperación internacional en materia penal, es un logro de finales del siglo XX. En efecto, la humanidad ha tenido que soportar dos terribles guerras mundiales para darse cuenta que la paz es el resultado de la cooperación entre las naciones. La cooperación internacional se rige por principios fundamentales como la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la solución pacífica de controversias, la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la igualdad jurídica de los Estados, la asistencia internacional para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacional.

La mencionada cooperación es el espacio en el que se despliegan los aspectos internacionales del Derecho Penal.²⁰⁶ La asistencia libremente pactada por los Estados o brindada en términos de reciprocidad, fue dejada atrás por una nueva forma de cooperación *ad hoc* al sistema de la CPI.

²⁰⁴ VILLAREAL CORRALES, Lucinda, *La cooperación internacional en materia penal*, Ed. Porrúa, 2ºed, México, 1999, prólogo, p. XIII.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. XV.

²⁰⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales” en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op cit.*, p.124.

El Derecho Penal Internacional se puede hacer cumplir directamente por las Cortes Penales Internacionales o indirectamente por las Cortes Nacionales.²⁰⁷ La primera opción sólo es posible si los Tribunales Internacionales en cuestión tienen facultades supranacionales para hacer cumplir sus propios actos y decisiones, como arrestar criminales o realizar investigaciones en territorio soberano -caso de Nuremberg, Tokio y del tribunal especial en Irak-, y aún en estos casos, las facultades de estos tribunales se encontraban limitadas al territorio ocupado.

Como regla general, los tribunales internacionales –como es el caso de la CPI- dependen de la cooperación de los Estados, no sólo para avanzar en la investigación de crímenes internacionales sino también para ejecutar las eventuales sentencias,²⁰⁸ así como para recolectar evidencias y protección de víctimas, familiares, testigos, pues la Corte no cuenta con una fuerza policial internacional bajo sus órdenes.²⁰⁹ Los Tribunales Internacionales sin la cooperación de los Estados serían, citando la famosa frase del procesalista alemán Eduard Kern acerca del sistema judicial penal internacional, “como una cabeza sin brazos”.²¹⁰

Durante las negociaciones del Estatuto de la CPI, los países que adoptaron una posición crítica hacia la Corte, abogaron por un régimen de cooperación basado en las reglas horizontales tradicionales de la ayuda mutua –partiendo del derecho interestatal de extradición y asistencia judicial–.²¹¹ mientras que los países favorables a la Corte (“*likeminded countries*”) propusieron una nueva forma de cooperación *sui generis* que tomara en cuenta la posición particular de la CPI.²¹² Como resultado, el Estatuto de la CPI contiene un régimen mixto de cooperación que es por una parte,

²⁰⁷ BASSIOUNI, Cheriff. *Introduction to international criminal law*. Ardsley, 2003, pp. 18 y 333.

²⁰⁸ KRESS, Claus *et al.*, en: TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Otto (ed.), 1999, Parte 9, n.m. 1.

²⁰⁹ MONTOYA MEXÍA, Alejandra, *op cit.*, p.124

²¹⁰ KERN, Eduard. *Gerichtsverfassungsrecht*. C.H. Beck: München, 1965, p. 227 con respecto a la relación entre el fiscal y la policía.

²¹¹ AMBOS Kai, *El Estatuto...* *op cit.*, p.137.

²¹² KRESS, Claus, *op cit.*, parte 9, n.m. 4

menos vertical que el de los tribunales *ad hoc* pero, por la otra, va más allá de una cooperación simplemente horizontal.

Este resultado es consecuencia del hecho de que el régimen de cooperación de la CPI está basado en un tratado de Derecho Internacional que debe reconciliar los antes mencionados conflictos de intereses, y que no puede ser impuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU.

La eficiencia del sistema de la CPI sin lugar a dudas, depende ante todo de que se adhiera al Estatuto de Roma, el mayor número posible de Estados. En este sentido se muestran precisamente las disposiciones de cooperación y asistencia: La Corte Penal Internacional depende de la voluntad de la cooperación de los Estados. Este Tribunal sólo puede hacer efectivo su derecho “con los Estados, no contra ellos.”²¹³

Los Estados Parte están obligados a cooperar.²¹⁴ Al estar sujetos a una convención internacional, y en virtud de la cláusula *pacta sunt servanda*, no pueden declinar las obligaciones contraídas aduciendo para ello obstáculos derivados de su derecho interno. En el ámbito de estas consideraciones, el Estatuto de Roma compromete a los suscriptores a cooperar con la Corte y a instruir los procedimientos necesarios para ello, pues al ser un tratado internacional, requiere mucho más que la firma, e incluso más que la ratificación, hay que contar con el cimiento y el entorno que le ofrezca certeza y presencia.

Es por lo anterior que los Estados parte se han dado a la tarea de analizar la conveniencia de efectuar modificaciones a su derecho interno para permitir, la aplicación del nuevo instrumento. El proceso no ha sido sencillo, el Estatuto contrasta con muchas de las disposiciones existentes, algunas de las cuales gozan

²¹³Véase: Sobre la soberanía estatal como obstáculo principal a la realización penal del derecho internacional humanitario, contribución del magistrado del TPIY Cassese en: *European Journal of International Law*, n°9, 1998, p.2.

²¹⁴ Artículo 86, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

de tradición, prestigio y de bases alojadas en nichos de rango constitucional. La tarea de revisión y adecuación se ha practicado en diversos tiempos y con distintos medios, según las características del problema a la luz de cada ordenamiento jurídico nacional. Algunos Estados han optado por reformas, otros por la expedición de nuevas normas de implementación o colaboración y algunos más han optado por la interpretación constitucional.²¹⁵

Las correspondientes solicitudes de la Corte se dirigirán por vía diplomática o a través de Interpol al Estado respectivo.²¹⁶ También en el ámbito de la cooperación debe tenerse en cuenta la protección a víctimas y testigos. El derecho procesal interno deberá adaptarse a las necesidades de la cooperación.²¹⁷

En esencia, el deber de cooperar previsto en el artículo 86 del Estatuto de la CPI, primero que nada, presupone la ratificación de los Estados de este tratado o por lo menos la conclusión de un acuerdo *ad hoc* conforme al artículo 87(5) del Estatuto de la CPI,²¹⁸ lo cual no significa otra cosa más que la obligatoriedad que representa el cooperar respecto de los Estados Parte en cuanto a las solicitudes de asistencia que la Corte les presente. En cuanto a los Estados no parte, se contempla la posibilidad de celebrar un arreglo especial con la Corte para el caso concreto de asistencia solicitada.

En caso de que los Estados parte, o los que no son parte pero hubieren celebrado un acuerdo de cooperación con dicho órgano, no cumplieren con la asistencia solicitada, la Corte podrá informar a la Asamblea de Estados Parte o al Consejo de Seguridad si éste le remitió el asunto.²¹⁹

²¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales" en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *op cit.*, pp.124-125.

²¹⁶ Artículo 87, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²¹⁷ Artículo 88, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²¹⁹ Artículo 87(5), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

8.1. La entrega como forma de cooperación.

Cuando las salas de la Corte Penal Internacional hayan ordenado la captura de un imputado, se dirigirá la solicitud que corresponda al Estado en cuyo territorio se supone se encuentra. En caso de que la persona imputada invoque el principio *non bis in idem*, la entrega sólo podrá aplazarse si está aún pendiente una decisión de la Corte sobre la admisibilidad, de no ser así, debe cumplirse de inmediato la solicitud.²²⁰

Cuando existan solicitudes concurrentes, esto es, una de entrega de la CPI y una de extradición de otro Estado, de entrada, existe prioridad en relación a la entrega a la CPI,²²¹ aunque con efectos diversos dependiendo si el Estado requerido es parte o no del Estatuto de Roma. En el primer caso, el Estado Parte tiene obligación de entregar al individuo a la Corte cuando ésta haya determinado que el asunto le es admisible, es decir, solo puede tramitar la extradición cuando la CPI haya denegado la admisibilidad.²²² En el caso de un Estado no Parte, éste dará prioridad a la solicitud de la CPI solamente en el entendido de que no se encuentre obligado con el estado requirente por una norma de derecho internacional y la CPI haya declarado el asunto admisible.

8.2. Otras formas de cooperación estatal.

La CPI tiene la facultad de hacerle a los Estados Parte otras solicitudes de asistencia además de la entrega de un imputado. El ejemplo más significativo sería el poner a su disposición documentos e información. Un Estado solamente puede denegar una solicitud de asistencia cuando aquélla atente contra sus intereses de seguridad nacional según lo dispuesto por el artículo 72 del tratado. No obstante ello, la Corte siempre procurará resolver la cuestión con el fin de que se presté la asistencia

²²⁰ Artículo 89, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²²¹ Artículo 90, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²²² AMBOS, Kai, *El Estatuto... op cit.*, p.138

deseada, aunque sea en una forma distinta, modificando la solicitud según sea necesario.

La Corte debe garantizar la confidencialidad de determinados documentos e informaciones que sean proporcionados por los Estados.²²³ Por otra parte, puede solicitar el traslado provisional de una persona para su identificación o interrogatorio, siempre que la persona y el Estado requerido lo consientan.²²⁴

Por lo anterior, es dable concluir que existen solicitudes sin carácter coercitivo y con carácter coercitivo. Las primeras, como la del interrogatorio a un testigo, pueden ser ejecutadas por personas de la propia CPI, llámese el Fiscal. Las segundas, como detenciones o registros domiciliarios, de conformidad con la interpretación teleológica del artículo 99 del tratado, se colige que sólo pueden ejecutarse por autoridades nacionales.²²⁵

Según el artículo 100 de Estatuto de Roma, los gastos ocasionados por la asistencia se repartirán entre el Estado requerido y la CPI. El Estado corre con los gastos que surjan por la ejecución en su territorio, y la Corte con los gastos adicionales, tales como: transporte, seguridad de testigos y peritos, traducción, entre otros.

9. Penas

“El destierro de la impunidad no depende de la grave creciente de las penas, que desemboca en demagogia penal, sino de la eficacia de las instituciones que tienen a su cargo la persecución y el enjuiciamiento de los delitos.”²²⁶ Sergio García Ramírez.

²²³ Artículo 93(8), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²²⁴ Artículo 93(7), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²²⁵ Éste artículo fue una de las deposiciones más discutidas del Estatuto, las llamadas “atribuciones *on site* del Fiscal. Véase: AMBOS, Kai, *El Estatuto... op cit.*, p.142.

²²⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La reforma penal constitucional de 2007” en: *La reforma constitucional en material penal*, Ed. INACIPE, México, 2010, p.202.

El texto estatutario que rige las actuaciones de la CPI, prevé como penas principales la pena privativa de libertad temporal hasta por 30 años o la pena de cadena perpetua²²⁷ y como accesorias la multa y el decomiso.²²⁸

La pena privativa de libertad temporal podrá ser revisada, para una posible reducción de la pena,²²⁹ tras haberse cumplido dos tercios de su duración, la cadena perpetua, transcurridos 25 años.

La Corte debe descontar el tiempo de detención previa y en caso de delitos en concurso real, ha de imponerse una pena individual para cada uno, para posteriormente formar una pena común que en caso de decretarse pena privativa de libertad temporal, no exceda de 30 años, o en caso de que las salas de la Corte lo estimaren, ordenar la prisión vitalicia.

Por otra parte, existe un *fondo fiduciario*²³⁰ conformado fundamentalmente de las multas y decomisos obtenidos,²³¹ resultando a favor de las víctimas y sus familiares.

²²⁷Cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Véase: artículo 77 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²²⁸Artículo 77, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. El catálogo de penas previsto por el Estatuto no ha satisfecho en particular a los Estados que consideran necesarias sanciones más estrictas como la pena de muerte, entre ellos Trinidad y Tobago y muchos Estados Árabes. En las negociaciones en Roma estos Estados temían que si se renunciaba a contemplar penas más duras en el Estatuto, esto tuviera una repercusión en el derecho internacional que finalmente llegase a afectar su derecho interno. Es por esto, que se dispone en el artículo 8 de tratado que las penas previstas en el ER no afectarán al derecho interno.

²²⁹Dependerá de circunstancias que demuestren un cambio claro y significativo en el comportamiento del condenado, como voluntad de cooperación y facilitación de la ejecución de decisiones judiciales. Véase: Artículo 110, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²³⁰Artículo 79, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²³¹Los Estados Parte harán efectivas las multas y órdenes de decomiso según su derecho interno y teniendo en cuenta los intereses de los terceros de buena fe. Si no puede llevarse a cabo el decomiso, deberá corarse por lo menos el valor del producto o bienes del delito. Los bienes o el producto de su venta serán transferidos a la CPI. Véase: AMBOS Kai, *El Estatuto... op cit.*, p.145

9.1. Ejecución de la pena.

La ejecución de la pena en un Estado Parte, presupone que el Estado haya manifestado ante la Corte –bajo ciertas condiciones- estar dispuesto a ello.²³² De esta forma, se elabora una lista de Estados, tal y como se hace con los tribunales *ad hoc*.

A la hora de tomar la decisión respecto a la ejecución de la pena, la CPI debe considerar diversos criterios, tales como: la distribución equitativa de los condenados, el respeto a estándares de ejecución internacionalmente reconocidos, así como la opinión y nacionalidad del condenado.

Las condiciones de ejecución se rigen por el derecho interno del Estado Parte, más nunca pueden vulnerar los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos del reo, para ello la ejecución será supervisada por la CPI.²³³ El Estado que ejecuta la pena no tiene ninguna autoridad sobre la duración de la pena ni sobre eventuales recursos del condenado.²³⁴

²³² Artículo 103, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²³³ Artículo 106, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²³⁴ Artículo 105, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

III. ELEMENTO SUBJETIVO DEL HECHO

1. Introducción

Como fue aludido en el capítulo precedente la Corte Penal Internacional tiene competencia para investigar, juzgar y sancionar los crímenes más graves que amenazan a la humanidad. Remitiéndonos al derecho penal sustantivo, se debe recordar que los tipos penales de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, como en el derecho penal de los sistemas nacionales de *civil law*, se construyen a partir de elementos objetivos, subjetivos y normativos, que como más adelante se expondrá, en la práctica internacional son definidos como elementos materiales, pero en esencia son los referidos anteriormente. Durante esta investigación, se analizará el elemento interno o *mens rea* que el sistema de la CPI exige para todos estos crímenes.

2. Existencia de una teoría unitaria de dolo en el sistema de la CPI

El delito que en general se observa con temor, se reprocha y condena sin vacilación por cualquier orden jurídico es el delito doloso.²³⁵ Desde luego no hay duda de la existencia de los delitos culposos, sin embargo, al crearse el sistema de la Corte Penal Internacional se buscó castigar el delito deliberado, el intencional, el que comete quien se propone o admite lo que el tipo penal proscribe y solamente de manera excepcional a quien lo hace apenas por irreflexión, imprevisión o descuido, como consecuencia indeseada de una conducta torpe.²³⁶

²³⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Temas Penales y Penitenciarios*, Ed. INACIPE, México, 1997.

²³⁶ El artículo 28 del Estatuto de Roma, regula la punibilidad de la figura culposa, solamente en la responsabilidad del superior jerárquico, cuando, “en razón de las circunstancias del momento, el superior jerárquico *hubiere debido saber*²³⁶” que las fuerzas a su mando estaban cometiendo o se proponían cometer el crimen.

Para adentrarnos a la conceptualización del dolo genérico exigido por el Estatuto de Roma conviene recordar antes premisas relativas al elemento subjetivo del hecho. Para esclarecer este punto, dentro del presente apartado se recurrirá principalmente a la dogmática penal alemana y española, que nos servirá de base para introducirnos al tema central de esta investigación: la figura del dolo eventual y en un siguiente capítulo relacionar esta figura dogmática con el propio sistema de la CPI.

La razón de incluir un capítulo de mera dogmática penal dentro de esta investigación, es básicamente que ésta forma parte importante del propio sistema de la Corte, ya que fue tomada en cuenta en las negociaciones e incluida dentro de los documentos que regulan las actuaciones de la misma, buscando así la elaboración de nuevas propuestas, que fueran realmente convincentes y contribuyeran a mejorar el sistema, orientado a un mejor servicio de los involucrados –fueran víctimas o victimarios-. En el caso de la CPI, se hizo uso precisamente de esta dogmática, originaria de diversos ordenamientos jurídicos, en aras de obtener una aplicación uniforme y previsible de la norma penal, así como un control de las disposiciones previstas en el propio Estatuto de Roma, a fin de que no se convirtiera en un instrumento arbitrario que favoreciera únicamente a una de las partes en el proceso.

3. Teoría unitaria del dolo

El término *dolo* deriva del griego y significa engaño, aunque ha tenido diversas acepciones y se han empleado otras expresiones con valor sinónimo. En la edad media alemana se conceptualizó al dolo como acto voluntario contraponiéndose al caso fortuito. Hasta comienzos del s. XIX, se utilizó en Alemania el vocablo *fursatz* (de donde deriva el moderno *vorsatz*) para identificar a la intención mala o

maliciosa.²³⁷ Así el *dolus malus* del derecho romano llegó a nuestros días como el *vorsatz* austriaco, la *malicie* británica, y la malicia del ordenamiento penal español.²³⁸ Poco a poco ésta noción de dolo fue creciendo, de manera tal que ahora abarca otras formas dolosas que no necesariamente tienen que ver con la mala intención.

A efecto de dar un concepto de dolo genérico aplicable por la Corte Penal Internacional no se debe atender a la teoría que más nos convenza, sino más bien remitirnos a las negociaciones que se llevaron a cabo en Roma en donde los representantes de los Estados buscaron la inclusión de la dogmática penal que se maneja en sus ordenamientos penales internos y que no obstante ello, llegaron a una sola conclusión. Esa conclusión conjunta es la única que impera en las actuaciones de la CPI, prevista en el Estatuto de Roma y por ende la que es objeto de estudio en esta investigación.

Con el fin de lograr en el lector un mejor entendimiento de la teoría adoptada por la Corte, se expondrán en primer lugar las distintas posturas tanto de dolo genérico como de dolo eventual que pudieron ser consideradas, resaltando críticas en cada una, indicando por qué no son compatibles con el sistema de la CPI, para finalmente concluir con nuestra postura, es decir, con la teoría que a juicio de la autora resulta compatible con el Estatuto de Roma, la cual señala que el dolo se conforma de un elemento intelectual y uno volitivo y que ambos son indispensables para su configuración.

A lo largo de esta investigación, se demostrará la tesis antes propuesta, recordando en todo momento que el presente estudio se efectuará con apego a la

²³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, ed. Losada, Argentina, 1964, p. 306; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal parte general*, Ed. Trillas, México, 2001, p.262.

²³⁸ *Ídem*.

dogmática penal alemana y española, excluyendo así, figuras del elemento interno previstas por sistemas del *common law*.

A pesar de que fijar un concepto de dolo genérico trae aparejado un problema complejo, pues debe ser suficientemente amplio para dar cabida tanto al dolo directo de primer grado, como al dolo directo de segundo grado y al dolo eventual, se evaluará a lo largo de esta investigación las diversas teorías, con el fin de arribar a un concepto que nos pueda permitir entender con mayor claridad: *¿Qué entiende la Corte Penal Internacional por Dolo genérico? Y más aún ¿Qué elementos engloba ese término?*

3.1. Teorías monistas del dolo

3.1.1 Teorías cognitivas

En la discusión sobre el contenido del dolo, existen algunas tendencias en la doctrina alemana²³⁹ y española²⁴⁰ que sostienen como idea básica común pero con fundamento y alcance diverso, que en el dolo el único elemento relevante es el intelectual. Este grupo de teorías señala que la parte volitiva del dolo no forma parte de él, pues no tiene contenido autónomo respecto del conocimiento y va unido a aquél en forma necesaria, de modo que si el autor tiene conciencia de lo que representa su acción desde una perspectiva *ex ante* y a pesar de ello la realiza, existirá entonces el elemento volitivo.

Así, para algunos tratadistas como el alemán Günter Jakobs, al analizar el actuar del sujeto no hay que considerar si aprueba o no la producción de la

²³⁹ FRANK, VON LIZT, FRISCH, JAKOBS y HERZBERG citados por: CASABONA ROMEO, Carlos, *Sobre la estructura del dolo*, Ed. Ubijus, México, 2009, p. 12

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 13.

consecuencia, si la asume con indiferencia, si la rechaza o incluso si la lamenta. Lo importante es que el individuo conozca.²⁴¹

A continuación, se presentarán las tesis con mayor trascendencia dentro de este campo, aunque como quiera que fueren las variantes, para estas posiciones el conocimiento es condición necesaria y suficiente para afirmar la concurrencia del dolo, pues el actor debe conocer siempre lo que quiere.

3.1.1.1. Teoría de la representación

Esta teoría parte del elemento puramente cognitivo, la sola representación del sujeto de una “posibilidad” de que su conducta u omisión cause la consecuencia típica, es suficiente para afirmar el dolo. Si el sujeto tiene la confianza de que a pesar de su acción, el resultado no se producirá, eso implica la negación del resultado y por ende la exclusión del dolo.²⁴²

Los más genuinos expositores de ésta teoría son Reinhard Frank y Franz Von Liszt. Éste último define al dolo como la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad, y apostilla la representación, por tanto, más no la volición del resultado.²⁴³ Por su parte, Frank define al dolo como la previsión o

²⁴¹ JAKOBS, Günter, *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, España, 1995, p. 326-327.

²⁴² DIAZ PITA, María del Mar, citada por: DIAZ ARANDA, Enrique en: *Dolo: causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, México, 5° ed., 2004, p.151.

²⁴³ VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, T.III., 3°ed, traducido por: JIMÉNEZ DE ASÚA, p.410-411, citado por: MÁRQUEZ PIÑERO, *Rafael, Derecho penal ... op cit.*, p.264.

conciencia del resultado de una acción, ligada al conocimiento de las circunstancias que la hacen punible o que aumentan su penalidad.²⁴⁴

Para los postulantes de ésta teoría, al descartar todo elemento volitivo, consideran que la única culpa es la inconsciente, así la culpa consciente debe ser tratada como dolo eventual. No existe división entre los tipos imprudenciales, pues de hacerlo implicaría que el individuo que se haya representado al momento de comisión del delito la posibilidad del resultado, aun cuando haya querido evitarlo – culpa consciente- actuaría dolosamente acorde a los argumentos que sirven de sustento para la teoría de la representación.²⁴⁵

Dicha teoría sitúa al elemento esencial del dolo en el conocimiento y previsión del resultado,²⁴⁶ en otras palabras, sostiene el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo.²⁴⁷

Sancinetti²⁴⁸ es de la opinión de que para la teoría de la representación, el conocimiento del autor de la posibilidad de la producción del resultado satisface las exigencias del dolo. Esta misma teoría suele ser enunciada bajo el nombre de teoría de la probabilidad, con sólo agregar la condición de que el autor conozca la probabilidad de la producción del resultado. Ello dado que la probabilidad y la posibilidad de producción de un suceso no son exactamente lo mismo, así no es

²⁴⁴ FRANK, Reinhart, artículo “VorstellungundVile” en la revista: *AeitschriiftfugesanteStrafrechswissenschaft*, citado por: MÁRQUEZ PIÑERO, *idem.*, p.264. nota al pie 10.

²⁴⁵ Es por esto que autores como Schröder y Schmidhäuser afirman que toda culpa es inconsciente. Véase: DIAZ ARANDA, Enrique, *op cit.*, p.151; Para Schmidhäuser se habría de distinguir dolo e imprudencia totalmente como conocimiento y desconocimiento, citado por: ROXIN, Claus, *op cit.*, p.433.

²⁴⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal, parte general*, Ed. Bosch, España, 1975, p.428.

²⁴⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual de derecho penal parte general*, Ed. Porrúa, México, 1974, p.352.

²⁴⁸ SANCINETTI, Marcelo, *op cit.*, p.167.

legítimo identificar la mera representación del resultado con la teoría de la probabilidad a exponerse en líneas siguientes.

3.1.1.2. Teoría de la probabilidad

Según propulsores de esta postura como Gimbernat Ordeig, se puede afirmar la existencia de un actuar doloso cuando el agente cuenta con la producción o concurrencia del elemento objetivo del tipo, es decir, le parece probable. En cambio, sería un actuar imprudente cuando el autor confía en que no se dará el elemento típico.²⁴⁹

El juicio de probabilidad hecho por el autor será analizado después por el Juez desde dos ángulos diversos: juicio de probabilidad objetivo –o de conocimiento de todos- y juicio de probabilidad subjetivo –según las capacidades y conocimientos especiales del sujeto-. De esta manera el A quo tendría que cerciorarse que desde el punto de vista de cualquier persona (probabilidad general) el resultado aparecía como probable, así como la representación por parte del autor de la materialización del resultado como probable.

Esta teoría encuentra su mayor crítica en que no fija los límites de lo “probable”, es decir, no establece con claridad hasta dónde algo probable puede resultar doloso y hasta dónde culposo.

Las tesis señaladas con anterioridad se apoyan en la estructura dogmática del *error de tipo*²⁵⁰, ya que comúnmente se considera que la concurrencia de aquél en la

²⁴⁹GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Tecnos, España, 1990, p.244.

²⁵⁰Énfasis añadido.

realización del hecho excluye en todo caso el dolo del agente. Esta solución, según los que sostienen estas teorías, se toma como un reconocimiento implícito sobre el destacado papel que la ley penal le otorga al elemento cognitivo para la existencia del dolo. *Infra* se analizará si esta cuestión puede ser aceptada de acuerdo al artículo que prevé el error de tipo dentro del Estatuto de Roma, pero de entrada conviene señalar, que si el sujeto posee un conocimiento erróneo sobre un hecho que constituye infracción penal –tipo objetivo- queda excluido el dolo, por la no concurrencia de uno de los elementos del *mens rea* que lo conforman –el conocimiento- y no por que ello implique que el conocimiento es el único elemento del dolo.

Los propios partidarios de las teorías monistas reconocen las dificultades que éstas representan en relación a la forma y la intensidad que debe de tener el conocimiento, es decir, el grado de representación exigible respecto a la propia conducta. Estas teorías no determinan el nivel de conocimiento suficiente para la realización de un tipo doloso.

3.1.1.3. Críticas a las teorías cognitivas

La conciencia es un requisito necesario, pero no suficiente del dolo. A pesar de que el elemento volitivo depende del intelectual -pues no se puede querer lo que no se conoce- éste continúa siendo un fenómeno característico de la naturaleza humana y el cual resulta indispensable para un actuar doloso, por el simple y sencillo hecho de que la voluntad es el medio a través del cual el sujeto va conformando el proceso causal aproximándolo a su representación previa. Incluso en el desarrollo de este proceso causal, el sujeto puede cambiar de propósito y redirigir su conducta hacia un nuevo plan, el cual puede implicar la realización de un tipo penal o no.

Otra de las críticas contra las teorías cognitivas, es que el hombre puede conocer el pasado y el presente, sin embargo no el futuro, por ello no podría conocer lo que todavía no ha sucedido. Lo que sí podría hacer, es representarse la dimensión típica del hecho sabiendo que implica un riesgo, pero no su resultado. En otras palabras, el agente solamente puede representarse un riesgo serio de realización del tipo. Lo anterior se menciona, pues es de suma importancia el papel que juega la voluntad dentro del tipo doloso, la intención de reconducir la acción que se está representando intelectualmente durante el curso de la ejecución de la conducta es parte esencial del actuar doloso.

En relación al error de tipo, existen algunos supuestos en los que aquél no excluye el dolo, supuestos en los que cabe discutir entonces la *tentativa*.²⁵¹ Un ejemplo podría ser el caso en que se presenta una percepción errónea de la realidad por parte del sujeto, consecuencia de la cual el resultado no llega a producirse conforme al plan –equivocadamente- diseñado por el autor. A apunta a B con un arma de fuego, lo quiere matar, y dispara sin darse cuenta de que su arma está descargada. Otro ejemplo sería si A suministra a B un veneno con el fin de causar su muerte, lo que A cree que es una dosis mortal, resulta que no lo es y no se da la muerte.

En estos casos, el elemento intelectual sufre de una percepción errónea de la realidad y sin embargo ello no sería obstáculo para que A fuera imputado en ambos ejemplos como autor por un delito doloso de homicidio en tentativa.

²⁵¹Énfasis añadido.

Estos ejemplos ponen de manifiesto, cómo es errónea la premisa que refiere que el conocimiento es el único elemento que configura el dolo, pues es irrelevante el conocimiento completo de la realización del tipo, o su conocimiento al menos parcialmente equivocado para que estos hechos sean sancionados por la mera tentativa del delito.

La figura de la tentativa es penada por el Estatuto de Roma,²⁵² como se explicará en el apartado pertinente. Esto pone de manifiesto que si el aspecto volitivo es trascendental como elemento del dolo en la mera tentativa, no hay razón para negarlo en el delito consumado. Así, se demuestra que el texto estatutario no acepta las teorías cognitivas referidas en el presente apartado.

En adición a la tentativa, otra figura que cuestiona la aceptación de las tesis monistas o cognitivas es la del *desistimiento*²⁵³ -la renuncia a proseguir con la ejecución del hecho o el impedimento del resultado- pues en este supuesto, a pesar de que existe una representación por parte del individuo, la voluntad del sujeto resulta decisiva para que se impida la materialización del delito, demostrando que el componente volitivo del dolo emerge por sí mismo, sin depender del elemento intelectual.

Finalmente, hay que referirnos al daño que puede causar la adopción de este tipo de teorías a un sistema como el que promueve la CPI. Como se sabe, este Tribunal Internacional asegura principios garantistas, que se contraponen a aquéllos que rigen a las posturas intelectuales del dolo. Me explico a continuación: las tesis cognitivas del dolo no sólo normativizan en extremo ésta figura jurídica al objetivarla, sino incluso normativiza la propia condición humana, de cuya naturaleza se

²⁵² Artículo 25, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

²⁵³ Énfasis añadido.

prescinde. La esencia del hombre conlleva mecanismos psicológicos complejos. El Derecho, para intervenir, no tiene otra solución que simplificar y seleccionar las partes más significativas de estos elementos, para llevar a cabo una valoración jurídico penal.

Si bien las características psicológicas del autor deben valorarse para saber si existió un actuar doloso o no, no tendrían por qué imponerse al Derecho Penal de forma estricta, pues éste puede proyectar sus propias valoraciones. No obstante, el Derecho tampoco puede desconocer las valoraciones psicológicas por completo²⁵⁴- como suponen las tesis cognitivas- ya que una perspectiva psicológico-individual contribuye de forma decisiva al aseguramiento de principios garantistas, que se buscan en el sistema de la CPI, y que evitarían el excesivo arbitrio que supondría una apreciación de elementos subjetivos por el Tribunal de manera discrecional.

3.1.2. Teorías volitivas

Las teorías de la voluntad son las imperantes en Italia, entre otros las sustentan Arturo Rocco, Vicente Manzini, Ranieri, Sabatini, Bettioli y Delitala y con mayor precisión Carrara y Carmignani. Así, para Francesco Carrara, el dolo es la voluntad, más o menos perfecta, de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley²⁵⁵ y para Carmignani consiste en la voluntad de violar la ley penal.²⁵⁶

En Alemania, aunque con muy selectos partidarios de la teoría de la representación, la teoría de la voluntad también tiene un gran número de adeptos,

²⁵⁴CASABONA ROMEO, Carlos, *op cit.*, p. 56

²⁵⁵CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, Ed. Temis, Colombia, T. I, 1978, párr. 69.

²⁵⁶CARMIGNANI, Giovanni, *Iuris Criminalis Elementa*, T.I., 5° ed., Italia, 1833, p.15.

entre ellos: Von Feuerbach, Merkel, Bierling, Birkmeyer, Bieling, Mezger, Maurach y Wegner.²⁵⁷

Este tipo de tesis sostiene que lo indispensable para la actualización del dolo recae en que el agente haya realizado su conducta “queriendo” el resultado. Para estas teorías, la voluntad está referida no solamente a la conducta sino a la obtención del resultado mismo.²⁵⁸

3.1.2.1. Teoría del consentimiento

Estas posturas refieren que cuando el individuo actúa dolosamente, no solamente se representa la posible realización del delito, sino que además lo asiente con anterioridad, es decir, aprueba la producción del resultado y lo acepta.

Así, el actuar doloso comprende entonces el consentimiento de la producción del resultado típico.²⁵⁹ El sujeto ha previsto la probable producción y aun así, no se detiene y despliega la conducta, causando la consecuencia dañina. Aunado al concepto de consentimiento antes referido, se han utilizado indistintamente los términos aprobación o aceptación.

Frank es uno de los postulantes de esta teoría y para sustentarla ha creado una fórmula –la fórmula de Frank- la cual reza básicamente como sigue: “si lo que al autor le parece probable, fuese seguro, no obstante actuaría”, esto quiere decir que actúa dolosamente aquél que sabe que su conducta puede lesionar un bien jurídico e independientemente de ello la concretiza, pues el tratadista continúa señalando: “Si lo que le parece posible fuera seguro, no actuaría.”²⁶⁰

²⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de... op cit.*, p. 393.

²⁵⁸ DIAZ ARANDA, Enrique, *op cit.*, p. 147.

²⁵⁹ MAURACH, Gössel, citado por: TENCA, Adrián M., *Dolo eventual*, Ed. Astrea, Argentina, 2010, p. 36.

²⁶⁰ Al respecto hay que acentuar la diferencia entre un hecho posible y probable. Es mayormente factible que se efectúe un hecho probable a un hecho posible, ya que la posibilidad solamente implica que por la naturaleza del acto y del resultado, la consecuencia podría ocurrir. Por el contrario, el evento probable es

3.1.2.2. Teoría del sentimiento

También conocida como teoría de la indiferencia, es aquélla que sostiene que se configura el dolo, bien cuando el individuo aprueba positivamente las consecuencias lesivas o bien cuando las acepta con total indiferencia.

La indiferencia del sujeto activo demuestra un total desprecio de éste por la preservación del bien jurídico tutelado por la norma penal,²⁶¹ demostrando de ésta manera el “querer” del agente, lo que configura el elemento volitivo exigido.

3.1.2.3. Críticas a las teorías volitivas

Como se ha observado con anterioridad, la conducta desplegada por el sujeto, con el objetivo de alcanzar una finalidad, va unida a consecuencias que no siempre son reconocidas por él, en este sentido no podría decirse que dichas consecuencias son queridas por el agente. Situación que nos lleva a la interrogante *¿es posible imputarle al agente las lesiones de bienes jurídicos derivadas precisamente de las consecuencias concomitantes, considerando que éstas no estaban dentro del plan del sujeto?* En el dolo eventual, no es que el autor “consienta” las consecuencias a venir, pues en esta clase de dolo, el sujeto no persigue directamente la consecución de la lesión del bien jurídico, como lo haría en un supuesto de dolo directo de primer grado, no obstante, ello no excluye la configuración dolosa del hecho.

