HÉCTOR OLASOLO
Director Académico
ANDRÉS FELIPE CANIZO RAMÍREZ
MARÍA CAMILA DE LA PEÑA CALDERÓN
PAULA ALEJANDRA GÓMEZ MATAMOROS
DANIELA CLAVIJO FONSECA
Editores

49

LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

Enfoque pedagógico e investigación

Volumen Especial por el XV Aniversario de la Clínica Jurídica Internacional (2011-2025)

tirant lo blanch
PERSPECTIVAS IBEROAMERICANAS SOBRE LA JUSTICIA

LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

Enfoque pedagógico e investigación
2011-2025

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Manuel Díaz Martínez
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckman Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

Enfoque pedagógico e investigación 2011-2025

Volumen 49

Volumen Especial por el XV Aniversario
de la Clínica Jurídica Internacional

Director Académico
Héctor Olasolo

Editores
Andrés Felipe Canizo Ramírez
Maria Camila de la Peña Calderón
Paula Alejandra Gómez Matamoros
Daniela Clavijo Fonseca

tirant lo blanch
Valencia, 2026

Copyright ® 2026

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 979-13-7010-846-5
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com.* En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/ index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Director Académico de las Redes de Investigación sobre Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota preliminar

Con base en la experiencia adquirida entre 2009 y 2011 en la Clínica Jurídica de Utrecht sobre Conflicto, Derechos Humanos y Justicia Internacional (Países Bajos), el Prof. Héctor Olasolo puso en marcha en el Semestre 2011-II la Clínica Jurídica Internacional (CIJ), inicialmente denominada hasta 2014 Clínica Jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario. Para ello contó con el inestimable apoyo del Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Prof. Antonio Aljure, la Prof. Andrea Mateus Rugeles y del Prof. Mauricio Vanegas Moyano, así como del entonces joven investigador Andrés Contreras, durante el proceso de su establecimiento entre agosto y noviembre de 2011.

Desde entonces, bajo la dirección del Prof. Olasolo, y con la colaboración de un excelente grupo de jóvenes investigadores que han actuado como monitores de la CIJ, esta ha sido organizada anualmente entre 2011 y 2025 por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH). Entre 2011 y la pandemia de Covid-19 en 2020, la CIJ se llevó a cabo en alianza con la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz (JyP) del Tribunal Superior de Bogotá (Colombia). Además, a partir de 2013 y hasta la actualidad (2025) se ha realizado también en alianza con la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la Corte Penal Internacional (CPI) (Países Bajos), con base en el Memorando de Entendimiento firmado a tales efectos en 2013.

A partir de ese mismo año, la CIJ se convirtió en un programa anual con un semestre de formación intensiva y otro de asesoría jurídica pro-bono respecto a aquellas preguntas de investigación planteadas por la OPDV, y hasta 2020 por la Sala de Conocimiento de JyP de Bogotá, en relación con los casos desarrollados tanto en La Haya ante la CPI, como en Bogotá ante la Sala de JyP. Además, cada año, cada cohorte de la CJI viaja a los Países Bajos para presentar personalmente sus trabajos a los funcionarios internacionales de la OPDV; presentación que también se ha sido realizada anualmente hasta 2020 ante los magistrados de la Sala JyP de Bogotá.

En 2014 y 2015, se abrieron respectivamente los Programas de Pasantías Internacionales (estudiantes de pregrado o posgrado) y Estancias de Investigación (profesores) en la CJI. Tras pasar diez semanas en Bogotá, los participantes en estos dos programas tenían la oportunidad de viajar a La Haya con el resto de miembros de la CJI para realizar conjuntamente sus presentaciones ante los funcionarios de la OPDV y participar en las diversas actividades de la Semana Ibero-Americana de la Justicia Internacional, organizada anualmente por el IIH.

El proyecto de formación integral de la CJI gira en torno a sus integrantes que se convierten en su figura central, teniendo como fundamento la comprensión de que el conocimiento se obtiene principalmente a través de la observación, la experimentación y el razonamiento. En este proceso de naturaleza no directiva, la función principal del profesor es plantear problemas y presentar varias alternativas posibles para abordarlos, que deberán ser resueltos conjuntamente por los miembros de CJI a través del trabajo en equipo. El proceso también se dirige a proporcionar herramientas a sus integrantes para articular una forma coherente de estar y comprender el mundo, discutiendo los valores y problemas humanos y sociales, y fomentando el sueño de los jóvenes de una sociedad internacional diferente que les dote de sentido a la vida (https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/Proyecto-Pedagogico/).

Agradecimentos

A los 150 integrantes de la Clínica Jurídica Internacional entre 2011 y 2025, por todo su esfuerzo y dedicación en la elaboración de los trabajos de investigación presentados en este volumen.

Al excelente equipo de monitores que durante estos quince años ha tenido la Clínica Jurídica Internacional y a los estudiantes de intercambio y profesores visitantes que nos han acompañado desde Universidades de Canadá, España, Estados Unidos, Irlanda, México, Países Bajos y Perú.

A la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) y al Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda) por su permanente compromiso con la Clínica Jurídica Internacional.

A Uldi Teresa Jiménez y al resto de magistrados de conocimiento de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, por su cálida acogida desde 2009 y hasta la pandemia de Covi-19 en 2020 a los miembros de la Clínica.

A Paolina Massidda, Sarah Pellet, Enrique Carnero Rojo, Dmytro Sunpun y el resto de miembros de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional (OPDV), por la confianza depositada en la Clínica desde 2013 hasta la actualidad.

A las magistradas de la Corte Penal Internacional Sylvia H. Steiner, Olga Herrera Carbuccia y Ekaterina Trendafilova, y al director de la Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional, Renán Villacis, por su apoyo en la elaboración de la serie bilingüe International Law Clinic Reports / Informes de la Clínica Jurídica Internacional

Al profesor Antonio Aljure Salame, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (2011-2015) y a los profesores Andrea Mateus y Mauricio Vanegas Moyano por su importante apoyo durante el proceso de apertura de la Clínica en el Semestre 2011-I.

A los profesores Leo Zwaak (Universidad de Utrecht, Países Bajos) y Rick Wilson (American University) por sus enseñanzas durante la puesta en marcha de la Clínica Jurídica de Utrecht sobre Conflicto, Derechos Humanos y Justicia Internacional (2009-2011).

A todos aquellos que con su trabajo han hecho cada día posible su desarrollo.

