

XIV F/FS, 8510

DOGMÁTICA PENAL ENTRE NATURALISMO Y NORMATIVISMO

Libro en homenaje a Eberhard Struensee

Directores
JULIO B. J. MAIER
MARCELO A. SANCINETTI
WOLFGANG SCHÖNE

Coordinadores
EZEQUIEL MALARINO
ALEJANDRO KISS



AL
La
fu
BI
Pe
BI
J
E
er
F
D
U
F
G
F
E
C
I

Primera edición: junio 2011

Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee / dirigido por Julio B. J. Maier, Marcelo A. Sancinetti, Wolfgang Schöne.
1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011.
766 p.; 23x16 cm.

ISBN: 978-950-894-848-9

1. Derecho Penal. I. Julio B. J. Maier, dir. II. Marcelo A. Sancinetti, dir. III. Schöne, Wolfgang, dir. CDD 345

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

©AD-HOC S.R.L.

Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-8635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
info@adhoc-villela.com
www.editorialadhoc.com

Impreso en la Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

ÍNDICE

<i>Introducción</i>	11
<i>Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso "Bemba"</i> KAI AMBOS	17
<i>El positivismo jurídico de la generación del 40 y la recepción de la dogmática penal alemana en la Argentina y en Latinoamérica</i> ENRIQUE BACIGALUPO	39
<i>La "guerra contra el terrorismo" en Alemania. Análisis histórico-jurídico de la legislación penal y procesal</i> MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS	59
<i>Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura</i> BEATRIZ CRUZ MÁRQUEZ	121
<i>Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto</i> JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS	143
<i>Coautoría y "fase de ejecución del hecho"</i> FRIEDRICH DENCKER	167
<i>La incongruencia entre el dolo del inductor y la conducta realizada por el autor principal</i> JUAN LUIS FUENTES OSORIO	191
<i>Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia españolas</i> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG	241

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL CASO "BEMBA"

KAI AMBOS*

Mi relación con Eberhard Struensee tiene su origen en una consultoría conjunta sobre la reforma del derecho penal y el proceso penal venezolano en el año 1995. En ese entonces yo aún trabajaba como Referente del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, a cargo de las secciones de Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica, y hacía mi escrito de habilitación (*Habilitationsschrift*) en la Universidad de Múnich; para ese entonces, Struensee ya era hace varios años catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Münster y contaba con mucho reconocimiento en América latina. A pesar de estas diferencias, Struensee siempre me trató como un colega, lo que de ninguna manera era común entre los académicos alemanes de diferente rango; teníamos una relación cordial y respetuosa. Luego trabajamos juntos en el proyecto de investigación: "Reformas procesales penales en América latina"¹ que coordiné, como Referente de las secciones de Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica del Instituto Max Planck, junto con los Profs. Dres. Albin Eser, Julio Maier y el propio Struensee y que contó con la ayuda de la Fundación Konrad Adenauer. A lo largo de estos años nuestra relación siempre estuvo ligada a nuestros vínculos con América latina y, hoy en día, como catedráticos alemanes, nos une el interés común de promover el desarrollo de la ciencia penal y de los jóvenes penalistas latinoamericanos. Por este motivo, es para mí una especial

* 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 de Noelia Núñez.

¹ Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

alegría poder participar en un libro en homenaje al Prof. Struensee coordinado por colegas latinoamericanos.

Si bien el derecho penal internacional no ha sido el centro de atención de los trabajos de Struensee, espero que este pequeño comentario sobre una decisión reciente de la Corte Penal Internacional encuentre su interés. Vale la pena recordar, en este contexto, que dos alumnos (doctorandos) de Struensee, los colegas argentinos Fabricio Guariglia y Alejandro Kiss, hoy ocupan cargos importantes en la Corte Penal Internacional; por lo que, de esta manera, Struensee también penetró en este ámbito del derecho y la práctica.

1. Introducción

La Corte Penal Internacional (en adelante: "CPI") ha emitido su tercera decisión² de confirmación de cargos contra Jean-Pierre Bemba Gombo,³ 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).⁴ 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. 7º del Estatuto de la CPI)⁵ y la responsabilidad

² Sobre esta fase procesal intermedia y sus funciones, véase AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., Beck, Múnich, 2008, § 8, notas marginales (en adelante: "n.m.") 23 y ss.; AMBOS, Kai, y MILLER, Dennis: "Structure and function of the confirmation procedure before the ICC from a comparative perspective" (2007), 7 *International Criminal Law Review*, 335.