Otra de las críticas a estas teorías, en concreto dirigida directamente contra la teoría de la indiferencia, es que quien actúa con culpa consciente también actúa con indiferencia respecto a una posible lesión del bien jurídico tutelado, sin que ello implique un actuar doloso. Además, aún en supuestos en que el sujeto no actúe con indiferencia, se podría configurar el dolo.

aquél que prácticamente resulta segura su realización, hablamos de un evento con un grado de materialización mayor. FRANK Reinhart, “*Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*” p. 190, citado por DIAZ ARANDA, Enrique, *op cit.*, p. 148.

²⁶¹ *Idem.*

Por todo lo anterior, quedan descartadas las teorías monistas –tanto cognitivas, como volitivas- como aplicables al sistema de la CPI, pues entre otras cuestiones el dolo no puede ser captado completamente si no se atiende a la doble perspectiva que ofrecen los planos intelectual y volitivo: de uno no puede presumirse el otro ni a la inversa, como tampoco pueden suplantarse recíprocamente. Es por ello, que a continuación se analizarán los diversos criterios que suponen las teorías dualistas del dolo, que nos permitirán arribar a la teoría general del dolo adoptada por la Corte Penal Internacional.

3.2. Teorías dualistas del dolo

El concepto de dolo no puede construirse sobre los elementos antes señalados – voluntad y conocimiento- de manera aislada, sino que es necesario que quien actúe dolosamente no sólo se represente el hecho y significación, sino además que encamine su voluntad a la realización del resultado. Con sobrada razón se ha referido que la lucha entre ambas teorías no tiene la trascendencia necesaria para justificar el esfuerzo realizado. Verdaderamente, voluntad y representación son elementos precisos para la noción de dolo.²⁶²

Tradicionalmente y conforme a su acuñación por el finalismo, el dolo ha sido entendido como la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo delictivo²⁶³ o como el elemento subjetivo de la conducta por excelencia.

²⁶²MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal... op cit.*, p.266.

²⁶³CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, parte general*, II, 6ªed., Ed. Tecnos, España, 1998, p.123.

Para las teorías dualistas del dolo, éste se conforma de dos elementos: el volitivo y el cognitivo, aunque no existe acuerdo en la doctrina sobre el contenido de ambos y sobre cuál de ellos debe prevalecer.

El profesor Jiménez de Asúa, concreta su posición respecto a las teorías monistas, sean volitivas o cognitivas, refiriendo que la teoría de la voluntad no es suficiente para resolver todas las interrogantes que se pudieran presentar, pues no se puede querer algo sin habérselo representado y sin las teorías cognitivas resultaría difícil incluso construir el dolo eventual, pues se esfumarían los límites entre éste y la culpa consciente.²⁶⁴

Otro de los expositores de las teorías dualistas es sin duda el italiano Maggiore,²⁶⁵ quien entiende que la noción del dolo debe ser elaborada en base a los dos elementos, pues la previsión sin voluntad es vana en tanto que la voluntad sin previsión es ciega. El derecho requiere la conjugación de ambos elementos, pues señala el tratadista, hay casos de representación sin voluntad y de voluntad sin representación, pero en ambos supuestos debe decirse que a pesar de obtenerse un resultado típico, falta el dolo.

Mezger, aun siendo simpatizante de las teorías volitivas, parte de ellas como base, y adopta una posición clara a favor de las teorías dualistas, mencionando que actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado²⁶⁶.

²⁶⁴JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op cit.*, p. 398.

²⁶⁵MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Ed. Temis, traducido por José Ortega Torres, Colombia, 1954, p.576.

²⁶⁶MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por: Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1955, p.102.

Por su parte, Fernando Castellanos afirma que el dolo consiste en “el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico”. Welzel indica que el dolo es “el saber y querer la realización del tipo” y Olga Islas de González Mariscal entiende el dolo como “conocer y querer al concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal”.²⁶⁷

En este sentido, en el presente apartado se pretende demostrar que la teoría adoptada por el sistema de la CPI es sin lugar a duda aquella conformada por el elemento volitivo y cognitivo. Este tema nos permitirá avanzar a la delimitación de la teoría unitaria del dolo que se busca en este capítulo, pues los criterios a analizarse para llegar a dicho concepto general son los siguientes: (i) el nivel cognitivo, (ii) el nivel volitivo –ya que ambos resultan necesarios- (iii) el riesgo y (iv) las diferencias estructurales entre el dolo y la culpa, para finalmente dar nuestra propuesta de una teoría única de dolo, y en este sentido lograr en el lector un mejor entendimiento del elemento subjetivo del hecho, para con posterioridad ligar estos conocimientos al sistema de la CPI.

3.2.1. Elementos del dolo

3.2.1.1. Conocimiento o elemento cognitivo

El elemento intelectual o conocimiento, comporta la conciencia de la realización de los elementos objetivos del tipo por parte del sujeto activo o, acorde a la opinión de algunos, la previsión de su realización.

²⁶⁷CASTELLANOS, Fernando, WELZEL, Hans e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga citados por: MÁRQUEZ .PIÑERO, Rafael, *Derecho penal parte general*, Ed. Trillas, México, 2001, p.270.

Siguiendo a Roxin, tomando al dolo como la decisión en contra del bien jurídico, el componente intelectual aparece como una condición necesaria a ésta, porque hay decisión cuando quien la toma sabe lo que asume, pues la voluntad nunca es vacía de contenido.

El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, en virtud de que no se puede querer lo que no se conoce.²⁶⁸ Conocer, para efectos del Derecho Penal, y en concreto relacionándolo con la teoría del dolo, se ha definido como: “la representación del concurso causal que conduce a la producción del resultado”,²⁶⁹ de igual manera como “una valoración paralela en la esfera del profano”,²⁷⁰ así como “la estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador”.²⁷¹

De manera general, la doctrina señala que el conocimiento debe ser respecto a los elementos objetivos del tipo –en el caso de la CPI se refiere a los elementos materiales, no obstante ello se analizará más adelante–. El tipo objetivo describe la acción prohibida mediante un verbo rector, elementos descriptivos, culturales y normativos.

Los elementos culturales, son aquéllos cuya definición cambia conforme la evolución de una masa social determinada. Éstos se descartarían en caso de los tipos penales previstos en el Estatuto de Roma, pues al ser éste un texto que rige las

²⁶⁸HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 927; MAURACH, Reinhart et al., *Derecho Penal parte general*, Traducción de la 7° edición alemana por: BOFILL, Jorge et al., Ed. Astrea, Argentina, 1994, p.380

²⁶⁹MEZGER, Edmund, *Tratado de... op cit.*, p.243.

²⁷⁰MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal parte general*, 4° ed., Ed. PPU, España, 1996, p.241; WEZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4° edición castellana, traducido por: BUSTOS RAMÍREZ, Juan et al., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, p.91.

²⁷¹JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal parte general*, traducido por: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Ed. Comares, España, 1993, p.265-266.

actuaciones de un Tribunal Internacional, precisamente se cuidó que los tipos penales en él dispuestos, contuvieran elementos comunes a la sociedad internacional en su conjunto.

Los elementos normativos por su parte, son aquéllos definidos en ley –en caso de la CPI en el Estatuto de Roma o en los Elementos de los Crímenes- y sobre los cuales no se requiere que el autor tenga un conocimiento técnico, basta que la apreciación del autor marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial,²⁷² aunque cabe decirse que en el caso de las actuaciones de la CPI, si existen algunos casos excepcionales en los que el autor debe conocer dichos elementos.²⁷³

Los elementos descriptivos, son aquéllos cuya percepción se realiza a través de los sentidos, en otras palabras, los que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos, que son verificados de modo cognitivo por el Juez,²⁷⁴ también pueden ser definidos como descripciones incluidas en el tipo penal, tanto de la conducta como del resultado prohibido, es sobre éstas que recae el conocimiento de quien obra con dolo.

²⁷²MEZGER, Edmund, *Tratado de.. op cit.*, p.122.

²⁷³Algunas de ellas son: (i) el crimen de guerra previsto por el artículo 8.2 b) iv) del Estatuto de Roma, pues este requiere que el autor sea consciente de que su ataque causará daños desproporcionadamente graves en relación con la ventaja militar que tiene. En cuanto a este tipo penal, el documento de Elementos de los Crímenes señala que el autor debe hacer necesariamente un juicio de valor respecto a la conducta, basándose en la información necesaria que tenga el autor en el momento del acto. (ii) al hablar de “persona protegida” no es necesario que el actor haga una valoración correcta acorde al derecho internacional humanitario, basta con que conozca las circunstancias materiales en las que se basa ese estatus de protección, es decir que conozca la no participación en las hostilidades del sujeto pasivo (civiles) o la incapacidad de seguir participando (combatientes heridos). Los elementos de los Crímenes refieren que basta “Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecía dicha protección”. (iii) cuando se presenta un recurso a la fuerza armada, el autor no tiene que llevar a cabo una distinción jurídica entre sí está frente a un conflicto armado nacional o internacional.

²⁷⁴DIAZ ARANDA, Enrique, *op cit.*, p. 118; ROXIN, Claus, *op cit.*, p.306

Para un mejor entendimiento del conocimiento que debe tener el agente sobre los elementos descriptivos, *infra* se desarrollarán brevemente los criterios a utilizar por el sujeto y eventualmente por el Juez, para determinar si en la conducta del actor concurre el conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

3.2.1.1.1. Conocimientos ontológicos y nomológicos

También llamados conocimientos generales debido a que los poseen la mayoría de los seres humanos. Esta clase de conocimientos nos permiten hacer dos tipos de juicios: el juicio de necesidad y el juicio de probabilidad. Para poder explicar estos últimos es necesario atender en primer lugar a lo siguiente: Los conocimientos nomológicos son aquéllos que provienen de la experiencia y los ontológicos se limitan al conocimiento de los hechos.²⁷⁵

Ahora bien, los juicios que el hombre puede realizar cuando tiene estos conocimientos, se dividen en dos:

El primero, el juicio de necesidad, conformado por los dos tipos de conocimiento ya mencionados. Un ejemplo sería el juicio que un hombre hace de que una piedra arrojada al aire volverá a caer, este juicio descansa en primer lugar en un conocimiento ontológico –conocimiento del hecho de que la piedra ha sido arrojada– y un conocimiento nomológico –conocimiento de la ley de gravedad–.²⁷⁶

Un ser humano cualquiera no puede emitir únicamente juicios de necesidad, ya que no es posible que tenga todos los conocimientos ontológicos y nomológicos,

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 119

²⁷⁶ *Ibidem*, p.120.

de ser así se hablaría de una persona que desde antes de actuar, tendría una perspectiva *ex ante*, con conocimiento preciso de los resultados a obtenerse – perspectiva *ex post*–,²⁷⁷ es decir, se estaría frente a alguien que sabría el futuro.

En segundo lugar, se encuentran los juicios de probabilidad, en éstos también se hace uso de conocimientos ontológicos y nomológicos, pero en un menor grado. Este tipo de juicios, se dividen en juicios de probabilidad subjetiva y de validez general. Los primeros, se constituyen en base a la experiencia y tienen validez respecto a un juicio determinado, de ésta forma, a alguien le puede parecer probable algo y a otra persona que sepa más sobre el tema muy improbable; los segundos -de validez general-, también llamados juicios de necesidad objetiva, suponen un conocimiento nomológico que sin ser perfecto abarca el conocimiento de la humanidad en su conjunto, es decir, tienen validez general para todos los hombres.²⁷⁸

El Juez debe sustentar su decisión en conocimientos ontológicos y nomológicos generales que se pueden imputar al autor por ser del conocimiento de todos. Es cierto que el Juez no tendrá los mismos conocimientos ontológicos ni nomológicos que el autor, en este sentido el A quo deberá situarse hipotéticamente en el lugar del sujeto activo desde una perspectiva *ex ante*, hacer un juicio de probabilidad objetiva –lo que la generalidad hubiera pensado- sin descartar un juicio de probabilidad subjetiva conforme a los conocimientos y habilidades especiales del autor, y dependiendo el grado de probabilidad que exista entre la conducta realizada y el resultado producido, se podrá determinar el título de imputación que le corresponde al agente.

²⁷⁷ *Ídem.*

²⁷⁸ *Ídem.*

3.2.1.1.2. Conocimientos superiores o especiales

Cuando el sujeto tiene conocimientos que destacan de los que tiene la generalidad, ya no es posible evaluar sus actos conforme a conocimientos que tiene la mayoría, pues en estos casos, se presume que el agente tuvo la posibilidad de evaluar su actuar y los resultados a obtenerse de acuerdo a conocimientos más certeros o más especializados que la sociedad en su conjunto.²⁷⁹

3.2.1.1.3. Conocimientos potenciales.

Son conocimientos que el sujeto no puede poseer, es decir, aquéllos que el agente no tenía idea, ni debía tener al momento de realizar su conducta, pues en su mundo circundante no podía obtener, por tanto, le era imposible prever el resultado, conforme a un juicio de probabilidad de validez general.

Este tipo de conocimientos adquieren relevancia, pues es indispensable que el Juez tome en cuenta en todo momento el mundo que rodea al autor, sobre todo en el caso de la CPI, que está compuesta por jueces internacionales que tendrían la obligación de adentrarse al mundo del sujeto activo, para evaluar si éste último tuvo la capacidad de hacer un juicio de probabilidad en relación a la concurrencia de los elementos objetivos del tipo a partir de los conocimientos con los que contaba en el momento de realización de su conducta. El Juez debe cerciorarse por encima de todo, de no dar por sentado que el autor conocía cuestiones que le eran simple y sencillamente imposibles de conocer.

²⁷⁹ *Ibidem*, p.129-131.

Conviene subrayar que no es necesario que el autor “piense” en los elementos del tipo objetivo de manera permanente, esto es, hay conocimientos que no necesitan ser pensados en el momento de la acción, pues son inseparables de otros conocimientos.²⁸⁰ Así, lo único que debe tomarse en cuenta es el grado de conocimiento que el autor tiene en el momento de creación del riesgo, dejando fuera al *dolus antecedens* –todo conocimiento previo que se tenga respecto a los elementos del tipo objetivo que no está presente en el momento de la acción- y al *dolus subsequens* –el conocimiento de aquéllos elementos del tipo objetivo que el autor conoce una vez consumado el delito–.²⁸¹

3.2.1.1.4. Conocimientos constructivos.

Son aquellos adquiridos por la persona que presta cuidado para deducirlos a partir de ciertos hechos o circunstancias.

Según la posición constructivista, el conocimiento no es una copia de la realidad, sino una construcción del ser humano realizada con los esquemas que la persona ya posee o ya construyó (conocimientos previos), en su relación con el medio que lo rodea.

²⁸⁰ PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinform des Vorsatzes*, p.63 citado por: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Derecho Penal parte general*, Ed. Ediar, Argentina, 2003, p. 522.

²⁸¹ TENCA, Adrián, *op cit.*, pp. 26-27

3.2.2. Voluntad o elemento volitivo

Además del conocimiento, el dolo requiere que el autor haya “querido” la realización del tipo objetivo. Ese “querer” es conocido también como intención o aspecto volitivo del dolo.

Voluntad según la Real Academia Española es: (i) La facultad de decidir y ordenar la propia conducta; (ii) El acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola; (iii) Libre albedrío o libre determinación; (iv) Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue; (v) Intención, ánimo o resolución de hacer algo; (vi) Consentimiento, asentimiento, aquiescencia.²⁸²

El elemento volitivo para efectos del Derecho Penal, se caracteriza a través de expresiones como “consentir”, estar “de acuerdo” o “aprobar” la producción de resultado típico o bien “conformarse con el resultado, aprobándolo”. El “consentimiento”, la “aprobación”, el “estar de acuerdo”, todas estas expresiones representan, en el lenguaje alemán, tomas de postura psíquicas de un sujeto que tiene a bien o juzga positivamente un determinado acontecimiento.

Así, estos conceptos entran directamente en contradicción con los casos que constituyen el nudo del problema del dolo eventual: aquéllos supuestos en que el desarrollo del suceso o la concurrencia de circunstancias que configuran el tipo no constituyen para nada los factores que el sujeto juzga positivamente. Un intento de superar el problema anteriormente planteado fue el utilizado por el BGH o Tribunal Superior Federal alemán, el cual creó la fórmula “aprobar en sentido jurídico”, de acuerdo con la cual: “en sentido jurídico” uno también puede aceptar consecuencias

²⁸² Diccionario de la Real Academia Española.

no deseadas. Así, “el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado”.

No obstante, el sistema penal alemán es diverso al utilizado por la CPI, así, ésta no ha adoptado el concepto de aprobación en sentido jurídico, ni mucho menos el de dolo basado en alguna tesis volitiva como la “teoría de la aprobación o consentimiento”.

Para saber si la voluntad debe dirigirse a la realización de la conducta o a la producción del resultado para que haya dolo, se debe analizar casuísticamente. Esto quiere decir, que cuando el autor dirija su voluntad a conseguir un resultado concreto y este se actualiza, entonces esa voluntad servirá para determinar un dolo directo de primer grado, pues la realización del hecho típico constituye la meta de la acción, en virtud de que el autor se ha decidido por la lesión del bien jurídico. En supuestos en donde el resultado no se produce o se verifica otro no previsto, sigue habiendo voluntad por parte del autor, pues aunque no consiguió el resultado querido o incluso no tenía resultado alguno, quiso realizar la conducta. En ese caso se tomará a la voluntad como dirigida a la conducta y se ubicará ésta dentro del dolo directo de segundo grado o del dolo eventual.

3.2.2.1. Riesgo

El siguiente criterio a observarse, aunque no constituye un elemento del dolo en *stricto sensu* como lo son el conocimiento y la voluntad, es el riesgo.

El tipo subjetivo del delito doloso exige que quien actúa conozca una porción típicamente relevante de las condiciones del resultado a obtenerse, de lo cual surge –si se analiza sistemáticamente el ordenamiento jurídico– un peligro intolerable o

riesgo no permitido. Así, el que actúa dolosamente realiza conscientemente circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo.

El bien jurídico protegido por el tipo penal, se pone en peligro o se lesiona como consecuencia de la conducta. La base de la imputación descansa en que el riesgo fue tomado por el autor, y se trata de un riesgo no permitido o riesgo jurídicamente relevante de lesión típica.

Para saber que se entiende por riesgo no permitido, se puede atender a la definición opuesta: el riesgo permitido. El tratadista alemán Günther Jakobs, lo define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento. Se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica.

De lo anterior se desprende entonces que un riesgo no permitido –el cual se reprocha por la sociedad y es la base de la imputación dolosa- es aquél no aceptado por la comunidad. Esto va unido a cierta lógica o sentido común que desarrolla todo aquél que convive en sociedad, en este sentido, se puede entender al riesgo no permitido como el que resulta intolerable, pues quebrantaría todo orden del “Contrato social” invocado por Rosseau.

En este orden de ideas, actúa dolosamente quien se decide –con intención y conocimiento- a favor de su proyecto de acción en conocimiento de un riesgo de índole intolerable para el bien jurídico.

Autores como Zielinski²⁸³ y Sancinetti, han utilizado al riesgo como punto de distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente. Para el primero, cuando el individuo no está seguro de la realización del tipo, considerándolo sólo posible, y crea con su actuar un *riesgo intolerable*,²⁸⁴ se está en presencia del dolo eventual y cuando el riesgo es tolerable, se estaría frente a la figura de la culpa con representación. Aunque cabe decirse que los límites entre qué se considera riesgo tolerable e intolerable competirían a las teorías de la probabilidad. Para el segundo autor, el límite entre dolo e imprudencia no proviene propiamente del tipo subjetivo sino del objetivo, así se debe analizar si el riesgo admitido por el sujeto activo es ya un riesgo alcanzado por la norma, si la respuesta es positiva, hay dolo.²⁸⁵

3.3. Diferencias estructurales entre el dolo y la culpa

El problema de la distinción entre dolo y culpa data de muchos años atrás. El aporte que ha hecho la dogmática en este ámbito, fijando criterios de distinción, ha sido rico, no obstante no se ha llegado a un acuerdo. El problema de la mayor parte de dichas aportaciones, se presenta cuando nos encontramos en el plano probatorio, para ello tal y como ha sido referido por el jurista español Jiménez de Asúa, el Juez requerirá un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto, obligando al intérprete y aplicador de leyes a investigar los más recónditos elementos del alma humana.²⁸⁶

Los tipos dolosos y culposos tienen estructuras diferentes. Al existir diversas clases de dolo, cada una se tendría que analizar frente a la figura culposa, ya que en cada especie de dolo difiere el grado de intensidad de intención y conocimiento que tiene el agente. No obstante, siguiendo un concepto de dolo general, basándonos en las exposiciones antes hechas, se puede afirmar que la diferencia

²⁸³ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2003, p.83-90.

²⁸⁴Énfasis añadido.

²⁸⁵SANCINETTI, Marcelo, *op cit.*, pp.197-210.

²⁸⁶JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Ed. Abeledo-Perrot, 4° ed., Argentina, 2005, p.268

entre dolo y culpa básicamente recae en que en los delitos dolosos el agente quiere y conoce la conducta y de cierta forma el resultado típico. Por el contrario, en los delitos culposos, lo prohibido no es la conducta del agente, pues en sí misma no es ilícita, lo que se pena es la equivocada selección de los medios para obtener un fin lícito.²⁸⁷

La mayor parte de la doctrina italiana ha señalado que cuando la realización del hecho típico se previó efectivamente o le era “previsible” al sujeto, éste actuó en un territorio criminoso. A *contrario sensu*, se entiende integrada la culpa con previsión cuando el individuo efectuaba una conducta con “riesgo de base permitido”.²⁸⁸

3.3.1. El tipo culposo

Una vez sentada la exposición del tipo doloso, resulta de suma importancia hacer alusión a la figura de la culpa antes de adentrarnos a las diferencias entre ambas creaciones dogmáticas.

A diferencia del tipo doloso, en la imprudencia el sujeto no dirige su conducta a alcanzar el fin prohibido. El autor persigue un fin lícito pero lo hace por medio de una conducta *negligente o imprudente*.²⁸⁹ Consecuentemente, el tipo culposo no sanciona al agente por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado obtenido presupone un peligro *prohibido, previsible y evitable*²⁹⁰ por parte del

²⁸⁷ TENCA, Adrián, *op cit.*, p. 2.

²⁸⁸ VENEZIANI, Paolo, *Motivi e colpevolezza*, G. Giapichelli Editore, Italia, 2000, p. 133; CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale*, G. Giapichelli Editore, Italia, 1999, p. 34; Para consideraciones análogas, la doctrina española se ha pronunciado al respecto en: CORCOY BIDASOLO, *En el límite entre dolo e imprudencia*, ADPCP, 1985, p.961; ZUGALDÍA ESPINAR, José, *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, ADPCP, 1986, p. 407; RAGUÉS VALLÉS, Ramón, *La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*, ADPCP, 1996, p. 795.

²⁸⁹ Énfasis añadido.

²⁹⁰ Énfasis añadido.

causante, esto de ninguna manera quiere decir que la conducta no va dirigida a un fin, sino sólo que no está prohibida en razón de esa finalidad.²⁹¹

Mientras que para la realización del delito doloso es necesaria la materialización del tipo con conocimiento y voluntad, en el delito imprudente existe una infracción a una norma de cuidado.²⁹² El fundamento de la imputación está dado por el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos.²⁹³

Por lo que hace a la intensidad de la culpa, se distinguen tres especies de la misma. *culpa lata* –cuando el resultado lesivo pudo ser previsto por cualquier persona–, *culpa leve* –cuando sólo pudo ser previsto por alguien diligente y cuidadoso–, y *culpa levísima* –cuando solamente se pudo haber previsto por un sujeto sumamente diligente, fuera de lo común–.

Otra de las clasificaciones del tipo culposo es la siguiente:

3.3.1.1. Culpa consciente

En esta especie de culpa, el agente actúa con conocimiento de que está poniendo en peligro un bien jurídico determinado, generalmente la fórmula se completa refiriendo que, *no obstante, el autor confía en que el resultado no se producirá*²⁹⁴ esto último es lo que se dice diferencia a la culpa consciente del dolo eventual-. La culpa consciente es un defecto del querer, ya que el agente actúa pese a haber previsto la posibilidad de configuración del tipo, confiando en sus habilidades o en su capacidad de evitar la producción del resultado dañino.

Desde luego existe voluntariedad de la conducta causal y efectiva representación del posible resultado, pero éste no se acepta e incluso se tiene la

²⁹¹ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal... op cit.*, p.549.

²⁹²MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal... op cit.*, p.286.

²⁹³BACIGALULPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal parte general*, Ed. Temis, Colombia, 1989, p.211.

²⁹⁴Énfasis añadido.

esperanza de que no ocurra. La falsa esperanza de que la consecuencia no se va a producir se fundamenta en la negligencia de un concreto deber, cuyo cumplimiento es exigible al agente en su calidad de miembro de la comunidad.²⁹⁵

3.3.1.1. Culpa inconsciente

En la culpa inconsciente, el sujeto cuenta con los elementos suficientes para representarse el resultado, pero no lo hace. Este tipo de culpa es un defecto en la representación y en la voluntad: el sujeto actúa en razón de que no previó la realización del tipo.²⁹⁶ En este sentido, no se puede hablar ni de conocimiento ni de voluntad por parte del sujeto, pues este ni siquiera se percató de la posible o probable realización del tipo penal.

Entonces, existe esta clase de culpa cuando no se ha previsto un resultado previsible, el agente no prevé el resultado por falta de diligencia, ignora las circunstancias del hecho, aunque el resultado era posible de prever. Su ignorancia se fundamenta en la vulneración de un deber determinado que el agente estaba obligado a atender y consecuentemente le era perfectamente exigible.²⁹⁷

3.3.2. Razones de una punibilidad diferenciada entre dolo y culpa

La estructura diferenciada entre la culpa y el dolo conlleva una consecuencia de suma importancia: ambos se penan de modo distinto, en el ámbito de los ordenamientos nacionales, generalmente el tipo doloso tiene una pena muy superior

²⁹⁵ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal... op cit.*, p.301.

²⁹⁶ MAURACH, Reinhart *et al.*, *Derecho Penal parte general*, Traducción de la 7° ed. alemana por BOFILL, JORGE *et al.*, Ed. Astrea, Argentina, 1994, p.180.

²⁹⁷ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal... op cit.*, p.301.

a la del tipo culposo.²⁹⁸ Atendiendo al sistema de la CPI, es mucho más gravosa la diferencia, pues éste de manera general no pena crímenes culposos.²⁹⁹

Lo anterior nos lleva a la interrogante ¿Por qué distinguir entre delitos culposos y dolosos? Y la segunda ¿Por qué ha de castigarse más el segundo?

La respuesta a la anterior cuestión se ha formulado por tratadistas como Engisch quien ha referido que los sistemas nacionales utilizan penas mayores para delitos dolosos, en vista de una búsqueda por distinguir entre hechos más graves y menos graves.³⁰⁰ Ciertamente conlleva una mayor gravedad el que el autor conozca las consecuencias que supone su comportamiento.

Jakobs considera que la distinción entre una y otra figura descansa en que en la imprudencia hay una falta de conocimiento de las consecuencias o aceptabilidad no dilucidada de las consecuencias, esto quiere decir que las consecuencias dolosas son aceptadas, pues sino el autor no obraría, mientras que en la imprudencia la aceptabilidad de estas permanece abierta hasta el instante del hecho.

²⁹⁸ Todos los Códigos penales modernos castigan con penas mucho más graves las conductas dolosas que las culposas. Así por ejemplo en el Código Penal Federal mexicano el artículo 60 refiere: *“En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.”* En el Código Penal argentino, el homicidio doloso se castiga con una pena de prisión de 18 a 25 años, mientras que el homicidio culposo se castiga con una pena de prisión de seis meses a 5 años. En el Código Penal español, el homicidio doloso se castiga con pena de prisión de 10 a 15 años y el homicidio culposo por su parte, con pena de uno a 4 años de prisión.

²⁹⁹ Un ejemplo de una de las excepciones de crímenes imprudenciales contenidos en el ER es el crimen de guerra de reclutamiento o alistamiento en las fuerzas armadas o de utilización en operaciones militares de niños menores de 15 años. Véase: artículo 8.2(b)(xxiv) y (e)(vii) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* y los artículos respectivos del documento Elementos de los Crímenes.

³⁰⁰ TENCA, Adrián Marcelo, *Dolo eventual*, Ed. Astrea, Argentina, 2010, pp. 3-4.

Por su parte el catedrático chileno Enrique Cury –y coincido con su opinión– es de la idea que el dolo y la culpa tienen consecuencias diferentes, es claro que hay que distinguirlos, pero no aludiendo precisamente a la disparidad de sus efectos jurídicos, sino a la causa de estos. Entonces el dolo se castiga con más severidad porque incluye –en cualquiera de sus formas- una voluntad que se endereza a la producción del resultado típico; la culpa es sancionada de un modo más benigno –o a veces queda sin sanción- porque carece de esta dirección voluntaria.³⁰¹ Esta opinión es muy parecida a la que ha dado el tratadista mexicano Rafael Márquez Piñero, quien resalta que a pesar de que en ambos casos –culpa consciente y dolo eventual- el agente se representa el resultado dañoso como posible, en el dolo eventual lo ratifica, lo quiere, lo acepta y en la culpa consciente no, más aún si estuviera seguro de la producción del resultado no proseguiría con su conducta ya que el agente abriga la esperanza de que el resultado lesivo no se producirá.³⁰²

La consideración antes expuesta se podría complimentar con la dada por el alemán Stratenwerth, quien señala que la diferencia entre dolo y culpa reside en la actitud fundamental del autor: quien obra con dolo se decide por la lesión del bien jurídico, mientras quien lo hace con culpa no.³⁰³ Roxin se adhiere en cierta parte a este sentir pues es de la idea de que quien se decide –aunque sea de un modo eventual- en contra del bien jurídico protegido, denota una actitud más hostil al derecho que quien confía –aunque negligentemente- en la no producción del resultado.³⁰⁴

³⁰¹CURY, Enrique, *Contribución al debate acerca del dolo eventual*, “Nuevo pensamiento Penal”, Argentina, 1975, p. 149-157

³⁰²MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal... op cit.*, p.301.

³⁰³STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, parte general. El hecho punible*, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, p. 94.

³⁰⁴ROXIN, Claus, *op cit.*, p.427

Así pues, el autor de un delito doloso lesiona no sólo un bien jurídico, sino también la norma que obliga a observar dicho bien jurídico. Un Derecho Penal que se muestra comprometido con los principios de protección de bienes jurídicos y orientación al autor, debe tomar en cuenta la distinta relación del autor de un delito doloso con la norma, que aquélla del autor de un delito culposo. Si se observa este punto desde la culpabilidad del sujeto activo junto con los fines de la pena, se tendría que atender a que respecto al autor doloso se requeriría de una transformación del mismo desde el punto de su relación con la norma; respecto al autor culposo se trataría sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión mayor de peligro.

Es opinión de la autora que quien dentro de sus planes incluye la realización de un tipo, reconocida por él como probable, sin que la misma lo disuada de su plan, se está decidiendo entonces *conscientemente*³⁰⁵ en contra del bien jurídico tutelado, actuando así dolosamente. *A contrario sensu*, en la culpa con representación el individuo es consciente del peligro que entraña su conducta y del posible desenlace dañoso que puede ocasionar, pero no acepta su resultado, tan no lo consiente que confía en sus habilidades personales para evitar el mismo, es decir, el sujeto realizará lo posible por evitar la lesión del bien jurídico. Por supuesto que si ocurre el resultado entonces le será reprochable su actitud negligente, pero con un reproche más atenuado que el doloso puesto que en el caso del actuar imprudente, el sujeto en ningún momento se ha propuesto ir en contra de bien jurídico alguno.

De acuerdo a lo anterior, la decisión de una probable lesión de bienes jurídicos que se presenta en el dolo, es lo que distingue al dolo eventual de la imprudencia consciente, por su contenido de desvalor, justificando así su más severa punición.

³⁰⁵Énfasis añadido.

Para esclarecer el punto anterior, se debe diferenciar un hecho probable, posible y previsible.³⁰⁶

3.3.2.1. Previsibilidad de un resultado: Probabilidad y posibilidad

La capacidad de “*prever*” del ser humano siempre está ahí. Todos “sabemos” que al conducir un automóvil, podemos tener un percance automovilístico y lesionar o matar a un tercero, es inherente al ser humano la capacidad de realizar un juicio de anticipación comúnmente conocido como “previsión”. No obstante, prever para el derecho penal, se basa más bien en la posibilidad, es decir, la previsión que se actualiza en el momento del hecho, no una simple previsión genérica. Esto quiere decir, que lo que se pena es la previsión cuando existe una “posibilidad” muy amplia de que lo previsto puede ocurrir, que puede llegar a pasar.

Algunos autores han considerado por lo menos tres formas de previsión: como probable (dolo eventual), como posible (culpa inconsciente) y como muy poco posible (culpa “con” previsión).

La diferencia entre culpa consciente y dolo eventual no está en que en el primero no se previó y en el segundo sí, sino en el grado de la previsión, esto quiere decir, que en la primera figura el resultado se ve como posible y en la segunda como probable. Ni en la culpa ni en el dolo eventual hay certeza de la consecuencia –ya que esto sería dolo directo–, sino “consciencia” (en dolo eventual) de que es probable que ocurra, mientras que en la culpa es “consciencia” de que es meramente posible que suceda el evento.

³⁰⁶ LANGON CUÑARRO, Miguel, *Dolo, culpa y ultraintención*, http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/langon_dolo-eventual-culpa-ultraintencion.pdf. fecha de consulta: 20 de junio de 2011.

a) Resultado posible

Hablar de un resultado posible es referirnos a un juicio humano anticipado de previsión a grado de posibilidad abstracta, en el cual el sujeto prevé el resultado como *remotamente probable*, pero sabiendo no obstante que a pesar de tener una “probabilidad” muy baja, puede llegar a materializarse.

