



Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba

Kai Ambos*

Revista Penal, n.º 25.— Enero 2010

RESUMEN: La Corte Penal Internacional ha emitido su tercera decisión de confirmación de cargos contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ex presidente del grupo rebelde Mouvement de Libération du Congo (MLC) y comandante en jefe de su ala militar, la Armée de Libération du Congo (ALC). La decisión, genera nuevos puntos de discusión en cuestiones importantes como, por ejemplo, los crímenes contra la humanidad (art. 7 del Estatuto de la CPI) y la responsabilidad del superior (art. 28). Para un observador externo, pareciera que la Sala tomó la decisión correcta al cambiar, fundándose en la prueba disponible (divulgada), el cargo de coautoría presentado por el Fiscal (art. 25 (3) (a)) por el de responsabilidad del superior. Sin embargo, existen algunos puntos técnico jurídicos muy específicos con respecto a los cuales la Sala no ahondó en profundidad, incurrió en errores conceptuales o sacó conclusiones ilógicas. Estas cuestiones serán someramente analizadas aquí, no con espíritu destructivo, sino para contribuir efectivamente a la mejora de la futura jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Caso Bemba, responsabilidad del superior, confirmación de cargos, acumulación de cargos, elemento subjetivo, formas de participación

ABSTRACT: The ICC has issued its third confirmation decision against Jean-Pierre Bemba Gombo, the former president of the rebel group Mouvement de Libération du Congo (MLC) and commander in chief of its military wing, the Armée de Libération du Congo (ALC). The decision is, in principle, to be welcomed since it constitutes a further consolidation of the ICC case law and breaks new ground in some important areas, e.g. the law of crimes against humanity (article 7 ICC Statute) and command responsibility (article 28). From an outsider's perspective it also seems that the Chamber, on the basis of the available (disclosed) evidence, took the right decision when it changed the Prosecutor's liability from (co-)perpetration (article 25 (3)(a)) to command responsibility. Yet, there are some fine legal-technical points where the Chamber did not dig deep enough, incurred in conceptual errors or drew some illogical conclusions. These issues shall be briefly discussed here, not in a destructive mood but to constructively contribute to the improvement of the future case law.

KEY WORDS: Bemba case, command responsibility, confirmation procedure, cumulative charging, mental element, modes of liability

* Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Göttingen; Juez del Tribunal de Distrito (*Landgericht*) de Göttingen [kambos@gwdg.de]. Traducción del inglés de Noelia Núñez, Buenos Aires, para el libro homenaje al Dr. Eberhard Struensee (Maier/Sancinetti/Schöne, eds., Ad Hoc, Buenos Aires); originalmente publicado en *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009) n° 4.

Introducción

La Corte Penal Internacional (en adelante: «CPI») ha emitido su tercera decisión¹ de confirmación de cargos contra Jean-Pierre Bemba Gombo², ex presidente del grupo rebelde *Mouvement de Libération du Congo* (MLC) y comandante en jefe de su ala militar, la *Armée de Libération du Congo* (ALC)³. La decisión, en principio, ha de ser bienvenida, ya que consolida la jurisprudencia de la CPI y genera nuevos puntos de discusión en cuestiones importantes como, por ejemplo, los crímenes contra la humanidad (art. 7 del Estatuto de la CPI⁴)⁵ y la responsabilidad del superior (art. 28)⁶. Para un observador externo, pareciera que la Sala tomó la decisión correcta al cambiar, fundándose en la prueba disponible (divulgada), el cargo de coautoría presentado por el Fiscal (art. 25 (3) (a)) por el de responsabilidad del superior. Sin embargo, existen algunos puntos técnico-jurídicos muy específicos con respecto a los cuales la Sala no ahondó en profundidad, incurrió en errores conceptuales o sacó conclusiones ilógicas. Estas cuestiones serán someramente analizadas aquí, no con espíritu destructivo, sino para contribuir efectivamente a la mejora de la futura jurisprudencia.

1. La Sala interpreta el término «**intencionalmente**» en el **crimen contra la humanidad de tortura** (art. 7 (2) (e)) como excluyente del «conocimiento» en el sentido del artículo 30 (3)⁷. Además, entiende que resulta innecesario demostrar que el autor era conciente de la severidad del daño causado⁸. Considera que esta interpretación «es coherente» con el parágrafo 4° de la Introducción General a los «Elementos de los Crímenes»⁹, en cuanto establece que respecto a los «elementos que entrañan juicio de valor» no es necesario que el autor proceda personalmente a hacer el respectivo juicio de valor¹⁰. Con estas afirmaciones, la Sala, quizás inconcientemente, abre una caja de Pandora.

El primer interrogante es qué quiere decir la Sala cuando establece que el término «intencionalmente» excluye el conocimiento en el sentido del artículo 30 (3). ¿Entiende el término «intencionalmente» en un sentido puramente volitivo, ya sea, como voluntad, deseo o propósito? ¿O sólo pretende excluir la conciencia con respecto a una *circunstancia* requerida por la definición del crimen? La primera interpretación colisiona con el segundo supuesto del artículo 30 (2) (b), conforme al cual el elemento subjetivo («mental element» o «intent»), también abarca la conciencia de que una *consecuencia* «se producirá en el curso normal de los acontecimientos». Si la Sala hubiese querido excluir el elemento cognitivo del dolo habría tenido que excluir, no sólo el 3° parágrafo, sino también el segundo supuesto del 2° parágrafo (b) del artículo 30. Además, la conciencia con respecto a una consecuencia, plasmada en el 2° parágrafo (b), está contemplada de la misma forma también en el 3° parágrafo, lo que torna aún más confusa la decisión de la Sala. Pues, si hubiese querido excluir únicamente la conciencia con respecto a las circunstancias debería haberlo dicho expresamente. Si, por otro lado, hubiese querido excluir la conciencia en general (el aspecto cognitivo del dolo), debería haber excluido también el segundo supuesto del 2° parágrafo (b). De todos modos, las siguientes afirmaciones de la Sala con respecto a la ausencia de conocimiento sobre la severidad del daño parecen indicar que lo que realmente quería era excluir el requisito de conocimiento sobre una circunstancia, *in concreto*, sobre la «severidad» como elemento (circunstancia) normativo. Sin embargo, la referencia a los «Elementos de los Crímenes» en este punto genera la impresión de que la Sala confunde el requisito general del conocimiento (elemento cognitivo del dolo) con el problema específico del conocimiento en relación con los elementos normativos del crimen (denominados «elementos que requieren un juicio de valor» en

1 Sobre esta fase procesal intermedia y sus funciones, ver K. Ambos, *Internationales Strafrecht* (2° ed., 2008), § 8, notas marginales (en adelante: «nm») 23 y ss.; K. Ambos/D. Miller, *Structure and function of the confirmation procedure before the ICC from a comparative perspective* (2007), 7 *International Criminal Law Review* 335.