Índice

Director académico 17

Editores 19

Participantes en la Clínica Jurídica Internacional en el periodo 2011-2025 y autores del libro 21

Participantes de universidades de fuera de Colombia en el periodo 2011-2025 27

Otros participantes en la Clínica Jurídica Internacional en el periodo 2011-2025 29

Abreviaturas 31

Prólogo 41

Sylvia H. Steiner (2003-2016), Ekaterina Trendafilova (2006-2015) & Olga Herrera Carbuccia (2012-2021), Magistradas de la Corte Penal Internacional

Creación y consolidación de la Clínica Jurídica Internacional 51

Antonio Aljure Salame & Laura Victoria García Matamoros
Decanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) en los periodos 2011-2015 y 2022-2025

Primera aproximación al modelo de la Clínica Jurídica Internacional 55

Héctor Olasolo
Director de la Clínica Jurídica Internacional; Profesor Titular de Carrera de la Universidad del Rosario; Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional

El desarrollo de los derechos de las víctimas en relación con la participación y la reparación ante la Corte Penal Internacional: la perspectiva de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas 61

Paolina Massidda
Abogada Principal de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional

Enrique Carnero Rojo
Letrado de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas (OPDV) de la CPI

Parte I
EL ENFOQUE PEDAGÓGICO

1. Reflexiones sobre una cultura ciudadana del perdón como fundamento filosófico-educativo sobre el que se construye la Clínica Jurídica Internacional 97
Héctor Olasolo

2. La propuesta pedagógica de la Clínica Jurídica Internacional: la formación integral del ser humano 113
Héctor Olasolo

3. El valor de la cooperación con la Clínica Jurídica Internacional para la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional 127
Paolina Massidda

4. El valor de la cooperación con la Clínica Jurídica Internacional para la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá. 137
Uldi Teresa Jiménez

5. Sobre la versatilidad de la Clínica Jurídica Internacional: especial atención a la investigación desarrollada en relación con los casos relativos a Laurent Gbagbo, Charles Blé Goudé and Dominic Ongwen 145
Renán Villacis

6. Reflexiones sobre el valor de las clínicas jurídicas y los semilleros de investigación en la formación para la investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario: especial referencia a la Clínica Jurídica Internacional..... 149
Laly Catalina Peralta González

Parte II
LA INVESTIGACIÓN

7. El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, como modalidad objetiva de comisión del crimen de genocidio 161
María Camila De la Peña Calderón, Daniela Clavijo Fonseca, José Ángel Sánchez Quintero, Paula Gómez Matamoros & Luisa Fernanda Rojas Serrano

8. La Función de la Corte Penal Internacional desde la perspectiva de las necesidades especiales de reparación de los menores y los adultos mayores..... 233

Federico Freydell Mesa, Ana María Martínez Agudelo, Andrés Felipe Canizo Ramírez, Mariana Molina Flórez & Laura Vacca Moyano

9. Análisis comparado del tratamiento a nivel nacional de las necesidades especiales de los menores en materia de reparación: especial atención a los sistemas nacionales de Argentina, Chile, Colombia, España, Guatemala y Perú 285

Andrés Felipe Canizo Ramírez, Mariana Molina Flórez & Laura Vacca Moyano

10. Sobre la facultad de las víctimas de solicitar la revisión judicial por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. Especial atención a la revisión judicial de la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar por considerar que no redundaría en interés de la justicia abrir una investigación..... 335

María Juliana Conde Arias, Pedro Montaño Vélez, Valentina Ramírez Barrera & Juan José Romero Morales

11. Daño intergeneracional y transgeneracional..... 367

Anggie Paola Abril Rincón, Valentina Bocanegra Oyola, Daniel Camilo Guerrero Gutiérrez, Ana María Martínez Agudelo & Laura Tobón Vélez

12. El matrimonio forzado y su caracterización jurídica como crimen contra la humanidad: ¿esclavitud sexual, otros actos inhumanos o ambos?..... 395

María Juliana Bonilla Tovar, Sol Cristina Bustamante Chavez, Valentina Gómez, Laura Daniela Guzmán Salinas, Andrea Jimena Hurtado Fonseca, Dayanna Margot Petronila Cruz Quispe & Daniela Velásquez Aponte

13. La responsabilidad penal de quienes son o han sido niños soldados menores de 15 años como consecuencia de su reclutamiento forzoso..... 441

Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine Charry, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González, Sofía Linares Botero & Gabriela Velásquez Medina

14. ¿Es ser un ex niño soldado una circunstancia relevante para la determinación de la pena? Especial atención al caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional..... 471

Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine Charry, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González, Sofía Linares Botero & Gabriela Velásquez Medina

15. Cuestiones procesales relativas a la decisión de la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional de sobreseer el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé 489

Sofía Campos Sánchez, María Fernanda Jaramillo Gómez, Sofía Linares Botero & Sara Paula Mosquera López

16. Contenido y naturaleza vinculante para las decisiones de sobreseimiento de los requisitos previstos en el artículo 74 (5) del Estatuto de la Corte Penal Internacional 521

Sofía Campos Sánchez, María Fernanda Jaramillo Gómez, Sofía Linares Botero & Sara Paula Mosquera López

17. El papel del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional en las reparaciones del caso Bemba..... 543

Antonio José Giraldo Herrera, Ángela Viviana González Valentín, Clara Esperanza Hernández Cortés, Laura María Restrepo Acevedo, Andrés Sánchez Sarmiento, Laura Stepanie Vargas Montoya & Luisa Fernanda Villarraga Zschommler

18. ¿Son la naturaleza y extensión de la victimización, los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales factores relevantes en la determinación de las penas por la Corte Penal Internacional? 559

Antonio José Giraldo Herrera, Ángela Viviana González Valentín, Clara Esperanza Hernández Cortés, Laura María Restrepo Acevedo, Andrés Sánchez Sarmiento & Luisa Fernanda Villarraga Zschommler

19. ¿Constituye la práctica del secuestro de niños por el Ejército de Liberación del Señor un crimen de lesa humanidad de tortura, persecución u otros tratos inhumanos conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional? 581

Lina Marcela Buitrago Valderrama, Fabiola Celedón Fernández, Yuri Katherine González Herrera, Karen Ramírez González, Laura María Restrepo Acevedo, Ana Lucía Rodríguez Mora & Luisa Fernanda Villarraga Zschommler

20. ¿Son la incapacidad mental y la coacción aplicables en el caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional? 605

Juan David Albarracín Barrera, Lucia Carcano Fernández, Macarena Domínguez Fernández, María Camila Giraldo Lasso, Andrés Esteban Gutiérrez Romero, Laura Mahecha Álvarez, María Paula Martínez Mendieta, Max Sebastián Murillo, Emely Mar Pardo Costa, Daniela Pedraza Moreno & María Paula Tole Ramírez

21. ¿Se encuentran protegidas las esposas o compañeras menores de 15 años de los miembros de las partes en un conflicto armado no internacional frente a la violencia sexual ejercida por sus propias parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen? 633

Vanesssa Bonilla Tovar, Hanna Bosdriesz, Lina María Caballero Martínez, María Alejandra Castillo Montilla, Jannluck Canosa Cantor, Andrea Catalina Cabrales Villamizar, Carlos Gabriel Jácome Romero, Carmen Suleika Mané Granados, Laura Marcela Quijano Ortiz, Daniela Suárez Vargas & Sander Wirken

22. Contenido y alcance del crimen de guerra de ordenar un acto de desplazamiento de la población civil conforme al artículo (8) (2) (e) (viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional 655

William Benjumea de Lima, Kerrin Buck, Laura Daniela González Guerrero, Andrea Guadarrama Prado, María Elvira Guerra Cújar, Álvaro Pio Jaramillo García, Melissa Macher Reyes, Agustín Elías Martínez, Bernardo Restrepo Noriega, Daniela Rodríguez Cuenca, Daniela Suárez Vargas & Sebastián Tole Ramírez