En la culpa, la consecuencia es posible y prevista, difícilmente puede producirse, pues estadísticamente es poco probable que ocurra el resultado, toda vez que el sujeto confía en sus habilidades para evitarlo. Por dar un ejemplo de un evento “posible”, nos encontramos frente a aquél que conduce en estado de ebriedad, aunque lo haya hecho toda la vida sin consecuencias, “sabe” que puede matar a alguien como consecuencia de su estado, y tan lo sabe que conduce despacio, junto a la acera, deteniéndose en todas las esquinas, etc. No obstante, si en tal estado, produce el resultado fatal antes aludido, ello no privará al juez de procesarlo y eventualmente condenarlo.

b) Resultado probable

Se considerará un resultado probable aquél previsto por el agente, y además de “*alta apariencia*” de materialización. Con el vocablo probable se hace referencia un evento que estadísticamente puede ocurrir en un mayor grado, que aquél que solamente es posible.

3.4. Clases de dolo

Como se desprende del apartado anterior, no cabe duda de la presencia del elemento volitivo y el cognitivo en cada especie de dolo, en virtud de que es por estos elementos que se les otorga a cada una de las especies dolosas éste carácter. Hay que recordar que el dolo es el género y las distintas clases son la

especie, por lo cual estas deben de cumplir con los mismos requisitos que se exigen para el primero.

No obstante lo anterior, en las distintas clases de dolo, los elementos que lo conforman –conocimiento y voluntad- no tienen las mismas características, ni se presentan con la misma intensidad, este punto se explicará una vez tratadas las hipótesis dolosas existentes.

3.4.1. Dolo directo de primer grado

A esta especie se le considera el paradigma más perfecto del dolo, pues en ella concurren de modo inequívoco sus dos elementos constitutivos: el conocimiento y la voluntad.³⁰⁷

En este tipo de dolo, la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí mismo, aunque esto no excluye que además del resultado típico se persigan otros objetivos ulteriores de índole diversa, que mueven en última instancia al sujeto.³⁰⁸

Resulta indiferente si el agente considera la consecución del fin como segura o solo como posible, es decir, la intención se puede dirigir también a un fin, cuya consecución es incierta para el autor.³⁰⁹

³⁰⁷GRASSI, Adrián, *Reflexiones sobre el concepto del dolo*, “El derecho Penal, doctrina y jurisprudencia”, 2002, p.23

³⁰⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op cit.*, p.532; ROXIN, Claus, *op cit.*, p.418

³⁰⁹MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal... op cit.*, pp. 243-244.

3.4.2. Dolo directo de segundo grado

En esta clase de dolo el resultado típico se produce como consecuencia necesaria de los medios elegidos, abarcados por la voluntad del agente. La acción se dirige de manera decidida al delito y a pesar de que éste no es el propósito, deseo o pretensión del autor, aparece como algo que aunque no es deseado por el sujeto, está necesariamente ligado a lo querido por él. Si bien éste no quiere la realización del tipo, se da cuenta que evitarlo es incompatible con la acción puesta en marcha, es decir, el resultado aparece seguro para él³¹⁰. Es por esto que se exige un saber “actualizado” en la consciencia del sujeto, esto quiere decir que no basta un saber olvidado, o del que no fuera consciente el sujeto al momento de desplegar su conducta. Dicho saber se conjunta con la aceptación de las consecuencias necesarias y en este momento al concurrir conocimiento y voluntad es cuando se configura el dolo.

En esta especie de dolo las consecuencias son seguras o prácticamente seguras, pues su meta conduce necesariamente a dichos resultados, es por ello que éstas han de considerarse sin duda abarcadas por la voluntad del individuo.³¹¹

3.4.3. Dolo eventual

Remisión. Este tema será desarrollado en el siguiente capítulo.

³¹⁰JAKOBS, Gunter, *op cit.*, p.324.

³¹¹MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal... op cit.*, pp. 243-244.

Al haber tres especies de dolo diversas es necesario identificar la diferente intensidad con la que se presentan los elementos constitutivos –conocimiento y voluntad- en cada una de ellas, con el fin de robustecer la afirmación hecha respecto a que cada especie de dolo requiere de ambos elementos.

El dolo directo de primer grado incorpora ambos elementos con la máxima intensidad, destacando no obstante la voluntad de realización por parte del sujeto: su intención respecto al fin o fines perseguidos; en el dolo directo de segundo grado el elemento volitivo es menos fuerte o intenso -pues el sujeto no desea en el fondo el resultado pero lo asume en la medida que lo considera necesario para el logro del fin perseguido, por lo que también es querido- mientras que es decisiva la percepción que tiene de la situación –pues sabe que el resultado va unido de forma necesaria a su objetivo-; finalmente el dolo eventual: en éste se expresan con menor intensidad ambos elementos constitutivos, el volitivo –pues el sujeto no actúa con el querer a modo de “perseguir” o “buscar” el resultado que caracteriza a los otros tipos de dolo- y el intelectual –pues el sujeto ha previsto sólo como probable el acaecimiento del resultado-.

En conclusión, si se busca una definición unitaria de dolo, debe agregarse la dada por Roxin misma que comparto, quien considera que el criterio de la “decisión contraria el bien jurídico” describe todas las hipótesis de dolo, incluido el dolo eventual, y es el que marca la diferencia cualitativa con la imprudencia.³¹²

³¹²ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, band I*, München, 1997, p.63 citado por ROMEO CASABONA, Carlos María, *Sobre la estructura del dolo*, Ed. Ubijus, México, 2009, nota de pie numeral 102.

III. DOLO EVENTUAL.

Como se ha señalado anteriormente, el estudio del dolo eventual es sumamente complejo. Quizá no sería nuevo aludir al respecto que se trata de uno de los temas más difíciles de resolver para la dogmática penal, pues su delimitación siempre ha resultado problemática. Aunque dicha afirmación no resulte original, no deja de ser cierta.

En la doctrina Alemana se discute desde hace más de 150 años el concepto y criterios para determinar el *dolus eventualis*. Existe una innumerable cantidad de monografías y artículos acerca de este tema, así como abundantes “teorías” para distinguir entre el dolo y la imprudencia.³¹³

El dolo eventual supone el nivel más acentuado de debilitamiento de los dos elementos que componen al dolo en relación con las otras dos especies de dolo presentadas en el capítulo anterior, sin que ello implique su completa desaparición. El contenido del injusto en el dolo eventual es menor, porque aquí la consecuencia no fue propuesta ni se presentó como segura, sino que se abandonó al curso de las cosas.

Se está frente a la figura dogmática del *dolus eventualis*, cuando no puede decirse que el sujeto persiguió el resultado típico (dolo directo de primer grado) ni que sepa seguro o prácticamente seguro que van a tener lugar las consecuencias dañinas (dolo directo de segundo grado).

³¹³STRUENSEE, Eberhard, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, InDret: Revista per a l'Anàlisi del Dret, España, 2009, p.3.

En efecto, si el dolo eventual implica que el sujeto ha previsto tan sólo como probable, pero no segura, la producción del resultado, el conocimiento que tiene sobre la fortaleza de su acción respecto al resultado es menos firme, lo cual se trasladaría en igual intensidad al elemento volitivo. Al aparecer estos dos elementos en una intensidad no tan marcada, nos encontramos entonces en un espacio subjetivo que linda –y puede confundirse- con la imprudencia.

En el presente capítulo se tratará de manera separada esta figura dogmática pues resulta el punto toral de esta investigación.

Antes de adelantarnos a analizar el elemento subjetivo del hecho en el sistema de la CPI, resulta pertinente abordar al dolo eventual de una manera más profunda respecto a los otros dos tipos de dolo, presentando cuestiones como su origen, la problemática que ha habido para definir el concepto, hasta la dificultad probatoria que implica, con el fin de darle al lector un panorama amplio de las verdaderas razones por las que ésta figura fue creada en la dogmática, y de esta manera facilitar el análisis a realizarse en posteriores capítulos respecto a la adopción de ésta en el texto del Estatuto de Roma.

1. Problemática para su definición, diferentes puntos de vista

El definir la figura dogmática del dolo eventual siempre ha suscitado conflictos complejos para aquéllos que se ocupan de su estudio, ello debido en mayor parte a que es considerada como el límite existente entre la culpa con representación o consciente y el dolo.

Al ya haber sido objeto de este estudio, se recordará someramente que existen dos tipos de culpa: consciente e inconsciente. La primera de ellas se refiere a aquél supuesto en donde el individuo se representa el resultado prohibido y cree poder evitarlo, en cambio en la segunda, dicha representación se encuentra ausente.

La doctrina ha elaborado múltiples argumentaciones en el sentido de fijar limitantes claros y concretos entre las figuras de dolo y culpa, aún más en específico, en lo que versa sobre el dolo eventual y la culpa consciente, en el apartado anterior algunas de estas argumentaciones fueron presentadas. Es en virtud de esto, que se ha hecho imposible hablar de una sola definición de dolo eventual, constituyendo una de las tareas más arduas por resolver en el ámbito de la dogmática penal.

En cuanto a una definición de la figura, existen opiniones a lo largo del orbe, encontradas, otras completamente opuestas, o simplemente aquéllas con elementos comunes. Si hay algo de lo que no cabe duda, es de que se ha dado y se continúan dando críticas entre lo establecido por los diversos autores que se han pronunciado respecto al dolo eventual. Es por esto, que si bien constan criterios comunes, no es posible hablar de una unanimidad en la clasificación o denominación de las distintas teorías. A lo largo de esta investigación se efectuará una sistematización para efectos de facilitar el estudio de las diferentes posturas, la cual se presenta en párrafos posteriores.

1.1. Teoría del consentimiento

Se denomina teoría del consentimiento, y en el capítulo anterior fue colocada dentro del apartado de teorías monistas del dolo, en concreto dentro de las tesis volitivas, puesto que en ésta el autor se debe declarar conforme con la actualización del resultado, es decir, consentir o dirigir su voluntad hacia el resultado.

Ahora bien, esta teoría responde a lo que se conoce como la “primera fórmula de Frank”, la cual considera que el autor se representa el resultado como seguro. Entonces según esta fórmula, si se llega a la conclusión de que el individuo habría actuado aun considerando seguro el resultado, hay dolo eventual, si llega a la conclusión contraria entonces hay culpa con representación.

Por su parte Luzón Peña, en base a lo establecido por Frank, refiere que el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento de la eventual producción del hecho, aun cuando mediante una valoración objetivo-normativa se pueda restringir esta aceptación. Si el autor tiene una confianza mínima fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho, se excluye el consentimiento.³¹⁴ A su entender, el dolo eventual se articula primordialmente de dos datos subjetivos: la representación de un resultado probable y el asentimiento (consentimiento) o indiferencia de quien actúa respecto a un resultado no necesariamente querido. Así, hay dolo eventual cuando la convicción de la necesidad del resultado previsto como posible, no habría hecho que el sujeto se desistiera.

Otro de los propulsores de la teoría del consentimiento es Jiménez de Asúa, quien la ha denominado del acogimiento o de la ratificación, pues entiende que si bien el sujeto no desea el resultado obtenido, este ratificó su producción en última instancia. La diferencia con la culpa consciente radica en que en ésta el sujeto no ratifica el evento posible, o resultado, sino que más bien espera que por su habilidad o fortuna, el resultado no sobrevenga. Para éste autor el *dolus eventualis*, en principio no es ilícito, pero habiendo una representación de la posibilidad del

³¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Hispamer, Colombia, 1996, p. 426.

resultado lesivo es cuando existe una ratificación del mismo y consecuentemente un actuar doloso.³¹⁵

Fontán Balestra considera al dolo eventual como el escalón más bajo de la culpabilidad dolosa. En éste no sólo es suficiente el asentimiento del resultado, sino que también se requiere que el autor en última instancia lo acepte, excluyendo la posibilidad de que se considere que obra con dolo eventual quien cree que podrá evitar el resultado o quien habría detenido su actuar si hubiese pensado que el resultado iba a producirse.³¹⁶

Baumann por otro lado, manifiesta que a efectos de determinar la existencia del dolo eventual, no interesa el grado de probabilidad; lo que interesa es establecer si el autor aprueba el resultado representado como posible (o probable) y si, en caso necesario, está de acuerdo con él.³¹⁷

Nino concuerda con la fórmula de Frank, pues considera que los casos en los que la aplicación de esta fórmula nos lleva a concluir que el agente no consintió su acción, son aquéllos en los que no supo o no previó, ni siquiera como posibles las circunstancias relevantes para la descripción, o en los que no habría ejecutado el acto si hubiera advertido que lo que pensaba era meramente un riesgo,³¹⁸ así, se estaría frente a la figura de la imprudencia.

³¹⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *op cit.*, 367

³¹⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal, parte especial*, 2º ed., T. II, Argentina, 1995, p. 262

³¹⁷ BAUMANN, Jurgen, *Derecho Penal*, Ed. Depalma, Argentina, 1981, p. 240.

³¹⁸ NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Argentina, 1980, pp. 396-397

1.1.1. Críticas a la teoría del consentimiento

La teoría del consentimiento ha recibido fuertes críticas que se fortalecen principalmente en virtud de las discrepancias que presenta una vez aplicada. Los principales tratadistas inconformes con la aceptación de la mencionada teoría son los siguientes:

- a) Gimbernat Ordeig. Este autor objeta esta teoría pues la considera peligrosa y riesgosa, ya que en la práctica con ella se exige que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad, es decir, el juez debe situarse en lugar del imputado y plantearse lo que éste probablemente nunca se planteó y contestar por ese sujeto lo que probablemente nunca se contestó a una cuestión que probablemente jamás se planteó. Así, se estaría frente a una culpa con representación cuando el imputado parezca buena persona y dolo eventual en los casos en los que tenga aspecto de facineroso.³¹⁹

- b) Roxin. El eminente autor padre del funcionalismo, refiere que si se considera en forma estricta la teoría del consentimiento, el ámbito del dolo eventual queda muy restringido. Pues, el que el sujeto activo apruebe el resultado, lo afronte con indiferencia o lo lamente, sirve para dirimir el monto de la pena, pero no influye en el carácter doloso del hecho. Para que se conforme el elemento volitivo del dolo, basta con que el sujeto incluya en su plan el resultado, o en el caso del dolo eventual lo haya aceptado como una consecuencia necesariamente apegada a su plan y con ello, lo haya querido en el sentido de una decisión en contra del bien jurídico.³²⁰

³¹⁹GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del dolo eventual, "Nuevo pensamiento penal"*, año 1, nro. 1, enero-abril 1972, Ed. Astrea, Argentina, 1972, 365.

³²⁰ROXIN, Claus, *op cit.*, p.431.

- c) Cocoy Bidasolo. Encuentra en la consideración de que “el querer” sea esencial en la teoría del consentimiento una gran contradicción, pues refiere que la exigencia de un momento volitivo respecto al resultado lesivo en el dolo eventual, lo convierte en una subespecie de dolo directo de primer grado.³²¹
- d) Mir Piug. Rechaza la teoría del consentimiento, ya que la considera contradictoria con la función de protección de los bienes jurídicos que le compete al Derecho Penal. Si bien esta teoría afirma la existencia de dolo eventual en supuestos en los que el autor no se opone interiormente al resultado, se estiman solamente culposas conductas extremadamente peligrosas, cuando el autor pese a ser consciente del peligro que se enfrentaba, deseó la producción del resultado.³²²

En opinión de la autora, la teoría del consentimiento básicamente establece que actúa dolosamente –con dolo eventual- el que a pesar de representarse una alta probabilidad de la producción del resultado lesivo, continúa con la ejecución de la conducta típica, consintiendo así la materialización de los elementos objetivos del tipo. *A contrario sensu*, actúa de manera culposa –con culpa consciente- aquél que considera la realización de las consecuencias dañinas meramente posibles, y despliega la conducta. Lo que distingue éste actuar con el doloso, es que en la imprudencia, el individuo si bien continúa con la realización de la conducta, lo hace “confiando” en que no se producirá el resultado típico, a pesar de que es posible.

Como se puede observar, la línea que separa entonces al dolo eventual de la culpa consciente según los propulsores de esta teoría, es sumamente delgada. Es por ello, que coincido con la opinión dada por Gimbernat Ordeig, en relación al riesgo

³²¹CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *op cit.*, p. 50.

³²²MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal... op cit.*, p. 267.

que implica la utilización de la misma, ya que asumirla conlleva una dificultad probatoria de enorme magnitud.

1.2. Teoría de la representación

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, esta teoría a diferencia de la precedente supone solamente un elemento como presupuesto del dolo: el cognitivo. En consecuencia, sostiene la presencia del dolo eventual en los casos en los que el individuo se *representó*³²³ el peligro que importaba su conducta como posible y probable.

Esta teoría ha sido dividida doctrinariamente en: teoría de la posibilidad y teoría de la probabilidad. Para efectos del estudio del dolo eventual, a pesar de que en el apartado anterior si se distinguió, se aunarán ambas bajo el título común de teoría de la representación, pues a consideración de la autora, la diferencia entre las dos primeras es tan sólo de matices.

Zielinski como propulsor de esta teoría refiere al actuar doloso como aquél efectuado por quien se decide a favor de su proyecto de acción, en conocimiento de un riesgo. No obstante, no es cualquier tipo de riesgo, pues distingue entre riesgo tolerable -que es propio de la culpa con representación- y riesgo no tolerable -propio del dolo eventual-. Asevera que cuando el autor no está seguro de la realización del tipo, considerándolo sólo posible y actúa, crea con su actuar un riesgo intolerable, estando así frente a la figura del dolo eventual.³²⁴

³²³Énfasis añadido.

³²⁴ZIELINKSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia*, traducido por Sancinetti, Ed. Hammurabi, Argentina, 1990, pp.83-90

Por su parte Sancinetti, enfatiza en el alcance de la norma, esto quiere decir, que toda disposición penal tiene un límite a partir del cual la norma prohíbe la elevación del riesgo. La diferencia entre la culpa y el dolo eventual se fundamenta en la elevación del riesgo y el riesgo permitido, cuando el riesgo admitido por el autor es un riesgo alcanzado por la norma, hay dolo.³²⁵

El autor alemán Günter Jakobs, es de la opinión de que lo importante es que el autor haya hecho un juicio válido y por ende no basta el mero pensar en la posibilidad del resultado. Así, este autor considera que cuando el sujeto realiza un juicio estamos frente al dolo eventual y si solamente existió un pensamiento u ocurrencia sin cualidad de juicio entonces estaríamos frente a la culpa consciente.³²⁶

El jurista español Enrique Bacigalupo, deja de lado las teorías de la voluntad y asevera que obra con dolo eventual el que actúa sabiendo que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables. Es por esto que para distinguir entre dolo eventual y culpa, el español, solamente acepta la figura de la culpa inconsciente, pues en ésta el sujeto no tuvo ese conocimiento.³²⁷

1.2.1. Críticas a la teoría de la representación

Herzerberg considera erróneo que algunos autores a pesar de que se proclaman seguidores de la teoría de la representación, muestran una clara predisposición a

³²⁵SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2005, pp.197-210

³²⁶JAKOBS, Günter, *Derecho Penal parte general*, fundamentos y teoría de la imputación, traducido por Cuello Calón, Ed. Marcial Pons, España, 1997, p.326.

³²⁷BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal parte general*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999, p. 324.

negar el dolo cuando el riesgo es de escasa entidad, mientras que si el riesgo es elevado, tienden de un modo casi inmediato a afirmarlo.

Por su parte, Mir Piug puntualiza que la teoría de la probabilidad tiene una dificultad práctica en los casos en los que dicha probabilidad no es ni muy elevada ni muy pequeña. Es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidad. Además sostiene que para afirmar la existencia del dolo también se requiere de voluntad, pues el conocimiento de la peligrosidad que extraña la conducta también se presenta en la culpa consciente.³²⁸

Mezger, considera que la teoría de la representación fracasa teniendo en cuenta que por un lado, algo considerado como *muy probable*³²⁹, puede a veces no ser *querido*,³³⁰ un ejemplo de esto es una operación muy compleja que el médico evaluó como único recurso para salvar la vida del paciente, pues en este caso, el médico desea salvar la vida del paciente, a pesar de que haya un riesgo elevado de que el paciente pierda la vida. El mismo tratadista refiere que se puede aspirar a algo que se estima *improbable* y que sin embargo sea *querido*. Como ejemplo presenta a aquél estafador que piensa que su víctima puede darle más dinero de lo esperado según el plan, es decir, esa ganancia se torna *eventualmente querida*. Según el jurista alemán, todo lo anterior pone de manifiesto que lo decisivo no es la representación, sino la voluntad.³³¹

Es opinión de la autora que como bien señalan Mir Piug y Mezger, la voluntad es indispensable para la configuración del dolo, pues si solamente atendemos a la mera representación, en primer lugar tendríamos que negar la distinción entre culpa

³²⁸MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal... op cit.*, p. 268.

³²⁹Énfasis añadido.

³³⁰Énfasis añadido.

³³¹MEZGER, Edmund, *Derecho Penal parte general*, Cárdenas editores, México, 1980, p. 232.

consciente e inconsciente, ya que en la primera existe una representación por parte del agente, y no habría caso distinguir entonces entre ésta y el dolo eventual.

Por otra parte, no concuerdo con el parecer de los autores que distinguen la culpa del dolo en base a la elevación del riesgo. No obstante, aunque no lo tomaría como un criterio para distinguir entre ambas figuras, considero que la elevación del riesgo sí podría ser utilizado como criterio base para que el Juez efectúe una valoración de los conocimientos ontológicos y nomológicos objetivos y subjetivos que tenía el autor a la hora de desplegar su conducta. Esto, con el fin de distinguir si el sujeto pudo percibir que podía evitar el resultado o no, y así saber si hubo intención – dolo- o no –culpa-.

1.3. Teoría de la indiferencia, del sentimiento o de la motivación.

Esta teoría basa la existencia del dolo eventual en la actitud interna del autor que aprueba interiormente el resultado probable o se muestra indiferente frente a él.

Uno de los juristas que apoya esta teoría es el argentino Ricardo Nuñez, quien refiere que al ser el resultado una probabilidad y no un hecho cierto para el individuo, y aunque esté ligado al objeto de su querer, no está en el ámbito de ese querer. Señala que el individuo que no quiere el delito, sólo obra con dolo frente a la eventualidad o probabilidad, si se decide a cometer la conducta con un ánimo reprobable. Éste, según el jurista, no es otra cosa sino el simple estado anímico de la sola indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito.³³²

³³²NUÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino parte general*, ed. Bibliográfica Omeba, Argentina, 1965, p.58.

Engisch desarrolló esta teoría entendiendo que hay dolo eventual cuando el individuo da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y no cuando considera indeseables esas consecuencias, y tiene así la esperanza de que no se produzcan.³³³

1.3.1. Críticas a la teoría de la indiferencia o sentimiento.

Bustos Ramírez considera que esta teoría impulsa el llamado “derecho penal de autor”, pues considera que ésta deja abierto el camino para que la práctica judicial manifieste que actuó con indiferencia el mal ciudadano y no el buen ciudadano.³³⁴

Zugaldía Espinar³³⁵ es partidario de la tesis de Roxin, que considera al dolo como la decisión en contra del bien jurídico, por lo cual resalta que la graduación del dolo o la imprudencia no puede depender de los sentimientos que experimente el autor, sino que de la entidad de la decisión que tome éste.

Por mi parte, debo agregar que sucede igual que con la teoría de consentimiento, la cual resulta claramente riesgosa, pues pone al A quo en una posición en que tiene que presumir elementos internos del sujeto activo en base a valoraciones totalmente subjetivas. Más aún, en este tipo de teorías, a diferencia de las valoraciones hechas para presumir si el sujeto consintió o no el resultado, resulta más relativo y difícil realizar una presunción de si el individuo tenía un estado anímico reprochable.

³³³ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, citado por ROXIN, *op cit.*, p. 432.

³³⁴BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op cit.*, p.240

³³⁵ZUGALDÍA ESPINAR, José, *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, citado por TENCA Adrián Marcelo, *op cit.*, p. 73.

1.4. Postura

Siguiendo la tendencia de autores como Roxin, Wezel y Mir Piug, los cuales han impulsado la escuela de teorías mixtas o eclécticas, es que presento lo que a juicio de esta autora es la propuesta más aceptada para definir dolo eventual, y para distinguirlo de la culpa.

Tal y como se expresó en el capítulo anterior, en cualquier tipo de dolo, llámese dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado o dolo eventual, debe coexistir tanto el elemento cognitivo como el volitivo. Éste es el motivo principal por el que se descartan las tesis antes propuestas.

Actúa con dolo eventual quien incluye en la realización de su plan no solo la posibilidad sino además la probabilidad de cumplir con un tipo penal, y ello no lo disuade de su conducta, pues de esta manera el sujeto se ha decidido conscientemente en contra del bien jurídico. Si por el contrario, este individuo hubiese tenido la confianza en sus capacidades para evitar el resultado, entonces estaríamos frente a la figura de la culpa, ya que de esta forma el autor en ningún momento se decidió en contra del bien jurídico, mereciendo así solamente el reproche a título de culpa.

En el dolo eventual, a pesar de que el sujeto activo cuenta con la probabilidad de realización del tipo, se dice que consiente esta realización, pues aunque la conoce sigue actuando para alcanzar su fin, es decir, se resigna a la eventual configuración del delito, se conforma con ella. Así, en el dolo eventual hay un *querer* –necesario junto con el conocimiento para cualquier tipo de dolo- pero este querer se presenta con una menor intensidad que en otras especies de dolo. El querer en el dolo eventual es un *conformarse con*, un *aceptar*, que requiere mucho menos que

un desear, perseguir, o incluso aprobar o consentir con agrado. Quien toma en serio la probabilidad del hecho prohibido, en el sentido que no lo descarta, acepta necesariamente dicha probabilidad si realiza la conducta peligrosa.

Es importante distinguir entre *contar con* la producción del resultado y *confiar en* que éste no se produzca, ya que estos conceptos son excluyentes uno del otro. En el primero, el autor tiene una simple *esperanza* de que el resultado no se concrete, sin embargo no *confía* en que ello no suceda, puede *esperar* pero no *confiar*. Esta precaria esperanza no excluye el dolo.³³⁶

En conclusión, hay dos elementos a mencionarse que conforman el dolo eventual, a saber: la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo delictivo en el curso de los acontecimientos y la seria consideración de un peligro por parte del agente, a esta última se suma que el autor se conforme con la realización del tipo.³³⁷ Por lo anterior, se entiende que el autor con el fin de alcanzar su meta –no necesariamente la comisión de un delito- al asumir la realización del tipo y soportar el estado de incertidumbre existente al momento de la conducta que esta conlleva, “se decide” en contra del bien jurídico.

³³⁶ROXIN, Claus, *op cit.*, pp. 424-430; WEZEL, Hans, *op cit.*, p.100.

³³⁷JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por José Luis Manzanarez Samaniego, Ed. Comares, España, 1993, p. 246.

IV. *MENS REA* EXIGIDO POR LA CPI.

Tras la exposición de dogmática penal presentada en el capítulo anterior, a continuación procedo a aterrizar los conceptos señalados en el sistema de la propia Corte Penal Internacional.

Considerando que el Estatuto de la CPI sostiene el principio de culpabilidad como presupuesto de responsabilidad y que el concepto de *mens rea* a aplicarse por los órganos del Tribunal ha sido aplicado casi en exclusiva por sistemas penales de justicia de corte romano germánico –l régimen de la CPI está fundado en nociones y principios que no son familiares a los países de *common law* y está basado en vocablos que son completamente ajenos a juristas de corte anglosajón³³⁸–, cobra relevancia el estudio conjunto del derecho penal sustantivo del Estatuto y la larga tradición del Derecho Penal de corte germano.

En tal virtud, esta investigación se identifica con los principios rectores de dogmática penal alemana como marco teórico de análisis. En consecuencia, en las próximas líneas se emprenderá el estudio de lo que en la tradición romano germánica se denomina “elemento subjetivo del hecho”, a partir de conceptos como dolo y culpa.

Basta tener en cuenta las divergencias existentes en la doctrina penal y entre los sistemas jurídicos del mundo para apreciar las dificultades inherentes a la empresa de intentar conseguir definiciones precisas y conceptos del elemento de intencionalidad adoptado por la CPI. Esta dificultad se pone de manifiesto en la

³³⁸La influencia de percepciones anglosajonas respecto al elemento subjetivo del hecho han influido en Derecho Penal Internacional sobretodo a través de decisiones del TPIY y dichas percepciones no tuvieron el mismo grado de influencia en las resoluciones del TPIR. Respecto a la CPI y al *mens rea*, unas de las influencias sustanciales de estos sistemas ha sido en relación al crimen de asesinato, tanto como Crimen de Lesa Humanidad como Crimen de Guerra, pues se tomaron precedentes que permiten sancionar al perpetrador del crimen que quería causar daños corporales graves a sabiendas de que se causaría muerte del sujeto pasivo en el curso normal de los acontecimientos. Véase: VAN DER VYVER, Johan D., *The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 12, 2004, p.59.

renuncia de los relatores del Estatuto a la tarea de establecer conceptos fijos como dolo, culpa, *recklessness*, entre otros en el propio texto del tratado.

A lo largo de este capítulo, trataré de demostrar cómo, aparte de algunas observaciones y críticas conceptuales previas, las personas que acordaron la versión final del Estatuto de Roma, si bien no incluyeron una definición expresa de dolo o de imprudencia, no construyeron el dolo referido en el artículo 30 del tratado, únicamente a partir de elementos cognitivos, como se podría sugerir a primera vista. Al contrario, en la presente investigación intentaré demostrar que en el texto del tratado se puede apreciar la exigencia de dos elementos subjetivos referidos al tipo, basados tanto en aspectos intelectuales como volitivos, que son de primera magnitud y sin los cuales el tipo respectivo no podría completarse.

Considero de suma importancia antes de probar que el Estatuto de Roma adopta un sistema dualista de dolo, señalar que el *mens rea* en los crímenes internacionales es un tema que se ha discutido por años, incluso antes de que la CPI entrara a la escena internacional. Este asunto fue tratado con anterioridad por diversos tribunales penales internacionales, al ser éstos antecedente directo de la CPI, consideramos menester por lo menos referirnos al estudio del tema por parte de éstos órganos con el fin de percatarnos someramente como es que fue desarrollada esta cuestión.

1. Antecedentes del elemento subjetivo en crímenes internacionales

La punibilidad según el Derecho Penal Internacional exige como presupuesto una determinada actitud interna del autor al momento de la materialización los elementos externos del crimen. Esta exigencia se encuentra contenida en la fórmula *actus non facit reum, nisi mens sit rea* (un acto no hace al autor culpable a menos que haya una intención criminal).

La exigencia antes referida es relativa a la imputación subjetiva y es generalmente reconocida en todos los órdenes jurídicos del mundo, a pesar de que el grado de énfasis en la culpabilidad como elemento esencial de la responsabilidad penal y como una consideración decisiva para establecer la naturaleza y severidad del castigo ha sido también un factor que diferencia a los sistemas jurídicos anglosajones³³⁹ de los de corte romano-germánico.

En los estatutos que regulan la actuación de los tribunales que precedieron el sistema de la Corte, -Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de Tokio, o los Tribunales *ad hoc*- no se acostumbró contener una disposición general acerca de los requisitos del aspecto subjetivo del hecho³⁴⁰ como el artículo 30 del Estatuto de Roma, pues los presupuestos subjetivos de punibilidad se encontraron más bien en los propios tipos penales, un claro ejemplo es el tipo de genocidio en el Estatuto del TPIY en cual refiere expresamente “intención de destruir a un grupo [...]”.

El TPIY, ha sostenido que es principio general de derecho, el hecho de que para la realización de los elementos materiales del crimen deba necesariamente concurrir un elemento subjetivo, esto fue pronunciado en el caso *Mucic*.³⁴¹

En Derecho Penal Internacional se han desarrollado de manera distinta los presupuestos subjetivos,³⁴² es decir, cada tipo penal exige un elemento subjetivo diverso: En algunos crímenes se exige la voluntad dirigida a un fin conjuntamente con el conocimiento de los elementos objetivos; en otros casos basta con la mera imprudencia o *recklessness*; existen supuestos en los que se exige un *general intent*

³³⁹ Los sistemas penas de los Estados con órdenes jurídicos de corte anglosajón están menos comprometidos a la fórmula “*no liability without fault*” que los sistemas de *civil law*.

³⁴⁰ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p. 188

³⁴¹ TPIY, *Fiscal vs. Mucic et al.*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 424

³⁴² CASSESE, *International Criminal Law*, Ed. Oxford, Gran Bretaña, 2003, p.159

o dolo genérico y algunos más en los que es requisito un *specific intent*³⁴³ o *dolus specialis*.³⁴⁴

2. Dolo genérico en el sistema de la CPI

El sistema de la CPI intenta armonizar las exigencias del *mens rea* presentadas por los diferentes Tribunales Internacionales que la preceden y por los diversos ordenes jurídicos del mundo, con la inclusión de un artículo en el Estatuto de Roma que habla del elemento de intencionalidad –o dolo genérico– aplicable a todos los crímenes de competencia de la Corte, “salvo disposición en contrario”: El artículo 30 del tratado que a la letra refiere:

Artículo 30: Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
 - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
 - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.

Como se desprende de la lectura del citado ordinal, se erigen como pilares fundamentales del elemento subjetivo del hecho exigido por el Estatuto de Roma el aspecto cognitivo y el volitivo, esto se colige en virtud de la frase “intención y conocimiento” contenida en el artículo. A lo largo de la presente investigación, éste

³⁴³ *Ibidem*, p. 167.

³⁴⁴ Como ejemplo se puede observar el crimen de apartheid, que debe ser cometido con “la intención de mantener un régimen racista”; el crimen de desaparición forzada de personas requiere que la aprehensión, detención o secuestro de la víctima haya sido ejecutada con “la intención de dejarlas fuera de amparo de la ley”; el crimen de guerra de matar o herir “traición” a un combatiente adversario también implica la intención de que el enemigo baje la guardia para posteriormente atacarlo.

elemento subjetivo se ha interpretado como la comisión dolosa del hecho, pues se ha acogido el punto de vista de la dogmática penal alemana. En igual sentido, se realizará la interpretación del artículo 30 del ER, el cual se tomará en adelante como “dolo genérico” más que como “elemento de intencionalidad”.

A continuación se demostrará que el dolo genérico exigido por el tratado internacional, constriñe la presencia de los dos elementos que conforman el dolo, ello en consonancia con la conclusión dada en el capítulo precedente.