³ "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, 15/6/2009 (Decisión de conformidad con lo dispuesto en el art. 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").

⁴ El ALC ingresó a la República Centroafricana (RCA) desde la República Democrática del Congo (RDC), aproximadamente el 26/10/2002, 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; véase Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parágs. 101, 126; en lo que respecta al rol de Bemba en el MLC, véase ídem, parágs. 451 y ss.

⁵ Las disposiciones sin indicación de fuente pertenecen al Estatuto (de Roma) de la Corte Penal Internacional ("Estatuto de la CPI").

⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parágs. 71 y ss.

del superior (art. 28).⁷ 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 art. 30 (3).⁸ Además, entiende que resulta innecesario demostrar que el autor era consciente de la severidad del daño causado.⁹ Considera que esta interpretación "es coherente" con el parág. 4º de la Introducción General a los "Elementos de los Crímenes",¹⁰ 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 valor.¹¹ Con estas afirmaciones, la Sala, quizás inconscientemente, 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 art. 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 art. 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 parág. 3º, sino también el segundo supuesto del parág. 2º (b) del

⁷ Ídem, parágs. 402 y ss.

⁸ Ídem, parág. 194.

⁹ Ídem.

¹⁰ 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.

¹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 194.

art. 30. Además, la conciencia con respecto a una consecuencia, plasmada en el parág. 2º (b), está contemplada de la misma forma también en el parág. 3º, 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 parág. 2º (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 los "Elementos de los Crímenes"). La Sala parece pasar por alto que una cosa es exigir, como *inter alia* lo hace el art. 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.¹² Aunque el *common law* tradicional conoce delitos de intención (*specific intent crimes*) exigiendo una especial finalidad y un propósito, por ejemplo, *burglary*,¹³ los conceptos de "intent"

¹² Para una discusión en relación con la "intención de destruir" del crimen de genocidio, véase AMBOS, Kai: "Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes", en VOHRAH, Lal C., et al. (eds.): *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer, 2003, 11, pp. 19 y ss.

¹³ WILLIAMS, Glanville: *Criminal Law: The General Part*, Stevens & Sons, Londres, 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 (conf. 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—.

o "intention" siempre fueron entendidos tanto en sentido volitivo como cognitivo.¹⁴ 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"); solamente el significado central de "intent" o "intention" está reservado al deseo, al propósito, etc.¹⁵ 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 consciente" ("conscious object") de la conducta y del resultado del autor.¹⁶ 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

¹⁴ Véase WILLIAMS, Glanville: *The Mental Element in Crime*, Magnes Press, Hebrew University, Jerusalem, 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"). Véase también FLETCHER, George P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1978, reimp. 2000, p. 440; ELEWA BADAR, Mohamed: "The mental element in the Rome Statute of the ICC: a commentary from a comparative criminal law perspective", 19 *Criminal Law Forum* (CLF), 473, 2009, p. 479.

¹⁵ ASHWORTH, Andrew: *Principles of Criminal Law*, 6º ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 170 y ss. (171); SIMESTER, Andrew P., y SULLIVAN, Gordon R.: *Criminal law: theory and doctrine*, 3ª ed., Hart publishing Oxford, 2007, pp. 120 y ss. (121). En el mismo sentido, también KUGLER, Itzhak: *Direct and oblique intention in the criminal law*, Ashgate Publishing, Surrey, 2002, pp. 4 y ss.; distingue entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado.

¹⁶ La parte correspondiente del art. 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 consciente* 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—. Véase también FLETCHER: ob. cit., *supra* nota 14, pp. 440 y ss.