23. La prueba de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en las decisiones de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional 671

Lorena Herrera Santamaría, María Paula López Velásquez, Daniela Suarez Vargas, Juan Camilo Serrano Uribe & Sebastián Urrea Rodríguez

24. La pérdida de la condición de persona protegida en los conflictos armados 699

Gina Báez, Sergio Castillo Forero, Francois Salomón Lozano Pradere, Laura Patricia Mateus Ramírez, Andrea Paola Molano Araque & María Alejandra Trujillo Fiesco

25. Aportes de la jurisprudencia internacional penal con respecto a la prueba de los crímenes de naturaleza sexual 735

David Alejandro Delgado, María Carolina Fajardo Cano, Nicolás González Tamayo, Héctor León Hernández, Alejandro Jaramillo, Víctor Manuel Miranda Leyva, Angélica Rodríguez & Carolina Olano

26. La aplicación de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder a delitos de violencia sexual: particular atención a los supuestos en que se configuran como crímenes de lesa humanidad y de guerra 757

Mariana De La Roche, David Delgado, Daniela Escallón Vicaría, Carlos Fonseca Sánchez, Héctor-León Hernández, Julián Jaccard & Joel Ramírez Mendoza

Epílogo
Aproximaciones al concepto de macro-criminalidad en la legislación y jurisprudencia colombianas de justicia y paz 793
Mauricio Vanegas Moyano

Director académico

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olasolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional ('IIH'), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y el programa de Maestría en Derecho Internacional. El Prof. Olasolo es, asimismo, el director académico de las redes de investigación sobre Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado transnacional. Ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Países Bajos (2010–2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004–2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002–2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002).

Editores

Robert. J. Blaise MacLean (Canada/á)

BA. Acadia University, Wolfville, Nova Scotia (Canada); LL.B. (Law Degree) Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia; B.Ed. York University, Toronto, Ontario, (Canada); Adjunct Professor of International Law, Faculty of Law, Universidad del Rosario (Colombia); Member of the International Law Association (Colombia Branch); Member of the Nova Scotia Bar / *BA. Universidad de Acadia, Wolfville, Nueva Escocia (Canadá) / LL.B. (Pregrado en Derecho), Dalhousie University, Halifax Nova Scotia (Canadá); B.Ed. Universidad de York, Toronto, Ontario (Canadá); Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Colombia); Miembro de la Asociación de Derecho Internacional (Colombia); Miembro del Sociedad de Abogados (Bar) de Nueva Escocia.*

Andrés Felipe Canizo Ramírez (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Daniela Clavijo Fonseca (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

María Camila de la Peña Calderón (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Paula Alejandra Gómez Matamoros (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Participantes en la Clínica Jurídica Internacional en el periodo 2011-2025 y autores del libro

Abril Rincón, Anggie Paola (2022)
Albarracín Barrera, Juan David (2016)
Rodríguez Rojas, Angélica (2012)
Aristizabal, Juan Diego (2015)
Báez, Gina (2012)
Ballesteros Moya, María Vanessa (2014)
Ballesteros Sánchez, Julio (2015)
Barón, Daniela (2012)
Becerra Becerra, Lucía (2016)
Benjumea de Lima, William Andrés (2014)
Bernardo Restrepo, José (2014)
Bocanegra Oyola, Valentina (2022)
Bohóquez Murcia, Daniela (2020)
Bonilla Tovar, María Juliana (2021)
Bonilla Tovar, Vanessa (2015)
Bosdiesz, Hanna (2015)
Buck, Kerrin Geoffrey (2014)
Buitrago Valderrama, Lina Marcela (2017)
Bustamante Chavez, Sol Cristina (2021)
Caballero Martínez, Lina María (2015)
Cabrales Villamizar, Andrea Catalina (2015)
Camacho Camargo, Daniela (2012)
Campos Sánchez, Sofía (2019)
Canizo Ramírez, Andrés Felipe (2024)
Canosa Cantor, Jannluck (2015)

Carcano Fernández, Lucía (2016)
Castillo Forero, Sergio (2012)
Castillo Montilla, Alejandro (2015)
Castillo Montilla, María Alejandra (2015)
Celedón Fernández, Fabiola (2017)
Clavijo Fonseca, Daniela (2024)
Conde Arias, María Juliana (2023)
Córdoba Carrera, Ángela (2011)
Corradine Charry, Daniela (2020)
Correa Cruz, Sebastián (2015)
Corzo Niño, Diana Marcela (2011)
Cruz Quispe, Dayanna Margot Petronila (2021)
De la Peña Calderón, María Camila (2024)
De la Roche Wills, Mariana (2011)
Delgado, David (2011-2012)
Diez de Fex, Ana María (2011)
Domínguez Fernández, Macarena (2016)
Escallón, Daniela (2011)
Fajardo, María Carolina (2012)
Fonseca Sánchez, Carlos (2011)
Freydell Mesa, Federico (2020)
Gaitán Luque, Martha (2015)
García Vera, Juan Felipe (2011)
Gaviria Orjuela, María Paola (2014)
Giraldo Herrera, Antonio José (2018)
Giraldo Lasso, María Camila (2016)
Gómez, Valentina (2021)
Gómez Matamoros, Paula A. (2025)
González Guerrero, Laura Daniela (2014)
González Herrera, Yuri Katherine (2017)
González Tamayo, Nicolás (2012)

González Valentín, Viviana (2015)
Guadarrama Prado, Andrea (2014)
Guerra Cújar, María Elvira (2014)
Guerrero Gutiérrez, Daniel Camilo (2022)
Gutiérrez Romero, Andrés Esteban (2016)
Guzmán Salinas, Laura Daniela (2021)
Hernández Córtes, Clara Esperanza (2018)
Herrera Santamaría, Lorena (2013)
Hurtado Fonseco, Andrea Jimena (2021)
Jaccard, Julián (2011)
Jácome Romero, Carlos Gabriel (2015)
Jaramillo García, Álvaro Pío (2014)
Jaramillo Gómez, Alejandro (2011)
Jaramillo Gómez, María Fernanda (2019)
Lema González, Andrés Felipe (2020)
León Hernández, Héctor (2011-2012)
Linares Botero, Sofía (2020)
López Velásquez, María Paula (2013)
Lozano Pradere, Francois Salomón (2012)
Macher Reyes, Melissa (2014)
Mahecha Álvarez, Laura (2016)
Martínez Mendieta, María Paula (2016)
Mané Granados, Carmen Suleika (2015)
Martínez Agudelo, Ana María (2022)
Martínez, Agustín Elías (2014)
Mateus Ramírez, Laura (2012)
Miranda Leyva, Víctor Manuel (2012)
Molano Araque, Andrea Paola (2012)
Molina Flórez, Mariana (2024)
Montaño Vélez, Pedro (2023)
Mosquera López, Sara Paula (2019)