3. Las teorías monistas de dolo son incompatibles con el Estatuto de Roma

Las teorías cognitivas se basan en su mayoría en un sector de la doctrina alemana que encuentra sustento en el derecho penal positivo germano, pues el Código Penal alemán no refiere explícitamente la referencia a la voluntad del sujeto en su definición de la tentativa y en la atenuación de la responsabilidad o exculpación en el caso de falta de comprensión grave por parte del sujeto, sino más en aspectos cognitivos. Hay que distinguir que esto no sucede en el cuerpo normativo que regula las actuaciones de la CPI, en otras palabras, el Estatuto de Roma prevé tanto el elemento intelectual como volitivo al hablar tanto de tentativa como de error de tipo.

A continuación se analizarán las figuras antes referidas, -error de tipo y tentativa- tal y como son previstas por el Estatuto de Roma, a fin de demostrar que el sistema de la CPI adopta una teoría dualista de dolo.

3.1. Error de tipo

Se habla de *error de tipo*³⁴⁵ cuando la falta del autor recae sobre uno de los elementos objetivos del tipo. Éste tratamiento de error de tipo, tiene su origen en lo que constituye una de las piedras angulares de los sistemas de justicia penal alemán o español: cada elemento del tipo objetivo debe ser cubierto por el tipo subjetivo del

³⁴⁵ Énfasis añadido.

delito de que se trate. De manera que un error de ésta especie excluye la intención o el dolo del agente y en los sistemas antes mencionados esta situación podría clasificarse como imprudencial si el autor incurrió en el error a pesar de haber actuado con el cuidado que le era exigible. Entonces, el sujeto no podría ser penalmente responsable por el resultado.³⁴⁶

En el caso del sistema de la CPI, el análisis de la figura del error de tipo se vuelve imprescindible, pues si la regla general es la ausencia de sanción para delitos imprudentes, entonces cuando las salas de la CPI se enfrenten a un caso de error de tipo, no se calificaría éste en segundo término como imprudencia, sino que el individuo sería eximido de su responsabilidad penal.

De la lectura del artículo 32 del tratado, relativo al error de hecho y de derecho, se desprende que éstos solamente excluyen la responsabilidad penal del individuo, cuando llegan a eliminar el elemento de intencionalidad requerido para los crímenes de competencia de la Corte.

Resulta aplicable lo dispuesto por el siguiente ordinal:

Artículo 32:

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

4. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.³⁴⁷

³⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco *et al.*, *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, España, 1998, p.270.

³⁴⁷ Artículo 32, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

El texto del numeral antes citado nos muestra una remisión directa al artículo 30 del ER, referente al elemento de intencionalidad requerido para todos los crímenes de competencia de la Corte, compuesto por intención y conocimiento. De manera tal que si el error de tipo –sea de hecho o de derecho- no elimina tanto voluntad como conocimiento de la conducta, circunstancias y de las consecuencias dañinas que esta conlleva, el sujeto será penalmente responsable.

3.2. Tentativa y desistimiento

La tentativa implica la ejecución de la conducta por parte del agente con el fin de obtener el resultado típico, pero que por causas ajenas a este no se consuma finalmente.

El castigo de la tentativa varía dependiendo el sistema de justicia penal de que se trate. Algunos sistemas nacionales sancionan la tentativa y la consumación de delito con la misma pena, puesto que consideran que el autor tiene idéntica intención de cometer el delito en ambas.³⁴⁸ Por otro lado, existen aquéllos sistemas que prevén una pena más leve para la tentativa, pues consideran que el daño causado es inferior cuando el resultado típico no se ha producido.³⁴⁹

El sistema de la CPI sí pena la tentativa, esta afirmación se desprende de la lectura del artículo 25 del ER.³⁵⁰ Si bien el aludido numeral no refiere expresamente

³⁴⁸ Estos sistemas consideran que si bien las normas penales son mandatos o prohibiciones dirigidos a la consciencia de los ciudadanos, el desvalor ocasionado por su infracción entonces es el mismo, con independencia de si se consuma o no el delito. Véase: QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ed. Aranzadi, 3ªed., 2002, p.591.

³⁴⁹ *Ibidem*, p.592.

³⁵⁰ “Artículo 25: [...]3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

...

lo que significa tentativa, se colige del inciso f) del mismo un concepto de esta, siendo el que sigue: tentativa significa intentar cometer un crimen mediante actos que supongan un paso importante en su ejecución, aun cuando el crimen no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Mención especial merece la necesaria concurrencia de los elementos volitivo y cognitivo en la tentativa. Jamás se podría hablar de una tentativa culposa, pues simple y sencillamente la naturaleza de la tentativa exige que, ya sea en menor o mayor grado de intensidad, el sujeto acepte, consienta o quiera y además se represente, sepa o esté consciente de la posibilidad de que la conducta a realizar desencadenará –por lo menos probablemente- en la lesión de un bien jurídico tutelado por la norma penal.

La única excepción en la que no se pena la tentativa en el sistema de la CPI, es cuando el sujeto activo renuncia de manera íntegra y voluntaria al propósito delictivo. Bajo esta tesitura, quedan descartadas las teorías cognitivas, toda vez que se demuestra la importancia que tiene el elemento volitivo: el sujeto a sabiendas de que su actuar puede causar la lesión del bien jurídico, decide encaminar el proceso causal hacia la renuncia de la conducta delictiva, evitando así el resultado criminoso y consecuentemente la concurrencia del elemento de intencionalidad exigido por la CPI, razón misma por la que de acuerdo al artículo 25 inciso f) no podría ser penado.

*b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o **en grado de tentativa**;*

*c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión **o la tentativa de comisión del crimen**, incluso suministrando los medios para su comisión;*

*d) Contribuya de algún otro modo en la comisión **o tentativa de comisión** del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.*

....

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

4 .El ER es compatible con las teorías dualistas del dolo: análisis del artículo 30 del ER

4.1. Exigencia de “intención y conocimiento”

El artículo 30 del Estatuto de Roma, exige que los elementos materiales de los tipos penales previstos por el tratado, se lleven a cabo con “intención y conocimiento”,³⁵¹ fijando así una distinción entre presupuestos cognitivos y volitivos de la punibilidad, cuya concurrencia cumulativa en la comisión del hecho es en todo caso el fundamento de la punibilidad.

La fórmula “*intent and knowledge*” fue objeto de debate en las negociaciones de Roma. Fue por obra de Francia que se impuso el término “*and*” en lugar del término “*or*” previsto en el proyecto. Resultando entonces “intención y conocimiento”, en lugar de “intención o conocimiento”. Los anteriores elementos representan una exigencia del *mens rea* para la imputación de una persona, pues así lo señala de manera expresa el texto estatutario, significando no otra cosa más que ambos elementos no son optativos sino que necesariamente deben concurrir.³⁵²

La aplicación del elemento de intencionalidad requerido por el artículo 30 es regla general que cuenta con ciertas excepciones, esto se desprende no solo del texto del citado numeral, pues refiere expresamente el enunciado “salvo disposición en contrario”, sino también de la introducción del documento Elementos de los Crímenes,³⁵³ el cual hace mención de la aplicación directa del dolo genérico del

³⁵¹ SALAND, Per, *The International Criminal Court: The making of the Rome Statute*, Ed. Roy S. Lee, Suiza, 1999, p. 205.

³⁵² ONU, Reporte de la Comisión Preparatoria II para la creación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1996, p. 92.

³⁵³ Doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, *Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional*, 2000; Los Elementos de los Crímenes, o anexo B del ER es un documento elaborado por la Comisión Preparatoria y aprobado por la Asamblea de los Estados partes. Deben “ayudar” a la CPI en virtud del art. 9 solamente en la interpretación; ellos no poseen, por tanto, un efecto vinculante directo; antes bien, su compatibilidad con el Estatuto ha de ser examinada por la CPI. Fueron aprobados en primera lectura en la tercera sesión del PrepCom (29.11.-17.12.1999); Es importante señalar que el artículo 2 de la Convención de

artículo 30 siempre y cuando el propio documento no prevea una regulación expresa diversa acerca del aspecto interno del hecho. Es por ello que sería incorrecto, o más aún limitado, remitirse solamente al *mens rea* referido en el artículo 30 en toda situación. Lo correcto es atender igualmente a todas las fuentes aplicables al sistema de la CPI –artículo 21 del ER-, para comprobar si existe alguna disposición en contrario aplicable.

Como se ha puesto de relieve anteriormente, el Estatuto es la fuente reina por excelencia que rige las actuaciones de la Corte, y tal y como refiere el artículo 21(1)(a)³⁵⁴ del mismo, si el documento de Elementos de los crímenes en determinada cuestión contradijera el texto del Estatuto, deberá primar a toda costa lo que disponga el tratado, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 9(3)³⁵⁵ del tratado. No obstante, la cláusula “salvo disposición en contrario” evidentemente da cabida a ocasiones en que no será obligatoria la concurrencia de la intención y el conocimiento para efecto de acreditar el elemento subjetivo del crimen, si existe alguna disposición en las fuentes de la CPI que así lo prevea.

4.1.1. Intención

Lo primero por aclarar, es que la intención no se refiere a la voluntad específica de cometer un crimen, sino a la intención de provocar los elementos materiales del crimen en cuestión.

En general, por intención se entiende al elemento volitivo del dolo. En el Estatuto de Roma la comprensión amplia de la intención encuentra sostén en el

Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 admite la existencia de documentos conexos que integren un mismo “tratado”. Por su parte el artículo 31 de la misma Convención refiere que los anexos de un tratado por regla general, son obligatorios al mismo título que el texto del tratado.

³⁵⁴ “1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;[...]”

³⁵⁵ “3. Los Elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.”

artículo 30, el cual concibe al “*intent*” también de manera cognitiva.³⁵⁶ Todo esto parece favorecer la posición de las tesis cognitivas, indicando a primera vista que el dolo se configura por el conocimiento del riesgo de la conducta para la producción del resultado.³⁵⁷

El artículo 30 hace una clara distinción entre la intención respecto a la conducta y en relación a las consecuencias de dicha conducta. Para ese fin establece el apartado a) y el b) dentro del texto del numeral. Hay que distinguir de manera cuidadosa entre la conducta, sus efectos y consecuencias, pues “querer” la conducta y “querer” el resultado, son cuestiones diversas.

Un claro ejemplo de esto es el caso de asesinato como crimen de lesa humanidad mediante el disparo de un arma de fuego: el artículo 30(2) del Estatuto de Roma –referente a la intención del sujeto- al establecer dos apartados crea la obligación de analizar el elemento volitivo desde dos vertientes distintas: la primera sería que el sujeto activo apriete el gatillo de manera voluntaria –en relación a la conducta- y la segunda que el sujeto dirija su voluntad a que la víctima sea alcanzada por la bala y muera –en relación a la consecuencia-. A a cada una de estas les rigen requisitos subjetivos distintos.³⁵⁸

A continuación analizaremos, es el elemento volitivo exigido por el Estatuto de Roma a la luz de la distinción efectuada por el propio texto del tratado.

³⁵⁶ Artículo 30 (2)(b), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

³⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 8° edición, Ed. B de F, España, 2002, p. 255; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal, parte general*, 4° ed, Ed. Akal/lure, España, 1997, p. 227.

³⁵⁸ No obstante, en este ejemplo la autora es de la opinión de que se debe distinguir entre crímenes de conducta o crímenes de resultado, el asesinato como crimen de lesa humanidad es un crimen de resultado implícito, pues se busca como resultado la muerte del sujeto pasivo.

4.1.1.1. En relación con la conducta típica

El apartado 2(a) del artículo 30 del ER, refiere que será penalmente responsable aquél que “se proponga incurrir” en la conducta descrita en el tipo penal, exigiendo de esta manera que la voluntad de actuar envuelva la conducta.³⁵⁹ Con lo anterior se acentúa el elemento volitivo del dolo, pues de una interpretación teleológica del texto del artículo, es imposible señalar que “se propone incurrir en la conducta” aquél que solamente conoce de ella, tal y como sostienen las tesis cognitivas. El texto del apartado 2(a) en comento exige la presencia de la “voluntad” en *stricto sensu*, pues aunque es innegable la concurrencia del elemento intelectual –ya que no se puede querer lo que no se conoce–, este apenas representa el punto de partida para que el actor del crimen pueda plantearse entonces la ejecución de su conducta, demostrando con este planteamiento que “pretende” o “quiere” dirigir su voluntad hacia la consecución de la misma.

Respecto a esta situación nacen dos interrogantes: ¿ésta acentuación del elemento volitivo ha de traducirse en una obligatoriedad de que haya intención, entendida esta última como *dolus directus* de primer grado? Y por otra parte ¿Se debe entender entonces que la realización de la conducta debe ser la meta de la acción del autor?

Si bien el texto en inglés, francés y castellano de la disposición analizada, habla a favor de una respuesta afirmativa a la primer pregunta, ésta es sin embargo problemática, pues acorde a la doctrina generalizada, cuando hay intención en el sentido de un *dolus directus* de primer grado debe haber regularmente un resultado determinado.³⁶⁰

Aunado a lo anterior, es difícil pensar en un acto intencional dirigido finalmente, si el autor no persigue un fin concreto, sino solamente una actividad determinada, sin

³⁵⁹ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p.193

³⁶⁰ ROXIN, Claus, *op cit.*, p. 415; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, op cit.*, pp. 243-244.

embargo ello no resulta imposible, pues puede darse la comisión intencional de un delito de actividad solamente.³⁶¹ A *contrario sensu* de los delitos de resultado, la intención no se refiere en estos casos a la consecuencia deseada, sino a la actividad en sí.

En el contexto de los crímenes de competencia de la CPI, existen delitos de mera actividad previstos en el ER: en un conflicto armado internacional, un soldado puede emplear veneno o armas envenenadas³⁶² de modo intencional, si él quiere justamente este empleo; y este acto queda comprendido dentro del apartado 2(a) del artículo 30 –“proponerse incurrir en la conducta”–, sin importar si este soldado se propuso una determinada consecuencia o resultado, pues lo único determinante para que le sea imputado este crimen, es que él se haya propuesto la actividad prevista por el artículo 8 (2)(b)(xvii) del Estatuto de Roma, es decir, el tipo penal no refiere expresamente que el autor de delito haya querido o deseado la muerte de alguien al emplear veneno o armas envenenadas, consecuentemente, no puede hacerse extensiva la obligación de acreditar el dolo respecto a un elemento que ni siquiera se encuentra previsto por el tipo penal.

Otro ejemplo de un crimen de actividad previsto por el tratado, es el crimen de guerra que comete quien efectúa una declaración de que no se dará cuartel.³⁶³

Un tercer ejemplo es el crimen de dirigir ataques contra la población civil,³⁶⁴ este tipo penal se refiere a que el ataque haya sido dirigido contra la población civil en cuanto tal o contra personas que no participaban directamente en las hostilidades, sin importar que dicho ataque conlleve una consecuencia en específico.

³⁶¹ WILLIAMS, Glanville, *Criminal Law*, Steven & Sons, Reino Unido, 1983, p. 76.

³⁶² Artículo 8 (2)(b)(xvii), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

³⁶³ Véase: Artículo 8 (2)(b)(xii) y (e)(x) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

³⁶⁴ Véase: Artículo 8 (2)(b)(i) y (e)(x) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

4.1.1.2. En relación con las consecuencias de la conducta.

Como se demostró anteriormente, no todos los crímenes contenidos en el ER son de resultado, por esto no es posible colegir que el análisis del *mens rea* exigido por la fórmula del artículo 30, debe realizarse siempre respecto a la conducta y a la consecuencia del crimen, sino que en algunas ocasiones basta con que sea respecto a una de ellas. En todo caso, lo primero a examinarse es si la definición del tipo penal exige que la conducta del autor dé lugar a una consecuencia específica. Sólo si fuere así, se debe proseguir a analizar si el autor en el momento de la comisión del delito se propuso causar dicha consecuencia, o bien estuvo consciente de que se produciría en el curso normal de los acontecimientos.³⁶⁵

El fragmento del artículo 30 que nos atañe en este punto dispone: “*se entiende que actúa intencionalmente quien: En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos[...]*”

De la interpretación literal de lo citado *supra*, a primera vista se entendería como presupuesto mínimo de punibilidad el conocimiento de la causación previsible de la consecuencia. De este modo, el texto del numeral aparentemente fija un apego a una tesis monista del dolo, cognitiva en esencia, cuando en realidad se apega a una tesis dualista. Siguiendo esta interpretación literal, el contenido del artículo erróneamente podría dar a entender que tiene voluntad quien tiene conocimiento.

El artículo 30 produce una confusión respecto a la concurrencia –necesaria o no- de los elementos del dolo respecto a la consecuencia. Si bien el apartado 2(b) parece pronunciarse en favor de una interpretación alternativa (“*or*”) de los elementos del dolo, el apartado 3 vuelve a mencionar al elemento cognitivo respecto de la “consecuencia” y el apartado 1 exige “intención y conocimiento” (“*intent and*

³⁶⁵ AMBOS, Kai, *op cit.*, p.397 “El autor debe actuar por tanto, con intención y voluntad respecto a la consecuencia”.

knowledge”). De la interpretación holística de los apartados 1 y 3 se entiende por tanto, que el autor debe actuar en cuanto a una consecuencia con intención y conocimiento.

Así, en los delitos de resultado, no es que el apartado referente al elemento volitivo indique que se configura ese último con la mera “consciencia de la producción de la consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”, ignorándose el análisis de la propuesta a incurrir en la conducta por parte del agente, ya que de tomarse esta errónea interpretación, con el simple conocimiento se configurarían tanto el elemento intelectual como el volitivo.

El contenido del artículo 30 incluye la “consciencia de la producción del resultado en el curso normal de los acontecimientos” dentro del inciso a) referente a la intención del agente, así como dentro del apartado b) que se refiere al conocimiento, razón por la cual se analiza dicha “consciencia” desde este apartado que trata el análisis del elemento volitivo.

Para la configuración de la “consciencia de la producción del resultado”, se requiere que sea previsible para el actor. Esto implica que la consecuencia no debe ser sólo posible, es decir, no basta que el autor solamente cuente con la posibilidad de que su actuar producirá la consecuencia. Esta explicación se extrae de un análisis del texto en inglés del propio artículo 30, el cual precisa “*awareness that a consequence will occur*” (se producirá) y no *may occur* (podría producirse), descartando así la interpretación de que el conocimiento del resultado –dentro de la intención- se configura con una mera posibilidad: no basta con interpretar la consciencia de producción de la consecuencia, como *posible*³⁶⁶ ni como probable, pues el presupuesto de conocimiento que refiere el artículo 30 es la *certeza*³⁶⁷ de producción del resultado.

³⁶⁶ Énfasis añadido.

³⁶⁷ Énfasis añadido.

Entonces, las formas de dolo previstas por el artículo 30(2)(b) son solamente dos: En primer lugar, cuando el autor se proponga causar la consecuencia, se exige que actúe con dolo directo en cuanto al curso causal y al resultado. En segundo lugar, cuando el autor es “consciente de que la consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos”: dolo directo de segundo grado.

La fórmula “en el curso normal de los acontecimientos” (“*in the ordinary course of events*”) proviene del derecho inglés, con ella bajo este orden jurídico se le imputan al autor los resultados secundarios necesarios para el resultado final, que sean prácticamente seguros (“*a virtual certainty*”) y que no se basen en un acontecimiento fuera de lo normal (“*wholly improbable supervening event*”). Para la imputación, basta por tanto con el conocimiento de la producción del resultado fundado en la experiencia general de vida; tales consecuencias secundarias pueden considerarse también como “queridas”, porque el autor había previsto de algún modo su producción.

En términos similares se ha pronunciado el orden romano germánico con el concepto de conocimientos ontológicos y nomológicos, que permiten al individuo realizar juicios generales objetivos o de “validez general” –tema expuesto en el capítulo III de la presente investigación- y que son aquéllos que suponen un conocimiento que sin ser perfecto abarca el conocimiento de la humanidad en su conjunto, es decir, tienen validez general para todos los hombres.

De esta manera, bajo el punto de vista o sistema jurídico que se quiera analizar la frase “consciencia de la producción en el curso normal de los acontecimientos”, se concluye que la voluntad de realización no incluye sólo aquéllas que se tuvieron por meta, sino también a las consecuencias secundarias previstas. Por tanto, el apartado 2(b) abarca la especie dolosa de dolo directo de segundo grado.

4.1.2. Conocimiento

En términos del artículo 30(3) del Estatuto de Roma *por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.*

De este modo se debe examinar por separado la conciencia de la “existencia de una circunstancia” y la conciencia de “la producción de la consecuencia”, aun cuando el numeral no distinga en incisos como lo hace con el elemento volitivo del dolo.

4.1.2.1. En relación a la existencia de circunstancias concomitantes

Según el artículo 30, la intención y el conocimiento del autor debe ser respecto a los elementos materiales del tipo penal. No obstante, si nos remitimos a lo dispuesto por el párrafo tercero del multicitado numeral, el conocimiento se extiende a la conciencia de una “circunstancia”. La primera cuestión que habrá que plantearse entonces es ¿Qué se entiende por circunstancia?

En principio y en la mayoría de los tipos penales, las modalidades de la acción - referencias temporales espaciales, de ocasión y los medios empleados- no interesan para el proceso de subsumir en un tipo legal, pues sólo tienen su papel en las atenuantes y agravantes. Sin embargo, a veces, y como excepción, el tipo se compone también de determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión y principalmente *modus operandi*.³⁶⁸

El análisis de la concurrencia de estas “circunstancias” solamente debe hacerse cuando el tipo penal contemple no sólo la conducta típica y la producción de determinadas consecuencias o efectos, sino además incluya elementos objetivos

³⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Teoría del delito*, Ed. Iure, México, 2002, p.156.

característicos. En este sentido, en relación con la circunstancia, el artículo 30(3) exige la “conciencia” (“*awareness*”) del autor de que ella existe.

Ahora bien, las “circunstancias” no son otra cosa que las “modalidades de la acción” aludidas por Mayer, o las “circunstancias de hecho” tituladas por Merkel,³⁶⁹ o bien las “circunstancias concomitantes” nombradas por Zimmerl,³⁷⁰ todos estos conceptos entendidos como elementos del tipo de mera descripción objetiva, esto quiere decir que no dejan de ser elementos materiales.

El conocimiento que exige el sistema de la Corte en cuanto a este tipo de elementos, es la aprehensión sensorial de los mismos. No es obligatorio que estas circunstancias concomitantes sean abarcadas por la voluntad del autor.³⁷¹ Esto explica que no estén incluidas en el párrafo segundo del artículo 30.

Lo que sí regula la mencionada disposición, es la cuestión relativa a la naturaleza de la conciencia del autor: ¿será suficiente un mero conocimiento de los hechos entendido como un “*factual awareness*” o el autor debe poseer también ciertos conocimientos jurídicos (“*legal*” o “*normative awareness*”)? Este punto se abordará a continuación.

4.1.2.2. En relación con los elementos normativos

En cuanto a los elementos normativos –aquéllos que requieren de una valoración para ser determinados– es suficiente que el autor conozca las circunstancias que le sirven de base y el significado socialmente aceptado que tiene el elemento de

³⁶⁹ MERKEL, Paul, *Grundriss des Strafrechts (Compendio de Derecho Penal)*, Alemania, 1927, p.40 citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Teoría de... op cit.*, p. 147.

³⁷⁰ ZIMMERL, Leopold, *Zur Lehre der Tatbestände*, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Teoría del ... op cit.*, p. 147.

³⁷¹ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p. 195.

análisis, carece de importancia si hubo una correcta valoración jurídica o no por parte del sujeto activo.³⁷²

El jurista alemán Eberhard Struensee, refiere que el conocimiento tiene que extenderse a las circunstancias reales de hecho y no a la realización del tipo ni tampoco, a los elementos normativos del tipo, pues estos pertenecen en rigor al mundo conceptual.³⁷³

4.1.2.3. En relación a “la producción de la consecuencia”

El elemento cognitivo abarca en este caso la producción de una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Tal y como fue expuesto en el apartado relativo a la intención en relación a las consecuencias de la conducta, el agente debe contar con la certeza de que se producirá el resultado lesivo para que se puede considerar la configuración del elemento intelectual del dolo, esto incluye dolo directo y dolo indirecto.

³⁷² Existen ciertas excepciones a dicho principio. Algunas de ellas son: (i) El crimen de guerra previsto por el artículo 8.2 b) iv) del Estatuto de Roma, que requiere que el autor sea consciente de que su ataque causará daños desproporcionadamente graves en relación con la ventaja militar que tiene. En cuanto a este tipo penal, el documento de Elementos de los Crímenes señala que el autor debe hacer necesariamente un juicio de valor respecto a la conducta, basándose en la información necesaria que tenga el autor en el momento del acto. (ii) Al hablar de “persona protegida” no es necesario que el actor haga una valoración correcta acorde al derecho internacional humanitario, basta con que conozca las circunstancias materiales en las que se basa ese estatus de protección, es decir que conozca la no participación en las hostilidades del sujeto pasivo (civiles) o la incapacidad de seguir participando (combatientes heridos). Los elementos de los Crímenes refieren que basta “Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecía dicha protección”. (iii) Cuando se presenta un recurso a la fuerza armada, el autor no tiene que llevar a cabo una distinción jurídica entre si está frente a un conflicto armado nacional o internacional.

³⁷³ STRUENSEE, Eberhard, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, InDret: Revista per a l'Anàlisi del Dret, España, 2009.,p.3.

5. La comisión del crimen debe ser con dolo respecto los “elementos materiales”

5.1. Elementos materiales

Para que una conducta sea punible en términos del Estatuto de Roma debe tener como presupuesto el conocimiento de un elemento característico o material-.³⁷⁴ toda vez que el conocimiento es el presupuesto de la voluntad-.

La “introducción general” de los Elementos de los Crímenes confirma que el elemento psicológico -de intencionalidad- está asociado de modo concurrente a los elementos materiales de los crímenes, y que estos se refieren a una conducta, una consecuencia o una circunstancia dada.

Con todo, y por no repetir pormenorizadamente lo ya consignado en páginas precedentes, lo que se busca asentar en este apartado es justamente el objeto del dolo genérico comprendido en el artículo 30 del ER. Así pues, se debe contemplar en un primer plano, qué se entiende por los elementos materiales que tienen que ser objeto de intención y conocimiento del individuo.

En el texto presentado originariamente al Comité de Redacción de la Conferencia de Roma se había empleado el concepto “*physical elements*”, posteriormente los redactores reemplazaron el término “*physical*” por “*material*”, para evitar confusiones, con fundamento en que la traducción del concepto “*physical*” a los otros idiomas de la ONU crearía dificultades y que “*material*” significaría lo mismo.³⁷⁵

³⁷⁴ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p. 192

³⁷⁵ BASSIOUNI, Cherif M, presidente del Comité de Redacción en el encuentro de expertos intersesional de Siracusa (31.1.-6.2.2000).

De un análisis sistemático del artículo 30, se desprende que aunque el primer párrafo señale como objeto del dolo genérico a los “elementos materiales” y el segundo y el tercero no lo hagan expresamente –pues aluden más bien la conducta, consecuencias y circunstancias– no quiere decir que estos últimos no sean elementos materiales, sino más bien que en la redacción se buscó incluir a estas formas concretas de elementos materiales expresamente.

Luego entonces, tanto intención como conocimiento deben referirse a los elementos materiales del crimen, a saber: a la conducta típica, sus consecuencias y las circunstancias concomitantes, dejando fuera la antijuridicidad de la conducta. En virtud de esto, basta un contenido “básico” de las circunstancias objetivas en la representación que el autor se haga antes de actuar. A continuación, haremos referencia a las cuestiones que enfrentaron los redactores en las negociaciones en Roma, Italia, concluyendo que la conducta, las consecuencias y las circunstancias no son otra cosa más que especies de elementos materiales.

5.1.1. Conducta

La utilización de este término fue cuestionado en el marco de la discusión de la Comisión Preparatoria, habida cuenta de que con el término “conducta” (“*conduct*”) sólo se aludiría a la acción humana voluntaria, en oposición a movimientos corporales involuntarios. Al dejar fuera otros conceptos, como el de acción, queda claro que una conducta dolosa puede tener lugar igualmente con una omisión, siempre y cuando exista un movimiento humano voluntario; siendo entonces la conducta (entendida como acción u omisión) por consecuencia, el presupuesto necesario de la existencia del dolo.³⁷⁶

³⁷⁶ Resulta interesante observar que el artículo 28(a)(i) del propio Estatuto admita, en el caso de los superiores jerárquicos, la comisión por omisión imprudente del deber de prevenir cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte, cuando por regla general el artículo 30 sólo considera penalmente relevante su “comisión” dolosa.

5.1.2. Consecuencias

En cuanto al término “consecuencia” (“*consequence*”), los redactores buscaron incluir a los delitos de actividad y de resultado, para ello atendieron a consideraciones dogmáticas generales desde un doble punto de vista:

(i) Por un lado, en el *common law* se diferencia entre delitos de actividad y de resultado, con los conceptos “*conduct-crime*” y “*result-crime*”.³⁷⁷ Del mismo modo, la doctrina francesa hace una diferenciación entre “*infraction matérielle*” e “*infraction formelle*”³⁷⁸ que se corresponde estructuralmente con la de delitos de actividad y de resultado. La doctrina española distingue entre “delito de mera actividad” y “delito de resultado”,³⁷⁹ distinción compatible con la referencia a los términos “conducta” y “consecuencia” contenidos en el artículo 30, pues como se sabe las negociaciones en Roma adoptaron una mezcla de los diversos sistemas jurídicos del mundo.

(i) Por otro lado, el Estatuto de Roma no contiene solamente delitos de resultado, sino también de actividad, como se analizó *supra*. A pesar de ello, numerosos tipos diferencian muy claramente entre una determinada actividad y el resultado producido por ésta, combinando actividad y resultado. Como ejemplo están los crímenes de guerra de “lanzar un ataque” que *causar*³⁸⁰ pérdidas de vidas, lesiones a civiles, etc.³⁸¹ o aquel que castiga la utilización de modo indebido de ciertas banderas o insignias, *si con ello se provoca*³⁸² “la muerte o lesiones graves”.³⁸³

³⁷⁷ WILLIAMS, *op cit.* p. 78.

³⁷⁸ DESPORTES, Frédéric *et al.*, *Droit pénal*, Ed. Paris : Economica, Francia, 2003, p. 369 y 381.

³⁷⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 2002, p. 219 ; ZUGALDÍA ESPINAR, José et al., *Derecho Penal*, Tirant lo blanch, España, 2002, p. 403; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op cit.*, p. 262.

³⁸⁰ Énfasis añadido

³⁸¹ Artículo 8 (2)(b)(iv), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

³⁸² Énfasis añadido

³⁸³ Artículo 8 (2)(b)(vii), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

5.1.3. Circunstancias

El artículo 30(3) introduce el término “circunstancia”. En el *common law* con este concepto se entienden los hechos que resultan de los requisitos del tipo de un determinado delito establecidos en la ley. Desde la perspectiva alemana, resultan como objeto del dolo las circunstancias que pertenecen al tipo legal, esto es: la acción, el objeto del hecho, el resultado del hecho y las circunstancias exteriores del hecho.³⁸⁴

No obstante estas definiciones, hoy en día es un tema a discusión qué elementos de los enunciados por los artículos 6 a 8 del Estatuto han de ser cualificados como “circunstancias del hecho” en el sentido del artículo 30(1). La disputa se originó pues la clasificación de un elemento determinado como “circunstancia” implica la necesidad de su conocimiento: “conciencia de que existe una circunstancia”.³⁸⁵ Así, si se considera que un elemento queda lejos de ser tomado como circunstancia, no se exigiría su conocimiento por parte del autor para efectos de probar el elemento subjetivo, de forma contraria sí sería exigible.

La particularidad de los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma -que definen los crímenes competencia de la Corte- consiste en que, junto con los tipos individuales contenidos en ellos, contienen respectivamente una frase inicial común denominada “*chapeau*”, cuya relación con la regla general del dolo del artículo 30 es problemática.

El *chapeau* contiene los llamados “elementos internacionales o contextuales” que distinguen a los crímenes de competencia de la CPI de los del orden doméstico. Es controvertido sin embargo, si estos elementos característicos representan “elementos materiales” en la forma de circunstancias del hecho. Si éste fuera el caso, se debe

³⁸⁴ AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Ed. Temis, Uruguay, 2006, p. 394

³⁸⁵ Artículo 30, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

tener por seguro que el autor debería conocerlos para efectos de configuración del dolo.³⁸⁶

5.2. Elementos contextuales

Dentro de las negociaciones en Roma, Italia, fue problemático definir si los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad –ataque generalizado y sistemático contra la población civil y que sea parte de una política de un Estado o una organización-, como de los crímenes de guerra –conflicto armado- debían de incluirse dentro del elemento interno del hecho. La primer postura, rechazaba la inclusión, alegando que estos elementos son solamente “elementos jurisdiccionales”³⁸⁷ que solamente ayudarían a definir si la CPI es competente –competencia material- y respecto de los cuales el autor no debe necesariamente tener conocimiento. La segunda postura, afirmó que los elementos contextuales forman parte de las “circunstancias” que debe conocer el autor y referidas expresamente en el artículo 30(3) del Estatuto y que por ende deben ser objeto del aspecto subjetivo del hecho.

La solución final a la que arribaron los redactores del tratado, fue la siguiente: el aspecto interno del hecho sí se extiende a los elementos contextuales, sin embargo en distinta medida.

En los crímenes de lesa humanidad, el autor debe actuar “con conocimiento del ataque”, no obstante, este requisito no debe interpretarse en el sentido de que se requiera una prueba de que el autor actuó con conocimiento de todas las características del ataque, o los detalles del plan o política de acción del Estado u

³⁸⁶ Artículo 30(3) *del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

³⁸⁷ Estos elementos, en términos de la dogmática penal alemana serían las condiciones objetivas de punibilidad.

organización, basta con que el sujeto activo haya tenido la intención de cometer un ataque de esa índole.³⁸⁸

Respecto a los crímenes de guerra, el Estatuto no señala que el autor deba necesariamente tener conocimiento del contexto del conflicto armado, sin embargo, esta exigencia se deriva de los Elementos de los Crímenes, pues en este documento se dispone la exigencia del “conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado”. No obstante, tal y como sucede con los crímenes de lesa humanidad, el requisito de “conocimiento del conflicto armado” es relativizado, pues no se exige que el autor haga una valoración jurídica correcta de la existencia de un conflicto armado, ni de si es internacional o no.³⁸⁹

Por otra parte, el elemento contextual de los crímenes de guerra de la comisión “como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de dichos crímenes” sí es un elemento jurisdiccional en *stricto sensu* y por ende un presupuesto de la competencia de la Corte y no necesariamente debe ser abarcado por el conocimiento del autor.³⁹⁰

6. Debates respecto a la redacción del artículo 30

Los redactores se enfrentaron a una serie de dificultades a por diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, presentadas a continuación.