2 *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC 01/05-01/08, *Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009 (Decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61(7) (a) y (b) en relación con los cargos contra Jean-Pierre Bemba Gombo, en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*).

3 El ALC ingresó a la República Centroafricana (RCA) desde la República Democrática del Congo (RDC), aproximadamente el 26 de octubre de 2002, para apoyar al ex presidente de la República Centroafricana, Ange-Félix Patassé, contra los grupos insurgentes y se retiró el 15 de marzo de 2003, ver Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parágs. 101, 126; en lo que respecta al rol de Bemba en el MLC, ver *ibid.*, parág. 451 y ss.

4 Las disposiciones sin indicación de fuente pertenecen al Estatuto (de Roma) de la Corte Penal Internacional («Estatuto de la CPI»).

5 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 71 y ss.

6 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 402 y ss.

7 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 194.

8 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 194.

9 Informe de la Comisión Preparatoria de la CPI, Ad., II Parte. Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, PCNICC/2000/1/Add. 2, 2 de noviembre de 2000.

10 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 194.

los «Elementos de los Crímenes»). La Sala parece pasar por alto que una cosa es exigir, como *inter alia* lo hace el artículo 30 (3), la conciencia en relación con las circunstancias y otra, bastante diferente, es redefinir este requisito de conciencia en relación con los elementos normativos. En otras palabras, el problema específico del conocimiento en relación con estos elementos no puede dar lugar a la exclusión general del requisito de conocimiento con respecto a todos los elementos (incluyendo los descriptivos).

Es más, si la Sala quiso interpretar el término «*intencionalmente*» en un sentido puramente volitivo con base en su significado literal, ha de decirse que este significado es, al menos, *ambiguo*¹¹. Aunque el *common law* tradicional conoce delitos de intención (*specific intent crimes*) exigiendo una especial finalidad y un propósito, por ejemplo, *burglary*¹², los conceptos de «*intent*» or «*intention*» siempre fueron entendidos tanto en sentido volitivo como cognitivo¹³. El derecho inglés moderno todavía incluye en la definición de la *intention*, además del propósito, «la previsión de lo virtualmente seguro» («*foresight of virtual certainty*»); so-

lamente el significado central de «*intent*» or «*intention*» está reservado al deseo, al propósito, etc¹⁴. El Código Penal Modelo norteamericano, que en muchos aspectos sirvió de referencia al Estatuto de la CPI, aunque reconoce una diferencia entre el «propósito» y el «conocimiento» (art. 2.02 (a)), también define al primero en sentido cognitivo al hacer referencia al «objeto conciente» («*conscious object*») de la conducta y del resultado del autor¹⁵. Del mismo modo, en el ámbito del *civil law* la distinción entre propósito y conocimiento, y por lo tanto, el significado de «*intention*», no siempre estuvo delimitado con precisión. En el derecho francés, la expresión «*intention criminelle*» nunca fue definida en el *Code Pénal*. En la doctrina, la «*intention*» es definida tanto en sentido volitivo¹⁶ como cognitivo¹⁷. Sobre esta base está trazada la distinción entre el *dolus directus* volitivo y el *dolus indirectus* cognitivo¹⁸. En el derecho alemán y en el español, aunque la tendencia volitiva del *dolus directus* de primer grado («*dolus specialis*», «*intención*», «*Absicht*»)¹⁹ aparenta ser clara, no está libre de controversia²⁰.

11 Para una discusión en relación con la «intención de destruir» del crimen de genocidio, ver K. Ambos, *Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes*, en: L.C. Vohrah et. al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese* (2003), 11, p. 19 y ss.

12 G. Williams, *Criminal Law: The General Part* (1961), p. 34. El delito de «burglary» se refiere, en su forma básica, al hecho de entrar ilegalmente en un edificio con la intención de cometer un hurto (cf. Sec. 9 del «Theft Act 1968»: «*enters any building or part of a building as a trespasser and with intent to commit any such offence ...*»), disponible en www.statutelaw.gov.uk —resaltado por el autor—.

13 Ver G. Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), p. 20 («La intención es un estado de la conciencia que consiste en el conocimiento de cualquiera de las circunstancias requeridas, sumado al deseo de que el resultado requerido se producirá como consecuencia de la conducta o a la previsión de que el resultado ocurrirá con seguridad») («*Intention is a state of mind consisting of knowledge of any requisite circumstances plus desire that any requisite result shall follow from one's conduct, or else of foresight that the result will certainly follow*»). Ver también G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978, reimpresión 2000), p. 440; M. Elewa Badar, *The mental element in the Rome Statute of the ICC: a commentary from a comparative criminal law perspective* (2008), 19 *Criminal Law Forum* (CLF), 473, p. 479.

14 A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6° ed., 2009), p. 170 y ss. (171); A.P. Simester/G.R. Sullivan, *Criminal law: theory and doctrine* (3° ed., 2007), p. 120 y ss. (121). En el mismo sentido, también I. Kugler, *Direct and oblique intention in the criminal law* (2002), p. 4 y ss.; distingue entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado.

15 La parte correspondiente del artículo 2.02 (2) (a) enuncia: «Un individuo actúa con el propósito de realizar un elemento material de un delito cuando: (i) si el elemento material contiene la conducta realizada o un resultado dirigido a su producción, es el *objeto conciente* del autor involucrarse en una conducta de esa naturaleza o producir dicho resultado» («*A person acts purposely with respect to a material element of an offense when; (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result ...*») —resaltado por el autor—. Ver también Fletcher, *supra* nota 13, p. 440 y ss.

16 B. Bouloc, *Droit pénal général et procédure pénale* (16° ed., 2006), p. 238: «volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale» («voluntad dirigida a realizar un acto prohibido por la ley»).

17 Cf. Crim. 7 janvier 2003, Bull. n° 1: «*la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite*» («el conocimiento o la conciencia del agente de que comete un acto ilegal»). Ver también E. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 1, n° 77; R. Merle/A. Vitu, *Traité de droit criminel*, vol. 1 (7° ed., 1997), n° 579.

18 J. Pradel, *Droit pénal général* (16° ed., 2006), p. 463; C. Hennau/J. Verhaegen, *Droit pénal général* (3° ed., 2003), n° 350 y ss.