Murillo, Max Sebastián (2016)
Navarro Ángel, Juanita (2011)
Olano, Carolina (2012)
Oliveros Suárez, Juliana (2015)
Pardo Costa, Emely Mar (2016)
Parra Rojas, Carlos Felipe (2011)
Pedraza Moreno, Daniela (2016)
Pradere Lozano, François Salomón (2012)
Quijano Ortiz, Laura Marcela (2015)
Ramírez Barrera, Valentina (2023)
Ramírez González, Karen (2017)
Ramírez Morris, Joel (2011)
Restrepo Acevedo, Laura María (2018)
Restrepo Noriega, Bernardo (2014)
Rey Vásquez, Daniela (2011)
Rodríguez Cuenca, Daniela (2014)
Rodríguez Mora, Ana Lucía (2017)
Rodríguez Puentes, Adriana (2011)
Rodríguez Rojas, Angélica (2012)
Rojas Serrano, Luisa F. (2025)
Romero Basto, Aura (2011)
Romero Morales, Juan José (2023)
Salazar, Luisa Fernanda (2011)
Sánchez Quintero, José Ángel (2024)
Sánchez Sarmiento, Andrés (2018)
Serrano Uribe, Juan Camilo (2013)
Suárez Vargas, Daniela (2013-2015)
Tobón Vélez, Laura (2022)
Tole Ramírez, Juan Sebastián (2014)
Tole Ramírez, María Paula (2016)
Trujillo Fiesco, María Alejandra (2012)

Trujillo, Valeria Isabel (2022)
Urrea Rodríguez, Sebastián (2013)
Vacca Moyano, Laura (2024)
Vargas Montoya, Laura Stepanie (2018)
Velásquez Medina, Gabriela (2020)
Velásquez Aponte, Daniela (2021)
Villa, María Carolina (2011)
Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (2018)
Wirken, Sander (2015)

Participantes de universidades de fuera de Colombia en el periodo 2011-2025

Ballesteros Sánchez, Julio (2015): Universidad de Salamanca (España)

Ballesteros Moya, María Vanessa (2014): Universidad de Castilla la Mancha (España)

Becerra Becerra, Lucia (2016): Universidad de Santiago de Compostela (España)

Bosdriesz, Hanna (2015): Universidad de Leiden (Paises Bajos)

Buck, Kerrin Geoffrey (2014), University College Dublin (Irlanda)

Bustamante Chavez, Sol Cristina (2021): Universidad Nacional de San Marcos (Perú)

Cruz Quispe, Dayanna Margot Petronila (2021): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Domínguez Fernández, Macarena (2015): Universidad de McGill (Canadá)

Gaviria Orjuela, María Paola (2014): Universidad Carlos III (España)

Guadarrama Prado, Andrea (2014), Universidad de Notredame (Estados Unidos)

Jarne Cubero, Cubero (2012): Universidad Carlos III (España)

Marcher Reyes, Melissa (2014): Pontificia Universidad Católica de Perú, PUCP (Perú)

Miranda Leyva, Víctor (2012): Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM (México)

Trujillo, Valeria Isabel (2022): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Winker, Sander (2015): Universidad de Amsterdam (Países Bajos)

Otros participantes en la Clínica Jurídica Internacional en el periodo 2011-2025

Profesores colaboradores

Prof. Andrea Mateus Rugeles (2011)

Prof. Mauricio Vanegas Moyano (2011)

Monitores

Albarracín Barrera, Juan David (2017)

Carcano Fernández, Lucía (2017-2018)

Contreras Fonseca, Andrés (2011-2012)

Freydell Mesa, Federico (2023)

Jaramillo García, Álvaro Pío (2015-2016)

Hernández Cortés, Clara Esperanza (2019)

Linares Botero, Sofía (2021-2022)

Martínez Agudelo, Ana María (2023)

Sánchez Sarmiento, Andrés (2020)

Suárez Ángel, Camila A. (2013)

Suárez Vargas, Daniela (2014)

Tole Ramírez, María Paula (2017)

Velásquez Medina, Gabriela (2022)

Villarraga, Zschommler, Luisa (2020-2021)

Montaño Vélez, Pedro (2024)

Ramírez Barrera, Valentina (2024)

Participantes que iniciaron en 2025-II

Walter Santiago Cardozo Silva

Abreviaturas

ACHR/CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
ACMM	Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio.
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
AECID	Agencia Española de Cooperación y Desarrollo.
AFRC	Armed Forces Revolutionary Council / Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas.
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas.
ALC	*Armée de Liberation du Congo.*
APIC	Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional.
APRODEH	Asociación Pro-Derechos Humanos.
ARN	Agencia para la Reincorporación y la Normalización.
art.(s)	Artículo(s).
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia.
BM	Banco Mundial.
CAI	Conflicto Armado Internacional.
CANI	Conflicto Armado No Internacional.
CNBND	Comisión Nacional de Búsqueda de Niñez Desaparecida.
CC	Constitución de Colombia.
CCVS	*Centre for Children in Vulnerable Situations.*
CCJE	Consejo Consultivo de Jueces Europeos.
CDF	*Civil Defence Forces* / Fuerzas de Defensa Civil.
CDH/HRC	Comité de Derechos Humanos.
CDI	Comisión de Derecho Internacional.

CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
CE	Constitución de España.
CECP	Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
CEDAW	Comité establecido por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
CEPAL	Comisión Económica para América y el Caribe.
CEDH/ECHR	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CG(s)	Convención(es) de Ginebra.
CIAC	*Children Involved in Armed Conflict* / Niños Involucrados en el Conflicto Armado.
CIACS	Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestino de Seguridad.
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala.
CICIH	Comisión Internacional contra la Impunidad en Honduras.
CICR/ICRC	Comité Internacional de la Cruz Roja.
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CIJT	Centro Internacional para la Justicia Transicional
CIPSEVM	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
CJI	Clínica Jurídica Internacional.
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad.

CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CNRR	Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.
ComEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos.
coord.(s)	Coordinador(es).
CorteEDH	Corte Europea de Derechos Humanos.
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.
CONADI	Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad.
CNPPT	Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.
CNVR	Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.
CPE	Código Penal Español.
CPI/ICC	Corte Penal Internacional.
CPK	Partido Comunista de Kampuchea / *Communist Party of Kampuchea.*
CPP	Comité para la Protección de los Periodistas.
CtIDH/IACtHR	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CSJ	Corte Suprema de Justicia (Colombia).
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
CVR	Comisión para la Verdad y la Reconciliación.
DADDH	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.
DDHH	Derechos Humanos.
DIDH/IHRL	Derecho Internacional de los Derechos Humanos/*International Human Rights Law.*
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.

DIP/DPI	Derecho Internacional Penal/ Derecho Penal Internacional.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
EC	Elementos de los Crímenes de la Corte Penal internacional.
ECC	Empresa Criminal Común.
ECESL	Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.
ECHR/CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
ECIDH	Estatuto de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos.
ECI	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la ONU
ECPI/ER	Estatuto de la Corte Penal Internacional.
TEDH/ CorteEDH/ /ECtHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
EET	Relator especial de las Naciones Unidas sobre Tortura.
EEUU	Estados Unidos de Norte América.
ELN	Ejército de Liberación Nacional.
ER/ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional.
ERS/LRA	Ejército de Resistencia del Señor / *Lord's Resistance Army.*
ESETC	Estatuto de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya.
ETEL	Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.
ETESL	Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.
ETIM	Estatuto del Tribunal Internacional Militar / Tribunal de Núremberg.