6.1. Recklessness

Una de las dificultades por diferencias conceptuales fue la inclusión de la definición de *recklessness* o alguna figura similar. En primer término y para efectos de esclarecer este punto, consideramos necesario definir esta figura jurídica.

³⁸⁸ TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso no. IT-94-1-T, 07 de mayo de 1997, párr. 656; TPIY, *Fiscal vs. Blaskic*, caso no. IT-95-14-T, 03 de marzo de 2000, párr. 247.

³⁸⁹ Doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, *Elementos de los crímenes... op cit.*

³⁹⁰ AMBOS, Kai, *La Parte General... op cit.*, p. 394

La *recklessness* es una figura anglosajona,³⁹¹ diferente e independiente de la *intention* y de la *negligence*. La teoría de la *recklessness* anglosajona, se ha vinculado con la idea de temeridad, excluyéndola así tanto del ámbito del dolo como del dominio de la culpa.³⁹²

El TPIY ha definido *recklessness* en términos muy similares al dolo eventual: “*The action in foreseen by the perpetrator as only a probable or possible consequence*” o también como “*taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury*”.³⁹³

El Código Penal Modelo de Estados Unidos distingue expresamente entre la negligencia y la *recklessness* en el siguiente sentido: “*the person acting recklessly consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element of an offense exists or will result of his conduct, and disregarding the risk involves a gross deviation from the standards of conduct that a law-abiding person would observe in the actor’s situation; the person acting negligently, should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element of an offense exist or will result from his conduct and taking the risk involves a gross deviation from the standards of conduct that a reasonable person would observe in the actor’s situation*”.³⁹⁴

El autor G.P. Fletcher ha referido “*The problem of distinguishing intention and recklessness arises because in both cases the actor is aware that his conduct might generate a specific result*”. A juicio de la autora, la diferencia entre la *recklessness* y el *dolus eventualis* recae básicamente en que en la primera se acepta un “riesgo”, dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo puede variar

³⁹¹ Tómesese en cuenta que, según indica la doctrina británica, actualmente no hay un concepto único de *recklessness*. En los últimos años se han diferenciado entre categorías de la misma como: *advertent, subjective or Cunningham recklessness* e *inadvertent, objective or Cadwell recklessness*.

³⁹² TORIO LÓPEZ, Ángel, *Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (recklessness)*, Universitas Vitae, España, 2007, p. 833.

³⁹³ TPIY, *Fiscal vs. Tihomir Blaskic*, *op cit.*

³⁹⁴ MODEL PENAL CODE (American Legal Institute), 2.02 (2)(c) y (d).

entre la mera posibilidad³⁹⁵ o la probabilidad.³⁹⁶ En la segunda se acepta la probabilidad de ocurrencia de un “resultado”. De esta manera, si hacemos un análisis comparado de la figura anglosajona con la dogmática penal alemana, que es la base de este estudio, podríamos aludir que la *recklessness* es un acercamiento a la teoría de la imputación objetiva, basada a su vez en la teoría del riesgo, o incluso a la teoría de la posibilidad del dolo –una variante de la teoría cognitiva de la representación– pues en consonancia, se observa que el reproche se dirige a quien opta por incrementar el riesgo permitido, en lugar de reducirlo al percatarse de su existencia, derivando finalmente en un resultado disvalioso.

Cuando se analizó si debía incluirse o no el término *recklessness* dentro del texto del artículo 30, se resolvió que no era necesario un concepto de este tipo pues la palabra *recklessness* no aparecía en ninguna de las definiciones de los crímenes enunciados por el Estatuto, además así no se favorecía ninguno de los distintos sistemas jurídicos. El texto final está basado en un borrador propuesto por Canadá.

En opinión de esta autora, la figura de la *recklessness*, simple y sencillamente no encuadra con la redacción del artículo 30, ya que ésta no requiere del elemento de intención que exige el numeral; un sujeto puede perfectamente desplegar una conducta que entrañe un riesgo, con la confianza de que su pericia le permitirá evitar en todo caso que se produzca el resultado prohibido. En este sentido, la persona “conoce” que está elevando el riesgo, más no tiene propiamente una intención en el sentido del artículo 30. Así, se descarta la idea de la inclusión de la *recklessness*, sea objetiva o subjetiva, dentro del elemento de intencionalidad requerido para los crímenes de competencia de la CPI.

³⁹⁵ El conocimiento de la mera posibilidad de la producción de la muerte es presupuesto suficiente en relación al homicidio en países como Sudáfrica. Véase: OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Estudios de... op cit.*, p.36; SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, 3ªed, Sudáfrica, 1995, p.196.

³⁹⁶ El conocimiento de la probabilidad de realización de las consecuencias prohibidas se requiere, en relación al homicidio, en: Australia, Bahamas, Kenya, Malawi, Sierra Leona, Zambia. Véase: OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Estudios de... op cit.*, p.36

El inminente jurista Antonio Cassese, ha criticado de manera contundente al ER por no reconocer la *recklessness* como base para responsabilidad aplicable a los crímenes de guerra.³⁹⁷

A pesar de que la *recklessness* no se encuentra prevista por el artículo 30 del tratado, ello no implica que no sea aplicable para algún delito de competencia de la CPI. Cabe hacer una precisión: La *recklessness* podría ser aplicable en el Estatuto de Roma dentro el artículo 28, el cual se refiere a la responsabilidad de los superiores jerárquicos por omisión a su deber de prevenir y castigar los crímenes cometidos por sus subordinados, numeral que fue negociado con posterioridad al propio artículo 30,³⁹⁸ situación que será analizada a detalle en el próximo capítulo.

6.2. Otras dificultades.

En realidad las discusiones más arduas en lo que respecta al elemento de intencionalidad en las negociaciones, se centraron en tres interrogantes: ¿A qué “elementos” de los artículos 6 a 8 se debe referir el dolo del autor? ¿Qué requisitos se han de exigir respecto de los elementos normativos del tipo? Y por último ¿Se prevén en los artículos 6 a 8 del tratado exigencias de dolo diversas a aquéllas previstas por el artículo 30?³⁹⁹

La primera interrogante se contesta con la lectura del apartado anterior referente a los elementos materiales, que son el objeto del *mens rea*, en donde también se trata el tema de los elementos contextuales o internacionales de los tipos contenidos en los artículos 6 a 8 del tratado.

³⁹⁷CASSESE, Antonio, *Crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Ed. Oxford, 2002, p. 353.

³⁹⁸SALAND, Per. *op cit.*, p. 206.

³⁹⁹AMBOS, Kai, *La Parte General... op cit.*, p. 384

La segunda cuestión, se responde con lo siguiente: basta con que el sujeto conozca el significado socialmente aceptado que tiene el elemento, sin importar si éste hizo una correcta valoración jurídica o no.

La tercera cuestión se tratará con mayor detalle *infra*, más se puede adelantar que dentro de cada tipo penal contemplado en el Estatuto, es posible encontrar términos que sirvan simplemente para reafirmar el dolo exigido por el artículo 30 –la mayoría de los casos-, aunque de igual forma se pueden encontrar conceptos que sirvan para modificar este dolo, ya sea ampliando o disminuyendo el alcance del mismo.

7. Problemas que causa la mala redacción del artículo 30 del ER

A pesar de que el ER es un instrumento internacional que implica una aportación extraordinaria al desarrollo del Derecho Penal Internacional, debe ser analizado como lo que es: un texto redactado por un conjunto de comisiones conformadas por los delegados de países interesados en la concreción del tratado.

Como todo instrumento internacional, conformado por fórmulas de diversos ordenes jurídicos del mundo, el Estatuto está lejos de ser una pieza perfecta de derecho penal si es vista desde un punto de vista técnico –pues a pesar de ser un tratado internacional no deja de ser un instrumento de derecho penal y debe ser examinado desde este ángulo–. Este ordenamiento está atado una larga y riesgosa evolución de ideas, normas y costumbres en el derecho penal sustantivo que datan del siglo XVIII.

Es evidente que los negociadores en Roma buscaban incluir sus sistemas penales dentro del orden de la Corte. Los grupos de trabajo eran diversos, por lo que se dividieron en comisiones, era imposible en tan poco tiempo revisar el trabajo de cada uno de los grupos, por lo que algunos de los términos dentro del texto del Estatuto son incluso contradictorios, dando lugar a múltiples confusiones.

Desconciertos que tendrán que ser enmendados o interpretados por los magistrados que integran las diversas salas de la CPI en un futuro.

El tema central de esta investigación es el elemento subjetivo requerido para los crímenes de competencia de la CPI, razón por la que se analizará el artículo 30 del ER que regula dicha cuestión, cuya redacción no es clara del todo, ello ha suscitado diversos debates doctrinales en los últimos años. Las definiciones legales que otorga el numeral inducen al lector a confusiones diversas, como las a continuación presentadas.

7.1. Doble regulación de la consciencia de la previsible producción del resultado

El artículo 30(2) inciso b) dispone que basta que el actor del crimen conozca la previsible producción de la consecuencia para que se satisfaga así el elemento volitivo del dolo. Ello a primera vista podría parecer absurdo, pues no sería aventurado pensar entonces que, aunque en principio se distinguen los elementos del dolo -voluntad y conocimiento- ya que son expuestos en párrafos separados dentro del ordinal, se deba entender que si el sujeto activo “sabe” que su conducta producirá cierto resultado, en consecuencia “quiere” el resultado típico, concurriendo así ambos elementos necesarios para la configuración del dolo. Esta afirmación no es precisa, por lo expuesto en líneas posteriores.

El sentido de esta disposición del Estatuto es difícil de ilustrar, pues por una parte el segundo párrafo convierte el “conocimiento de la producción de la consecuencia” en un presupuesto de la voluntad y por otra, este mismo enunciado se regula en el párrafo tercero en exactamente los mismos términos. Así, este “conocimiento” se regula doblemente: una vez como presupuesto del componente volitivo y una segunda como presupuesto del componente cognitivo.

Lo que a juicio de la autora los redactores debieron de cambiar, para evitar confusiones, la redacción del párrafo segundo,⁴⁰⁰ pues el hecho de incluir un punto y coma para separar el inciso a) del b) –los cuales hablan de la voluntad dirigida a la conducta, y a las consecuencias, respectivamente– podría ser malinterpretado, en virtud de que en ningún momento se sostiene si la voluntad debe ser respecto a ambos incisos, o solamente respecto a uno de ellos. Hubiera sido más fácil, y se pudieron haber evitado confusiones si en lugar de colocar un punto y coma para separar ambos incisos, de entrada se hubiera situado la preposición “y” u “o”. Entendiéndose así la naturaleza concurrente u optativa de estos elementos.

Probablemente, tal y como se explicó *supra*, los redactores consideraron que en los delitos de actividad ambos incisos no deben concurrir, y en los delitos de resultado sí debe existir intención respecto a conducta y consecuencias. Ello podría justificar el punto y coma situado entre ambos incisos, pero ello no ha sido explicado por ninguna resolución de la CPI, esto ha sido solamente una interpretación, que en su momento tendrá que ser sustentada por un criterio jurisprudencial.

7.2. Limitación de la aplicación del artículo 30 a los autores del delito

El artículo 30 en su párrafo primero, prevé como regla general que el autor haya actuado (“*committed*”) en relación con los “elementos materiales” de un crimen con “intención y conocimiento”.

⁴⁰⁰ “2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
- b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.”

Tras un análisis del texto estatutario en inglés, se colige que el concepto “*committed*” es equívoco, pues el artículo 30 no se refiere solamente a la comisión en calidad de autor, sino a todas las formas de intervención en el delito en el sentido del artículo 25 del tratado, esto incluye las formas de participación.⁴⁰¹ El término “*committed*” deja fuera a los partícipes y va en contra del sentido del artículo 25 del mismo ordenamiento, el cual reconoce un sistema dual de participación- que distingue como formas de responsabilidad penal individual la autoría y la participación- dejando atrás el sistema previsto por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg que solamente penaba a los autores.

7.3. El término “*intent*” es interpretado dentro del propio artículo 30 en diversos sentidos

Desde el punto de vista terminológico, la redacción del artículo 30 es inconsistente, pues por una parte, con “*intent*” se alude en el primer párrafo —en contra de la traducción oficial alemana— al elemento volitivo y, por la otra, en el segundo párrafo se utiliza —en consonancia con la traducción alemana— en el sentido de dolo genérico.⁴⁰²

Lo anterior quiere decir que de manera incorrecta el Estatuto de Roma utiliza los conceptos de “*intent*” como dolo e “*intention*” como intención en el sentido de voluntad, de manera no uniforme.⁴⁰³ Este caos conceptual pone de manifiesto que los términos “*intent*”, “*intention*” o “*intentional*” no tienen un significado preciso y seguro en el sistema de la Corte, sino que ellos deben ser interpretados en su contexto sistemático, teniendo en cuenta consideraciones históricas y teleológicas.

⁴⁰¹ AMBOS, Kai, *La Parte General... op cit.*, p. 384

⁴⁰² *Ídem.* p. 388

⁴⁰³ En la versión alemana, se vuelve a diferenciar entre *vorsätzlich* y *Vorsatz*, respectivamente.

8. La aplicación del dolo genérico “salvo disposición en contrario”

El artículo 30 del ER fija los requisitos del aspecto interno o *mens rea* que debe tener el sujeto activo “salvo disposición en contrario” en el momento de la comisión del delito. La formulación antes señalada procura tener en cuenta las regulaciones especiales –aquéllas formas de dolo más débiles, por ejemplo en el marco de la responsabilidad del superior o en ciertas formas de participación- y también las más intensas. De esta manera, se creyó poder ahorrar una mención expresa de las exigencias subjetivas especiales.⁴⁰⁴

La frase “salvo disposición en contrario” permite excepciones a la regla general que exige intención y conocimiento –dolo directo de primer grado y de consecuencias necesarias-. Sin embargo, con ello solamente se planteó otra interrogante, si las exigencias subjetivas que se apartan de la regla general del artículo 30 pueden resultar sólo del Estatuto o también de otros documentos.

La referida fórmula “salvo disposición en contrario” es lo que se conoce en derecho penal como una cláusula abierta o “tipo penal en blanco”, esto porque es una fórmula que hace una remisión expresa a otras disposiciones que incluso pueden encontrarse fuera del propio ordenamiento estatutario. Esta fórmula incluye a todas aquellas disposiciones previstas por las fuentes de derecho aplicables en las actuaciones de la Corte, esto es, todas las contempladas por el artículo 21 del propio Estatuto de Roma:

[...] a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

⁴⁰⁴ ONU, Reporte de la Comisión Preparatoria II, *op cit.*, p. 45, párr. 199 : “no había necesidad [...] de distinguir entre intención general y específica, porque cualquier dolo específico estaría incluido como un elemento en la definición del crimen”.

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.⁴⁰⁵

8.1. “Otras disposiciones” en el ER

Cada tipo penal exige un *mens rea* diverso, así, en su mayoría lo único que sucede es que el tipo confirma los requisitos generales del artículo 30 –intención y conocimiento-. Con frecuencia se utilizan conceptos varios tales como: intencionalmente, deliberadamente, arbitrariamente, entre otros. En cada caso deberá analizarse si la formulación diversa modifica el estándar del artículo 30, pues sería una generalización excesiva considerar que cuando se encuentra la palabra, por dar un ejemplo, “intencionalmente” en el Estatuto en todos los casos se trata de una confirmación del requisito general de dolo previsto por el artículo 30.⁴⁰⁶

Al establecer diferentes conceptos dentro de las definiciones de los crímenes no fue tanto por una valoración consciente de los requisitos subjetivos de la punibilidad, por parte de los redactores, sino una traslación, lo más literal posible, de las fuentes normativas que utilizaron, así estas personas procuraron incorporar -por lo menos en lo que se refiere a los crímenes de guerra- los fundamentos jurídicos del Derecho Internacional Humanitario sin hacer cambio alguno para no modificar su naturaleza.

⁴⁰⁵ Artículo 21, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴⁰⁶ KELT/VON HEBEL, *The International Criminal Court, Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ed. Lee 2001, p.33

Esta técnica legislativa a pesar de que tiene como efecto positivo el que se utilicen las “normas originarias” del Derecho Internacional, es ampliamente criticable, pues existen diferencias en el texto estatutario que no tienen razón de ser. Un claro ejemplo, es la diferencia de conceptos utilizados como presupuestos subjetivos en relación al crimen de guerra y al crimen de lesa humanidad de infligir graves sufrimientos, el cual se debe de producir “deliberadamente” cuando es un crimen de guerra⁴⁰⁷ e “intencionalmente” cuando se trata de un crimen de lesa humanidad.⁴⁰⁸ Una justificación de la diferencia entre las definiciones de los tipos penales del Estatuto y el artículo 30, es que fueron redactados por diversos grupos de trabajo, entre los que hubo muy poco intercambio de información.⁴⁰⁹

8.2. “Otras disposiciones” en los EC y en el derecho internacional consuetudinario

De la redacción del artículo 30, es imposible deducir que solamente las disposiciones del propio Estatuto son las “otras disposiciones” a las que se refiere el numeral⁴¹⁰. Esto es, se debe acudir al artículo 21 antes citado –fuentes de DPI aplicables a la Corte- según el cual, tanto los Elementos de los Crímenes como el derecho internacional consuetudinario resultan derecho aplicable.

En los Elementos de los Crímenes se pueden encontrar conceptos específicos en cuanto al *mens rea*, fórmulas como: “supiera o hubiere debido saber”, “haya sabido”, “haya sido consciente”, “haya tenido la intención”, entre otros.

El artículo 9(3) del Estatuto de Roma señala que los Elementos de los Crímenes en todo momento deben ser compatibles con el texto del Estatuto, entonces de una interpretación holística del artículo 30 –en concreto en lo que respecta a “otras

⁴⁰⁷ Artículo 8.2 a) iii), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴⁰⁸ Artículo 7.1 k), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴⁰⁹ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p. 197

⁴¹⁰ *Ibidem* p. 198

disposiciones”- y el artículo 9 ya señalado, se puede considerar entonces que las disposiciones contenidas en los Elementos de los Crímenes que prevean un elemento subjetivo adicional podrá aceptarse, siempre y cuando, sea compatible con lo dispuesto en el Estatuto o no sea contrario y modifique al elemento interno señalado, no por el artículo 30 sino, por el propio tipo penal analizado contenido en los artículos 6 a 8 del tratado.

Por su parte, el derecho internacional consuetudinario plasmado en las decisiones jurisprudenciales del derecho penal internacional como fuente de “otras disposiciones” también es aplicable, en estas decisiones hay que observar principalmente los presupuestos subjetivos de la punibilidad desarrollados por los Tribunales Penales Internacionales.⁴¹¹

8.3. Efectos que causan “otras disposiciones” respecto a la punibilidad

8.3.1. Confirman los presupuestos subjetivos generales del art. 30

La regla general es que las “otras disposiciones” solamente confirmen los elementos subjetivos que exige el artículo 30, un ejemplo de esto, sería el elemento contextual que el artículo 7 exige para los crímenes de lesa humanidad de “conocimiento del ataque generalizado y sistemático contra una población civil”, pues si no existiera esa disposición expresamente en el numeral antes señalado, de cualquier manera se exigiría el conocimiento del aludido ataque pues habría una remisión inmediata al artículo 30(3) del Estatuto de Roma.

8.3.2. Amplían la punibilidad

A referirnos a una ampliación de punibilidad, no significa otra cosa, más que una disminución del estándar fijado por el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal

⁴¹¹ *Ibidem* p. 206

Internacional, pues hay casos en los que se admite la imprudencia e inclusive el dolo eventual –tema a desarrollarse en el siguiente capítulo–.

Por excepción, se admite la imprudencia. Rige pues, un muy acotado sistema de *números clausus* en orden a la culpa. A saber, en la responsabilidad del superior militar, regulada por el artículo 28 del Estatuto. Pues, según este numeral, es suficiente para fundamentar la imposición de una sanción al jefe militar por los delitos cometidos por las fuerzas a su mando, el que “en razón de las circunstancias del momento, *hubiere debido saber*⁴¹²” que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer el crimen.⁴¹³

Otro de los casos de excepción, es el crimen de guerra de utilización de niños soldados,⁴¹⁴ pues el actor no debe conocer necesariamente la minoría de edad del niño soldado, es suficiente con que aquél “debiera haber sabido” de la minoría de edad. Un tercer ejemplo, es el caso del crimen de guerra de la utilización indebida de bandera blanca o de banderas nacionales,⁴¹⁵ pues en éste se exige que el sujeto activo “debiera haber sabido” que la forma de utilización de las banderas no está permitida.

Otro de los supuestos en donde se disminuye claramente la punibilidad, y no precisamente tratándose de superiores militares, es cuando se utiliza el concepto “arbitrariamente” en los crímenes que guerra que implican destrucción de bienes, pues estos exigen solamente una forma agravada de culpa.

⁴¹² Énfasis añadido.

⁴¹³ Un claro ejemplo de la comisión imprudente aceptada por el Estatuto de Roma es la comisión culposa del crimen de guerra de reclutamiento o alistamiento en las fuerzas armadas o de utilización en operaciones militares de niños menores de 15 años. En estos es suficiente que el sujeto “debiera haber sabido que se tratada de menores de 15 años”. Véase: artículo 8.2(b)(xxiv) y (e)(vii) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* y los artículos respectivos del documento Elementos de los Crímenes.

⁴¹⁴ Artículo 8.2 b) xxvi del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴¹⁵ Artículo 8.2 b) vii), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

Finalmente, el término “deliberadamente”,⁴¹⁶ ha generado debates, pues según doctrinistas como Cassese, Gaeta y Jones al utilizar este concepto se deben de elevar los estándares previstos por el artículo 30, por el contrario Gerhard Werle refiere que este concepto no debe ser entendido en el sentido que le da la teoría general del dolo, sino como un elemento subjetivo que, según la jurisprudencia penal internacional, en algunos hechos individuales puede incluir incluso a la culpa temeraria.⁴¹⁷ La autora es de la opinión de que este término deberá ser analizado en el contexto de cada crimen en concreto a fin de determinar la ampliación o disminución del estándar de dolo.

8.3.3. Limitan la punibilidad

Las “otras disposiciones” de igual modo pueden causar efectos limitantes de la punibilidad, ya sea agravando los requisitos generales o añadiendo elementos subjetivos como nuevos requisitos de punibilidad.

Por dar un ejemplo de lo anterior, el más representativo es la “intención de destruir” un grupo⁴¹⁸ en el crimen de genocidio. Otro ejemplo sería la “intención discriminatoria” en el crimen de lesa humanidad de persecución,⁴¹⁹ por otra parte, la “intención de alterar la composición étnica de una colectividad” en el crimen de lesa humanidad de embarazo forzado.⁴²⁰ Estos delitos, además de requerir el dolo genérico del artículo 30, exigen un elemento subjetivo adicional, esto es, un propósito o finalidad particular.⁴²¹ Este tipo de delitos exigen un *dolus specialis*.

⁴¹⁶ El concepto en inglés es “*wilful*”, sin embargo en las traducciones al español en algunas ocasiones se traduce como “deliberadamente” y en otras como “intencionalmente”.

⁴¹⁷ WERLE, Gerhard, *op cit.*, p. 200.

⁴¹⁸ Artículo 6, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴¹⁹ Artículo 7.1(h), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴²⁰ Artículo 7.1(g), 7.2 (f), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

⁴²¹ Este es el caso del genocidio (intención de destruir total o parcialmente un grupo), los crímenes de lesa humanidad de persecución (con intención discriminatoria), embarazo forzado (con la intención de afectar la composición étnica de un grupo), exterminio (intención de destruir parte de una población) y apartheid (con la intención de mantener un régimen racista), y los crímenes de guerra de tortura (a fin de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de

También se puede hablar de limitantes establecidas en los Elementos de los Crímenes, como es el previsto en el crimen de guerra de toma de rehenes, el cual exige que el autor haya tenido la “intención de coaccionar” -elemento que no se pone de manifiesto en el Estatuto de Roma-.

Dentro del mismo texto de tratado, existen otras limitantes a la punibilidad que no están contenidos precisamente en las definiciones de los crímenes, más sí en el Estatuto de Roma, es aquella prevista por el artículo 25(c): el cual habla de las figuras de complicidad, encubrimiento y colaboración de algún modo “con el propósito de facilitar” la comisión de un crimen de derecho internacional.

Los conceptos anteriores se corroboran a plenitud con el numeral mencionado, el cual en su inciso d) hace referencia a lo siguiente:

[...]d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
- ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; [...]

La disposición antes transcrita será analizada dentro del capítulo siguiente, en razón de que a juicio de la autora precisamente dentro de este numeral, en específico en ese inciso, sería aplicable la figura que resulta el punto total de la presente investigación: *el dolus eventualis*.

9. Mens rea de cada crimen competencia de la Corte

Deviene importante identificar aquellos crímenes competencia de la CPI respecto de los cuales la condena del agente dependerá de un grado más estricto o, en su caso, más débil de dolo, ya que a pesar de existir una disposición que regula de manera

cualquier tipo) , saqueo (con la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado y personal) y prostitución forzada (con la intención de obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo).

“genérica” el *mens rea* necesario, esta contiene la fórmula “salvo disposición en contrario”, y en virtud de ella se hace necesario precisamente el análisis expuesto a continuación.

9.1. Genocidio

El artículo 6 del Estatuto define el tipo penal de genocidio. Dentro de éste numeral, el dolo genérico exige que los hechos individuales⁴²² que prevé el tipo, sean cometidos contra un grupo sea nacional, étnico, racial o religioso.⁴²³ Así, el autor debe saber, que el objeto de estos actos genocidas es uno de estos grupos, pues esto constituye una “circunstancia del hecho” en el sentido del artículo 30(3).

En las negociaciones de Roma, en primer término se había diferenciado desde el punto de vista subjetivo entre la intención de destrucción y el conocimiento del efecto destructor de la conducta en cuanto a un grupo determinado.⁴²⁴ Sin embargo, también fue considerado suficiente —en contra del artículo 30— un criterio de imprudencia (“hubiera debido saber”). Después se propuso la exigencia de que el autor sepa que “[...] la conducta sea parte de un patrón similar de conducta dirigido contra ese grupo”.⁴²⁵

La versión final del documento de Elementos de los Crímenes, tuvo algunos cambios limitándose a exigir solamente la intención de destrucción del grupo, exigencia contenida en el *chapeau* del artículo 6, siendo este un elemento subjetivo

⁴²² Los hechos individuales a los que se refiere el artículo 6 son los siguientes:

- 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

⁴²³ TPIR, *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*, caso No. ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998.

⁴²⁴ “*The accused knew [...] that the conduct would destroy [...] such group [...]*” Doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, *Elementos de los Crímenes... op cit.*

⁴²⁵ AMBOS, Kai, *La Parte General... op cit.*, p. 400

*adicional*⁴²⁶ al dolo genérico exigido por el artículo 30. Lo que sí se exige por medio de la disposición general del artículo 30, es el conocimiento respecto de las circunstancias de hecho o respecto del contexto genocida de comisión. En este sentido, el juez debe decidir caso por caso en el marco de la prueba de la intención de destrucción.⁴²⁷

El artículo 30(3) al exigir el conocimiento de las circunstancias de hecho, aplicándolo al genocidio, exige entonces la consciencia del autor de que participa en un plan genocida y no sólo de que actúa como un autor aislado. No es necesario que el autor conozca todas las particularidades del plan genocida o de la política que se dirige a ello,⁴²⁸ basta con que sepa que es un plan de esta especie.

Así, la “intención de destruir” da cabida solamente a dolo directo. Sin embargo, el TPIR ha referido que una condena por complicidad en genocidio puede basarse también en dolo de consecuencias necesarias.⁴²⁹

9.2. Crímenes de lesa humanidad

Con la exigencia que prevé el artículo 7 del Estatuto de Roma de que el autor actúe como “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil” se refiere a las circunstancias específicas en las que debe cometer el hecho, esto es, su acción es puesta en un contexto de comisión determinado, que la convierte en un crimen contra la humanidad. Por lo anterior, el dolo se debe referir también a los llamados elementos internacionales o contextuales antes citados, pues si atendemos a lo dispuesto por el artículo 30(3) el autor debe conocer las circunstancias, en otras palabras tener consciencia del contexto de comisión y, por ende de la naturaleza del ataque.

⁴²⁶ Énfasis añadido.

⁴²⁷ *Cfr.* Comisión preparatoria, *Elementos de los Crímenes*, 2000, p. 6.

⁴²⁸ TPIR, *Fiscal vs. Kayishema/Ruzindana, caso no.* ICTR-95-1-T, sentencia 21 de mayo de 1999, párr. 94

⁴²⁹ TPIR, *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, op cit.*, párr. 538-540.

La referencia expresa al “conocimiento” en el artículo 7(1) sirve para confirmar el dolo genérico del artículo 30,⁴³⁰ es decir, este conocimiento no implica una ausencia de intención.

Si bien la mención expresa del “conocimiento del ataque” se encuentra en el “*chapeau*” del artículo 7 y no dentro de cada una de las acciones individuales, fijando una referencia subjetiva dentro de los elementos que distinguen a los crímenes de lesa humanidad de cualquier otro –elementos contextuales-, ello no implica que los elementos del “*chapeau*” no sean parte del tipo y por ende objeto del dolo genérico. El “conocimiento del ataque” no es entonces un elemento subjetivo especial de cada tipo de los contemplados en el artículo 7 –hechos individuales-, sino que integra el dolo genérico en el sentido del artículo 30.⁴³¹

Luego entonces, debemos preguntarnos a qué debe referirse en concreto el conocimiento del autor: ¿A la existencia de un ataque contra la población civil? ¿A la modalidad del ataque (generalizado o sistemático)? ¿A los fundamentos político-ideológicos que convierten al ataque en sistemático? La cuestión fue sumamente discutida en el seno del *Preparatory Committee*. Se analizó que si se exigía un conocimiento preciso de la política o plan sobre el que se basan los crímenes, difícilmente se podría demostrar el conocimiento de los intervinientes en tales crímenes, pues la planificación de una política criminal está reservada generalmente a un pequeño grupo de dirigentes, quienes cuidarán que los autores materiales de la política conozcan sólo lo estrictamente necesario para su ejecución.

La solución se fijó en la versión definitiva, pues se intentó reducir los requerimientos subjetivos: no exige por un lado, el conocimiento de los detalles de la política en que se basa el ataque y por el otro instituye una presunción del dolo cuando la conducta es parte de un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Esto pues según los redactores, si el autor promueve el ataque, se

⁴³⁰ AMBOS, Kai, *La Parte General... op cit.*, p. 401.

⁴³¹ *Ibidem* p. 402.

puede inferir su voluntad de promoción y su conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes⁴³². Lo decisivo es que el autor sea consciente de que no actúa aisladamente, sino en el marco de un ataque generalizado o sistemático, sin que deba tener un conocimiento detallado de ese ataque.

Esta interpretación concuerda con la jurisprudencia penal internacional. El TPIY se ha pronunciado a favor de que el autor sepa que los hechos “eran cometidos de manera generalizada y sistemática”⁴³³. El TPIR ha exigido “conocimiento actual y constructivo del contexto del ataque”, lo que implicaría que el acusado sepa que los crímenes fueron cometidos como parte de un plan o política.⁴³⁴ La Sala de Apelación de los Tribunales *ad hoc*⁴³⁵ exigió solamente que el acusado supiera que su conducta se encuentra dentro de un patrón de crímenes generalizado y sistemático y en relación con ataques contra la población civil.

Por último, la fórmula “con conocimiento de dicho ataque” (“*with knowledge of the attack*”) fue entendida por los redactores del Estatuto de Roma como una limitante a la exigencia de dolo del artículo 30, frente a una propuesta canadiense más amplia (“*[...] when knowingly committed [...]*”), con la cual el conocimiento se habría referido a la entera acción del hecho. Con la versión final, podemos observar que tal y como ya se mencionó, el autor debe tener un conocimiento general de que

⁴³²ROBINSON, AJIL, 1999, p.52: “Given the inescapable notoriety of any widespread or systematic attack [...], it is difficult to imagine a situation where a person could commit a murder (for example) as part of such attack while credibly claiming to have been completely unaware of that attack”.

⁴³³ TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, decisión de 07 de mayo de 1997, *op cit.*, párr. 656, 659 (“*were occurring on a widespread or systematic basis*”); TPIY, *Fiscal vs. Kupreskic et al.*, caso no. IT-95-16, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 556; TPIR, *Fiscal vs. Musema*, caso no. ICTR-96-13-T, sentencia de 27 de enero de 2000, párr. 206; TPIY, *Fiscal vs. Blaskic*, *op cit.*, párr. 244; TPIY, *Fiscal vs. Kunarac et al.*, caso no. IT-96-23 & 23/1 sentencia de 22 de febrero de 2001, párr. 434; TPIY, *Fiscal vs. Kordic & Cerkez*, caso no. IT-95-14/2, sentencia de 26 de febrero de 2001, párr. 185.

⁴³⁴TPIR, *Fiscal vs. Kayishema/Ruzindana*, *op cit.*, párr. 133; TPIR, *Fiscal vs. Rutaganda*, caso no. ICTR-96-3-T, sentencia 6 de diciembre de 1999 párr. 70; TPIR, *Fiscal vs. Ruggiu*, caso no. ICTR-97-32, sentencia del 01 de junio de 2000, párr. 20.

⁴³⁵ Existe solamente una sala de apelaciones común para el TPIY y para el TPIR.

sus actos han formado parte de un ataque generalizado y basado en una política en sentido amplio contra una población civil.⁴³⁶

9.3. Crímenes de guerra

El artículo 8(1) no contiene ninguna indicación expresa respecto a una exigencia de dolo tal y como lo hace el artículo 7 señalado en el apartado anterior.

La existencia de un crimen de guerra depende de la presencia de un conflicto armado de determinada gravedad y los hechos se deben dirigir contra personas u objetos protegidos de acuerdo al derecho internacional humanitario.

El requisito adicional –acorde al derecho internacional humanitario- contenido en el artículo 8 del Estatuto de Roma es que la comisión debe ser “parte de un plan o política o como parte de la comisión [...] en gran escala”. Algunos doctrinistas como Kai Ambos consideran que este último elemento no se trata de un elemento del tipo sino únicamente de una norma de competencia judicial, que como lo hemos expresado con anterioridad, al no considerarse un elemento material sino solamente un elemento jurisdiccional, ello significaría que no se tendría que examinar si el sujeto conoció o no este elemento pues no queda comprendido dentro del objeto del dolo genérico al que se refiere el artículo 30.