"intention" es definida tanto en sentido volitivo¹⁷ como cognitivo.¹⁸ Sobre esta base está trazada la distinción entre el *dolus directus* volitivo y el *dolus indirectus* cognitivo.¹⁹ En el derecho alemán y en el español, aunque la tendencia volitiva del *dolus directus* de primer grado ("dolus specialis", "intención", "Absicht")²⁰ aparenta ser clara, no está libre de controversia.²¹

2. Similares inconsistencias o imprecisiones conceptuales pueden encontrarse en el análisis que hace la Sala del elemento subjetivo de acuerdo con el art. 30.²² 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"²³ 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-naturalista.²⁴

¹⁷ BOULOC, Bernard: *Droit pénal général et procédure pénale*, 16ª ed., 2006, Dalloz-Sirey, París, p. 238: "volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale" ("voluntad dirigida a realizar un acto prohibido por la ley").

¹⁸ Conf. 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"). Véase también GARÇON, Emile: *Code pénal annoté*, art. 1º, n° 77; MERLE, Reger, y VITU, André: *Traité de droit criminel*, vol. 1, 7ª ed., Cujas, París, 1997, n° 579.

¹⁹ PRADEL, Jean: *Droit pénal général*, 16ª ed., Cujas, París, 2006, p. 463; HENNAU, Christiane, y VERHAEGEN, Jacques: *Droit pénal général*, 3ª ed., Bruylant, Bruselas, 2003, n° 350 y ss.

²⁰ ROXIN, Claus: *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, vol. 1, 4ª ed., Beck, Múnich, 2006, § 12, nm. 7 y ss.; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2006, p. 244, nm. 82-83.

²¹ 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). Véase, por un lado, CEREZO MIR, José: *Curso de derecho penal español. Parte General*, II. Teoría jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 1998, p. 153, por el otro, LUZÓN PEÑA, Diego M.: *Curso de derecho penal. Parte General*, Universitas, Madrid, 2004, p. 416.

²² Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parágs. 352 y ss.

²³ Ídem, parág. 351.

²⁴ Véase, por ejemplo, Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 368, donde se equipara con el *dolus*.

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 penal.²⁵ En segundo lugar, la referencia de la Sala al concepto de *dolus* en relación con el art. 30²⁶ es, cuanto menos, desafortunada desde que este concepto incluye, como acertadamente lo advierte la Sala,²⁷ el *dolus eventualis* y este mismo estándar (junto con la *recklessness*²⁸ y otros estándares más bajos) es luego rechazado.²⁹

En efecto, ésta es la esencia del análisis de la Sala en relación con el art. 30. Si bien coincide, en el resultado, con la exclusión del *dolus eventualis* (a diferencia de la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso "Lubanga")³⁰ y la *recklessness* del art. 30 —de hecho, he sostenido anteriormente que en el caso del *dolus eventualis* el autor no es consciente, como exige el art. 30 (2) (b), de que una determinada consecuencia ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos³¹ y que esto se corresponde, a *fortiori*, más bien con la

²⁵ Acerca de esta importante distinción, véase FLETCHER, George P.: *The grammar of criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 307 y ss., y pp. 319 y ss.; con respecto al derecho penal internacional, véase AMBOS, Kai: *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 4 *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 660, pp. 667-68; para una explicación sobre la estructura y teoría del delito, véase AMBOS, Kai: "Toward a universal system of crime: Comments of George Fletcher's Grammar of Criminal Law", 28 *Cardozo Law Review*, 2647, 2007, pp. 2648 y ss.

²⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 357.

²⁷ Ídem.

²⁸ *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 consciente del riesgo (véase, en este sentido AMBOS, Kai: *La Parte General del derecho penal internacional*, Temis, Montevideo, 2004, p. 329, el autor en este caso reporta el significado de FLETCHER, George P.: *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1998, p. 115).

²⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parágs. 360 y ss.

³⁰ Véase "Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", ICC-01/04-01/06, "Decision on the confirmation of charges", 29/1/2007, parágs. 349 y ss. (352) (Decisión de confirmación de cargos).