19 C. Roxin, *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Vol. 1 (4° ed., 2006), § 12, nm. 7 y ss.; S. Mir Puig, *Derecho penal parte general* (7° ed., 2006), p. 244, nm. 82-83.

20 Para una parte de la doctrina española la «intención» debe ser entendida como *dolus* en un sentido general o como comprensiva de ambas formas de *dolus directus* (deseo y conocimiento). Ver, por un lado, J. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, parte general II. Teoría jurídica del delito* (1998), p. 153, por el otro, D.M. Luzon Peña, *Curso de derecho penal: parte general* (2004), p. 416.

2. Similares inconsistencias o imprecisiones conceptuales pueden encontrarse en el análisis que hace la Sala del elemento subjetivo de acuerdo con el artículo 30²¹. En primer lugar, su definición de la *mens rea* como un «cierto estado de mente culpable» («a certain state of guilty mind») o «los elementos subjetivos»²² es puramente naturalista, pues limita la *mens rea* al estado psicológico de la mente del autor al momento del acto. No parece haber lugar para consideraciones de tipo normativas ligadas a la reprochabilidad (en el sentido de *Vorwerfbarkeit* o *blameworthiness*) y, sobre esta base, a la culpabilidad del autor (en el sentido de *Schuld* o *culpability*). De hecho, más adelante la Sala parece utilizar el término «culpabilidad» en un sentido puramente psicológico-naturalista²³. Por lo tanto, daría la impresión de que la Sala desconoce la distinción teórica entre un concepto normativo y un concepto psicológico de la culpabilidad («guilt»), que es tan esencial en una moderna y razonable («fair») teoría del derecho penal²⁴. En segundo lugar, la referencia de la Sala al concepto de *dolus* en relación con el artículo 30²⁵ es, cuanto menos, desafortunada, desde que este concepto incluye, como acertadamente lo advierte la Sala²⁶, el *dolus eventualis* y este mismo estándar (junto con la *recklessness*^{N. del T.} y otros estándares más bajos) es luego rechazado²⁷.

En efecto, esta es la esencia del análisis de la Sala en relación con el artículo 30. Si bien coincido, *en el resultado*, con la exclusión del *dolus eventualis* (a diferencia de la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga)²⁸ y la *recklessness* del artículo 30 —de hecho, he sostenido anteriormente que en el caso del *dolus eventualis* el autor no es conciente, como exige el artículo 30 (2) (b), de que una determinada consecuencia ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos²⁹ y que esto se corresponde, a *fortiori*, más bien con la *recklessness*, que también exige conciencia en cuanto al riesgo de una consecuencia negativa³⁰—, estimo que algunas aclaraciones son necesarias. Aunque los *travaux* respaldan un enfoque restrictivo del artículo 30³¹, sólo son «medios de interpretación complementarios» (cfr. art. 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) y, por lo tanto, no prevalecen cuando la interpretación literal es clara o diferente. A su vez, la interpretación literal se basa en la comprensión del concepto de *dolus eventualis*. Con respecto a esto, no debe pasarse por alto que el estándar «comúnmente acordado» («commonly agreed») al que se refiere la Sala³² no es, en absoluto, el único. De hecho, existen otras nociones más cognitivas del *dolus eventualis* (que exigen conciencia o seguridad en relación con una consecuencia)³³ y éstas, también podrían

21 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 352 y ss.

22 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 351.

23 Ver, por ejemplo, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 368, donde se equipara con el *dolus*.

24 Acerca de esta importante distinción, ver G.P. Fletcher, *The grammar of criminal law* (2007), p. 307 y ss., p. 319 y ss.; con respecto al derecho penal internacional, ver K. Ambos, *Remarks on the General Part of International Criminal Law* (2006), 4 *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 660, pp. 667-68; para una explicación sobre la estructura y teoría del delito, ver K. Ambos, *Toward a universal system of crime: Comments of George Fletcher's Grammar of Criminal Law* (2007), 28 *Cardozo Law Review* 2647, p. 2648 y ss.

25 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 357.

26 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 357.

N. del T. La *recklessness* no tiene un exacto equivalente en nuestra tradición jurídica. Es un estándar del elemento subjetivo que se ubica entre el dolo y la imprudencia y que, en líneas generales, alude a una desatención conciente del riesgo (ver, en este sentido K. Ambos, *La parte general del derecho penal internacional*, ed. Temis, Uruguay, 2004, p. 329, el autor en este caso reporta el significado de G. P. Fletcher, en: *Basic Concepts of Criminal Law* (1998), Nueva York/Oxford (Inglaterra), p. 115)

27 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 360 y ss.

28 Ver *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007, parág. 349 y ss. (352) (Decisión de confirmación de cargos).

29 K. Ambos, *General principles of criminal law in the Rome Statute* (1999), 10 *CLF* 1, pp. 21-22; *id.*, *supra* nota 11, pp. 20-1; *id.*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2002/2004), p. 771; *id.*, *La parte general del derecho penal internacional* (2005/2006), pp. 398-99; *id.*, *Internationales Strafrecht*, *supra* nota 1, § 7, nm. 67, con más referencias en la nota 297. Para una interpretación similar, ver Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 362 (la palabra «ocurrirá» leída junto con «en el curso normal de los acontecimientos» indica un estándar cercano a la seguridad).

30 K. Ambos, *General principles*, *supra* nota 29, p. 21; *id.*, *Allgemeiner Teil*, *supra* nota 29, p. 771; *id.*, *Parte general*, *supra* nota 29, pp. 398-99.

31 Ver análisis en detalle en: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 364 y ss.

32 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 363.

33 Sobre la discusión en Noruega y Finlandia, ver la referencia en K. Ambos, *supra* nota 11, pp. 20-21, incluida la nota 37; también *id.*, *Allgemeiner Teil*, *supra* nota 29, p. 771. Acerca de las diferentes teorías del *dolus eventualis*, ver Roxin, *supra* nota 19, § 12, nm. 35 y ss.

caer bajo la órbita del artículo 30. Por este motivo, es una *petitio principii* que la Sala justifique su lectura restrictiva del artículo 30 con la regla de la *lex stricta* del artículo 22 (2)³⁴, ya que al invocar esta regla, en contra de una lectura amplia del artículo 30, presupone lo que debe ser demostrado, es decir, que el artículo 30 debe ser entendido en un sentido restringido (y por tanto: estricto).