ETIMLO	Estatuto del Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente/ Tribunal de Tokio.
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.
FFV	*Trust Fund for Victims of the International Criminal Court* / Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional.
FIDH	Federación Internacional de Derechos Humanos.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
FNI	*Front des Nationalistes et Intégrationnistes* / Frente de Nacionalistas e Integracionistas.
FPLC	*Forces Patriotiques pour la libération du Congo* / Fuerzas por la Liberación del Congo.
FRPI	Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri / *Force de Résistance Patriotique d'Ituri.*
HRC/CDH	Comité de Derechos Humanos.
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
ICC/CPI	Corte Penal Internacional.
ICCPR/PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
ICRC/CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja.
ICTR/TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
ICTY/TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
IHRL/DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos/International Human Rights Law.

IIH	Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz.
JIP	Justicia Internacional Penal.
JNA/VRS	Ejército Serbo-Bonio.
LOPIVI	Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia.
LRA/ERS	Ejército de Resistencia del Señor / *Lord's Resistance Army.*
MACCIH	Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras.
MINUGUA	Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala.
MJE	Movimiento por la Justicia y la Equidad.
MLC	*Mouvement pour la Libération du* Congo / Movimiento para la Liberación del Congo.
MONUC	Misión de la Organización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo.
MRND	Movimiento Revolucionario Nacional para la Democracia y Desarrollo.
MSL	Movimiento Sudanés por la Liberación.
NNA	Niñas, niños y adolescentes.
NU/UN	Naciones Unidas.
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OCAH	Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios.
ODM	*Orange Democratic Movement.*
OEA	Organización de Estados Americanos.

OIM	Organización Internacional para la Migración.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OPPS	Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente.
OPDV	*Office of Public Counsel for Victims of the International Criminal Court* / Oficina Pública de Defensa de Víctimas de la Corte Penal Internacional.
OSG	Criterios para la Determinación de la Pena.
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte.
PA I	Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949, Aplicable a los Conflictos Armados de Carácter Internacional.
PA II	Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra de 1949, Aplicable a los conflictos Armados de Carácter no Internacional.
PAs	Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra.
PCADHAPM	Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
PIB	Producto Interno Bruto.
PIR	Programa Integral de Reparaciones.
PIDCP/ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PNU	*Party of National Unity.*
PNR	Programa Nacional de Reparaciones
PTC/SCP(s)	Sala(s) de Cuestiones Preliminares.

RAK	República Autónoma de Krajina.
RCA	República Centroafricana.
RCIDH	Reglamento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
RCorteIDH	Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
RDC	República Democrática del Congo.
RDK	República Democrática de Kampuchea.
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.
RPPTPIR	Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional Penal para Ruanda.
RPPTPIY	Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia.
RTS	Radio Televisión Serbia.
RUF	*Revolutionary United Front* / Frente Revolucionario Unido.
SA	Sala de Apelaciones.
SAE	Salas Africanas Extraordinarias.
SCOTUS	Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.
SCP(s)/PTC	Sala(s) de Cuestiones Preliminares.
TESL/SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona.
SEK	Salas Especializadas de Kósovo.
SETC/ECCC	Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya.
SGNU	Secretario General de las Naciones Unidas.
SIDH	Sistema Interamericano de Derecho Humanos.
SPI(s)	Sala(s) de Primera Instancia.
TEDH/ECtHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TEL/STL	Tribunal Especial para el Líbano.

TESL/CESL/SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona.
TFV	Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional.
TIM	Tribunal Internacional Militar / Tribunal de Núremberg.
TIMLO	Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente / Tribunal de Tokio.
TOAR	Trabajos, Obras y Actividades con contenido reparador
TPIR/ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
TPIY/I CTY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
UEFAC	Unidad Especial Adscrita a la CICIG.
UNAMA	Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistan.
UNESCO	*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* / Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
UNGA	Asamblea General de las Naciones Unidas.
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional y las Investigaciones.
UNMIK	Misión de las Naciones Unidas para Kósovo.
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito.
UNOSAT	Programa sobre aplicaciones operacionales de satélite (del Instituto UNITAR).
UNRWA	Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Medio.
UNTAET	Misión de las Naciones Unidas para Timor Oriental.
UPC	Unión Patriótica Congolesa.

UPD	Fuerzas de Defensa Popular de Uganda/*Ugandan People Defence Forces*.
USAID	Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.
VRS/JNA	Ejército Serbo-Bosnio.

Prólogo

I

La Corte Penal Internacional (CPI) fue creada con el objetivo de luchar contra la impunidad frente a la comisión de graves crímenes y contribuir así a la construcción de una paz estable y duradera. Desde el momento de su creación, la Corte ha trabajado de manera comprometida siguiendo dicho objetivo en el marco de su Estatuto (ECPI). Su labor durante más de veinte años ha permitido no sólo que aquellos responsables por la comisión de atrocidades rindan cuentas por sus actos, sino que los intereses y voces de las víctimas pueden ser escuchados y reconocidos al impartir justicia.

Es innegable que el mandato de la Corte es extenso y complejo. A fin de traducir sus objetivos en realidades, la Corte se apoya en la colaboración de diversos actores de la comunidad internacional. Un claro ejemplo, son los Estados que son parte del ECPI, cuya cooperación es necesaria para garantizar su buen funcionamiento. Éstos brindan su asistencia en aspectos de alta relevancia como la detención y entrega de sospechosos, la ejecución de las penas o la reubicación de testigos en situaciones de riesgo, entre otros muchos. Por su parte, la sociedad civil, como actor clave en la comunidad internacional, juega también un rol esencial para la CPI.

Como parte de la sociedad civil, la actuación de la comunidad académica, en cuyas manos están los líderes mundiales de mañana, es de fundamental importancia para difundir el mandato, el trabajo y los valores de la CPI tanto a nivel nacional como internacional, y promover un mejor entendimiento del sistema de justicia creado por el Estatuto de Roma y del Derecho Internacional Penal. La comunidad académica tiene una particular relevancia en el ámbito nacional, en tanto puede conducir estudios destinados a identificar aspectos de mejora en los sistemas de justicia nacionales e incidir en su fortalecimiento a través de la promoción de los estándares del Estatuto en espacios de toma de decisiones. Estas oportunidades, principalmente, generan que las instituciones académicas constituyan actores clave

en el modelo de justicia global sobre el que la Corte busca generar conciencia.

La CPI apuesta de manera activa, a través de la sección de información pública y comunicaciones de su Secretaría, por la consolidación y afianzamiento de sus vínculos con instituciones académicas. De esta manera, la Corte busca promover esfuerzos académicos a través de sus plataformas, poniendo a disposición de estudiantes, docentes y/o investigadores diferentes alternativas que puedan beneficiar su formación. Así, por ejemplo, el sitio web de la Corte recopila una amplia variedad de recursos académicos que pueden ser consultados por el público interesado en estudiar con mayor profundidad el sistema del Estatuto de Roma. Estos recursos incluyen desde instrumentos legales traducidos a varios idiomas, hasta manuales, artículos de investigación y cursos modelos para la enseñanza del Derecho Internacional Penal y la CPI. Así mismo, la Corte cuenta también con un programa de pasantías que ofrece a estudiantes y recién graduados la oportunidad de incrementar sus conocimientos y ganar un enfoque práctico sobre el trabajo de la Corte.