³¹ AMBOS, Kai: "General principles of criminal law in the Rome Statute", en *Criminal Law Forum*, 10 1, 1999, pp. 21-22; ídem, *supra* nota 12, pp. 20-21; ídem; *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Dunker & Humblot, Berlín, 2002/2004, p. 771; ídem, *La parte general del derecho penal internacional*, Dunker & Humblot-Konrad Adenauer-Temis, 2005/2006, pp. 398-399; ídem,

recklessness, que también exige conciencia en cuanto al riesgo de una consecuencia negativa—,³² estimo que algunas aclaraciones son necesarias. Aunque los *travaux* respaldan un enfoque restrictivo del art. 30,³³ sólo son “medios de interpretación complementarios” (conf. 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 Sala³⁴ 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)³⁵ y éstas también podrían caer bajo la órbita del art. 30. Por este motivo, es una *petitio principii* que la Sala justifique su lectura restrictiva del art. 30 con la regla de la *lex stricta* del art. 22 (2),³⁶ ya que al invocar esta regla, en contra de una lectura amplia del art. 30, presupone lo que debe ser demostrado, es decir, que el art. 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 consciente (*bewußte Fahrlässigkeit*);³⁷ 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, de-

³² *Internationales Strafrecht*, cit. *supra* nota 2, § 7, nm. 67, con más referencias en la nota 297. Para una interpretación similar, véase Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 362 (la palabra “ocurrirá” leída junto con “en el curso normal de los acontecimientos” indica un estándar cercano a la seguridad).

³³ AMBOS: *General principles*, cit., *supra* nota 30, p. 21; ídem, *Allgemeiner Teil*, cit., *supra* nota 30, p. 771; ídem, *Parte General*, cit., *supra* nota 30, pp. 398-99.

³⁴ Véase análisis en detalle en: Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parágs. 364 y ss.

³⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 363.

³⁶ Sobre la discusión en Noruega y Finlandia, véase la referencia en AMBOS: ob. cit. *supra* nota 12, pp. 20-21; incluida la nota 37; también ídem, *Allgemeiner Teil*, cit. *supra* nota 30, p. 771. Acerca de las diferentes teorías del *dolus eventualis*, véase ROXIN: ob. cit., *supra* nota 20, § 12, nm. 35 y ss.

³⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 369.

Véase el trascendente artículo de WEIGEND, Thomas: “Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit”, 93 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1981, pp. 657, 673 y ss.

limita claramente la *recklessness* de la imprudencia,³⁸ pero, por el otro, esa “conciencia” 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)³⁹ con el *dolus eventualis*;⁴⁰ ella puede estar más cerca de éste que de la imprudencia consciente, 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”,⁴¹ 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 objetivos.⁴² 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

³⁸ Conf. AMBOS: *Allgemeiner Teil*, cit. *supra* nota 30, pp. 700-01, con más referencias; también AMBOS, Kai: “Superior responsibility”, en CASSESE, Antonio; GAETA, Paolo, y JONES, John (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 3º, Oxford University Press, Oxford, 2002 823, pp. 867-868.

³⁹ Para una discusión más amplia y otras referencias, véase WEIGEND: ob. cit. *supra* nota 36, pp. 674 y ss. (687); WATZEK, Jens: *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, Seiten, Friburgo, 1997, p. 46; American Law Institute: *Model Penal Code*, vol. I (1985), pp. 236 y ss.

⁴⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, 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, véase referencias *ibid*.

⁴¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 348. En efecto, en este punto la Sala siguió la Decisión de confirmación de cargos en el caso “Lubanga”, *supra* nota 29; parágs. 330 y ss. y “Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo/Chui”, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30/9/2008, parágs. 480 y ss. (Decisión de confirmación de cargos).

⁴² Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 350.

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 conjunto.⁴³ Aunque el primer requisito no es problemático —claramente, el coautor, al ser un autor, de acuerdo con el art. 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/Chui”,⁴⁴ el tercero es reconocido inequívocamente en “Lubanga”,⁴⁵ pero no en “Katanga/Chui”.⁴⁶ 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”.⁴⁷ 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 consciente 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 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

⁴³ Ídem, parág. 351.

⁴⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Lubanga”, *supra* nota 29, parágs. 349 y ss., 360 (ii); Decisión de confirmación de cargos en el caso “Katanga”, *supra* nota 40, parág. 533. La Sala cita estas decisiones con indicación de la página correspondiente.

⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Lubanga”, *supra* nota 29, parágs. 366-67.

⁴⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Katanga”, *supra* nota 40, parágs. 534-35.

⁴⁷ Ídem, parág. 535 (“el último requisito no se aplica...”).