Por el contrario, en el caso de la *recklessness* en general hay acuerdo en que ésta se ubica entre el *dolus eventualis* y la imprudencia conciente (*bewußte Fahrlässigkeit*)³⁵; en términos cognitivos, el autor que actúa en el sentido de la *recklessness* posee, a lo sumo, «conciencia del riesgo», lo cual, por un lado, delimita claramente la *recklessness* de la imprudencia³⁶, pero, por el otro, no debe ser confundida con el requisito de conciencia en las teorías cognitivas del *dolus eventualis*. Por este motivo, no es correcto que la Sala equipare la llamada *recklessness* subjetiva (*Cunningham recklessness* del derecho inglés)³⁷ con el *dolus eventualis*³⁸; ella puede estar más cerca de éste que de la imprudencia conciente, pero ellos no pueden ubicarse en un pie de igualdad.

3. La otra cuestión, tal vez la más importante de la decisión, se refiere a la **forma** correcta de **responsabilidad** que ha de aplicarse. La sustitución del cargo de **coautoría**, presentado por el Fiscal, por el de responsabilidad del superior es convincente en el resultado, pero su argumentación no es completamente satisfactoria. En lo que respecta a la coautoría, la Sala sigue la teoría del «dominio del hecho»³⁹, pero luego, asombrosamente, sólo se concentra en los requisitos subjetivos y sostiene que como en el caso éstos no se encuentran satisfechos, no resulta necesario examinar los requisitos objetivos⁴⁰. Tal prescindencia del análisis de los requisitos objetivos de una forma de responsabilidad (o, *mutatis mutandi*, de la definición del crimen) sólo se

justifica si los requisitos subjetivos, sin lugar a dudas, están ausentes. Claramente, aquí éste no es el caso; de hecho, como se verá más adelante, los requisitos subjetivos de la coautoría resultan bastante controvertidos. La Sala distingue tres requisitos subjetivos que deben ser satisfechos de manera acumulativa, a saber, (i) la intención y el conocimiento del coautor en cuanto a los crímenes cometidos, (ii) su conciencia y aceptación en cuanto a la realización de los elementos materiales mediante la ejecución del plan común y (iii) su conciencia en cuanto a las circunstancias de hecho que requiere el control conjunto⁴¹. Aunque el primer requisito no es problemático —claramente, el coautor, al ser un autor, de acuerdo con el artículo 30 debe actuar por sí mismo con intención y conocimiento en cuanto a los crímenes subyacentes—, los otros dos requisitos merecen ser estudiados con mayor atención. Mientras que el segundo requisito —al igual que el primero— se deriva tanto de la decisión de confirmación de cargos del caso Lubanga, como de la del caso Katanga/Chui⁴², el tercero es reconocido inequívocamente en Lubanga⁴³, pero no en Katanga/Chui⁴⁴. En esta decisión dicho requisito únicamente se analiza en relación con la coautoría *por conducto de otro*, es decir, en relación con la autoría mediata o la comisión por medio de otra persona, en tanto que la Sala de Cuestiones Preliminares I claramente lo excluye de la «simple coautoría»⁴⁵. Este enfoque es correcto, ya que este (tercer) requisito exige demasiado del coautor, cuya forma de control es estructuralmente diferente de la del autor mediato: mientras que el último ejerce control *sobre los autores materiales* y debe ser conciente de su posición jerárquica, el coautor sólo ejerce control *sobre el crimen junto* con otro(s) coautor(es). Por lo tanto, en el primer caso existe una *relación vertical* entre el autor mediato y el autor material, mientras que en el último esta relación

34 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 369.

35 Ver el trascendente artículo de T. Weigend, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit* (1981), 93 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), pp. 657, 673 y ss.

36 Cfr. K. Ambos, *Allgemeiner Teil*, *supra* nota 29, pp. 700-01, con más referencias; también K. Ambos, *Superior responsibility*, en A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3° vol. (2002), 823, pp. 867-68.

37 Para una discusión más amplia y otras referencias, ver Weigend, *supra* nota 35, p. 674 y ss. (687); J. Watzek, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht* (1997), p. 46; American Law Institute, *Model Penal Code*, vol. I (1985), p. 236 y ss.

38 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 357, incluida la nota 448. La Sala, en este punto, sólo repite las imprecisiones de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, ver referencias *ibid*.

39 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 348. En efecto, en este punto la Sala siguió la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 28, parág. 330 y ss. y *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo/Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, 30 de septiembre de 2008, parág. 480 y ss. (Decisión de confirmación de cargos).

40 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 350.

41 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 351.

42 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 28, parágs. 349 y ss., 360 (ii); Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 39, parág. 533. La Sala cita estas decisiones con indicación de la página (?).

43 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 28, parágs. 366-67.

44 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 39, parág. 534-35.

45 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 39, parág. 535 («el último requisito no se aplica...»).

es *horizontal*. Puede haber una combinación en el caso de un control conjunto sobre los autores materiales, por ejemplo, una relación horizontal-vertical mixta cuando dos o más superiores ejercen el control conjunto de los autores materiales. En efecto, éste ha sido el caso en la decisión de Katanga/Chui (se consideró que Katanga y Chui fueron coautores por conducto de los autores materiales) y es también, estructuralmente, la situación en Bemba, desde que es posible considerar que Bemba y Patassé, como coautores, actuaron conjuntamente a través de sus subordinados, como autores directos⁴⁶.

En el caso, la Sala concluye que Bemba ni siquiera reúne el primer requisito subjetivo, es decir, que no era conciente de que los crímenes serían cometidos⁴⁷. Aunque ésta podría ser la decisión correcta en función del estándar probatorio del artículo 61 (7) («motivos fundados para creer») y los hechos conocidos —en efecto, no ha sido apelada por el Fiscal⁴⁸—, ella es difícil de reconciliar con las conclusiones posteriores de la Sala en cuanto a la responsabilidad del superior, es decir, que Bemba «sabía» o incluso «realmente sabía» («actually knew») que sus tropas estaban cometiendo o se proponían cometer los respectivos crímenes⁴⁹. Uno podría preguntarse cómo es posible que la misma persona pueda actuar, por un lado, sin conocimiento (como coautor) y, por el otro, con conocimiento (como superior) con respecto a los mismos crímenes. La Sala no ignora este *impasse* lógico, pero su intento por superarlo, proponiendo categorías de conocimiento diferentes para la coautoría y la responsabilidad del superior, con base en que el elemento cognitivo tal como se define en el artículo 30 sólo se aplica al artículo 25⁵⁰, es claramente incorrecta y no tiene sus-

tento alguno en ninguna autoridad (judicial o doctrinaria). En efecto, el artículo 30 establece una definición general de los aspectos cognitivo y volitivo del elemento subjetivo («mental element») que es aplicable a todos los crímenes del Estatuto de la CPI «salvo disposición en contrario», es decir, salvo que esté prevista una categoría diferente (más baja) (como, por ejemplo, para el artículo 28 el estándar «hubiere debido saber» —«should have known»—)⁵¹. El hecho de que en virtud del artículo 28 el aspecto subjetivo de la responsabilidad del superior sea distinto al del artículo 25 (3), por cuanto se refiere a los crímenes de los subordinados (y no a sus propios crímenes)⁵², carece de trascendencia en este punto. Por otra parte, las afirmaciones de la Sala en este contexto, en cuanto a que en el caso del artículo 28 el superior no participa en la comisión del crimen⁵³, son muy controvertidas y presuponen un profundo análisis de la estructura dogmática del artículo 28 que la Sala no realiza⁵⁴.