Un aspecto muy importante de esta relación es el valioso aporte que las instituciones académicas realizan a la Corte al abordar problemas y cuestiones jurídicas que la CPI normalmente enfrenta, a través de la investigación y creación y difusión del conocimiento. En particular, la labor realizada desde la comunidad académica ofrece valiosas herramientas jurídicas para la interpretación de las disposiciones del Estatuto y de sus instrumentos complementarios conforme al sistema de fuetes recogido en su artículo 21, asistiendo en ocasiones, a las partes procesales en la preparación de argumentos sólidos para fortalecer las posiciones que defienden.

Es en este contexto en el que se enmarca el innovador Programa de Clínica Jurídica Internacional iniciado en 2011, y desarrollado desde 2013 mediante la cooperación de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional (OPDV) con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) y el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Los resultados de este fructífero proceso de colaboración, que a lo largo de quince años ha sido eficazmente dirigido por el Prof. Héctor Olasolo – a quien conocí en Nueva York en 1999 cuando se desempeñaba como asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte, y que posteriormente conformó mi equipo de trabajo en la CPI entre 2004 y 2010 antes de su marcha a la universidad de Utrecht (Países Bajos) primero, y a la Universidad del Rosario después –, se presentan en el presente volumen de Conmemoración del XV Aniversario de la Clínica Jurídica Internacional (2011-2025).

La Corte Penal Internacional representa una oportunidad de brindar justicia a víctimas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión, y prevenir que estos crímenes vuelvan a cometerse. No obstante, el objetivo global de la Corte de luchar contra la impunidad solo podrá ser alcanzado en la medida en que los esfuerzos de diferentes actores de la comunidad internacional se dirijan unidos hacia dicho horizonte. La cooperación de las instituciones académicas es esencial en esta causa que, como subrayó el ex Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, "es la causa de la humanidad".

Sylvia H. Steiner
Jueza (2003-2016), Corte Penal Internacional

II

En los últimos quince años, la Clínica Jurídica Internacional ha abordado varias cuestiones importantes que se han planteado en los casos Bemba y Ongwen ante la Corte Penal Internacional (CPI). A continuación, me referiré a tres de ellas, que están relacionadas con áreas tan diversas como los motivos para excluir la responsabilidad penal, los criterios para la determinación de la pena y las modalidades de reparación. Todo ello muestra la capacidad de la Clínica de Jurídica Internacional (CJI) para brindar un análisis integral sobre cualquier temática de Derecho Internacional Penal (DIP) que sea relevante para las actuaciones de la CPI.

La primera cuestión se refiere a la pregunta de si la incapacidad mental y la coacción podrían ser motivos para excluir la responsabilidad penal de Dominic Ongwen, uno de los máximos comandantes del Ejército de Resistencia del Señor (ERS) en Uganda. Para responder a esta pregunta, la CJI aborda, en primer lugar, el alcance y la naturaleza del caso contra Ongwen, prestando especial atención a las siguientes circunstancias: (a) el secuestro del acusado a la edad de diez años por miembros del ERS y su posterior tortura y brutal entrenamiento; (b) el ascenso del acusado dentro de la estructura militar del ERS para convertirse en 2004 en el comandante de la Brigada Sinia (una de las cuatro brigadas del ERS); (c) el ambiente brutal y hostil generado en el ERS por Joseph Kony (su líder supremo) y las violentas represalias contra quienes intentaban abandonar el grupo; y (d) los setenta cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos entre julio de 2002 y diciembre de 2005, que la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) II confirmó contra el acusado, incluyendo el asesinato, la esclavitud, la tortura, los tratos crueles, los actos inhumanos, los atentados contra la dignidad personal, el saqueo, la destrucción de bienes y la persecución.

A continuación, teniendo en cuenta el artículo 21 del Estatuto de la CPI (ECPI) sobre el derecho aplicable, la CIJ aborda el contenido y alcance de aplicación de los elementos de las eximentes de incapacidad mental y coacción, como motivos para excluir la responsabilidad penal, en virtud del artículo 31 (1) (a) y (d) del ECPI.

En cuanto a la incapacidad mental, se abordan especialmente los dos elementos siguientes: (a) la existencia de una enfermedad o defecto mental; que (b) ocasione, en el momento en que se comete el presunto delito, la privación de la capacidad del imputado para (i) apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta; o (ii) controlar su conducta de acuerdo con los requisitos de la ley.

Con respecto a la coacción, el análisis se centra en los tres elementos siguientes: (a) la existencia de una amenaza de muerte inminente, o de daño corporal grave continuo o inminente para el acusado o para otra persona; (b) la respuesta necesaria y razonable del aquel para evitar esta amenaza; y (c) la falta de intención del acusado de causar un daño mayor que el que se buscaba evitar.

El abordaje de esta primera pregunta finaliza con la aplicación de los elementos de la incapacidad mental y la coerción a la situación específica del caso Ongwen. Al hacerlo, se toma en consideración que las circunstancias que no son causas de exclusión de responsabilidad penal pueden constituir, de conformidad con la regla 145 (2) (a) (i) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPE) de la CPI, circunstancias atenuantes.

La segunda pregunta abordada por la CJI se refiere a las dificultades de interpretación que plantea la compleja interrelación entre el artículo 78 (1) del ECPI y la regla 145 de las RPE. De acuerdo con el artículo 78 (1) del ECPI, "[a]l imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado". La regla 145 (1) (a) y (b) de las RPE complementa el artículo 78 (1) al establecer que al determinar la pena, que tiene en todo caso que reflejar la culpabilidad del condenado, la CPI debe sopesar todos los factores relevantes, incluyendo: (i) las "circunstancias del delito" (que podrían interpretarse como refiriéndose a la gravedad del delito); (ii) las "circunstancias de la persona condenada" (que podrían entenderse como las circunstancias individuales de la persona condenada); y (iii) cualquier factor atenuante y agravante previsto en la regla 145 (2) (a) y (b) de las RPE.

Sin embargo, algunas circunstancias agravantes previstas en esta norma (como la multiplicidad o indefensión de las víctimas, la crueldad, el motivo discriminatorio u otras circunstancias similares) también podrían considerarse al evaluar la gravedad del delito. Además, según la regla 145 (1) (c) de las RPE, la CPI debe considerar al imponer la pena, junto con los factores mencionados en el artículo 78 (1) del ECPI, otro tipo de factores (como el alcance del daño causado (en particular, el daño generado a las víctimas y sus familiares), la naturaleza de la conducta ilícita, los medios empleados para cometer el delito y el grado de participación del condenado) que tienden a superponerse con aquellas circunstancias que caracterizan la gravedad del delito y las circunstancias personales de la persona condenada en virtud del artículo 78 (1) del ECPI.

A la luz de este marco confuso, que hasta ahora no ha sido aclarado por la jurisprudencia de la CPI, la CJI analiza si las siguientes

circunstancias podrían constituir factores relevantes en la determinación de la pena: (a) la naturaleza y alcance de la victimización; (b) los actos de violencia que constituyen los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad; y (c) la especial gravedad de algunos crímenes internacionales. Para ello, estudia la jurisprudencia de la CPI y de otros tribunales penales internacionales e híbridos, como los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal Especial de Sierra Leona y las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya.