Lo que sigue resultando incierto es cómo han de entenderse los elementos antes mencionados: si de manera puramente objetiva en el sentido de reglas de atribución de la competencia o elementos jurisdiccionales, o subjetivamente como circunstancias del hecho en el sentido del artículo 30(3) con la consecuencia de que el dolo del autor se deba referir a ellas. Si esto último es así, entonces se exigirá intención y conocimiento respecto a las circunstancias de hecho, como se ha planteado anteriormente.

⁴³⁶ AMBOS, Kai, *La Parte General... op cit.*, p. 406.

Esta cuestión práctica, fue discutida por primera vez en el encuentro de trabajo de la Comisión preparatoria de Siracusa, Italia, en febrero de 2000. El punto toral de la discusión era si el requisito de un conflicto armado debería estar abarcado por el dolo. Al respecto, hubo dos posiciones: por una parte, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* había entendido al conflicto armado hasta ese momento sólo como un “*jurisdictional element*”, esta es conocida como la solución objetiva del derecho internacional. Por otra parte, estaban quienes señalaban que si los redactores del Estatuto de Roma lo hubieran deseado, habrían incorporado en el *chapeau* —al igual que en el artículo 6 y 7— una exigencia de dolo, esta posición es la subjetiva del derecho penal.

Ambas posiciones estaban enfrentadas, y lo siguen estando. Por ello, en el informe final de Siracusa se puede leer: *For Genocide and Crimes against humanity, a particular mental element will be listed. For War crimes, no mental element as to the context will be listed. The issue is left open [...]*. La problemática se ha mostrado demasiado complicada como para arribar a una solución consensuada. No obstante, la versión final del documento de Elementos de los Crímenes, se ha decidido en favor de un conocimiento fáctico limitado de la existencia de un conflicto armado, independientemente de su carácter internacional o no internacional, como un mínimo de reprochabilidad.

9.3.1. Dolo respecto a la existencia de un “conflicto armado”

Lo que se debe de analizar a juicio de la autora antes de elegir una postura sobre la otra, es si el elemento contextual del “conflicto armado” influye sobre el contenido de injusto de los crímenes de guerra contenidos en el artículo 8. Si ello fuere así, es decir, si tal elemento intensifica el contenido del injusto de las acciones en cuestión, entonces el dolo del autor se deberá referir también a ello; de lo contrario se vulneraría el principio de culpabilidad.

La mera comisión de un delito ocasionalmente en un conflicto armado no la convierte necesariamente en un crimen de guerra, pues si el autor actúa de manera completamente independiente del conflicto armado, sea porque de cualquier manera quiere cometer el delito, sea porque ni siquiera es consciente de la existencia del conflicto armado, entonces su conducta no estará en relación con ese conflicto sino que tiene lugar por casualidad, en ocasión del conflicto. En cambio, si el autor actúa con conciencia de que está teniendo lugar un conflicto armado, aprovechándose posiblemente de éste, esta conciencia construye la relación entre su conducta y el conflicto armado. Entonces el elemento cognitivo del dolo exigido para las circunstancias de hecho –conflicto armado- en todo caso sería exigible en el segundo supuesto.

La relación con el conflicto armado se construye por tanto, en base a que el autor sea consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado. Esto se expresa así en la introducción a los Elementos de los Crímenes de guerra, pues únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias que hayan determinado la existencia de un conflicto armado y que haya estado relacionada con él.

9.3.2. Dolo respecto a la distinción entre conflicto armado internacional y no internacional

En el documento del Elementos de los Crímenes, se prescinde por completo de una exigencia de dolo respecto al conocimiento de la especie de conflicto armado de que se trata por parte del sujeto activo: *“En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional”*.⁴³⁷

⁴³⁷ Doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, *Elementos de los crímenes... op cit.*

9.3.3. Dolo respecto a las personas y objetos protegidos

A continuación nos refriremos en favor de una exigencia de dolo para los elementos típicos de los crímenes de guerra de: personas y objetos protegidos. Se trata de los objetos del hecho a los cuales indiscutiblemente se debe referir el dolo. En palabras del artículo 30, este objeto no es otra cosa más que una “circunstancia” que debe ser conocida por el autor. Así, en los Elementos de los Crímenes⁴³⁸ hay una exigencia de conocimiento de las “circunstancias de hecho que establecían esa protección” (como persona u objeto protegido).

Con lo anterior cabe la interrogante: si se exige el conocimiento del autor de las circunstancias de hecho —que establecen la protección—, entonces ¿esto implica un conocimiento similar respecto de la existencia de un conflicto armado por parte del autor? Esta cuestión nace ya que personas y objetos protegidos solamente pueden existir —por ser conceptos típicos de derecho humanitario— durante un conflicto armado.

Haciendo un análisis comparativo de los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma, podemos ver que en ambos casos, la conducta típica adquiere el carácter de crimen internacional por medio del contexto especial de comisión. Esto es, en virtud de sus “elementos contextuales”. El artículo 7 requiere como contexto, un acto que forme “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, el artículo 8 relaciona el actuar con un conflicto armado (internacional o no internacional). De este modo, sería contradictorio, que el dolo sea necesario para los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y en el caso de los crímenes de guerra, ni siquiera se exigiese el conocimiento fáctico de las circunstancias del hecho.

⁴³⁸ *Ídem.*

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* tampoco contradice la interpretación antes dada. Si bien el TPIY ha interpretado hasta ahora la exigencia de un conflicto armado sólo como una regla de atribución de la competencia (“*jurisdictional element*”), ello no implica que esto excluya que el “conflicto armado” sea visto también como circunstancia de hecho en el sentido del artículo 30(3), con la consecuencia de que sea necesario su conocimiento.

Para sostener el dicho antes referido –un elemento como elemento contextual y como elemento jurisdiccional al mismo tiempo- podemos citar la resolución del 10 de febrero de 2006 del caso *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, en la cual se consideró que el hecho de que un ataque fuera de carácter generalizado y sistemático -como elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad-, no implicaba que no pudiera tomarse también como uno de los criterios a considerarse por la Sala para hacer la evaluación de gravedad suficiente y así ser admisible ante la Corte.⁴³⁹ Esta cuestión tendrá que ser discutida y analizada por la jurisprudencia de la CPI en cierto punto y consecuentemente las Salas deberán pronunciarse al respecto.

En la práctica, a pesar de que las posturas antes mencionadas parecen completamente distintas- la que acepta al conflicto armado como mero elemento jurisdiccional y la lo ve como circunstancia de hecho-, en realidad se complementan, pues la jurisprudencia penal internacional deduce el dolo, especialmente su elemento cognitivo, de los hechos y circunstancias constatadas objetivamente. Esta afirmación se desprende de la introducción general de los elementos de los crímenes, que refiere expresamente: “*La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso*”.⁴⁴⁰

Por consiguiente, una exigencia de dolo en el caso de los crímenes de guerra, en lo que respecta al elemento contextual de la existencia de un “conflicto armado”

⁴³⁹ CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, 24 de febrero de 2006. *op cit.*

⁴⁴⁰ Doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, *Elementos de los crímenes...op cit.*

sería criticable si se exigiera algo más que el mero conocimiento de hechos, así por ejemplo, la exigencia de intención y conocimiento de los elementos normativos del tipo, o el conocimiento detallado del carácter internacional o no internacional del conflicto, pues no se le puede exigir a una persona con conocimientos generales, que hubiere tenido dolo respecto a cuestiones que simplemente estaban fuera de sus conocimientos o capacidades.

V.PROPUESTA: EL DOLO EVENTUAL DEBE APLICARSE EN EL SISTEMA DE LA CPI.

1- Criterios a considerar para analizar la conveniencia de incluir al dolo eventual en el sistema de la CPI

La propuesta dogmática del *dolus eventualis* supera el marco conceptual, esto quiere decir que no es una mera figura dogmática que no puede ser llevada a la práctica, aunque ello represente una dificultad considerable. Así, es uno de los conceptos de naturaleza dogmática cuya materialización, en el ámbito internacional, conllevaría más beneficios que perjuicios, teniendo por efecto un escenario de aplicación positivo.

Por la reciente labor de la CPI, todavía no se ha podido observar la aplicación del dolo eventual, de manera que no podemos afirmar si ha resultado positiva o negativa en el ámbito práctico llevado a un plano internacional. De hecho, varias de las Salas de Cuestiones Preliminares –como se estudiará más adelante– se han pronunciado someramente respecto a la disyuntiva de aplicar el dolo eventual, sin entrar a detalle, justificando dicha omisión sobre la base de que las exigencias fácticas de los casos estudiados hasta ahora no lo han requerido.

Lo anterior, no implica que en un futuro estos órganos se enfrenten a un escenario en donde tendrán que decidirse a favor o en contra de la aplicación del dolo eventual. Seguramente este escenario no es lejano, pues ya son varios los magistrados de la CPI que, sin que las exigencias del caso lo obliguen a hacerlo, han manifestado su inquietud respecto a este tema en las notas al pie de página de las decisiones que emiten. Incluso cuando llegue a presentarse dicha situación, seguramente habrá opiniones encontradas y será interesante hacer un análisis de los

argumentos presentados tanto por la defensa, la fiscalía, así como por los representantes de las víctimas.

2. Dolo eventual en Derecho Penal Internacional

La Sala de Apelaciones del TPIY realizó una explicación de la aplicación de la doctrina de la Empresa Criminal Común a la luz del *mens rea* o elemento intencional, aludiendo lo siguiente:

“El criterio del plan común como forma de responsabilidad está firmemente arraigado en el derecho internacional consuetudinario y además es adoptado, por el Estatuto del Tribunal Internacional. En lo que se refiere a los elementos objetivos y subjetivos del crimen, la jurisprudencia pone de manifiesto que este criterio ha sido aplicado a tres categorías diferentes de casos:

En casos de coautoría en que todos los partícipes en el plan común poseen la misma intencionalidad criminal de cometer el crimen (y uno o más de ellos, de hecho, perpetraron el crimen con intención de ello).

En los casos conocidos como “casos de campos de concentración”, en los cuales el requisito de *mens rea* engloba el conocimiento de la naturaleza del sistema de malos tratos y la intención de fomentar el plan de malos tratos. Esta intencionalidad puede probarse, bien directamente, o bien como una cuestión de inferencia a partir de la naturaleza de la autoridad del acusado dentro del campo o en el organigrama jerárquico.

Para la tercera categoría de casos, resulta apropiado aplicar el criterio del “plan común” sólo cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) la *intención* de tomar parte en una empresa criminal conjunta y de favorecer –individual y conjuntamente- la finalidad criminal de esa empresa; y b) la *previsión* de la posible comisión por parte de otros miembros del grupo de crímenes que no constituyen el objeto del plan criminal común. Por tanto el partícipe ha debido tener en mente la intención de delinquir incluso si tal plan surgió extemporáneamente, y son uno o algunos miembros del grupo los que de hecho han perpetrado la conducta delictiva. No obstante, para que la responsabilidad pueda imputarse a los otros, cada miembro del grupo ha debido poder predecir este resultado. Ha de señalarse que se requiere algo más que negligencia. Lo que se requiere es un estado de ánimo en que una persona, si bien no intentó producir un determinado resultado, era consciente de que las acciones del grupo conducirían muy probablemente a ese resultado, pero sin embargo corrió tal riesgo voluntariamente. En otras palabras, se requiere el llamado *dolus eventualis*⁴⁴¹”.

⁴⁴¹TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso No. IT-94-1-T, sentencia de 15 de julio de 1999.

El TPIY aceptó y afirmó la posibilidad de imputar cargos a determinada persona bajo la figura del dolo eventual.⁴⁴² En el caso de análisis –*Tadic*-, la Sala de Primera Instancia estimó que el imputado participó en un conflicto armado caracterizado por la existencia de una política de comisión de actos inhumanos contra la población civil no serbia y que como en fomento de esta política se cometieron actos inhumanos contra numerosas víctimas, se siguió entonces “*un plan identificable*” (...)

De esta manera, a pesar de que la finalidad común del grupo o empresa criminal común –*joint criminal enterprise*- no consistía en asesinar a todos los hombres no serbios, de la evidencia presentada y aceptada se desprende claramente que con frecuencia se producían asesinatos en el marco de ese esfuerzo por vaciar la región de Prijedor de población no serbia. En consecuencia, no ha lugar a dudas que Dusko Tadic había estado consciente de los asesinatos que acompañaban la comisión de actos inhumanos contra la población no serbia.

Con base en lo anterior, la Sala de Apelaciones del TPIY declaró al acusado culpable de crímenes contra la humanidad en los términos de artículo 5(a) –asesinato- del Estatuto y artículo 7(1) -participación en plan común con finalidad delictiva- del mismo, pues concluyó que existía un elemento de criminalidad dentro de las actuaciones del grupo, y que los resultados lesivos eran previsibles para el individuo.

⁴⁴² La regla general respecto al *mens rea* exigido para fincar responsabilidad ante la comisión de cualquier crimen de competencia de la Corte prevista por el artículo 30 del ER, encuentra su excepción en “otras disposiciones”. Como se señaló en el capítulo anterior, dichas disposiciones provienen de cualquiera de las fuentes de derecho aplicables al sistema de la CPI previstas en el artículo 21, el cual incluye los principios y normas de derecho internacional. Las decisiones de los Tribunales *ad hoc* ponen de manifiesto dichos principios de derecho internacional, por ende los presupuestos subjetivos de la punibilidad desarrollados por los Tribunales Penales Internacionales, pueden entenderse como “otras disposiciones” en el sentido del artículo 30 y podrían servir de fundamento para la aplicación del dolo eventual.

Por otra parte, el mismo Tribunal reconoció al dolo eventual “as an acceptable form of intent for purposes of meurtre” aduciendo lo siguiente “the accused or his subordinate must have been motivated by the intent to kill the victim or to cause grievous bodily harm in the reasonable knowledge that the attack was likely to result in death”.⁴⁴³ La frase “intent to kill” seguido de la palabra “likely” permite concluir la aceptación del dolo eventual como elemento subjetivo, toda vez que con la primera frase se exige un actuar doloso, y con la segunda se expresa que dicho dolo no se configura necesariamente con la certeza respecto a las consecuencias a obtenerse, basta la probabilidad.

3. El dolo eventual no se contempla en el artículo 30 del ER

Para efecto de mayor claridad se indica de nueva cuenta el texto del artículo 30 del Estatuto de Roma:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
- b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.

Sobre la base de lo previsto en el artículo 30 del Estatuto de la CPI existen opiniones claramente divergentes: Mientras que autores como Rodríguez Villasante, Buenon Arús y Wladimiroff⁴⁴⁴ consideran que el dolo eventual se encuentra entre las

⁴⁴³ TPIY, *Fiscal vs. Blaskic*, op cit.

⁴⁴⁴ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, “un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales del Derecho Penal”, en *La justicia internacional: una perspectiva iberoamericana*. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional; coord. por Juan Antonio Yañez

circunstancias que concurren en el artículo 30(2), otros expertos como Olásolo⁴⁴⁵ sostienen que el dolo eventual se encuentra incluido en el elemento general del tipo subjetivo previsto en el artículo 30(1) del ER, puesto que dicha disposición se refiere a que el agente sea consciente de que el resultado prohibido “se producirá en el curso normal de los acontecimientos” y según este autor esto implica que la persona sabe que hay una alta probabilidad de causar el resultado prohibido y, por tanto, de seguir adelante con su actuación se presume se acepta su producción.

Kai Ambos señala que las consecuencias secundarias que “tendrán” lugar en el curso normal de los acontecimientos— pueden considerarse queridas, porque el individuo cuenta con la seguridad de su producción. El alemán menciona que con lo anterior se exige más que en el *dolus eventualis*, pues el artículo 30 expone que se puede partir de un modo relativamente seguro de la producción del resultado, bajo un juicio de validez general, y no sobre una base fáctica prácticamente insegura como la del dolo eventual.

La distinción que hace el artículo 30 del ER respecto al *mens rea* en relación a la conducta y en relación a las consecuencias, es significativa. Aunque a primera vista pareciera que la frase “se propone incurrir en la conducta”, según principios generales de derecho penal, incluiría dolo directo e indirecto; y la frase “se propone causar la consecuencia o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos” cubriría dolo directo, indirecto y eventual, si se analizan conjuntamente —como debe ser respecto a los delitos de resultado, ya que el actor

Barbueno, Casa de América, Madrid, 2001, pp.142-143; BUENO ARUS, F., “perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998” en QUELLOPEZ, F.J. (ed), Creación de una jurisdicción penal internacional, Colección Escuela Diplomática, número 4, Escuela Diplomática, Asociación Diplomática de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid, 2000, p. 125; WLADIMIROFF, Michail, “the individual with in international law”, R. Thakur and P. Malcontent (eds.), From Sovereign Impunity to international Accountability: The Search For Justice in a World of States , Tokyo, New York, Paris, United Nations University Press, 2004, p. 111.

⁴⁴⁵ OLÁSULO ALONSO, Estudios de... op cit., p.35.

debía contar con dolo respecto a conducta y resultado,- es evidente que se excluye por completo el *dolus eventualis*.

En suma, la frase “*awareness that a consequence will occur in the ordinary course of the events*” confirma la exclusión del dolo eventual, toda vez que como se refirió en el capítulo V de la presente investigación, de aceptarse se hubiera dispuesto “*would occur*”.

4. Decisiones de la CPI y dolo eventual

4.1. Caso Fiscal vs. Thomas Lubanga

Este caso se refiere a hechos acaecidos en República Democrática del Congo, en torno a la política de aislamiento, reclutamiento y utilización activa en las hostilidades de jóvenes de la etnia Hema (incluyendo menores de 15 años), llevada a cabo por grupos armados organizados, como la UPC/RP y las FPLC,⁴⁴⁶ entre septiembre de 2002 y finales de 2003. Lubanga “tenía de hecho el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP” y ostentó también el cargo de comandante en jefe de las FPLC.

Este caso presenta una particularidad, el contenido del plan común no parece tener *per se* una naturaleza intrínsecamente criminal, en cuanto que, dada la situación de conflicto armado, era perfectamente legítimo que las FPLC lanzaran una campaña de reclutamiento entre los jóvenes de la parte de la población civil que apoyaba el movimiento.

⁴⁴⁶ Forces Patriotiques Pour la Libération du Congo.

Tal y como subraya la SCP I, si bien el plan común no iba dirigido ni entrañaba la comisión de un delito, sí contenía un “elemento de criminalidad” en cuanto que su ejecución conllevaba un riesgo evidente de que afectara niños menores de 15 años.⁴⁴⁷ Según la Sala, desde que el plan fue trazado, Lubanga y los demás miembros del “proyecto” eran conscientes y habían aceptado la posibilidad de que en el curso normal de los acontecimientos niños menores de 15 años fueran alistados o reclutados en las FPLC y utilizados activamente en las hostilidades.⁴⁴⁸

Por lo anterior, la Sala consideró que el dolo eventual es el requisito subjetivo mínimo para establecer la responsabilidad penal por los crímenes tipificados en los artículos 6 a 8 ER y excluyó la culpa consciente o *subjective recklessness*, la imprudencia temeraria u *objective recklessness*, y la mera imprudencia del ámbito del artículo 30.⁴⁴⁹

4.2. Caso Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui

Se refiere a hechos acaecidos durante un conflicto armado que tuvo lugar en República Democrática del Congo, en 2002 y 2003. Los imputados –Katanga, comandante en jefe de las FPRI y Ngudjolo Chui, comandante en jefe del FNI- eran los únicos dos miembros del plan común, que consistía en dos objetivos fundamentales: obtener el control de la población de Bogoro –pues tenía un gran valor estratégico- y asegurar el posterior mantenimiento de dicho control mediante la destrucción de la población civil –en su mayoría de la etnia hema- que apoyaba a las fuerzas defensoras.

⁴⁴⁷CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 377.

⁴⁴⁸ Existiendo la posibilidad de que se configurara el crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas, previsto por el artículo 8 (2)(b)(xxvi).

⁴⁴⁹CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, 29 de enero de 2007, *op cit.*, párrs. 349, 352 y 355.

Según la SCP I, además de que el imputado debe de realizar su contribución con los requisitos subjetivos específicos exigidos por la definición de los delitos que se le imputan –a título de coautor-, es necesario también que: (i) todos los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución resultará o es probable que resulte en la comisión de los delitos imputados, y (ii) que el imputado sea consciente del carácter esencial de su contribución, lo que incluye el conocimiento del control *de facto* que ejerce sobre la organización que dirige, y mediante la cual lleva a cabo su contribución.⁴⁵⁰ Dichos elementos se adicionan a los de la coautoría puesto que en este caso se utilizó una nueva forma de responsabilidad penal, creada por la CPI: la coautoría mediata.⁴⁵¹

La definición de los elementos subjetivos de la coautoría mediata que realiza la SCP I es incompleta, pues renuncia expresamente a discutir si el artículo 30 del ER acepta o no al dolo eventual.⁴⁵² Así, la Sala no aclaró si la coautoría mediata requiere que los delitos imputados sean consecuencia mínima necesaria de la ejecución del plan común (dolo directo de primer y de segundo grado), o si es suficiente que dichos delitos sean consecuencia probable y aceptada de la ejecución del plan común –dolo eventual, aceptado por la propia SCP I en el caso *Lubanga*-. En el mismo sentido, tampoco se discutió si es necesario que los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que los delitos imputados sean una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común, o si basta –como se refirió en *Lubanga*- que los miembros del plan sean conscientes y acepten mutuamente la

⁴⁵⁰CPI, *Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008, párr. 538 y 539.

⁴⁵¹ No es sino una cuarta manifestación de la Teoría del dominio del hecho y consiste en la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y la autoría mediata por medio del dominio de la organización; los elementos objetivos de dicha innovadora forma de responsabilidad son: (i) plan común entre los líderes políticos y militares; (ii) que los líderes ostenten poder *de facto*; (iii) el poder de facto se ejerza sobre una o varias organizaciones jerárquicamente y con miembros fungibles; (iv) una vez divididas las tareas, los miembros de la organización realicen sus contribuciones esenciales a través de la organización. (v) los delitos son finalmente cometidos como ejecución del plan común.

⁴⁵²CPI, *Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, *op cit.*, párr. 531.

probabilidad de que la implementación del plan común lleve consigo la comisión de dichos delitos.

La razón que la SCP I esgrimió para renunciar a la discusión sobre el dolo eventual en la decisión de confirmación de cargos del caso *Katanga*, es que dicho análisis no era necesario porque de los medios probatorios ofrecidos por el Fiscal, se desprendía que el plan común incluía a la población civil de Bogoro como uno de los objetivos específicos del ataque, lo que suponía que todos los delitos imputados fueron cometidos con dolo directo de primer grado, o al menos con dolo indirecto.

Desaprobamos la postura asumida por la Sala de Cuestiones preliminares referida, puesto que si bien era la primera decisión en la historia de la CPI que analizaba los elementos de la coautoría mediata,⁴⁵³ los Magistrados debieron describir de manera íntegra dichos elementos y no así ignorar la exposición a detalle de los elementos subjetivos, con la excusa de que las circunstancias fácticas del caso no ameritaban dicha descripción.

No bastando con la omisión de la Sala criticada en el párrafo precedente, los Magistrados definieron el dolo directo de segundo grado con la frase prevista por el artículo 30(2) del ER, de forma que esta especie de dolo incluye, según su criterio, aquellas situaciones en que el imputado, a pesar de no tener la intención de producir los elementos del tipo objetivo, es consciente de que estos se producirán “en el curso normal de los acontecimientos”.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Con anterioridad solamente existía el precedente del caso del TPIY de Fiscal vs. Milomir Stakic. Véase: TPIY, Fiscal vs. Milomir Stakic, caso no. IT-97-24-T, sentencia de 31 de julio de 2003.

⁴⁵⁴ CPI, Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, op cit., párr. 529.

Con lo anterior, pareciera que los Magistrados refirieron de manera implícita que cualquier estándar inferior al dolo directo de segundo grado –lo que incluye al dolo eventual- queda excluido del ámbito de aplicación del artículo 30 del ER. En este punto es importante subrayar la contradicción entre las propias decisiones de la misma SCP I, toda vez que en el caso *Lubanga* los Magistrados utilizaron la frase “en el curso normal de los acontecimientos” para definir dolo eventual y no dolo directo de segundo grado.⁴⁵⁵

De la lectura de la propia decisión de confirmación de cargos del caso *Katanga* se desprende que en varias notas de pie de página la mayoría de la Sala sigue considerando válida la interpretación respecto al *mens rea* emitida en el caso *Lubanga*, respecto a que el dolo eventual se encuentra incluido como elemento subjetivo general del artículo 30 del ER.

En conclusión, respecto a los elementos subjetivos de la coautoría mediata, solamente cabe señalar que la decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* levanta importantes interrogantes que deberán ser resueltas en futuras decisiones de la Corte.

4.3. Caso Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba

En octubre de 2002 se llevó a cabo en República Centro Africana un intento de golpe de estado para derrocar al gobierno legítimo. El entonces presidente Patasse, combatió dicha rebelión con ayuda de fuerzas libias y del “Movimiento de Liberación

⁴⁵⁵CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga*, 29 de enero de 2007, *op cit.*, párrs. 351-355.

del Congo” liderado este último por Jean Pierre Bemba. En dicho contexto ocurrieron graves ofensas al derecho internacional contra los que apoyaron el golpe de estado.

La SCP III consideró que Bemba no era responsable a título de coautor, porque no cumplía con los elementos subjetivos de este tipo de responsabilidad,⁴⁵⁶ sin embargo esta decisión resulta particularmente relevante, porque fija los límites del elemento subjetivo del artículo 30 del ER.⁴⁵⁷ La Sala rechazó la inclusión dentro de la definición de este artículo del dolo eventual (a diferencia de la Sala I en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*) y de la *recklessness*. Afirmó que el elemento subjetivo general del artículo 30 acoge el concepto de *dolus*, de modo que requiere la existencia de un elemento volitivo y uno cognitivo.⁴⁵⁸

En esta decisión se explicó que usualmente el *dolus* puede adoptar tres formas dependiendo de la intensidad del elemento volitivo: (i) *dolus directus* de primer grado o dolo directo; (ii) *dolus directus* de segundo grado o dolo indirecto y (iii) *dolus eventualis*. Según su opinión, el artículo 30(2) y (3) del ER abarcaría los casos en que el autor sabe que sus acciones u omisiones realizarán los elementos objetivos del tipo y los lleva a cabo con la voluntad de producir esos elementos objetivos (*dolus directus* de primer grado) y los casos en que no es necesario que el autor tenga la voluntad de llevar a cabo los elementos objetivos del tipo, pero es consciente de que esos elementos se producirán como consecuencia necesaria de sus acciones u omisiones (*dolus directus* de segundo grado).⁴⁵⁹

⁴⁵⁶CPI, *Fiscal vs. Jean Pierre Bemba*, decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008, párr. 436.

⁴⁵⁷*Ibidem* 352.

⁴⁵⁸*Ibidem* 357.

⁴⁵⁹*Ibidem* párrs. 358-359.

La Sala refirió con respecto al *dolus eventualis*, su exclusión de la esfera del artículo 30, basándose en la interpretación literal de la expresión "ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos" contenida en el artículo 30 del ER, que remite a la idea de un acontecimiento que necesariamente sucederá. Esta expresión indica que la producción de ese acontecimiento requiere un estándar cercano a la seguridad, es decir, que la consecuencia se producirá, salvo una intervención inesperada o imprevista que impida su ocurrencia.⁴⁶⁰

En la decisión en comento, se entendió que la lectura del multicitado numeral, sin dudas remite a un estándar mayor al "comúnmente acordado" (*commonly agreed*) para el *dolus eventualis*⁴⁶¹ y señaló que si los redactores de Estatuto hubiesen querido incluir el dolo eventual dentro del texto del artículo 30 habrían utilizado expresiones como "*puede ocurrir*⁴⁶²" o "*podría ocurrir en el curso normal de los acontecimientos*⁴⁶³" para receptar la mera posibilidad o eventualidad de la producción de esa consecuencia.

Para la Sala esta interpretación del artículo 30 es la más armónica con el artículo 22(2) del ER en cuanto establece que "la definición de los crímenes será interpretada restrictivamente"⁴⁶⁴ y tiene como punto de apoyo los trabajos preparatorios del propio Estatuto -que de acuerdo con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituyen un medio de interpretación complementaria-, donde, si bien en un primer momento se sugirió expresamente la idea de incluir al *dolus eventualis* en el artículo 30 del ER, la referencia a este concepto, posteriormente quedó fuera de las discusiones.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ *Ibidem* párrs. 360, 362.

⁴⁶¹ *Ibidem* párr. 363.

⁴⁶² Énfasis añadido.

⁴⁶³ Énfasis añadido.

⁴⁶⁴ CPI, *Fiscal vs. Jean Pierre Bemba, op cit.*, párr. 369.

⁴⁶⁵ *Ibidem*. 364.

Los Magistrados reconocieron que la definición del elemento subjetivo del artículo 30 del ER acoge la comisión con dolo directo de primer grado y con dolo directo de segundo grado.⁴⁶⁶ Esto supone que los delitos imputados al menos deben ser una consecuencia necesaria del plan común.

La mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares, al analizar los elementos del crimen de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años en las hostilidades, en una nota al pie ligeramente reconoció que el artículo 30 también podría receptar la comisión del delito con dolo eventual (lo que significaría aceptar que para dicha disposición es suficiente que los delitos sean una consecuencia probable y aceptada de la ejecución del plan). La Sala se limitó a indicar que apoya la interpretación efectuada en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* con respecto a la inclusión del *dolus eventualis* en el artículo 30 y no abordó con mayor profundidad este punto, ya que, a su juicio, en el caso concreto estaba probado el dolo directo de primer o segundo grado.

Si bien es cierto, todavía queda un largo camino que recorrer en lo que respecta a la jurisprudencia de la CPI en este tema, particularmente a la luz de las deficiencias que la decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* presenta en la elaboración de los elementos subjetivos. Sin embargo, esta autora concuerda con la opinión sostenida por la SCP III en el caso *Bemba*, ya que estos van acorde a los argumentos presentados durante la presente investigación: el artículo 30 del ER excluye la aplicación del dolo eventual.

A pesar de que el artículo 30 del ER excluye la aplicación del dolo eventual, ello no quiere decir que no existan ciertas excepciones a la regla general. Constan tres

⁴⁶⁶ *Ibidem* párrs. 529-530.

excepciones contenidas en el texto estatutario que si prevén al *dolus eventualis*: Cuando el delito es cometido bajo la forma de participación a través de un grupo con un propósito criminal, bajo la figura de la coautoría mediata y en el caso de la responsabilidad de los superiores jerárquicos de carácter civil.

5. La correcta interpretación del ER admite el dolo eventual

5.1. Interpretación de acuerdo a la Convención de Viena de 1969

El Estatuto de Roma, por su naturaleza de tratado internacional debe ser interpretado, de conformidad a los numerales 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, esto es, tomando en consideración el contexto del tratado, así como su objeto y fin.

31. **Regla general de interpretación.** 1. 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.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. **Medios de interpretación complementarios.** Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del

artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Para conocer el objeto y fin del Estatuto de Roma, basta atender al párrafo cuarto y quinto de su preámbulo, cuando refiere:

[...]Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,[...]

Tomando en consideración los párrafos antes citados, es dable colegir que el fin de la instalación de un tribunal permanente como la CPI es precisamente poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

El mismo preámbulo también nos da a conocer el contexto de creación de la CPI en los párrafos segundo y tercero:

[...]Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la

conciencia de la humanidad y reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad [...]

Si la CPI fue creada en un contexto en el que millones de personas han sido victimizadas por los peores crímenes cometidos contra la humanidad, ¿Por qué no instaurar un Tribunal, con herramientas suficientes para poner un alto a esta situación? Y más aun ¿Cuáles son esas herramientas suficientes?

En la presente investigación se ha expuesto el elemento subjetivo del hecho adoptado por la CPI. La regla general es que el tribunal sancionará a aquél que cometa los peores crímenes, actuando con dolo directo de primer grado y segundo grado y cuando se trata de superiores jerárquicos militares, la comisión del crimen se sancionará si actuó con negligencia.

Según una interpretación del ER, tomando en cuenta el contexto, el objeto y fin del tratado, éste contiene tres excepciones a la regla general antes descrita, ya que existen hipótesis fácticas que ameritan que el umbral subjetivo disminuya a fin de sancionar una conducta delictiva, tan grave como las tipificadas en el ER, cuando se demuestra que el actor, no es que no supiera ni hubiera consentido el resultado dañino, sino que lo hizo en una forma eventual, teniendo conocimiento de las posibles consecuencias de su conducta, a través de la percepción del contexto que rodeó a la misma y por tanto consintiéndola.

Si bien se debe hacer una interpretación amplia de acuerdo a la Convención de Viena de 1969, considerando el objeto y fin de la CPI, ello no implica que la interpretación deba ser ilimitada, dándole un contenido erróneo a determinadas disposiciones. Es por esto que tras el análisis minucioso ya efectuado, se afirma que el dolo eventual no es el estándar subjetivo mínimo para todos los crímenes de la

CPI, pues la fórmula genérica contenida en el artículo 30, a pesar de ser interpretada de manera amplia, no permite afirmar que así lo sea.

Sin duda la interpretación contraria ayudaría en gran medida a la consecución de los fines de la CPI, pero indudablemente resultaría violatoria de los derechos del imputado, pues iría en contra del principio de seguridad jurídica, principio fundamental del debido proceso relativo a la existencia de reglas sólidas, justas y bien hechas que le aseguren al imputado previsibilidad respecto de los actos de los magistrados de la CPI.

Como se expondrá más adelante, existen otras disposiciones en el ER que sí permiten una interpretación a favor de la aplicación del dolo eventual, los artículos 25 y 28 del ER.

La no aplicación del *dolus eventualis* podría resultar fatalista para los fines de la CPI. Si se admite que el ER prevé la posibilidad de sancionar a quien cometió un crimen previsto en el tratado, contando con la mera posibilidad –más no certeza– de la materialización de los elementos del delito, el campo de punibilidad del Tribunal Internacional será más extenso. La exclusión del dolo eventual, limitaría excesivamente el radio del acto doloso, y consecuentemente el radio de imputación de la CPI. De esta manera se escaparían muchas conductas (que claramente serían dolosas y por ende imputables) en las cuales el resultado no era querido ni conocido *in stricto sensu* por el sujeto.