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 directos.⁴⁸

En el caso, la Sala concluye que Bemba ni siquiera reúne el primer requisito subjetivo, es decir, que no era consciente de que los crímenes serían cometidos.⁴⁹ Aunque ésta podría ser la decisión correcta en función del estándar probatorio del art. 61 (7) (“motivos fundados para creer”) y los hechos conocidos —en efecto, no ha sido apelada por el fiscal—,⁵⁰ 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 crímenes.⁵¹ 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 art. 30 sólo se aplica al art. 25,⁵² es claramente incorrecta y no tiene sustento alguno en ninguna autoridad (judicial o doctrinaria). En efecto, el art. 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)

⁴⁸ La cuestión fue planteada por la defensa, véase Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 345 (“autor mediato”).

⁴⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parágs. 372, 400-01.

⁵⁰ Véase “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, 22/6/2009 (Solicitud de autorización para apelar la decisión de conformidad con lo dispuesto en el art. 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).

⁵¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parágs. 478 y ss. (478, 489).

⁵² Ídem, parág. 479 (“distinción entre el conocimiento requerido de conformidad con el art. 30 [3] [es decir, aplicable al art. 25] y el art. 28 [a]...”).

(como, por ejemplo, para el art. 28 el estándar "hubiere debido saber" —"should have known"—).⁵³ El hecho de que en virtud del art. 28 el aspecto subjetivo de la responsabilidad del superior sea distinto al del art. 25 (3), por cuanto se refiere a los crímenes de los subordinados (y no a sus propios crímenes),⁵⁴ 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 art. 28 el superior no participa en la comisión del crimen,⁵⁵ son muy controvertidas y presuponen un profundo análisis de la estructura dogmática del art. 28 que la Sala no realiza.⁵⁶

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 objetivo,⁵⁷ claramente también posee una tendencia subjetiva, desde que el plan común únicamente constituye una decisión potencial de los coautores (*Tatentschluß*) de cometer

⁵³ Conf. WERLE, Gerhard, y JESSBERGER, Florian: "Unless otherwise provided": Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under International criminal law", 3 *JICJ* 35, 2005.

⁵⁴ Conf. Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 479: "De conformidad con lo dispuesto en el art. 30 del Estatuto la persona es consciente de que su *propia conducta* producirá un resultado (...) mientras que éste no es el caso del art. 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.

⁵⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 479 (véase *supra* nota 53).

⁵⁶ La Sala se limita a una breve y profunda afirmación en el parág. 405. Para mi opinión, véase AMBOS, en CASSESE *et al.*: ob. cit. *supra* nota 37, pp. 850 y ss.; ídem, *Allgemeiner Teil*, cit., *supra* nota 30, pp. 666 y ss.; ídem, *Parte general*, cit. *supra* nota 30, pp. 295 y ss.

⁵⁷ Véase Decisión de confirmación de cargos en el caso "Lubanga", *supra* nota 29, parágs. 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 40, parágs. 522-23 (estrictamente objetivo).

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 coautoría,⁵⁸ 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. 2º, supuesto 3º, 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 —en explícita contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia⁵⁹— que debe existir algún tipo de *causalidad* entre la falta de supervisión del superior y los crímenes subyacentes de los subordinados.⁶⁰ 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 crímenes.⁶¹ La Sala llega a esta conclusión después de reconocer los problemas de la causalidad en los casos de omisión.⁶² De hecho, al parecer, vislumbra en la teoría del riesgo la solución —aparentemente lógica ("Por lo tanto", "[T]herefore")— a estos problemas. Además,

⁵⁸ Véase Decisión de confirmación de cargos en el caso "Lubanga", *supra* nota 29, parágs. 346 y ss. ("contribución esencial de cada uno de los coautores"); Decisión de confirmación de cargos en el caso "Katanga", *supra* nota 40, parágs. 524 y ss.

⁵⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 423, con más referencias en la nota 550.

⁶⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 420 y ss. (423). Para una regla de derecho consuetudinario en este sentido, véase el trabajo reciente de METTRAUX, Guenaël: *The law of command responsibility* Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 83 y ss. (87), 263.

⁶¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 425.