Finalmente, la CJI aborda la cuestión de la reparación, a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la CPI, a las más de cinco mil víctimas que han participado en las actuaciones del caso contra Jean Pierre Bemba (presidente del *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC), comandante en jefe de su brazo armado (la *Armée de Libération du Congo)* y ex vicepresidente de la República Democrática del Congo). Esta cuestión se volvió de especial relevancia como resultado de la absolución de Bemba por parte de la Sala de Apelaciones de la CPI.

Para responder a los interrogantes que plantea la misma, la Clínica estudia en primer lugar el doble mandato del Fondo Fiduciario: (a) el cumplimiento de las órdenes de reparación emitidas por las salas de la CPI; y (b) la prestación de asistencia general a las víctimas de crímenes de la CPI cometidos en el territorio de los Estados bajo investigación. A continuación, analiza los diversos proyectos que ha implementado el Fondo Fiduciario desde 2008 a través de sus programas de asistencia, utilizando contribuciones voluntarias de los donantes para promover la rehabilitación física y psicológica de las víctimas y brindarles ayuda material. Posteriormente, estudia la viabilidad de confiar en el mandato asistencial del Fondo Fiduciario para brindar reparación a las víctimas en el caso Bemba. Finalmente, aborda el alcance y extensión de la interacción, a estos efectos, entre los representantes legales de las víctimas y el Fondo Fiduciario, tal y como se prevé en el ECPI y en las RPE.

Antes de finalizar, quisiera aprovechar la oportunidad para felicitar a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos)

y a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la CPI por la estrecha y frutífera colaboración que han mantenido durante los últimos 15 años a través de la Clínica Jurídica Internacional.

Ekaterina Trendafilova
Jueza (2006-2015), Corte Penal Internacional
Jueza y Presidenta (2016-2025), Salas Especializadas de Kosovo

III

El Estatuto de Roma es el primer instrumento internacional que ha reconocido el derecho de las víctimas a participar en el proceso judicial y además a obtener reparaciones.

La inclusión del sistema de reparaciones previsto en el artículo 75 del Estatuto fue un esfuerzo de los redactores de llevar justicia a las víctimas.

En la Orden de Reparaciones emitida en el caso Lubanga en fecha 3 de marzo de 2015 la Sala de Apelaciones estableció lo siguiente: "las reparaciones cumplen dos propósitos principales que están consignados en el Estatuto: obligan a los responsables de delitos graves a reparar el daño que causaron a las víctimas y permiten a la Corte asegurar que los delincuentes rindan cuentas por sus actos".

La jurisprudencia en materia de reparaciones en la CPI, aunque ha establecido importantes precedentes, está todavía en sus etapas iniciales. Sin embargo, el estudio y análisis de esta nos muestra como la Corte ha aplicado y decidido las cuestiones esenciales en esta materia consolidando el derecho de las víctimas a la reparación.

Es importante señalar que el Derecho internacional penal no puede construirse solamente en base a la jurisprudencia de la CPI o de los tribunales ad-hoc o híbridos, sino también en base a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, en particular a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) y al desarrollo de la doctrina e investigación, como es el caso de la Clínica Jurídica Internacional (CJI).

La CIJ ha abordado cuestiones jurídicas relacionadas con el sistema de reparaciones de la CPI, destacando en particular su análisis del daño transgeneracional.

El daño transgeneracional fue identificado en los descendientes de los sobrevivientes del Holocausto y ha sido objeto de numerosos estudios e investigaciones.

Los crímenes graves previstos en el Estatuto como la violación, los abusos sexuales, el genocidio, las masacres, entre otros, pueden afectar generaciones futuras provocando consecuencias traumatizantes en los descendientes que podrían dar lugar a reparación.

El análisis del concepto de daño transgeneracional fue realizado por primera vez por la Sala de Primera Instancia (SPI) II de la Corte Penal Internacional en la Orden de Reparaciones emitida en el caso Katanga. La CJI aborda esta importante cuestión constituyendo una significativa contribución al procedimiento de reparaciones.

La Orden de Reparaciones emitida por la SPI VI en fecha 8 de marzo de 2021 en el caso Bosco Ntaganda fue revocada parcialmente por la Sala de Apelaciones (SA) y entre sus conclusiones una de ellas fue la ausencia de motivación en cuanto a la acreditación probatoria dentro del concepto de daño transgeneracional. Como la SA utiliza los términos daño transgeneracional y ciclo intergeneracional de manera indeterminada, la CJI, además de analizar estas dos decisiones, estudia: (a) la distinción entre daño intergeneracional y transgeneracional en la doctrina en psicología; y (b) la irrelevancia de estas expresiones para la doctrina en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal (DIP).

Además, la CJI considera la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales e híbridos, tomando en cuenta que en los estatutos de estos tribunales no se recoge un sistema de reparaciones como en el caso del ECPI. La CJI analiza en particular el caso de las Salas Extraordinarias de África (SEA) en el proceso seguido a Hissein Habre que, al pronunciarse sobre la solicitud de reparaciones formulada por las víctimas, solamente aplicaron el concepto de víctima indirecta y no utilizaron el concepto de daño transgeneracional.

Otro aspecto que la CJI analiza es la referencia de este tipo de daño en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos. Es de particular importancia el análisis en cuanto al sistema interamericano y la jurisprudencia de la CtIDH. Los autores señalan que, aunque la CtIDH "no ha utilizado nunca las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional, si ha reparado el daño psicológico causado a hijos y nietos en diversos escenarios, en particular en los casos de desaparición forzosa".

La reflexión sobre diferentes temas del DIP promueve el conocimiento y es, sin duda, un aporte importante a la discusión y examen critico de la jurisprudencia penal internacional.

Finalmente, quiero felicitar por este esfuerzo académico ejemplar a los investigadores del programa establecido por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) conjuntamente con el Instituto Iberoamericano para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (La Haya, Países Bajos), en cooperación con la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la CPI.

Olga Herrera Carbuccia
Jueza (2012-2021), Corte Penal Internacional

Creación y consolidación de la Clínica Jurídica Internacional

ANTONIO ALJURE SALAME[*]
LAURA VICTORIA GARCÍA MATAMOROS[*]

Hace quince años, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), en alianza con la Sala de Conocimiento de la Jurisdicción Especializada de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, dieron origen a un proyecto académico y formativo que ha dejado una profunda huella en la enseñanza clínica del derecho internacional: la Clínica Jurídica Internacional (CJI).

Fundada en agosto de 2011 bajo la dirección del profesor Héctor Olasolo —quien ha liderado esta iniciativa desde sus inicios—, la CJI fue concebida como un espacio de formación práctica, reflexión crítica y compromiso con la justicia internacional. Su consolidación fue posible gracias al respaldo institucional de profesores, investigadores y aliados estratégicos, entre ellos la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la Corte Penal Internacional, que desde 2013 se ha convertido en su principal socio.