Aunque el tercero de los requisitos de la Sala, como se explicó anteriormente, ni siquiera encuentra sustento inequívoco en la propia jurisprudencia de la CPI y parece establecer un estándar demasiado alto para la coautoría, el *segundo requisito* —conciencia y aceptación en cuanto a la realización de los elementos materiales mediante la ejecución del plan común—, en efecto, es una consecuencia de la combinación de los contenidos objetivos-subjetivos requeridos por el plan común. Aunque la jurisprudencia de la CPI, hasta el momento, le ha dado a este requisito un significado bastante objetivo⁵⁵, claramente también posee una tendencia subjetiva, desde que el plan común únicamente constituye una decisión potencial de los coautores

46 La cuestión fue planteada por la defensa, ver Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 345 («autor mediato»).

47 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parágs. 372, 400-01.

48 Ver *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC 01/05-01/08, *Prosecution's application for leave to appeal the decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) on the charges against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 22 de junio de 2009 (Solicitud de autorización para apelar la decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61(7) (a) y (b) en relación con los cargos contra Jean-Pierre Bemba Gombo presentada por la Fiscalía, en adelante: Solicitud de autorización para apelar presentada por la Fiscalía).

49 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 478 y ss. (478, 489).

50 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 479 («distinción entre el conocimiento requerido de conformidad con el artículo 30 (3) [es decir, aplicable al artículo 25] y el artículo 28 (a)...»).

51 Cfr. G. Werle/F. Jessberger, '*Unless otherwise provided: Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under International criminal law* (2005), 3 JICJ 35.

52 Cfr. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 479: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto la persona es conciente de que su *propia conducta* producirá un resultado (...) mientras que éste no es el caso del artículo 28, donde la persona no participa en la comisión del crimen (es decir, el crimen no es un resultado directo de su *propia conducta*)» («*Under article 30 of the Statute the person is aware of the occurrence of a result of his own act (...) while this is not the case with article 28, where the person does not participate in the commission of the crime (i.e., the crime is not a direct result of his own act)*») —resaltado por el autor—.

53 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 479 (ver *supra* nota 52).

54 La Sala se limita a una breve y profunda afirmación en el parág. 405. Para mi opinión, ver K. Ambos, en Cassese *et al.*, *supra* nota 36, p. 850 y ss.; *id.*, *Allgemeiner Teil*, *supra* nota 29, p. 666 y ss.; *id.*, *Parte general*, *supra* nota 29, p. 295 y ss.

55 Ver Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 28, parág. 343 y ss. (aunque se exige conciencia del riesgo de que mediante la ejecución del plan se cometerá el crimen); Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 39, parágs. 522-23 (estrictamente objetivo).

(*Tatenschluß*) de cometer conjuntamente el crimen. Esta decisión sólo se manifiesta en el mundo externo mediante la implementación del plan, es decir, la ejecución conjunta (funcional) del crimen planeado. Antes de esta ejecución conjunta, que constituye, de hecho, el segundo requisito (objetivo) de la coautoría⁵⁶, el plan común sólo pertenece a la esfera interna de las personas y, por lo tanto, constituye un estadio previo a la lesión del bien jurídico (un delito incompleto en el sentido de la «inchoate offence») cuya punibilidad presupone una codificación específica, por ejemplo, como la *conspiración* o el acuerdo para cometer un crimen (*Verbrechensverabredung*, § 30 inc. 2, 3º supuesto, del *Strafgesetzbuch* alemán).

4. En cuanto a la **responsabilidad del superior**, aunque las consideraciones de la Sala en general resultan convincentes, tengo dos pequeñas objeciones. En primer lugar, la Sala afirma convincentemente —en explícita contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia⁵⁷— que debe existir algún tipo de *causalidad* entre la falta de supervisión del superior y los crímenes subyacentes de los subordinados⁵⁸. La Sala, en el resultado, sigue la *Risikoerhöhungstheorie* («teoría del incremento del riesgo»), «Theory of risk aggravation or increase», «Théorie du risqué aggravé», en adelante: «teoría del riesgo»), según la cual es suficiente que la falta de intervención del superior haya incrementado el riesgo de que los subordinados cometan los crímenes⁵⁹. La Sala llega a esta conclusión después de reconocer los problemas de la causalidad en los casos de omisión⁶⁰. De hecho, al parecer, vislumbra en la teoría del riesgo la solución —aparentemente lógica («Por lo tanto», «[T]herefore») — a estos problemas. Además, parece ver a la teoría del riesgo como algo completamente diferente de una teoría de la causalidad⁶¹.

En este punto puedo estar realizando una lectura equivocada de las consideraciones de la Sala, pero creo que habría sido menos confuso si hubiese separado con más claridad sus (breves) consideraciones sobre la demostración de la causalidad en los casos de omisión de la solución que finalmente adopta. Dado que las omisiones no pueden originar «energía causal», y, por lo tanto, deben determinarse a partir de un concepto normativo (en lugar de naturalista) de la causalidad⁶², no predeterminan el concepto de causalidad aplicado en última instancia en estos casos. En efecto, es lógicamente posible aplicar un examen estricto de *conditio sine qua non invertida* o el «but for test»; de hecho, la Sala realiza este test, pero parece considerarlo inaplicable en estos casos⁶³. No obstante, en última instancia es una cuestión de política si uno prefiere la teoría del riesgo o el test de la causalidad más estricto⁶⁴. En cualquier caso, la teoría del riesgo también constituye un test de la causalidad, en el sentido de que supone que el incremento del riesgo fue, al menos, una de las causas del resultado lesivo⁶⁵. Sin embargo, claramente es más sencillo demostrar que una determinada conducta —ya sea una acción o una omisión— aumentó el riesgo con vistas a la producción de un resultado lesivo, que demostrar que ese resultado fue causado directamente por aquélla.