⁶² *Ibidem* ("...el resultado de una omisión no puede ser determinado empíricamente con seguridad... no resulta apropiado para predecir exactamente lo que habría sucedido si...").

parece ver a la teoría del riesgo como algo completamente diferente de una teoría de la causalidad.⁶³ 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 causalidad,⁶⁴ 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 “but for test”; de hecho, la Sala realiza este test, pero parece considerarlo inaplicable en estos casos.⁶⁵ No obstante, en última instancia es una cuestión de política si uno prefiere la teoría del riesgo o el test de la causalidad más estricto.⁶⁶ 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 lesivo.⁶⁷ 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.

⁶³ Antes de su conclusión (“Por lo tanto” — “[T]herefore” —), la Sala señala: “[N]o hay nexo causal directo que necesite ser demostrado...” (Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 425).

⁶⁴ AMBOS, en CASSESE, *et al.*: ob. cit., *supra* nota 37, p. 860.

⁶⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, 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”).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, sobre la “teoría de la probabilidad”, ARNOLD, R., en TRIFFTERER, Otto: *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2ª ed., Hart Publishing, Baden-Baden, 2008, art. 28, nm. 109; sobre una “causalidad hipotética” estricta (*hypothetische Vermeidungskausalität*) WEIGEND, T.: “§ 4 Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter”, en: JOECKS, W., y MIEBACH, K. (eds.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 6/2 Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch [VStGB]* (2009), § 4 VStGB, nm. 53 (pp. 528-529).

⁶⁷ Véase el trabajo reciente de METTRAUX: ob. cit. *supra* nota 59, p. 87; define la causalidad como “un factor que contribuye significativamente —aunque no es necesariamente el único—...”.

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 art. 28.⁶⁸ De hecho, con bastante claridad se desprende de los *travaux* referidos a las disposiciones sobre la responsabilidad de mando (desde el Protocolo Adicional I de 1976 a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949) que ambas formulaciones constituyen esencialmente categorías de imprudencia.⁶⁹ 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”⁷⁰ y el Código Penal Modelo norteamericano se refiere al “hubiere debido saber” en el marco de la imprudencia.⁷¹ 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”,⁷² la CPI debería hacer una interpretación restrictiva para ubicar al primero en línea con el último.⁷³

5. En relación con la práctica de *acumulación de cargos*,⁷⁴ es decir, la acusación múltiple por la misma conducta, la Sala lo considera únicamente posible, siguiendo el test de “Celibici” del

⁶⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parág. 434.

⁶⁹ Para una discusión y más referencias, véase AMBOS, en CASSESE, *et al.*: ob. cit. *supra* nota 37, pp. 865 y ss. Para un trabajo más reciente, véase ARNOLD: ob. cit., *supra* nota 65, 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 original.

⁷⁰ S/RES 827 (1993), 25 de mayo de 1993, reimpresso en 32 ILM 1203 (1993), parág. 56.

⁷¹ De acuerdo con el art. 2.02 (2) (d) del Código Penal Modelo, una persona actúa imprudentemente “cuando debió ser consciente de un riesgo sustancial e injustificable...” (“when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk...”).

⁷² METTRAUX: ob. cit., *supra* nota 59, p. 210.

⁷³ Ídem, p. 212; véase también ARNOLD: ob. cit., *supra* nota 68.

⁷⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso “Bemba”, *supra* nota 3, parágs. 199 y ss.

Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia,⁷⁵ 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".⁷⁶ A su vez, en los términos de la teoría del concurso de delitos (*concursum delictorum*,⁷⁷ *concoure de qualifications/d'infractions, concurrence of offences, Konkurrenzen*)⁷⁸ esto significa que la acumulación de cargos sólo

⁷⁵ "Prosecutor v. Delalic et al.", App. Judgment, 20 de febrero de 2001, causa 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 3, en la nota 277. Para un análisis de la cuestión, véase BOGDAN, Attila: "Cumulative charges, convictions and sentencing at the Ad Hoc International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", 3 *Melbourne Journal of International Law* 1, 2002, pp. 20 y ss.; VALABHJI, N.: "Cumulative convictions based on the same acts under the Statute of the ICTY", 10 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 185, 2002, pp. 191 y ss.; AZARI, H.: "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, pp. 4 y ss.