En las negociaciones en Roma, se consideró en todo momento que los crímenes competencia de este Tribunal serían los más graves para la comunidad internacional, así por el contexto en que se cometen los mismos es sumamente difícil que se cometan “negligentemente”, pues por lo general su comisión es a gran

escala, de manera sistemática, como parte de alguna política o con la contribución de varios agentes.

Si la jurisdicción de la CPI abarca los crímenes más trascendentales para la comunidad internacional, es razonable pensar que se les debe de dar un tratamiento “más grave”, o mejor dicho, más estricto, atendiendo a criterios de política criminal, ello mediante una interpretación más amplia de las disposiciones del tratado.

La diferencia entre la aplicación del dolo eventual en el sistema de la Corte y en los sistemas nacionales es enorme en razón del tipo de crímenes bajo su jurisdicción, siendo que son los de mayor gravedad, que ponen mucho en tela de juicio el que el sujeto activo no haya podido percatarse de que su actuar desembocaría en la materialización del hecho delictivo.

Para que la Corte cumpla con los fines preventivos que la caracterizan debe sancionar en un sentido más estricto –sin que esto quiera decir que la pena deba ser mayor– es decir, se debe de armar de elementos, como el hecho de ampliar la aplicación del radio doloso o mejor dicho, la extensión de la responsabilidad penal por dolo eventual en algunos supuestos, a fin de cerrar la brecha a la impunidad para poder prevenir la comisión de un mayor número de este tipo de crímenes a nivel internacional. Ello reforzaría significativamente la función preventiva de la CPI.

Al proponer lo anterior, también debemos sugerir una extrema cautela para que el dolo eventual no se convierta en el estándar mínimo utilizado en todo caso respecto a la actitud dolosa, dejando de lado el dolo directo de primer y segundo grado. Como se verá más adelante, el dolo eventual no debe ser aplicado en toda circunstancia.

Existe una clara conexión entre el concepto de “responsabilidad para proteger”⁴⁶⁷ y el mandato de la CPI, ambos se centran en situaciones futuras de delitos atroces. Así, el compromiso de la Corte de terminar con la impunidad, es un medio para promover: (i) la prevención general positiva, consistente en garantizar la aplicación del Derecho Penal Internacional y reforzar los bienes jurídicos que esta rama protege, y (ii) la prevención general negativa, que resulta en transmitir a la clase dirigente mundial el mensaje de que aquellos que incurran en delitos atroces no quedarían impunes.⁴⁶⁸

Hasta ahora, la CPI ha puesto énfasis en poner fin a la impunidad por delitos atroces ya cometidos. Sin embargo, la contribución que la CPI puede realizar a la prevención de crímenes futuros mediante su intervención puede ser incluso superior. He ahí la importancia de la admisión del *dolus eventualis* en las actuaciones de la Corte Penal Internacional.

⁴⁶⁷ Para entender aún mejor la función preventiva de la CPI, es importante remontarnos a la doctrina de la intervención humanitaria, formulada a finales de la Segunda Guerra mundial, según la cual se justifica el derecho a la intervención armada en un Estado que no tiene la disposición o la capacidad para proteger a su propia población de delitos atroces. Esta doctrina, aunque ha sido abandonada, nos permite entender el concepto de responsabilidad para proteger, es decir aquel de soberanía como responsabilidad, el cual se basa en la premisa de que una respuesta efectiva requiere una intervención continua que debe comenzar con la adopción de medidas de prevención. Este último principio reza que la responsabilidad de cada estado se traslada a la comunidad internacional cuando por falta de capacidad o de disposición del estado, es la comunidad ecuménica la que debe de adoptar medidas rápidas y eficaces. Pudiendo concluir que por lo anterior la comunidad internacional también tiene la obligación de poner un acento sobre la prevención y no sólo actuar una vez que se hayan cometido los crímenes de su competencia y haya falta de disposición o capacidad del Estado con jurisdicción original.

⁴⁶⁸ OLÁSOLO ALONSO, Héctor, “La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces” en *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, ed. Tirant lo Blanch, España, 2011.

5.2. Interpretación de acuerdo a las disposiciones del ER

Un principio de derecho penal, es el de interpretación estricta de la ley. A pesar de que en el sistema de la CPI no hablamos de una ley en *stricto sensu*, el ER si pregona este principio en su artículo 22, que manifiesta: “La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”.

Lo anterior implica que las definiciones de los crímenes de competencia de la Corte, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, contempladas en los artículos 6 a 8 del ER, deben ser interpretadas en forma estricta, así como los elementos de los mismos contenidos en el documento de elementos de los crímenes.

Si bien la definición de cada crimen exige un elemento subjetivo mínimo, este no se detalla en los artículos 6 a 8 del ER respecto a cada forma de autoría y participación, sino que existe el artículo 25 del ER que trata de esto. Lo mismo sucede con la responsabilidad del superior jerárquico, regulada por el artículo 28 del ER.

Así pues, la interpretación amplia a la que se hizo referencia anteriormente, es la de los artículos 25 y 28 del ER y no la de los crímenes.

El artículo 10 del ER reza: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”, con “la presente parte” se refiere a la parte II “De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”.

Dentro de dicha “parte”, a su vez, se encuentra previsto el artículo 21, que trata del derecho aplicable al sistema de la CPI. Este artículo, en lo que nos interesa para fines de interpretación de las disposiciones del ER, dispone:

La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

De una interpretación conjunta de lo anterior, se concluye que por una parte el artículo 10 del ER proclama una interpretación más amplia acorde a los fines del ER. Por otra parte, el artículo 21, mismo que debe ser interpretado de acuerdo al artículo 10 pues se encuentra dentro de la parte de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable del ER, pregona una interpretación compatible a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

La interpretación del propio ER va ligada con el respeto y garantía de los derechos fundamentales del individuo, pues los crímenes internacionales de competencia de la CPI a la vez constituyen las violaciones más graves de derechos humanos existentes.

De esta forma, a pesar de que el imputado podría ser acusado de un crimen de competencia de la Corte bajo el elemento subjetivo del dolo eventual, a este le serán respetadas y garantizadas las llamadas garantías judiciales o debido proceso legal,⁴⁶⁹ permitiéndole no quedar en estado de indefensión y, en caso de que sea inocente de los cargos, acreditarlo.

Así, la parte acusadora, al tener la carga de la prueba, tendrá que demostrar la existencia de tal elemento subjetivo, bajo la base del dolo eventual, y en su caso, la defensa del imputado tendrá que desacreditar posteriormente el dicho de la Fiscalía.

Por lo que respecta a la interpretación compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, conviene destacar que a pesar de que el principio

⁴⁶⁹El artículo 67 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, habla sobre los derechos del acusado: “1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

- a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto;
- f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla;
- g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;
- h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y
- i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.

2. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.”

pro persona, reconocido internacionalmente en los artículos 29 de la Convención Americana y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, va más allá de ser un criterio de interpretación, conformando una verdadera garantía de interpretación convencional que permite asegurar el respeto y la vigencia de los derechos humanos plasmados en instrumentos internacionales de esta materia, no deja de ser aplicable estrictamente a la interpretación de normas que consagran o reconocen derechos fundamentales, pues éstas deben ser interpretadas de manera distinta a otras normas en razón del objeto y fin que buscan: la protección-realización de los derechos y libertades del ser humano.

El Estatuto de Roma, a pesar de que consagra un sistema garantista, no es un tratado cuyo fin es la protección de los derechos fundamentales de la persona.

A pesar de que en esta investigación se propone una interpretación más amplia, conviene subrayar dos cosas, la primera, que la propuesta aquí asentada no es atendiendo al principio *pro persona* imperante en materia de derechos humanos y la segunda, que a pesar de que no se atiende a dicho principio, por no ser el tipo de disposición objeto de dicho criterio interpretativo, ello no implica que con la interpretación presentada se vulneren derechos fundamentales, sino lo contrario, resulta compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, tales como serían las garantías de debido proceso, que implica la presunción de inocencia, el derecho a una defensa adecuada, así como el principio de seguridad jurídica.

6. Autoría, participación y dolo eventual: artículo 25 del ER

Como ya fue referido en el capítulo anterior, se analizará la posibilidad de que el dolo eventual sea tomado como presupuesto del elemento subjetivo cuando se habla de responsabilidad de autores y partícipes. En concreto se estudiará la figura de la coautoría mediata y la de los partícipes de un crimen que son responsables por su contribución a la comisión del mismo o tentativa de comisión por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

6.1. Partícipes que contribuyen al delito cometido por un grupo con un fin criminoso

En este punto, es conviene hacer referencia a la teoría de *versari in re illicita*, según la cual la persona que despliega la conducta lesiva será responsable por todas las consecuencias dañinas del acto, con independencia de su participación en él o de la intención y conocimiento que haya tenido respecto a ciertas consecuencias.

La teoría antes presentada va de la mano con la teoría de la empresa criminal común o “*Joint Criminal Enterprise*”, sostenida por los tribunales *ad hoc*, la cual sostiene que cuando un grupo de individuos acuerda libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para ser penalmente responsable, sino que también se exige que se ejecute el propósito criminal. La importancia objetiva de la contribución que cada miembro del grupo realiza es irrelevante, lo que realmente importa es que dicha contribución sea otorgada con el deseo de realizar el propósito criminal común –la consumación del o los delitos-. Así, las contribuciones prestadas sin el conocimiento de que se está

facilitando la realización del propósito criminal no son suficientes para dar lugar a una responsabilidad penal.

Las teorías antes expuestas han sido superadas por el sistema de la CPI. La doctrina *versari*, puesto que el ER es claro en la exigencia respecto a un “elemento interno” como presupuesto de responsabilidad. En relación a la doctrina de la Empresa Criminal Común, la CPI ha adoptado la teoría del dominio del hecho⁴⁷⁰ como base rectora en materia de autoría y participación.

A continuación se analizará el *mens rea* exigido precisamente en una de las formas de participación que prevé el artículo 25 del ER, pues consideramos que esta es una de las dos hipótesis que da cabida al dolo eventual.

El inciso d) de nuestro interés dispone que podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la CPI quien:

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

Si analizamos, parte por parte, la disposición en comento, se puede ver cómo en primer término los redactores enfatizaron la exigencia del dolo del agente, pues dejan en claro que la contribución deberá ser “intencional”, descartando así el radio del acto negligente. En segundo lugar, es importante subrayar la presencia de la preposición “o” separando cada uno de los incisos cuando se refiere a cómo debe

⁴⁷⁰ Adoptada como criterio distintivo entre autoría y participación a utilizarse por la CPI, ello fue señalado en la confirmación de cargos del caso *Fiscal vs. Lubanga* y posteriormente ratificado en la confirmación de cargo del caso *Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*.

hacerse la contribución, poniendo de manifiesto que el hecho de que la contribución sea dolosa no necesariamente requiere la concurrencia de ambos.

Así, se debe entender que la contribución sigue siendo dolosa—a título de dolo eventual- si se hace a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen. Ello se explica mejor con el siguiente ejemplo: X se dedica a la instalación de gas en la época de la Alemania nazi, del análisis del contexto de la época se desprende que X está consciente de la práctica generalizada de “limpieza” de la población, es decir, el exterminio de la raza judía. No obstante, X es contratado por los nazis para llevar a cabo la instalación de gas en las cámaras dentro de un campo de concentración. X está consciente de que este grupo tiene la intención de exterminar judíos haciendo uso de la cámara de gas, es decir, de cometer un crimen. Si X decide continuar con la materialización de la instalación del gas, estará aceptando la posibilidad de que su contribución permite la comisión del crimen en cuestión, siendo que X se ha podido representar la posibilidad de que ocurra el resultado lesivo, en virtud del conocimiento constructivo inferido a partir del análisis del contexto que lo rodea.

En otras palabras, bajo la línea argumentativa prevista por el inciso d) del artículo 25 del ER, X sería responsable como partícipe por llevar a cabo dicha contribución con la intención de hacerlo, es decir por haber desplegado la conducta delictiva a título de dolo eventual, puesto que el agente no cuenta con la certeza de la producción del resultado, sin embargo tampoco se puede hablar de un actuar culposo toda vez que contribuye a sabiendas de la alta probabilidad de materialización del delito, decidiéndose así por el desprecio de la protección del bien jurídico tutelado.

De acuerdo a la Teoría del dominio del hecho adoptada por la CPI, el que la contribución o función del perpetrador sea esencial es un factor que distingue la coautoría de la participación. Así, será coautor aquél que tenga el codominio funcional del hecho debido a la importancia de la función que tiene, pues éste podría llegar a arruinar la comisión del delito si se negara a llevarla a cabo. En cambio, será partícipe aquel cuya función no resulta esencial para la materialización del delito.

Precisamente por lo anterior, en el ejemplo referido anteriormente, X respondería a título de partícipe, pues si éste se negara a llevar a cabo su contribución, de cualquier manera se materializaría el delito en virtud de que seguramente otra persona sería contratada para llevar a cabo la instalación del gas de la cámara, es decir, X no juega un papel indispensable en la ejecución del plan criminal como lo serían por ejemplo los líderes nazis o incluso los oficiales que trasladan a los judíos a las cámaras de gas.

Según Antonio Cassese, el agente o miembro del gobierno u organización cuya política apunta a la comisión de crímenes contra la humanidad que no causa directamente las consecuencias, no tiene que anticipar todas las consecuencias de su contribución, mientras él esté consciente del riesgo que su acción podría traer respecto a severas consecuencias en relación a la(s) víctima(s) del crimen.

El elemento del *mens rea* a exigirse en el caso del miembro de la organización criminal, dependerá en todo caso del análisis de la contribución del mismo a fin de determinar si se le imputará dicha responsabilidad a título de coautor, de coautor mediato, de coautor mediato por dominio de la organización o de partícipe. En caso de que se determinara esta última, o la coautoría mediata, entonces coincidiríamos con la postura de Cassese, en caso contrario consideramos que no sería posible imputarle al agente la conducta por la consciencia del simple “riesgo que su acción podría traer respecto a severas consecuencias en relación a la(s) víctima(s) del

crimen” toda vez que el artículo 30 es muy claro en referir que el autor debe tener consciencia respecto a que las consecuencias ocurrirán (*will occur*).

En conclusión, para fincar responsabilidad a título de partícipe –según el inciso d) del artículo 25– no hace falta intención directa sino solamente conocimiento del carácter criminal del grupo, por lo que, al respecto, termina no exigiéndose la intención del dolo directo o de consecuencias necesarias, con lo cual efectivamente se acaba castigando una situación de dolo eventual.

6.2. Coautoría mediata.

Como fue expuesto anteriormente, la coautoría mediata es una forma de responsabilidad creada a nivel internacional, utilizada por primera vez en la historia de la Corte en la decisión de confirmación de cargos del caso *Katanga*. Dicha forma de responsabilidad, al igual que las otras, adopta la teoría del dominio del hecho, haciendo una mezcla de los elementos necesarios en otras formas de responsabilidad como la coautoría y la coautoría mediata por dominio de la organización.

La jurisprudencia de la propia CPI refiere los siguientes elementos del *mens rea* en este tipo de responsabilidad: (i) los mismos elementos requeridos por la coautoría –la existencia de un plan común y la contribución necesaria o función esencial de los miembros del grupo-; (ii) que todos los miembros del plan común estén conscientes y acepten que su ejecución resultará o es probable que resulte en la comisión de los delitos; (iii) que el imputado sea consciente del carácter esencial de su contribución, incluyendo el control *de facto* sobre la organización que lleva a cabo su contribución.

Del análisis de los elementos antes descritos se puede distinguir una similitud con la forma de participación analizada anteriormente, prevista en el inciso d) del artículo 25, toda vez que la persona –que en este caso responde a título de coautor

por la importancia de su contribución– contribuye a la comisión del delito a sabiendas de que su ejecución resultará o “probablemente” resultará en la materialización del crimen. Es evidente que lo anterior da cabida a la aplicación del dolo directo, indirecto pero lo más importante: dolo eventual.

7. Dolo eventual en la responsabilidad de los jefes y otros superiores

Como ya ha quedado asentado con anterioridad, existen algunas excepciones a la regla general de intencionalidad que implican que el Estatuto de Roma admita una responsabilidad penal por dolo eventual.

La figura de responsabilidad de los superiores jerárquicos es originaria del Derecho Penal Internacional, de la que no existe ningún antecedente en legislaciones domésticas bajo la cual el dirigente resulta penalmente responsable, no por haber cometido los actos él, ni siquiera por haber dado la orden, sino más bien por no haber ejercido actos preventivos, de control o en su caso represivos en contra de quienes cometieron el crimen, personas que estaban bajo su control,⁴⁷¹ esto es, su responsabilidad deriva de una mera omisión.

Los superiores responden por la omisión respecto a la conducta, así, no se les imputarán los crímenes cometidos por sus subordinados. “Sería absurdo considerar a un superior asesino o violador porque sus subordinados cometan asesinatos o violaciones”,⁴⁷² no obstante cuando esas violaciones y asesinatos han sido cometidos en el contexto de crímenes de competencia de la CPI y no hay una intención efectiva del superior de descubrir, controlar o reprimir las conductas delictivas, el superior será penalmente responsable por las conductas de cometidas por sus subordinados.

⁴⁷¹ Los crímenes cometidos por los subordinados solamente se le podrían imputar al superior en caso de que este último se vuelva un *socius criminis*, mediante el conocimiento actual y su intervención en las conductas delictivas de sus subordinados.

⁴⁷²TMI, *Estados Unidos de América vs. Tomoyuki Yamashita*, “*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*”, 1948.

Esta figura fue utilizada desde Nuremberg en base a la siguiente premisa: “*by doing nothing he (the commander) cannot wash his hands of international responsibility.*”⁴⁷³”

Como son los líderes políticos y militares quienes se encuentran generalmente involucrados en la planeación y preparación de crímenes de competencia de la Corte, el hecho de que la actividad de la CPI ponga particular énfasis, o amplíe la punibilidad respecto a la forma más débil de dolo para estas personas, se encuentra plenamente en conformidad con la política de Luis Moreno Ocampo, Fiscal de la CPI, de centrar su actividad en “las personas más responsables”.

El ER, en concordancia con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*,⁴⁷⁴ distingue entre dos tipos de superiores, los de índole militar (*military commander*) y los de carácter civil. Es importante realizar dicha distinción toda vez que cada uno implica una exigencia de *mens rea* diversa.

El artículo 28 del ER es la disposición que regula la responsabilidad de los superiores, ya sean civiles o militares, dicho numeral a la letra dispone:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

- i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

⁴⁷³TMI, *Estados Unidos de América vs. Wilhem von Leeb*. caso No. 72. “Trials of War Crimes before the Nuremberg Military Tribunals”.

⁴⁷⁴ El dirigente militar es quien tiene dentro de una organización poder de mando. Véase: TPIY, *Fiscal vs. Blaskic*, *op cit.*

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Como se desprende de la lectura el artículo antes citado, el apartado a) del mismo hace referencia exclusivamente a la responsabilidad de los jefes militares, mientras que el inciso b) habla de “las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a)” –superiores civiles–. En este sentido, a continuación analizaremos de manera aislada las exigencias del elemento subjetivo respecto a cada tipo de dirigente, toda vez que consideramos que a pesar de que ambas figuras exigen un elemento subjetivo distinto al dolo genérico, no es precisamente el mismo.

7.1. *Mens rea* respecto a los superiores militares: negligencia⁴⁷⁵

Como ya se refirió, el conocimiento doloso puede ser actual o imputable por deducción a partir de los hechos y las circunstancias pertinentes, en el caso de los jefes militares a quienes se les atribuye un deber de conocimiento (28(a)).

⁴⁷⁵ La excepción que tipifica la comisión culposa de los delitos previstos por el ER son los casos de responsabilidad de superiores jerárquicos, no obstante, aunque muchos autores afirman que este es el único caso en que el presupuesto del elemento subjetivo del hecho es la negligencia, la autora considera que el ER prevé la comisión imprudente del crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños menores de 15 años, pues el ordenamiento –ER y elementos de los crímenes- refiere que es suficiente que el autor “debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años”.

Este tipo de responsabilidad encuentra su razón de ser, en que el jefe militar tenía un deber de cuidado en relación a sus subordinados, en otras palabras es responsable “porque falló en proveer un control efectivo de sobre sus tropas, de acuerdo a como se esperaba de él bajo las circunstancias”.⁴⁷⁶ De este modo el superior resultará responsable en virtud de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber” acerca de la comisión de crímenes por sus subordinados, y a pesar de ello no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En este sentido, se responsabiliza al jefe militar que en virtud de su encargo debió haber actuado de cierta manera y no lo hizo. Por el contrario, faltó a su deber de actuar con la diligencia que se esperaba de él, causando con su omisión culposa de tomar las medidas pertinentes y oportunas, la materialización del crimen.

7.2. *Mens rea* respecto a los superiores civiles: dolo eventual

El Estatuto de Roma refiere “relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a)”, esta frase engloba a personas que efectivamente actúen como superior, tales como jefes de policías al mando de unidades policiacas, personas responsables de unidades paramilitares que no estén incorporadas al ejército. En otras palabras, personas que asumen un control *de facto* de fuerzas armadas, cuerpos de policía o unidades paramilitares.

⁴⁷⁶ TMI, *Estados Unidos de América vs. Yamashita*, *op cit.*

La característica principal de dichos superiores es que a pesar de que no tienen tropas a su mando, tienen un poder *de facto* sobre sus subordinados.⁴⁷⁷ De esta manera, también quedarían incluidos los líderes políticos o superiores civiles que tengan una posición de autoridad.⁴⁷⁸

Así, podrá ser responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados si, *inter alia*, el superior no tenía un conocimiento efectivo, pero “deliberadamente hizo caso omiso” de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

En la hipótesis normativa en cuestión es evidente que la negligencia del superior no bastaría para que éste se considerara responsable. Dicha responsabilidad tendría que estar en cambio basada en una actitud dolosa del superior en forma ya sea de dolo directo, indirecto o dolo eventual. En este caso el superior será imputado si es que la información, a la que hizo caso omiso indicaba, de manera cierta o posible, que los subordinados estaban en malos pasos.

7.2.1. “Willful blindness”

El hecho de que el superior civil “deliberadamente” haga caso omiso a la información que indica claramente que los subordinados están cometiendo crímenes o se proponen cometerlos, es un claro ejemplo de lo que se conoce como “*willful blindness*”, que es cuando el individuo se coloca intencionalmente en un estado de “ignorancia” de las circunstancias que rodean el hecho –o lo finge-, a fin de desligarse de la responsabilidad penal que le corresponde.

La persona que intencionalmente “ignore” las circunstancias del hecho, no hace otra cosa más que confirmar que, en efecto, tuvo un conocimiento actual de la

⁴⁷⁷“El superior civil es aquel que dispone de una facultad de control equivalente al poder de mando dentro de las organizaciones militares”. Véase: *TPIY, Fiscal vs. Mucic, op cit.*

⁴⁷⁸ *TPIY, Fiscal vs. Zejnil Deladic et al.*, Caso No. IT-96-21-T, decisión de 16 de noviembre de 1998, párr. 356.

probabilidad de que sucediera el resultado y ello lo llevó a tomar la decisión “consciente” de hacer caso omiso de dichas circunstancias. De esta manera el superior civil que, a sabiendas de que existe la posibilidad de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer un crimen, hace caso omiso de la información que indica dicha situación, está consintiendo o aceptando la posibilidad de que ocurra el crimen y por ende actuando dolosamente bajo el título de dolo eventual.

El que actúa sabiendo, actúa dolosamente. El que debió de haber sabido, actúa culposamente. Luego entonces, la “*willful blindness*” es un indicador del dolo, puesto que el sujeto sabía, pero no quería saber.

La ignorancia intencional de las circunstancias no bastaría en todo caso para que el perpetrador fuera penalmente responsable, puesto que no conocer las circunstancias, excluiría la configuración de la “consciencia” exigida por el artículo 30 del ER. Sin embargo, lo anterior encuentra su excepción precisamente en la responsabilidad de superiores no militares, puesto que el umbral respecto a la intención y conocimiento que deben tener dichas personas desciende, ello en razón del deber de control que le asiste respecto a los actos de sus subordinados.

En ausencia de evidencia directa respecto al conocimiento del superior civil de las ofensas cometidas por sus subordinados, el conocimiento actual puede ser construido en base a indicios, tales como: la cantidad, tipo, enfoque y alcance de los actos lesivos, el tiempo durante el cual ocurrieron, la cantidad y el tipo de tropas involucradas, la logística de por medio, la localización geográfica de los hechos, el carácter generalizado de la existencia de los hechos, el ritmo táctico de operación como el *modus operandi* de actos similares, los agentes y personal involucrado, así como la localización del superior en el momento en el que se cometieron los crímenes.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹Doc. ONU no. S/1994/674, *Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780, 1994.*

8. La dificultad probatoria del dolo eventual puede y debe ser superada

“Nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido. Así, cuando se dice que alguien actuó con dolo, se está en realidad presumiendo que, dadas las circunstancias y datos que concurrían en el caso en concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacerlo; pero lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo”⁴⁸⁰.

Zugaldía Espinar⁴⁸¹ considera que las dificultades para determinar en la práctica supuestos de dolo eventual frente a los de culpa consciente, no son mayores que las que puede ofrecer cualquier otro problema jurídico de análogas características, por dar un ejemplo la diferenciación entre autor y partícipe, la distinción entre un acto consumado y la mera tentativa, entre otros.

Probar el dolo eventual del agente es un asunto complejo, sin embargo no imposible, para ello en la presente investigación se brindan soluciones tales como el auxilio de la psicología, la objetivación del dolo, la inferencia o deducción a partir de ciertos parámetros⁴⁸² o incluso la actitud del sujeto con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

En el campo probatorio, es necesaria la creación de vínculos entre el Derecho Penal y otras ciencias como la psicología, pues de lo contrario estaríamos negando la propia naturaleza del hombre frente al Derecho Penal. A pesar de que algunos autores han denunciado con certeza las insuficiencias de que adolece la psicología

⁴⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, prólogo del autor citado en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 1990, p.10.

⁴⁸¹ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema de dolo eventual*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, serie 1, nº3, p.405.

⁴⁸² “*The accused need not have sought to achieve all the elements of the context in which the act was committed as long as he or she knowingly took the risk of participating in the implementation of that context.*” Véase: *Fiscal vs. Blaskic*, *op cit.*

popular para la determinación del dolo eventual, consideramos que en ese caso podría acudir a una disciplina más especializada como la psicología científica.

Los tribunales *ad hoc* hicieron referencia a la cuestión probatoria del dolo en base a la inferencia.⁴⁸³ En el caso *Tadic*, el TPIY señaló que era posible afirmar el dolo del agente cuando éste tuviera la posición de autoridad en el organigrama jerárquico de un campo en el que se ejercieran maltratos. De este modo, y trasladando esta concepción al sistema de la CPI, a consideración de la autora, este argumento resulta aplicable, más no a todos los crímenes de competencia de la CPI, sino sólo en el caso de quien tiene el poder *de facto* o de *iure* sobre un grupo de personas con la finalidad de cometer crímenes, sobre una organización,⁴⁸⁴ es decir, cuando se analiza la responsabilidad penal del superior jerárquico.

Objetivizar el dolo significa analizar los elementos esencialmente subjetivos a partir de estándares totalmente objetivos, es decir, prescindir de incómodos parámetros subjetivos –difíciles de probar– y sustituirlos por otros objetivos, presumiéndose el dolo a partir de la sola comprobación de la existencia de estos últimos. En este concepto, algunos autores destacan como crítica que el autor deja

⁴⁸³ En el caso *Kayishema*, el TPIR puso énfasis en la cantidad de miembros de grupo como blanco del ataque para establecer la intención genocida. Por su parte el TPIY en el caso *Nikolic* refirió como indicador de la intención genocida la extrema gravedad de los actos discriminatorios contra un sector distintivo de la sociedad; en el caso *Rutaganda* el TPIR menciona que otras consideraciones relevantes para inferir dicha intención son: “*The physical targeting of the group or their property; the use of derogatory language toward members of the targeted group; the weapons employed and the extent of bodily injury; the methodical way of planning, the systematic manner of killing*”; en el caso *Jelusic*, el TPIY apuntó como indicadores de la intención genocida los siguientes: El contexto general, la perpetración de otros actos culpables sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, la escala de las atrocidades cometidas, el blanco sistemático de víctimas por su dependencia a un grupo particular, o la repetición de actos destructivos y discriminatorios”.

⁴⁸⁴ La salas de la CPI han definido “organización” –al definir el concepto de coautoría por dominio de la organización– como aquella que cuenta con las siguientes características: a) Existencia de una organización jerárquicamente organizada a la que pertenezcan los líderes políticos y militares así como los autores directos; b) Los miembros de la organización deben tener un carácter fungibles (reemplazable), de manera que si alguno se negare a cumplir las órdenes, otro lo haría en su lugar, y c) Se puede hablar de cumplimiento casi automático de las órdenes.

de manifestarse como ser humano, para convertirse en un arquetipo u “hombre normativizado”.

Modolell considera que estas posiciones son peligrosas, no obstante a su parecer terminarán imponiéndose por cuestiones probatorias, como ya lo habría argumentado Ragués i Vallès en España.⁴⁸⁵ Los partidarios de la culpa, o aquellos que ven a la figura del dolo eventual como un mero dogma del derecho penal, alegan que de aceptarse lo anterior, el dolo se definiría normativamente por la relevancia o significación social del actuar o hablar de una noción objetiva del dolo, transformándolo en un problema de imputación objetiva.

A pesar de que estos autores verían nuestra propuesta como una argumentación muy seductora para la fiscalía de la CPI, ya que seguramente alegarían que en la práctica no sería necesario probar si el sujeto quiso o no, más bien, sería indispensable probar si supo o no.

Conviene subrayar que acreditar el elemento subjetivo del actor a través de parámetros objetivos de ninguna manera implica dejar fuera el elemento subjetivo, pues como ha quedado asentado, nuestra postura comprende que el dolo eventual se configura con conocimiento y voluntad.

Nuestra propuesta consiste en hacer un uso conjunto de las herramientas de la psicología científica y de parámetros objetivos, solamente de esta manera se probarán ambos elementos del dolo, tanto intelectuales como volitivos. El primero a partir de elementos objetivos que le permitirán a la Fiscalía demostrar que el sujeto estaba consciente del resultado lesivo, y el segundo a partir del auxilio de disciplinas como la psicología.

⁴⁸⁵RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

8.1. Conocimiento constructivo

En el ámbito probatorio, deviene importante el uso del “conocimiento constructivo”, es decir, el adoptado por la mente del autor a partir del conocimiento del contexto. Según la práctica del Derecho Penal Internacional el conocimiento del contexto en el cual fue cometido el crimen –y por ende el conocimiento actual del agente-, puede deducirse de consideraciones externas, tales como las circunstancias políticas e historias en que ocurrió el evento, las funciones y responsabilidades del actor en el momento de la comisión del crimen, el alcance y gravedad de los actos y por último, la cantidad de conocimiento general que respecto a los actos tenía la población en el contexto criminoso.⁴⁸⁶

Este tipo de conocimiento, a diferencia de los conocimientos ontológicos y nomológicos, se adquiere a partir de la inferencia a partir de hechos o circunstancias que conforman el contexto de la comisión del crimen.

Según la posición constructivista, el conocimiento no es una copia de la realidad, sino una construcción del ser humano realizada con los conocimientos previos del individuo en relación con su medio circundante. Entonces, el constructivismo plantea que nuestro mundo es producto de la interacción humana con los estímulos naturales y sociales que hemos alcanzado a procesar desde nuestras operaciones mentales, implicando que el conocimiento humano no se recibe en forma pasiva, sino que es procesado y construido activamente.

Se debe aceptar al “conocimiento constructivo” como elemento cognitivo del dolo exigido para que una persona sea responsable ante la CPI, siendo el mínimo

⁴⁸⁶*Fiscal vs. Blaskic, op cit.*

indispensable para que se configure la “consciencia” exigida como presupuesto del elemento subjetivo del hecho.

La introducción general de los elementos de los crímenes, que refiere expresamente: “*La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso*”⁴⁸⁷ nos da una gran pauta para inferir que el sistema de la CPI sí acepta que en el ámbito probatorio se haga uso del conocimiento constructivo.

Por su parte, el TPIY sostuvo: “*if the perpetrator has knowledge, either actual or constructive ...that is sufficient to hold him liable for crimes against humanity*”.⁴⁸⁸ Esta postura fue asumida tanto por el Tribunal antes señalado, como por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda,⁴⁸⁹ no obstante llama la atención que pesar de que el conocimiento constructivo fue aceptado y adoptado en dichas decisiones, nunca se hizo el esfuerzo por definir el concepto.

Si bien la fórmula “intención y conocimiento” del artículo 30 del ER exige un conocimiento actual y no constructivo, esto no quiere decir que el Estatuto de Roma, en el resto de sus disposiciones, niegue que el “conocimiento” que deba tener el actor pueda ser el constructivo. Lo anterior tomando en cuenta que la fórmula “intención y conocimiento” también tiene casos de excepción: cuando existe disposición en contrario. Así, en los casos en los que el ER permite una forma menos estricta de dolo (*dolus eventualis*)-que no están dentro del artículo 30- el autor sería imputable bajo la base de un conocimiento constructivo.

⁴⁸⁷ Doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, *Elementos de los Crímenes... op cit.*

⁴⁸⁸ TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, decisión de 7 de mayo de 1997, *op cit.*, párr. 657.

⁴⁸⁹ TPIR, *Fiscal vs. Alfred Musema*, *op cit.*; TPIR, *Fiscal vs. Kayishema/Ruzindana*, *op cit.*; TPIR, *Fiscal vs. George Rutaganda*, Caso No. ICTR-96-3-T, decisión de 6 de diciembre de 1999; TPIR, *Fiscal vs. Georges Ruggiu*, *op cit.*; TPIY, *Fiscal vs. Kupreskic et al.*, *op cit.*; TPIY, *Fiscal vs. Blaskic*, *op cit.*

El dolo eventual se puede conformar tanto por “conocimiento actual” como por “conocimiento constructivo”. El primero, aunque solamente de forma que le permita al agente prever las consecuencias como una posibilidad. El segundo, pues existen casos en los que el conocimiento se construye en base a hechos y circunstancias que rodean los hechos.

En este sentido, el TPIY aseguró que el conocimiento se puede inferir de las circunstancias,⁴⁹⁰ pues no todos los perpetradores de crímenes de la naturaleza analizada alardean respecto a sus intenciones criminosas. Así, según este órgano, los Tribunales se ven obligados a construir la predisposición del individuo a partir de evidencia secundaria.