Mi segunda inquietud se refiere a la afirmación de la Sala, a modo de *obiter*, de que el criterio «*tenía razones para saber*» («had reason to know») plasmado en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Especial para Sierra Leona es diferente del estándar «*hubiere debido saber*» («should have known») del artículo 28⁶⁶. De hecho, con bastante claridad se desprende de los *travaux* referidos a las disposiciones sobre la responsa-

56 Ver Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 28, parág. 346 y ss. («contribución esencial de cada uno de los coautores»); Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 39, parág. 524 y ss.

57 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 423, con más referencias en la nota 550.

58 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 420 y ss. (423). Para una regla de derecho consuetudinario en este sentido, ver el trabajo reciente de G. Mettraux, *The law of command responsibility* (2009), pp. 83 y ss. (87), 263.

59 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 425.

60 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 425 («... el resultado de una omisión no puede ser determinado empíricamente con seguridad ... no resulta apropiado para predecir exactamente lo que habría sucedido si ...»).

61 Antes de su conclusión («Por lo tanto» —«[T]herefore»—), la Sala señala que: «[N]o hay nexo causal directo que necesite ser demostrado ...» (Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 425).

62 K. Ambos, en Cassese *et al.*, *supra* nota 36, p. 860.

63 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 425 («... ha de aplicarse 'but for test', de forma que, si no hubiese sido porque el superior no cumplió con su deber de tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir los crímenes, esos crímenes no habrían sido cometidos por sus fuerzas»).

64 Ver, por ejemplo, sobre la «teoría de la probabilidad» R. Arnold, en: O. Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the ICC* (2º ed., 2008), artículo 28, nm. 109; sobre una «causalidad hipotética» estricta (*hypothetische Vermeidungskausalität*) T. Weigend, '§ 4 Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter', en: W. Joecks/K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 6/2 Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB] (2009), § 4 VStGB, nm. 53 (pp. 528-29).

65 Ver el trabajo reciente de Mettraux, *supra* nota 58, p. 87, define la causalidad como «un factor que contribuye significativamente —aunque no es necesariamente el único— ...».

66 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 434.

bilidad de mando (desde el Protocolo Adicional I de 1976 a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949) que ambas formulaciones constituyen esencialmente categorías de imprudencia⁶⁷. Por ejemplo, el Informe del Secretario General de la ONU sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia describe el estándar «tenía razones para saber» como «imprudencia criminal»⁶⁸ y el Código Penal Modelo norteamericano se refiere al «hubiere debido saber» en el marco de la imprudencia⁶⁹. Si realmente se encontrara una diferencia entre estas dos categorías, considerando que el estándar «hubiere debido saber» está «un paso más abajo» del estándar «tenía razones para saber»⁷⁰, la CPI debería hacer una interpretación restrictiva para ubicar al primero en línea con el último⁷¹.

5. En relación con la práctica de **acumulación de cargos**⁷², es decir, la acusación múltiple por la misma conducta, la Sala lo considera únicamente posible, siguiendo el

test de *Celibici* del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia⁷³, cuando existen «crímenes diferentes», esto es, si «cada uno» de los crímenes en cuestión «requiere al menos un elemento material adicional que no esté contenido en el otro»⁷⁴. A su vez, en los términos de la teoría del concurso de delitos (*concursum delictorum*⁷⁵, *concoirs de qualifications/d'infractions*, *concurrence of offences*, *Konkurrenzen*)⁷⁶ esto significa que la acumulación de cargos sólo es admisible cuando existe una «verdadera» concurrencia (*concoirs idéal*; *concurso ideal*, *Idealkonkurrenz*), es decir, una situación donde la misma conducta realice varios delitos distintos⁷⁷; esto ha de ser distinguido de una «fusión» o de una aparente o «falsa» concurrencia (*concoirs apparent*; *concurso aparente*; *Gesetzeskonkurrenz/-einheit*) donde un delito (el delito «menor») está contenido completamente en otro (el delito «mayor»), es decir, está subsumido en un delito mayor o este delito

67 Para una discusión y más referencias, ver K. Ambos, en Cassese *et al.*, *supra* nota 36, p. 865 y ss. Para un trabajo más reciente, ver Arnold, *supra* nota 64, nm. 97. Concluye que «sin perjuicio de una redacción ligeramente distinta, la fórmula aplicable sigue siendo, si un individuo con base en la información disponible tenía razones para saber en el sentido del Prot. Ad. I» («*notwithstanding a slightly different wording, the applicable test is still whether someone, on the basis of the available information, had reason to know in the sense of Add.Prot. I*») —el resaltado pertenece al origina—.

68 S/RES 827 (1993), 25 de mayo de 1993, reimpresso en 32 ILM 1203 (1993), parág. 56.

69 De acuerdo con el artículo 2.02 (2) (d) del Código Penal Modelo, una persona actúa imprudentemente «cuando debió ser conciente de un riesgo sustancial e injustificable ...» («*when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk ...*»).

70 Mettraux, *supra* nota 58, p. 210 («*goes one step below*»).

71 Cfr. Mettraux, *supra* nota 58, p. 212; ver también Arnold, *supra* nota 67.

72 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 199 y ss.

73 *Prosecutor v. Delalic et al.*, *App. Judgment*, 20 de febrero de 2001, Causa No. IT-96-21-A, parág. 412 (Sentencia de la Sala de Apelaciones), citada en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, en la nota 277. Para un análisis de la cuestión, ver A. Bogdan, *Cumulative charges, convictions and sentencing at the Ad Hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda* (2002), 3 *Melbourne Journal of International Law* 1, p. 20 y ss.; N. Valabhji, *Cumulative convictions based on the same acts under the Statute of the ICTY* (2002), 10 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 185, p. 191 y ss.; H. Azari, *Le critère Celebici du cumul des déclarations de culpabilité en droit pénal international* (2007), 1 *Revue de Science Criminelle et de droit penal comparé*, 1, p. 4 y ss.