⁷⁶ "Prosecutor v. Delalic et al.", *supra* nota 74, parág. 202. El mismo test, conocido en el *common law* como "test de Blockburger" (véase WALTHER, Susanne: "Cumulation of offences", en CASSESE, et al.: ob. cit., *supra* nota 37, 475, p. 490; STUCKENBERG, Carl-F.: "Multiplicity of offences: *concursum delictorum*", en FISCHER, Horst; KRESS, Claus, y LÜDER, Sascha R. (eds.): *International and national prosecutions under international law*, 559, 2001, p. 581; BOGDAN: ob. cit., *supra* nota 74, p. 12; AZARI: ob. cit. *supra* nota 74; 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, parágs. 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, parágs. 636 y ss. (Decisión de la Sala de Primera Instancia), véase WALTHER: ob. cit., pp. 489 y ss.; STUCKENBERG: ob. cit., pp. 579 y ss.; BOGDAN: ob. cit., *supra* nota 74, pp. 9 y ss., 17 y ss.; VALABHJI: ob. cit., *supra* nota 74, pp. 188-89 y ss.; sobre la decisión de la Sala de Apelaciones en el caso "Kupreskic", véase PALOMBINO, Fulvio M.: "Should genocide subsume crimes against humanity", 3 *JICJ*, 778 (2005); sobre la decisión en el caso "Kayishema/Ruzindana", véase AMBOS, Kai, y WIRTH, S.: "Commentary", en: KLIP, Andre, y SLUITER, Goran (eds.): *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals*, vol. 2, The International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994-1999 (2001), pp. 701 y ss.

⁷⁷ "Delictorum" no "delictorum" (genitivo plural de 'delictum', lat. = delito) como incorrectamente se lo cita en BOGDAN: ob. cit. *supra* nota 74, p. 1 y *passim* (además, se refiere a "poene" en lugar de "poena", p. 31).

⁷⁸ Para la estructura principal, véase AMBOS-WIRTH: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 701 y ss. Para un extraordinario análisis estructural y profundo, véase STUCKENBERG: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 559 y ss.; sobre los diferentes tipos de *concoure* desde una perspectiva comparativa, véase HÜNERBEIN, Iris: *Straftalkonkurrenzen im Völkerstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005, pp. 30 y ss. (alemán y *common law*); WALTHER: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 478 y ss. (perspectivas

es admisible cuando existe una "verdadera" concurrencia (*concoure idéal; concurso ideal, Idealkonkurrenz*), es decir, una situación donde la misma conducta realice varios delitos distintos;⁷⁹ esto ha de ser distinguido de una "fusión" o de una aparente o "falsa" concurrencia (*concoure 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 "consume" al delito menor (consunción o inclusión/especialidad).⁸⁰ Este paralelismo con la doctrina de los *concoure* 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),⁸¹ puesto que este acto requiere, en comparación con la tortura, sólo un elemento adicional, a saber, el acto de penetración,⁸² y, en comparación con los ultrajes, "en esencia los elementos constitutivos de la fuerza o coerción".⁸³ Aunque en principio esto es correcto,⁸⁴ 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 cargos.⁸⁵ De cual-

alemana y angloamericana); AZARI: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 14 y ss. (Francia y EE.UU.).

⁷⁹ El *concoure idéal* debe ser distinguido del —inaplicable aquí— *concoure réel* (concurso real, *Realkonkurrenz*) donde varias conductas independientes entre sí encuadran en (diferentes) tipos penales, véase AMBOS-WIRTH: ob. cit., *supra* nota 75, p. 703.

⁸⁰ Para una discusión conceptual profunda, véase STUCKENBERG: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 586 y ss.; véase también AZARI: ob. cit. *supra* nota 75, p. 4, donde el test "Celebici" se identifica con el principio de "specialité réciproque"; sobre este principio, véase también PALOMBINO: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 782 y ss.

⁸¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra*, nota 3, parágs. 205, 312.

⁸² Ídem, parág. 204.

⁸³ Ídem, parág. 310.

⁸⁴ Para un punto de vista diferente (aún sin un análisis en detalle), véase Solicitud de autorización para apelar presentada por la Fiscalía, *supra* nota 49, parágs. 16, 17 (en relación con la violación y la tortura).