En cambio, en Nuremberg se distinguió entre el “dolo genérico” y el “dolo específico” de cada crimen. Respecto al segundo se aludió que no es posible que éste se presuma como una consecuencia del acto, sino que debe ser necesariamente acreditado.⁴⁹¹

En nuestra opinión, el conocimiento constructivo da pie a un conocimiento actual, de este modo el agente a través de la percepción de ciertos hechos y circunstancias podrá deducir la posibilidad de materialización de un resultado lesivo en caso de desplegar determinada conducta. En este sentido, el Juez a la hora de analizar si el individuo contaba con el conocimiento o “consciencia” indispensable para que el actuar del sujeto se considere doloso, deberá situarse en la posición del presunto responsable en el momento de la comisión del crimen y analizar el conjunto de circunstancias y hechos –contexto- que rodearon la conducta criminoso para inferir que el sujeto activo lo hizo, un posible conocimiento por parte del autor.

⁴⁹⁰ TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, decisión de 7 de mayo de 1997, *op cit.*, párr. 657.

⁴⁹¹ TMI, *Estados Unidos vs. Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach et al.*, en: “9 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10, U.S. Government Printers, 1950.

En el anterior sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, pues en varias ocasiones ha referido que el dolo se puede deducir de diversos factores.⁴⁹²

A la hora que los Magistrados analicen los hechos –o contexto que rodeó el crimen- estarán obligados a juzgar la situación tal y como se le presentó al sujeto en ese momento. Por supuesto que comprende un reto gigantesco, pues habrá situaciones que representen “mayor dificultad de “reconstrucción”, tal y como fue referido por autoridades estadounidenses en los juicios de crímenes de guerra ante el Tribunal de Nuremberg, al referirse a las decisiones tomadas por los superiores militares como una “necesidad militar”, los cálculos respecto a la proporcionalidad de civiles muertos o heridos, o el daño a la propiedad civil o al ambiente. El tribunal consideró que estas situaciones no deben ser evaluadas en retrospectiva, en un escenario “racional” frente a un escritorio, o bajo la óptica neutral “despasionada” que implica la atmósfera de un Tribunal.

La autora difiere de la postura antes presentada, pues el estudio en retrospectiva de los hechos permitiría “construir” el contexto a partir del conocimiento de las “circunstancias de hecho” que rodearon el crimen. Evidentemente representa una dificultad enorme, sin embargo debemos tomar en cuenta que la postura antes presentada se adoptó al finalizar la segunda guerra mundial, cuando los desarrollos científicos eran más limitados. Hoy en día, no es imposible hablar de una “construcción del contexto criminoso”, para ello la Fiscalía de la CPI tiene facultades previstas en el ER que le permiten realizar investigaciones *in loco*.⁴⁹³ Por otra parte,

⁴⁹² El TPIY hizo referencia a los factores para inferir la intención genocida, siendo estos: “*the general political doctrine which gave rise to the acts, the repetition of discriminatory and destructive acts, the perpetration of acts which violate or which the perpetrators themselves consider to violate the very foundation of the group*”. Véase: TPIY, *Fiscal vs. Karadzic y Miladic*, Caso No. IT-95-5-R61, decisión de 11 de julio de 1996, párr. 92; el TPIR señaló factores como: “*the scale of the atrocities committed, their general nature in a region or country or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group*”. Véase: TPIR, *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*, *op cit*.

⁴⁹³ Como lo demuestran varios exámenes preliminares, incluidos aquellos relativos a las situaciones en Georgia, Guinea y Palestina, el fiscal, además de recibir testimonio y buscar información de diversos tipos de fuentes, puede: a) enviar misiones a los estados afectados, b) recibir en su oficina de la Haya a delegaciones de

el papel que las víctimas juegan en las actuaciones de la CPI es de llamar la atención, ya que nunca antes otro Tribunal internacional les había permitido una participación tan activa.⁴⁹⁴

Dejando de lado el tema del conocimiento constructivo como arma probatoria del dolo del agente, es importante mencionar la reacción del sujeto con posterioridad al hecho, ya que debe distinguirse entre la reacción en el delito doloso y el delito culposo.

Cuando el crimen fue cometido bajo la figura de culpa con representación –el agente se representó la posibilidad del resultado sin embargo confió en sus habilidades en que podría impedir las mismas–seguramente sería de repulsión, de auxilio a las víctimas, de adopción de medidas que permitan que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de que sucediera la transgresión, o incluso de adopción de medidas para reprimir a los involucrados en los hechos delictivos, si hablamos de superiores jerárquicos. Lo anterior tendría lógica toda vez que aunque el agente hubiese pensado la posibilidad de que podía suceder el delito, en verdad no quería el resultado.

La reacción del sujeto que actúa con dolo eventual, sería por regla general completamente diversa, esto es, el agente que actúa queriendo el resultado que previó normalmente es aquél que huye del lugar de los hechos, o que no toma medida alguna para la represión del hecho, por el contrario, es aquél que mediante su conducta pasiva, en un momento dado permitiría la repetición del crimen.

gobiernos nacionales, representantes del poder judicial, líderes de la oposición y ONG's, c) recomendar aquellas medidas que deberían ser tomadas a nivel nacional para eliminar la amenaza de delitos atroces, d) discutir estrategias de prevención con la ONU, otras organizaciones y Estados interesados, e) intercambiar información con actores nacionales e internacionales, y f) abordar en los medios de comunicación la evolución de los acontecimientos en los Estados afectados, y el grado de cooperación de las autoridades nacionales.

⁴⁹⁴ Las víctimas pueden presentar sus observaciones y opiniones, a fin de que como dijo el propio Fiscal de la CPI en su documento de política sobre la participación de las víctimas de abril de 2010, “proporcionen una perspectiva única y necesaria, exclusiva de su posición”. Dicha perspectiva permitirá el conocimiento real de la verdad histórica.

En conclusión, a pesar de que el dolo eventual conlleva una dificultad probatoria mucho mayor a las otras dos especies de dolo, es necesario dejar de ver la figura del dolo eventual como una mera figura académica o creación dogmática. Para ello se propone enfatizar la cuestión probatoria en el campo del conocimiento, sin que ello implique dejar completamente de lado la voluntad.

Así, la regla general debe ser que a través de cuestiones puramente objetivas el juzgador intente deducir la intención del agente, analizando si existió o no un contexto o cuadro de situación de manifiesto desprecio por los resultados dañosos que debió representarse el autor. Si concluye que el autor –de acuerdo al contexto analizado- pudo haberse representado el resultado típico y, en suma, resulta evidente la actitud indiferente del agente por preservar el o los bienes jurídicos tutelados, entonces se concluirá que el sujeto activo conoció y quiso el resultado, o en otras palabras desplegó su conducta dolosamente.

9. El dolo eventual puede y debe ser llevado a la práctica en las actuaciones de la CPI

El Derecho Penal Moderno da por sentados ciertos principios que terminan convirtiéndose en verdaderos dogmas. Es por estos dogmas que el derecho penal se muestra como una estructura sólida frente a la sociedad. No obstante, lo que pareciera tener fines y límites perfectamente delineados, no lo es tanto. Dentro de este esquema, las críticas no son siempre aceptadas como constructivas, y cuando ponen en riesgo algún pilar o columna vertebral de una maquinaria perfecta, el sistema las rechaza cerrándose sobre los dogmas existentes o creando nuevos axiomas. Al parecer de la autora esto es precisamente lo que sucede con el dolo eventual, es así como la mayor parte de los dogmáticos se han cerrado a la

aplicación práctica del mismo, refiriendo que es una creación técnica que difícilmente va más allá del marco conceptual.

Como hemos señalado, históricamente el Derecho Penal ha clasificado la estructura del dolo desde hace tiempo ya en tres clases distintas: dolo directo del primer grado, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual, teniendo una gran aceptación teórica las tres.

Lejos de negar la aplicación del dolo eventual, se debe de tener mayor diligencia en su regulación, que si bien no es clara en el marco regulatorio del sistema de la CPI, esto no quiere decir que no esté del todo codificada. Situación diferente implica que los Magistrados del Tribunal no han atendido esta cuestión a profundidad. El día que lo hagan, esta interpretación será de mucha utilidad como pauta a seguir en otros casos. He ahí la importancia de la cautela que asuman los Magistrados en la manera en como plasmen los parámetros para definir la diferenciación entre el dolo y la culpa al analizar el actuar del imputado en un caso en concreto, es decir, cuando resuelvan si el agente debe ser condenado o absuelto en base a si actuó dolosa o culposamente.

CONCLUSIONES

1. La idea de un estado de Derecho Internacional, permite ir más allá de las fronteras Estatales por lo que ve a la protección de bienes jurídicos, haciendo posible la aplicación del *ius puniendi*, es decir, se puede sancionar a los transgresores de aquéllos valores y principios de mayor aceptación y consenso de la comunidad ecuménica.
2. El Derecho Penal Internacional es el conjunto de principios y disposiciones que regulan la investigación, enjuiciamiento y sanción de las conductas u omisiones que trasgreden los bienes jurídicos más importantes para la sociedad universal.
3. La Corte Penal Internacional, es la primera jurisdicción penal internacional permanente y con alcance universal, creada por un tratado multilateral – adoptado y ratificado por la mayoría de los estados de la comunidad internacional-. Tiene el mandato de “poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.
4. Respecto al *mens rea* exigido por el ER, tratado que rige las actuaciones de la CPI, conviene descartar las teorías monistas, pues el dolo no puede ser captado completamente si no se atiende a la doble perspectiva que ofrecen los planos intelectual y volitivo: de uno no puede presumirse el otro ni a la inversa, como tampoco pueden suplantarse recíprocamente.
5. La estructura diferenciada entre la culpa y el dolo en el sistema de la CPI conlleva una consecuencia de suma importancia, pues de manera general no pena crímenes culposos.

6. La dogmática penal ha clasificado al dolo en tres especies, en cada una de ellas existe el elemento volitivo y el cognitivo, sin embargo no tienen las mismas características, ni se presentan con la misma intensidad.
7. En el dolo directo de primer grado, paradigma más perfecto del dolo, concurren de modo inequívoco sus dos elementos constitutivos.
8. En el dolo indirecto, el resultado típico se produce como consecuencia necesaria de los medios elegidos, abarcados por la voluntad del agente. La acción se dirige de manera decidida al delito y a pesar de que éste no es el propósito del autor, aparece como algo, necesariamente ligado a lo querido por él.
9. El dolo eventual supone el nivel más acentuado de debilitamiento de los dos elementos que componen al dolo, sin que ello implique su completa desaparición. El contenido del injusto es menor, porque la consecuencia no fue propuesta ni se presentó como segura, sino que se abandonó a una mera probabilidad. En el dolo eventual hay un *querer* –necesario junto con el conocimiento para cualquier tipo de dolo- que se presenta con una menor intensidad: Es un conformarse con, un aceptar, que requiere mucho menos que un desear, perseguir, o incluso aprobar o consentir con agrado. Quien toma en serio la probabilidad del hecho prohibido, en el sentido que no lo descarta, acepta necesariamente dicha probabilidad si realiza la conducta peligrosa.
10. El ER contempla un artículo que regula el elemento de intencionalidad –o dolo genérico– aplicable a todos los crímenes de competencia de la Corte, “salvo disposición en contrario”: El sistema de la CPI adopta una teoría dualista de dolo, ello se desprende de la fórmula “*intent & knowledge*” contenida en dicho

artículo. Por la redacción del numeral se entiende que se exige –como regla genérica- un mínimo de dolo directo y dolo indirecto.

- 11.**Respecto a las disposiciones en contrario al dolo genérico, o excepciones a tal regla general, estas son las referentes a la coautoría mediata, al partícipe que contribuye al delito dentro de un grupo con un propósito criminoso y el caso de los superiores jerárquicos civiles, contempladas en los artículos 25 y 28 del ER.
- 12.**Las disposiciones antes referidas deben ser interpretadas de acuerdo a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, así como las diversas normas que regulan la interpretación del ER en el texto del propio tratado. Dicha interpretación debe ser en sentido amplio, tomando en consideración el contexto, objeto y fin del tratado.
- 13.**Respecto a los partícipes que contribuyen al delito cometido por un grupo con un fin criminoso, la contribución es dolosa –a título de dolo eventual- si se hace a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen, es decir, el agente no cuenta con la certeza de la producción del resultado, sin embargo tampoco se puede hablar de un actuar culposo toda vez que contribuye a sabiendas de la alta probabilidad de materialización del delito.
- 14.**En relación a la coautoría mediata, la jurisprudencia de la CPI ha establecido como elemento subjetivo “la contribución a la comisión del delito a sabiendas de que su ejecución resultará o “probablemente” resultará en la materialización del crimen”. Este elemento da cabida por tanto a la aplicación de las tres especies de dolo, incluyendo al dolo eventual.

- 15.**En el caso de los superiores civiles, serán responsables a título de dolo eventual, si es que la información a la que hizo caso omiso indicaba de manera cierta o posible, que los subordinados estaban cometiendo o cometerían los crímenes. El superior intencionalmente “ignora” las circunstancias del hecho. Esto confirma que, en efecto, tuvo un conocimiento actual de la probabilidad de que sucediera el resultado y ello lo llevó a tomar la decisión “consciente” de hacer caso omiso de dichas circunstancias.
- 16.**Por lo anterior, el *dolus eventualis* debe ser entendido como plasmado en el texto del ER, no como regla general, sino como una excepción. De admitirse lo anterior, la Corte podrá cumplir de forma más efectiva y eficaz su fin primordial: poner un alto a la impunidad por la comisión de los peores crímenes que amenazan a la sociedad internacional en su conjunto.
- 17.**La exclusión de la figura del dolo eventual como elemento subjetivo del hecho aceptado por la Corte, limitaría excesivamente el radio del acto doloso, y consecuentemente el radio de imputación de la CPI.
- 18.**Por el contexto en que se cometen los crímenes de competencia de la CPI, es sumamente difícil que se cometan “negligentemente”, toda vez que, por lo general, su comisión es a gran escala, de manera sistemática, como parte de alguna política o con la contribución de varios agentes.
- 19.**Hasta ahora, la CPI ha puesto énfasis en poner fin a la impunidad por delitos atroces ya cometidos. Sin embargo, la contribución que la CPI puede realizar a la prevención de crímenes futuros mediante su intervención puede ser incluso superior. He ahí la importancia de la amplia interpretación del ER, que admite que el *dolus eventualis* se prevé como elemento subjetivo mínimo de responsabilidad penal individual.

- 20.** Para que la Corte cumpla con los fines preventivos que la caracterizan, se debe de armar de elementos, como ampliar la aplicación del dolo doloso o mejor dicho, la extensión de la responsabilidad penal por dolo eventual en algunos supuestos, a fin de cerrar la brecha a la impunidad para poder prevenir la comisión de un mayor número de este tipo de crímenes a nivel internacional.
- 21.** A pesar de que la postura presentada en esta investigación podría verse como una argumentación difícil de llevar a la práctica, no es un imposible.
- 22.** Ambos elementos del dolo eventual, conocimiento y voluntad, pueden acreditarse: El primero a partir del conocimiento constructivo, es decir, la deducción del conocimiento a partir de la consciencia del contexto o circunstancias de hecho que rodearon la comisión del crimen, y el segundo a partir del auxilio de disciplinas como la psicología científica y el actuar del agente con posterioridad a la comisión, entre otras.
- 23.** Según la práctica del Derecho Penal Internacional el conocimiento del contexto en el cual fue cometido el crimen puede deducirse de consideraciones externas. A pesar de que estas experiencias arrojan que en la práctica no es fácil comprobar el dolo del agente, a partir del contexto, se debe considerar que el escenario sobre el que se establece la CPI es completamente diverso. Hoy en día, la Fiscalía de la CPI tiene facultades previstas en el ER que le permiten realizar investigaciones de campo en los lugares de los hechos, las víctimas tienen un papel fundamental en las investigaciones de llamar la atención, ya que nunca antes otro Tribunal internacional les había permitido una participación tan activa.
- 24.** El enfatizar la cuestión probatoria en el campo del conocimiento, no implica dejar completamente de lado la voluntad. Se propone que como regla general,

a través de cuestiones puramente objetivas, el juzgador pueda deducir la intención del agente. Para esto el Juez tendría que analizar si existió o no un contexto o cuadro de situación de manifiesto desprecio por los resultados dañosos que debió representarse el autor.

25.El conocimiento constructivo da pie a un conocimiento actual. El agente a través de la percepción de ciertos hechos y circunstancias podrá deducir la posibilidad de materialización de un resultado lesivo en caso de desplegar determinada conducta. En este sentido, el Juez a la hora de analizar si el individuo contaba con el conocimiento o “consciencia” indispensable para que el actuar del sujeto se considere doloso, deberá situarse en la posición del presunto responsable en el momento de la comisión del crimen y analizar el conjunto de circunstancias y hechos –contexto- que rodearon la conducta criminosa para inferir, del mismo modo que el sujeto activo lo hizo, un posible conocimiento e intención por parte del autor.

26.Lejos de negar la aplicación del dolo eventual por la dificultad probatoria que implica, se deben interpretar las disposiciones que lo contienen con diligencia, pues el hecho de que su regulación no sea clara en el marco jurídico de la CPI, no quiere decir que no esté del todo codificada.

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina

AMBOS KAI, “La construcción de una parte general del derecho penal internacional” en: *Temas actuales del Derecho Penal Internacional*, Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, Uruguay, 2005.

———, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.

———, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ed. Konrad –Adenauer- Stiftung, Argentina, 1999.

——— *et. al.*, “Justicia penal y paz. Una Mirada al largo camino hacia la conformación del Derecho Penal Internacional contemporáneo” en: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.

———, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Ed. Temis, Uruguay, 2006.

BACIGALULPO ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999, p.324.

———, *Principios de derecho penal, parte general*, 4° ed., Ed. Akal/lure, España, 1997.

BASSIOUNI, M. CHERIFF , *International Criminal Law*, tomo III, 2° ed., 1999.

———. *Introduction to international criminal law*. Ardsley, 2003.

———, *Derecho Penal Internacional, proyecto de Código Penal Internacional*, traducido por: José L. de la Cuesta Arzamendi, Ed. Tecnos, España.

BAUMANN, JURGEN, *Derecho Penal*, Ed. Depalma, Argentina, 1981.

- BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE, "Presentación" en: *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 2001.
- BRANDON, BEN *et al.*, *The Prosecution of International Crimes: A Practical Guide to Prosecuting ICC Crimes in Commonwealth States*, Ed. Commonwealth Secretariat, 2005.
- BUENO ARUS, F., "perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998" en QUELLOPEZ, F.J. (ed), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, número 4, Escuela Diplomática, Asociación Diplomática de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, España, 1987.
- BROOMHALL, BRUCE, *La Corte Penal Internacional: visión general y la cooperación con los Estados*, Instituto Legal Internacional de Derecho Humanos, Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, Italia, 1998.
- CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale*, G. Giapichelli Editore, Italia, 1999.
- CARBONELL, MIGUEL *et al.*, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global" en *Estado Constitucional y globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001.
- CARMIGNANI, GIOVANNI, *Iuris Criminalis Elementa*, T.I., 5° ed., Italia, 1833.
- CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, Ed. Temis, Colombia, T. I, 1978.
- CARRILLO SALCEDO JUAN ANTONIO *et al.*, *La criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, España, 2000.
- CASABONA ROMEO, CARLOS, *Sobre la estructura del dolo*, Ed. Ubijus, México, 2009.

CASSESE, ANTONIO, *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law, http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-l/ga_95-l_s.pdf, 22 de abril de 2011.

———, *International Criminal Law*, Ed. Oxford, Gran Bretaña, 2003.

———, *Crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Ed. Oxford, 2002.

CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal español, parte general*, II, 6ª ed., Ed. Tecnos, España, 1998.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *En el límite entre dolo e imprudencia*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1985.

CORCUERA CABEZUT, SANTIAGO *et al.*, *Justicia Penal Internacional*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 2001.

CRYER, ROBERT, *Prosecuting International Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005

CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho penal, parte general*, Ed. Bosch, España, 1975.

CURY ENRIQUE, *Contribución al debate acerca del dolo eventual*, “Nuevo pensamiento Penal”, Argentina, 1975.

DESSPORTES, FRÉDÉRIC *et al.*, *Droit pénal*, Ed. Paris : Économica, Francia, 2003.

DIAZ ARANDA, ENRIQUE, *Dolo: causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, México, 5ª edición, 2004

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *Los elementos subjetivos del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 1990.

DONDÉ MATUTE, JAVIER F., *Derecho Penal Internacional*, Ed. Oxford, México, 2008.

ESCOBAR HERNANDEZ, *La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional*, en: GARCÍA ARÁN *et al.* *Crimen internacional y jurisdicción universal, (el caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, España, 2000.

- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de derecho penal, parte especial*, 2° ed., T. II, Argentina, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Corte Penal Internacional*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- , *Mexico and the Rome Statute*, Mexican Law Review, <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/mlawr/4/arc/arc3.htm#N33>, 24 de abril de 2011.
- , *Temas Penales y Penitenciarios*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1997.
- GARRIDO, LUIS, “La hora universal de Nuremberg” en *Criminalia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año XII, núm. 10, Octubre de 1946.
- GIL GIL, ALICIA, *Derecho Penal Internacional*, Ed. Tecnos, España, 1999.
- , *Hacia un derecho internacional privado internacional*, en *Lex*, año I, núm 3, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Acerca del dolo eventual, “Nuevo pensamiento penal”*, año 1, nro. 1, enero-abril 1972, Ed. Astrea, Argentina, 1972.
- , *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Tecnos, España, 1990.
- GONZÁLEZ GÁLVEZ, SERGIO, *Tres temas básicos del derecho internacional humanitario. La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios*, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2001.
- GUEVARA BERMUDEZ, JOSÉ ANTONIO *et. al*, *La Corte Penal Internacional*, Ed. Universidad Iberoamericana y Secretaría de Relaciones Exteriores México, México, 2002.
- GRASSI, ADRIÁN, *Reflexiones sobre el concepto del dolo*, “El derecho Penal, doctrina y jurisprudencia”, 2002.

- HASSEMER, WINFRIED, *Los elementos característicos del dolo*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- HOLMES, J.T, *The Pinciple of Complementarity*, en R.S. Lee, *The Interntational Criminal Court, the making of the Rome Statute*, Transnational Pulishers, EstadosUnidos, 1999.
- JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, España, 1995.
- JESCHECK, HANS-HENRICH, *Tratado de derecho penal-parte general*,3ª. ed, traducido por: Santiago Mir Piug y Fernando Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978.
- , *Tratado de Derecho Penal parte general*, traducido por: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Ed. Comares, España, 1993.
- JIMENEZ DE ASÚA, LUIS, *La ley y el delito*, Ed. Abeledo–Perrot, 4º ed., Argentina, 2005.
- , *Teoría del delito*, Ed. Iure, México, 2002.
- , *Tratado de derecho penal*, Ed. Losada, Argentina, 1964.
- ERN, EDUARD. *Gerichtsverfassungsrecht*. C.H. Beck: München, 1965.
- KELT/VON HEBEL, ed. Lee, *The International Criminal Court, Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001.
- KRESS, CLAUS *et al.*, en: TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Otto , 1999.
- LANGON CUÑARRO, MIGUEL, *Dolo, culpa y ultraintención*, http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/langon_dolo-eventual-culpa-ultraintencion.pdf. Fecha de consulta: 20 de junio de 2011.
- LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Hispamer, Colombia, 1996.

- MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho penal*, Ed. Temis, traducido por José Ortega Torres, Colombia, 1954.
- MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, *Derecho penal parte general*, Ed. Trillas, México, 2001.
- , *Derecho Penal y Globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001.
- MAURACH, REINHARTET *et al.*, *Derecho Penal parte general*, Traducción de la 7° edición alemana por: BOFILL, Jorge *et al.*, Ed. Astrea, Argentina, 1994.
- MEDELLIN URQUIAGA, XIMENA *et al.*, *Manual Básico de la Corte Penal Internacional*, Ed. Konrad - Adenauer- Stiftung, México, 2009.
- MERKEL, PAUL, *Grundriss des Strafrechts (Compendio de Derecho Penal)*, Alemania, 1927.
- MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal parte general*, Cárdenas editores, México, 1980.
- , *Tratado de Derecho Penal*, traducido por: Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1955.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991 (Universidad de Santiago de Compostela).
- , *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Ariel, España, 1994.
- , *Derecho Penal parte general*, 4° ed., Ed. PPU, España, 1996.
- , *Derecho Penal*, 8° ed., Ed. B de F, España, 2002.
- MONTOYA MEXÍA, ALEJANDRA, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Incompatibilidad con la Constitución Mexicana*, Ángel Editor, México, 2007.
- MORENO HERNÁNDEZ MOISÉS, *El Estatuto de Roma*, Ed. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 2004.

MORRIS, V. *et al.*, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 1998.

———, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal to the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 1995.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO *et al.*, *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, España, 1998.

NINO, CARLOS S., *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Argentina, 1980.

NUÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino parte general*, Ed. Bibliográfica Omeba, Argentina, 1965.

OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2003.

———, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Ed. Ubijus, México, 2009.

———, “La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces” *en Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2011.

———, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010.

PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *Manual de derecho penal parte general*, Ed. Porrúa, México, 1974.

QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ed. Aranzadi, 3^oed., 2002.

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

- , *La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*, ADPCP, 1996.
- REBAGLIATI, ORLANDO, *La Corte Penal Internacional*, Revista Jurídica de Buenos Aires, I-II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998.
- RÉMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, España, 1997.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS, “un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales del Derecho Penal”, en *La justicia internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional*; coord. por Juan Antonio Yañez Barbueno, Casa de América, Madrid, 2001.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *Sobre la estructura del dolo*, Ed. Ubijus, México, 2009.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, parte general*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña et al, ed. Civitas, España, 1997.
- SALAND, PER, *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Ed. Roy S. Lee, Suiza, 1999.
- SANCINETTI, MARCELO, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2005.
- SCHABAS, WILLIAM A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2001.
- SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, 3^oed, Sudáfrica, 1995.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal, parte general. El hecho punible*, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- STRUENSSE, EBERHARD, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, InDret: Revista per a l'Anàlisi del Dret, España, 2009.
- TENCA, ADRIÁN M., *Dolo eventual*, Ed. Astrea, Argentina, 2010.
- TORIO LÓPEZ, ÁNGEL, *Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (recklessness)*, Universitas Vitae, España, 2007.

- VAN DER VYVER, JOHAN D., *The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 12, 2004.
- VENEZIANI, PAOLO, *Motivi e colpevolezza*, G. Giapichelli Editore, Italia, 2000.
- VILLAREAL CORRALES, LUCINDA, *La cooperación internacional en materia penal*, Ed. Porrúa, 2ºed, México, 1999.
- W. A. SCHABAS, "Prosecutorial Discretion and Gravity", *The Emerging Practice of the ICC*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2005.
- WEZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán*, 4º ed. castellana, traducido por BUSTOS RAMÍREZ, Juan *et al.*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- WILLIAMS, GLANVILLE, *Criminal Law*, Steven & Sons, Reino Unido, 1983.
- WLADIMIROFF, MICHAEL, "The individual with in international law", *From Sovereign Impunity to international Accountability: The Search For Justice in a World of States*, R. Thakur and P. Malcontent (eds.), Tokyo, New York, Paris, United Nations University Press, 2004.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho Penal parte general*, Ed. Ediar, Argentina, 2003.
- , *Tratado de Derecho penal, parte general*, Argentina, 1983.
- ZIELINSKI, DIETHART, *Dolo e imprudencia*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2003.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ, *et al.*, *Derecho Penal*, Ed. Tirant lo blanch, España, 2002.
- , *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, ADPCP, 1986.

Normativa

- Acuerdo de Londres para el Establecimiento de una Tribunal Militar Internacional, 1945.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1986.
- Código Penal argentino.

Código Penal Español.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, Doc. ONU: A/CONF.39/27, 1969.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 1968.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, doc. ONU no. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 1993.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1994.

Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional, 1945.

Ley número. 10 del Consejo de Control Aliado, 1945.

Model Penal Code (American Legal Institute).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Proclamación n°1 del Consejo de Control de 30 de agosto de 1945.

Tratado de Paz de Sevres, 1920.

Tratado de Versalles, 1919.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, Decisión de 10 de febrero de 2006.

CPI, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo*, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007.

CPI, ICC-01/04-01/06-8-Corr, *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre la solicitud del Fiscal de una orden de arresto, 24 de Febrero 2006.

CPI, ICC-01/04-01/06-772, *Fiscal Vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre la apelación del Sr. Lubanga Dyilo contra la decisión sobre la falta jurisdicción de la CPI alegada por la defensa, 3 de octubre 2006.

CPI, *Fiscal vs. Jean Pierre Bemba*, decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008.

CPI, *Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008.

CPI, ICC-02/05-02/09, *Fiscal vs. Baharldriss Abu Garda*, Decisión de confirmación de cargos, 8 de febrero 2010.

CPI, *Situación en la República de Kenia*, Decisión de conformidad con el Art. 15 del ER de abrir una investigación en Kenia, 31 de marzo 2010.

Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia

TPIY, *Fiscal vs. Zejnil Deladic et al.*, Caso No. IT-96-21-T, decisión de 16 de noviembre de 1998.

TPIY, *Fiscal vs. Tihomir Blaskic*, caso no. IT- 95-14-T, decisión de 03 de marzo de 2000.

TPIY, *Fiscal vs. Erdemovic*, caso no. IT-96-22-A, decisión de 07 de octubre de 1997.

TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso no. IT-94-1-T, decisión de 07 de mayo de 1997.

TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso no. IT-94-1-T, sentencia 10 de agosto de 1995.

TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso no. IT-94-1-T, decisión de 2 de octubre de 1995.

TPIY, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, caso No. IT-94-1-T, sentencia de 15 de julio de 1999.

TPIY, Fiscal vs. Furudzija, caso no. IT-95-17/1-T, Decisión de 10 de diciembre de 1998.

TPIY, Fiscal vs. Karadzic y Miladic, caso No. IT-95-5-R61, decisión de 11 de julio de 1996.

TPIY, Fiscal vs. Kordic & Cerkez, caso no. IT-95-14/2, sentencia de 26 de febrero de 2001.

TPIY, Fiscal vs. Kunarac et al., caso no. IT-96-23 & 23/1 sentencia de 22 de febrero de 2001.

TPIY, Fiscal vs. Kupreskic et al., caso no. IT-95-16 sentencia de 14 de enero de 2000.

TPIY, Fiscal vs. Mucic et al. ,caso no. IT-96-21, sentencia de 16 de noviembre de 1998.

TPIY, Fiscal vs. Dragan Nikolic, caso no. IT-94-2, sentencia de 12 de mayo de 2003.

TPIY, Fiscal vs. Goran Jelusic, caso no. IT-95-10, sentencia de 29 de mayo de 2003.

TPIY, Fiscal vs. Milomir Stakic, caso no. IT-97-24-T, sentencia de 31 de julio de 2003.

Tribunal Internacional Penal para Rwanda

TPIR, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, caso No. ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998.

TPIR, Fiscal vs. Kayishema/Ruzindana, caso no. ICTR-95-1-T, sentencia 21 de mayo de 1999.

TPIR, *Fiscal vs. Alfred Musema*, caso no. ICTR-96-13-T, sentencia de 27 de enero de 2000.

TPIR, *Fiscal vs. Georges Ruggiu*, caso no. ICTR-97-32, sentencia del 01 de junio de 2000.

TPIR, *Fiscal vs. George Rutaganda*, caso no. ICTR-96-3-T, sentencia 6 de diciembre de 1999.

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

TMI, A/CN.4/22, sentencia de 1 de octubre de 1946.

TMI, *Estados Unidos de América vs. Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach et al.*, en: “9 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law No. 10, U.S. Government Printers, 1950.

TMI, *Estados Unidos de América vs. Wilhem von Leeb*. Caso No. 72. “Trials of War Crimes before the Nuremberg Military Tribunals”.

TMI, *Estados Unidos de América vs. Tomoyuki Yamashita*, “*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*”, 1948.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997.

CIDH, *Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999.

Corte Europea de Derechos Humanos

CEDH, *The Sunday Times vs. United Kingdom*, caso no. 311979.

CEDH, *Müller and others vs. Switzerland*, caso no. 1331988.

CEDH, *Kokkinakis vs Greece*, caso no. 260-A1993

Otros documentos

Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Reunión del Commonwealth sobre la Corte Penal Internacional*, Commonwealth Secretariat, Londres, 2010.

Diccionario de la Real Academia Española.

Doc. ONU A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989.

Doc. ONU A/RES/3/260, *Adoption of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1948.

Doc. ONU Doc. A/1316, Comisión de Derecho Internacional, *Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, periodo del 5 de junio al 29 de junio de 1950.

Doc. ONU no. A Conf. I 83/2/Add. I, Conferencia Diplomática de la Organización de las Naciones Unidas.

Doc. ONU no.A/CONF.183/10, *Final Act of the United Nations diplomatic conference of plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*.

Doc. ONU no. S/1994/674, *Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780*, 1994.

Doc. ONU no. A /A.C. 249/1998, *La competencia de la CPI, documento de discusión informal presentado por Alemania*.

Doc. ONU no. A51/22 Suplemento 22ª, *Report on the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol II.

Doc. O.N.U. S/25704, Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, 3 de mayo de 1993.

Doc. ONU: S/RES/827, *Resolución 827*, de 25 de mayo de 1993.

Doc. ONU: S/RES/955, *Resolución 955*, de 8 de noviembre de 1994.

CPI, OFICINA DEL FISCAL, *Documento sobre la política de la Oficina de la Fiscalía de la CPI*, Septiembre de 2003.

CPI, OFICINA DEL FISCAL, *Policy Paper on the interest of Justice*, septiembre 2007,

“Informe Final Revisado” de la Subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección a las minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, UN-ECOSOC-CHR-Subcommission, 1997.

“Informativo Jurídico Internacional”, edición no. 19 – Junio de 2011, Ministerio de Relaciones Exteriores- Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales- Área Consultiva: <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/IJI19.pdf>

ONU, Reporte de la Comisión Preparatoria II para la creación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ,1996.

Primer informe del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, A/49/342.S/1994/1007, 29 de agosto de 1994.

Resolución de la Asamblea General 51/207 de 17 de diciembre de 1996.

Resolución RC/Res.6 de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, 11 de junio de 2010.

Yearbook of the International Law Commission, International Law Commission, 1950, vol. II.