74 *Prosecutor v. Delalic et al.*, *supra* nota 73, parág. 202. El mismo test, conocido en el *common law* como 'test de *Blockburger*' (ver S. Walther, *Cumulation of offences*, en: A. Cassese *et al.*, *supra* nota 36, 475, p. 490; C.-F. Stuckenberg, *Multiplicity of offences: concursum delictorum*, en: H. Fischer/C. Kreß/S.R. Lüder (eds.), *International and national prosecutions under international law* (2001), 559, p. 581; Bogdan, *supra* nota 73, p. 12; Azari, *supra* nota 73; previamente había sido aplicado por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia en *Prosecutor v. Kupreskic*, *Trial Judgment*, 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, parág. 668 y ss. (Decisión de la Sala de Primera Instancia) y por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, *Trial Judgment*, 21 de mayo de 1999, ICTR 95-1-T, parág. 636 y ss. (Decisión de la Sala de Primera Instancia), ver Walther, *op. cit.*, p. 489 y ss.; Stuckenberg, *op. cit.*, p. 579 y ss.; Bogdan, *supra* nota 73, pp. 9 y ss., 17 y ss.; Valabhji, *supra* nota 73, pp. 188-89 y ss.; sobre la decisión de la Sala de Apelaciones en el caso *Kupreskic*, ver: F.M. Palombino, *Should genocide subsume crimes against humanity*, 3 *JICJ* 778 (2005); sobre la decisión en el caso *Kayishema/Ruzindana*, ver K. Ambos/S. Wirth, *Commentary*, en: A. Klip/G. Sluiter (eds.), *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals*, vol. 2, *The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999* (2001), p. 701 y ss.).

75 «*Delictorum*» no «*delictorum*» (genitivo plural de 'delictum', lat. = delito) como incorrectamente se lo cita en Bogdan, *supra* nota 73, p. 1 y *passim* (además, se refiere a «*poene*» en lugar de «*poena*», p. 31).

76 Para la estructura principal, ver Ambos/Wirth, *supra* nota 74, p. 701 y ss. Para un extraordinario análisis estructural y profundo, ver Stuckenberg, *supra* nota 74, p. 559 y ss.; sobre los diferentes tipos de *concoirs* desde una perspectiva comparativa, ver I. Hünerbein, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht* (2005), p. 30 y ss. (alemán y *common law*); S. Walther, *supra* nota 74, p. 478 y ss. (perspectivas alemana y angloamericana); Azari, *supra* nota 73, p. 14 y ss. (Francia y EE.UU.).

77 El *concoirs idéal* debe ser distinguido del —inaplicable aquí— *concoirs réel* (concurso real, *Realkonkurrenz*) donde varias conductas independientes entre sí encuadran en (diferentes) tipos penales, ver Ambos/Wirth, *supra* nota 74, p. 703.

«consume» al delito menor (consumción o inclusión/especialidad)⁷⁸. Este paralelismo con la doctrina de los *con-cours* sólo fue trazado implícitamente por la Sala al considerar que la tortura (como crimen contra la humanidad) y los ultrajes contra la dignidad de la persona (como crimen de guerra) se encuentran «completamente subsumidos» en la violación (como crimen contra la humanidad)⁷⁹, puesto que este acto requiere, en comparación con la tortura, sólo un elemento adicional, a saber, el acto de penetración⁸⁰, y, en comparación con los ultrajes, «en esencia los elementos constitutivos de la fuerza o coerción»⁸¹. Aunque en principio esto es correcto⁸², la Sala habría sido más clara si hubiera explicado que la teoría del concurso es la otra cara de la moneda de la acumulación de cargos⁸³. De cualquier modo, aunque la violación pueda ser «la calificación jurídica más apropiada»⁸⁴ en los casos de tortura en los que existe un acto (adicional) de penetración, cuando este elemento falta el Fiscal debe imputar esas conductas como tortura⁸⁵.

El enfoque restrictivo de la Sala sobre la acumulación de cargos ha de ser bienvenido. La acumulación de cargos, que constituye uno de los legados del *common law* aplicado por los Tribunales *Ad Hoc*⁸⁶, amplía innecesariamente la acusación fiscal y genera una situación compleja para la defensa. De hecho, es incompatible con las funciones de información y delimitación de las reglas para acusar («charging»)⁸⁷, puesto que implica una «sobrecarga» imprecisa que torna difícil, si no imposible, la preparación adecuada del caso (¿cuál?) para la defensa. Aunque la acumulación de cargos puede considerarse indispensable desde la perspectiva de la Fiscalía si corre el riesgo de «perder» los crímenes por los que no ha acusado (ade-

cuadamente), tal riesgo no existe si el juez tiene la última palabra sobre la calificación jurídica «correcta», es decir, en un sistema gobernado por el principio *iura novit curia*. Como se explicará en el siguiente apartado este es el caso del procedimiento de la CPI.

6. En cuanto al cambio de la forma de responsabilidad surgen dos interrogantes relacionados con la **autoridad** en función de lo dispuesto por el artículo 61 (7) (c) (ii). En primer lugar, ¿tiene la Sala de Cuestiones Preliminares algún tipo de atribución para modificar *proprio motu* un cargo presentado por el fiscal? En segundo lugar, y en caso afirmativo, ¿esa atribución puede extenderse, más allá de un cambio en el crimen, también al cambio de la forma de responsabilidad? Desafortunadamente, la Sala pasa por alto estos interrogantes y modifica la forma de responsabilidad a través de *judicial fiat*. Es interesante destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares III (dos de cuyos jueces, Trendafilova y Kaul, también conformaron la Sala de Cuestiones Preliminares II que decidió en Bemba) con acierto, reconoció anteriormente que el artículo 61 (7) (c) (ii) —que autoriza a la Sala de Cuestiones Preliminares únicamente a «pedirle al Fiscal que considere» la posibilidad de modificar un cargo— «está formulado de una manera que le concede discreción al Fiscal para decidir si modifica o no un cargo relevante» (sub-pará. (ii))⁸⁸. Además, la Sala dejó en claro que «no pretende afectar las funciones del Fiscal en lo que respecta a la formulación de los cargos apropiados ni asesorar a la Fiscalía sobre la mejor manera de preparar el documento que contiene los cargos»⁸⁹. Aunque estas palabras son claras, lo que no resulta claro es si la Sala de Cuestiones Preliminares III se refiere exclusivamente a la base fáctica de los cargos o si, también se refiere a la calificación

78 Para una discusión conceptual profunda, ver Stuckenberg, *supra* nota 74, p. 586 y ss.; ver también Azari, *supra* nota 73, p. 4, donde el test *Celibici* se identifica con el principio de «specialité réciproque»; sobre este principio, ver también Palombino, *supra* nota 74, p. 782 y ss.

79 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parágs. 205, 312.

80 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 204.

81 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 310.

82 Para un punto de vista diferente (aún sin un análisis en detalle), ver Solicitud de autorización para apelar presentada por la Fiscalía, *supra* nota 48, parágs. 16, 17 (en relación con la violación y la tortura).