⁸⁵ Sobre la interdependencia, véase también STUCKENBERG: ob. cit., *supra* nota 75, 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: ob. cit., *supra* nota 75, p. 493; BOGDAN: ob. cit., *supra* nota 74, p. 3. La solicitud de autorización para apelar presentada por la Fiscalía pasa por alto esta interdependencia, *supra* nota 49, parág. 16, argumenta que la autoridad invocada por la Sala de Cuestiones Preliminares no prohíbe la acumulación de cargos, sino de condenas.

quier modo, aunque la violación pueda ser "la calificación jurídica más apropiada"⁸⁶ 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 tortura.⁸⁷

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*,⁸⁸ 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"),⁸⁹ 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 (adecuadamente), 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 *tura 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 art. 61 (7) (c) (ii). En primer lugar, ¿tiene la Sala de Cuestiones Preliminares algún tipo de atribución para modificar *motu proprio* 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

⁸⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parág. 204.

⁸⁷ Véase *in casu* Decisión de confirmación de cargos en el caso "Bemba", *supra* nota 3, parágs. 206 y ss.

⁸⁸ Sobre el origen del *common law*, véase BOGDAN: ob. cit., *supra* nota 74, 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 (conf. "Prosecutor v. Delalic et al.", *supra* nota 74, parág. 400).

⁸⁹ Sobre estas funciones, véase WALTHER: ob. cit., *supra* nota 75, pp. 477-478.

"Bemba") con acierto, reconoció anteriormente que el art. 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" (subparág. ii)).⁹⁰ 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".⁹¹ 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 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 art. 61 (7) (c) (ii), sino que sólo se negó a confirmar (subparág. b)) el cargo de coautoría y, en su lugar, confirmó el cargo de responsabilidad del superior (subparág. 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 art. 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 *tura 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"⁹² la calificación jurídica durante la fase del juicio, también debería aplicarse durante la etapa preliminar.⁹³ Los derechos de la defensa

⁹⁰ "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 art. 67 [7] [c] [ii] del Estatuto de Roma).

⁹¹ Ídem, parág. 39.

⁹² Véase STAHN, Carsten: "Modification of the legal characterization of facts in the ICC system: A portrayal of regulation 55", 16 *CLF*, 1, 2005, pp. 16-17. Sostiene que la Norma 55 sólo "cristaliza y perfecciona" la competencia para modificar de la Sala de Primera Instancia que está "implantada" en los arts. 74 (2) y 64 (6) (f) del Estatuto y puede inferirse de las facultades implícitas de la Sala.

⁹³ AMBOS-MILLER: ob. cit., *supra* nota 2, pp. 359-60, con un análisis comparativo sobre la cuestión vinculada a la facultad judicial para modificar *motu proprio* la acusación, p. 348 y ss.

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 caso.⁹⁴ La alusión a "prueba suficiente" en diversas partes del parág. 7 no habla en contra —a diferencia de la opinión del fiscal⁹⁵— 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 responsabilidad). Es más, el subparág. (c) (ii) del art. 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 punto,⁹⁶ una interpretación sistemática y teleológica sugiere un enfoque más amplio. Pues, si se sostiene que el principio *tura 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 arts. 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".⁹⁷ Sin embargo, aunque es evidente que existe una relación entre las formas de

⁹⁴ Para el texto completo de esta nueva regla, véase AMBOS-MILLER: ob. cit., *supra* nota 2, p. 360.

⁹⁵ Autorización para apelar presentada por la Fiscalía, *supra* nota 49, parág. 14.

⁹⁶ Conf. BASSIOUNI, Cherif: *The legislative History of the ICC*, vol. 2, 2005, p. 440.

⁹⁷ "Prosecutor v. Bemba", Decisión sobre el aplazamiento ..., *supra* nota 89, parág. 26.

responsabilidad (como comprensivas de la "Parte General") y los crímenes (de la "Parte Especial") y que las primeras no pueden ser interpretadas sin los segundos,⁹⁸ esto no permite necesariamente extender una norma de procedimiento como la del art. 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 *tura novit curiae* por la CPI y ello debió haber sido discutido por la Sala.

⁹⁸ Conf. AMBOS: *Allgemeiner Teil*, cit., *supra* nota 30, p. 72. Esta relación ha sido analizada con bastante profundidad por FINCKE, Martin: *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer Verlag, Berlín, 1975.