83 Sobre la interdependencia, ver también Stuckenberg, *supra* nota 74, pp. 589-90, 594, 604 (589: «[D]onde no es posible aplicar condenas acumulativas, no tiene sentido permitir la acumulación de cargos» «*[W]here cumulative convictions cannot be had, it makes no sense to allow cumulative charges*»); Walther, *supra* nota 74, p. 493; Bogdan, *supra* nota 73, p. 3. La solicitud de autorización para apelar presentada por la Fiscalía pasa por alto esta interdependencia, *supra* nota 48, parág. 16, argumenta que la autoridad invocada por la Sala de Cuestiones Preliminares no prohíbe la acumulación de cargos, sino de condenas.

84 Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 204.

85 Ver *in casu* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 2, parág. 206 y ss.

86 Sobre el origen del *common law*, ver Bogdan, *supra* nota 73, pp. 2-3, 31 («el enfoque pragmático del *common law* sobre la acumulación de cargos»). Vale la pena recordar que incluso la Sala de Apelaciones en el caso *Celibici* aprobó la práctica (cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, *supra* nota 73, parág. 400).

87 Sobre estas funciones, ver Walther, *supra* nota 74, pp. 477-78.

88 *Prosecutor v. Bemba, Decision adjourning the hearing pursuant to article 67 (7) (c) (ii) of the Rome Statute*, 3 de marzo de 2009, (ICC-01/05-01/08-388), parág. 38 (Decisión sobre el aplazamiento de la audiencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 (7) (c) (ii) del Estatuto de Roma).

89 *Ibid.*, parág. 39.

jurídica de estos hechos. Si este último fuera el caso, no podría haber modificado la forma de responsabilidad como lo hizo en la decisión bajo análisis. Sería demasiado formalista argumentar que la Sala, en efecto, no modificó los cargos en el sentido del artículo 61 (7) (c) (ii), sino que sólo se negó a confirmar (sub-parág. (b)) el cargo de coautoría y, en su lugar, confirmó el cargo de responsabilidad del superior (sub-parág. (a)). En última instancia, con esta doble operación la Sala cambió la forma de responsabilidad y, por lo tanto, modificó el cargo respectivo.

De todos modos, la autoridad de la Sala de Cuestiones Preliminares según lo dispuesto en el artículo 61 (7) debe ser analizada desde la perspectiva de la relación entre el Fiscal y las Salas de acuerdo con el sistema procesal de la CPI. En otras oportunidades he sostenido que el principio *iura novit curia* plasmado en la norma 55 del Reglamento de la Corte, que brinda a la Sala de Primera Instancia una amplia «competencia para modificar»⁹⁰ la calificación jurídica durante la fase del juicio, también debería aplicarse durante la etapa preliminar⁹¹. Los derechos de la defensa podrían ser resguardados por una nueva disposición de la regla 128 (4) de las Reglas de Procedimiento y Prueba que garantice a la defensa una notificación adecuada y la posibilidad de aplazar la audiencia a los fines de contar con tiempo suficiente para preparar el caso⁹². La alusión a «prueba suficiente» en diversas partes del parágrafo 7 no habla en contra —a diferencia de la opinión del Fiscal⁹³— de esa competencia judicial para modificar, ya que aquélla no se encuentra sola y, por lo tanto, ha de ser leída junto con las referencias a los «crímenes imputados» y los «cargos» que abarcan los hechos (pruebas) y su calificación jurídica. Es evidente que la Sala de Cuestiones Preliminares no puede valorar la prueba en sí misma o *in abstracto*, sino únicamente con vistas a una determinada calificación jurídica (crímenes, formas de responsabili-

dad). Es más, el sub-parágrafo (c) (ii) del artículo 61 (7) relaciona la prueba con «un crimen distinto».

Por lo tanto, si se acepta esta competencia judicial para modificar la calificación jurídica, el segundo interrogante —en relación con su *alcance*— debe ser respondido en favor de una amplia autoridad de la Sala de Cuestiones Preliminares. Aunque, una vez más, el texto de la disposición (art. 61 (7) (ii): «crimen distinto») parece requerir una interpretación restrictiva que excluya cualquier modificación que exceda un cambio en el crimen respectivo y los *travaux* guardan silencio sobre el punto⁹⁴, una interpretación sistemática y teleológica sugiere un enfoque más amplio. Pues, si se sostiene que el principio *iura novit curiae* y la correspondiente norma 55 también deben aplicarse en la etapa previa al juicio, entonces debe seguirse —de hecho, a partir del texto mismo de la norma 55— que la Sala de Cuestiones Preliminares también puede modificar la calificación jurídica en cuanto a «la forma de participación del acusado de acuerdo con los artículos 25 y 28». Es interesante destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares III ya había adoptado previamente el mismo punto de vista con el argumento de que la forma de responsabilidad tiene «una influencia sobre la estructura del crimen» y que ambos «se correlacionan entre sí»⁹⁵. Sin embargo, aunque es evidente que existe una relación entre las formas de responsabilidad (como comprensivas de la «Parte General») y los crímenes (de la «Parte Especial») y que las primeras no pueden ser interpretadas sin los segundos⁹⁶, esto no permite necesariamente extender una norma de procedimiento como la del artículo 61 (7) (ii) más allá de su redacción. Una lectura tan amplia, en mi opinión, sólo puede ampararse en una interpretación del procedimiento como la indicada previamente. En última instancia, la cuestión reposa en la aceptación del principio *iura novit curiae* por la CPI y ello debió haber sido discutido por la Sala.

90 Ver C. Stahn, *Modification of the legal characterization of facts in the ICC system: A portrayal of regulation 55* (2005), 16 CLF 1, pp. 16-7. Sostiene que la Norma 55 sólo «cristaliza y perfecciona» la competencia para modificar de la Sala de Primera Instancia que está «implantada» en los artículos 74 (2) y 64 (6) (f) del Estatuto y puede inferirse de las facultades implícitas de la Sala.

91 Ambos/Miller, *supra* nota 1, pp. 359-60, con un análisis comparativo sobre la cuestión vinculada a la facultad judicial para modificar *proprio motu* la acusación, p. 348 y ss.

92 Para el texto completo de esta nueva regla, ver Ambos/Miller, *supra* nota 1, p. 360.

93 Autorización para apelar presentada por la Fiscalía, *supra* nota 48, parág. 14.

94 Cfr. C. Bassiouni, *The legislative History of the ICC*, vol. 2 (2005), p. 440.

95 *Prosecutor v. Bemba*, Decisión sobre el aplazamiento ..., *supra* nota 88, parág. 26.

96 Cfr. K. Ambos, *Allgemeiner Teil*, *supra* nota 29, p. 72. Esta relación ha sido analizada con bastante profundidad por M. Fincke, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts* (1975).