La CJI ha evolucionado con visión y constancia. Inicialmente concebida como un curso semestral, adoptó en 2013 su actual estructura anual, articulando un semestre de formación académica intensiva con un segundo semestre dedicado al trabajo práctico de asesoría jurídica. Desde entonces, los estudiantes que participan en la Clí-

---

[*] Decanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) en los periodos 2011-2015 y 2022-2025.

nica —apoyados por monitores y docentes— no solo profundizan sus conocimientos en derecho penal internacional, humanitario y de los derechos humanos, sino que también los aplican en casos reales planteados por la OPDV y, hasta 2020, por la Sala de Justicia y Paz.

Uno de los alcances más significativos del programa es el viaje anual a La Haya, donde los miembros de la Clínica presentan sus asesorías ante funcionarios de la Corte Penal Internacional, participan en la Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional y contribuyen a actividades académicas como el Seminario de Pensamiento Iberoamericano y el Concurso CPI de Simulación Judicial. Estos espacios de intercambio permiten a los estudiantes proyectar su formación hacia escenarios internacionales, con un enfoque comprometido, riguroso y ético.

A lo largo de estos quince años, más de 150 estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia han formado parte de las dieciséis cohortes de la CJI. A ellos se han sumado estudiantes internacionales y profesores visitantes de diversos países, enriqueciendo el carácter global de la experiencia. Todos han compartido el propósito común de poner sus conocimientos al servicio de instituciones que trabajan por la justicia y los derechos de las víctimas.

Los capítulos que componen este libro colectivo son testimonio del recorrido, la dedicación y el impacto de la CJI. Reflejan el esfuerzo intelectual, la sensibilidad jurídica y el compromiso ético de quienes han hecho parte de esta experiencia formativa.

Con motivo de este aniversario, extendemos nuestra gratitud y reconocimiento al profesor Héctor Olasolo, a los autores de esta obra, y a todas las personas que han contribuido al desarrollo y consolidación de la CJI. Su trabajo ha sido clave para que una iniciativa académica nacida en 2011 se transforme, quince años después, en un referente consolidado de la educación jurídica clínica en Iberoamérica.

Sea esta la oportunidad para resaltar que la consolidación de la CJI a lo largo de estos quince años no habría sido posible sin el compromiso, la visión y el esfuerzo conjunto de numerosas personas e instituciones, a quienes deseamos expresar nuestro más sincero reconocimiento.

En primer lugar, reiteramos el agradecimiento al fundador y director de la CJI desde su creación en 2011, cuya dedicación ha sido el motor constante de este proyecto académico. Su liderazgo ha inspirado a generaciones de estudiantes y ha consolidado una comunidad académica comprometida con la justicia internacional.

Reconocemos con especial gratitud el respaldo brindado en los inicios de la CJI por el doctor Antonio Agustín Salame, decano de la Facultad de Jurisprudencia entre 2011 y 2015, así como el apoyo académico de los profesores Andrea Mateus Rugeles y Mauricio Vanegas Moyano, y del asistente de investigación Andrés Contreras. Su participación fue fundamental en el proceso de institucionalización de la Clínica en sus primeras etapas.

De igual forma, extendemos nuestro agradecimiento al profesor Leo Zwaak, cofundador junto con el profesor Olásolo de la Clínica Jurídica de la Universidad de Utrecht, cuya experiencia sirvió de modelo inspirador para la CJI.

Agradecemos asimismo a los magistrados y funcionarios de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, que fueron aliados fundamentales hasta el año 2020, y a los funcionarios de la OPDV, cuyo compromiso continuo ha permitido que los estudiantes puedan aplicar sus conocimientos en contextos reales y complejos, aportando desde la academia al fortalecimiento de la justicia internacional.

Por último, destacamos la participación generosa de los monitores, estudiantes nacionales e internacionales, y profesores visitantes que han hecho parte de esta experiencia a lo largo de los años. Su trabajo, su entusiasmo y su vocación por el servicio han sido esenciales para que la CJI sea, hoy, una comunidad viva de aprendizaje y transformación.

A todas y todos, gracias por hacer posible estos primeros quince años de historia.

Primera aproximación al modelo de la Clínica Jurídica Internacional

HÉCTOR OLASOLO*

En la tradición occidental, la educación jurídica se ha dividido tradicionalmente en dos etapas principales. A los estudiantes se les enseñaba, en primer lugar, una base teórica durante la licenciatura o pregrado para posteriormente aplicarla durante las tradicionales pasantías. Este sistema vino acompañado de la institucionalización a nivel de licenciatura o pregrado de las llamadas lecciones *ex cátedra*, que constituyen una técnica de enseñanza caracterizada por una mínima interacción entre un profesor que, desde la distancia, explica los principios generales, y unos estudiantes que, a lo sumo, se limitan a seguir dicha explicación.

Como resultado de este modelo, se generaba un vacío importante entre las facultades de derecho, donde los estudiantes aprendían

---

* Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olasolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional ('IIH'), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y el programa de Maestría en Derecho Internacional. El Prof. Olasolo es, asimismo, el director académico de las redes de investigación sobre Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado transnacional. Ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Países Bajos (2010–2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004–2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002–2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002).

los principios generales de una pluralidad de disciplinas jurídicas, y aquellas instituciones judiciales, firmas de abogados, y entidades no gubernamentales en las que los estudiantes desarrollaban a continuación sus pasantías. Este modelo provocaba, a su vez, que los estudiantes no fueran expuestos a los problemas de aplicación práctica durante los primeros años de formación teórica.

Sin embargo, con la entrada del siglo XXI, se ha experimentado en América Latina y Europa una paulatina tendencia en busca de otros tipos de educación jurídica, desarrollados hace tiempo en los Estados Unidos, que combinan la enseñanza teórica de los principios jurídicos fundamentales con la familiarización con los principales problemas planteados por su aplicación práctica. Por esta razón, estudios de casos, concursos de simulación judicial, y clínicas jurídicas son formas de educación que cada vez se utilizan con mayor frecuencia en América Latina y Europa.

Sin embargo, mientras los dos primeros se encuentran ampliamente generalizados, las clínicas jurídicas han seguido un proceso más lento y paulatino para abrirse espacios en las licenciaturas o pregrados.

En este contexto, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), organizada conjuntamente por la Universidad del Rosario y el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), se fundó en agosto de 2011 en alianza con la Sala de Conocimiento de la Jurisdicción Especializada de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (Sala de JyP de Bogotá). Así mismo, desde 2013, la alianza se extendió también a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la Corte Penal Internacional (CPI), que con el tiempo se acabaría convirtiendo en el principal aliado de la Clínica.

La CJI, que desde su fundación en 2011 ha sido dirigida por el Prof. Héctor Olasolo, comparte la mayoría de características paradigmáticas de una clínica jurídica de interés público en América Latina, Estados Unidos o Europa, puesto que:

1. Es reconocida por el programa de pregrado de la Facultad de Jurisprudencia, y los estudiantes obtienen el requisito de grado a través de la misma.

2. Los estudiantes proveen servicios jurídicos *pro-bono* (en este caso de asesoría) a individuos o instituciones que tienen problemas jurídicos reales (como la OPDV o la Sala de JyP de Bogotá).
3. Los estudiantes son supervisados de manera muy cercana por juristas experimentados.
4. El trabajo práctico es normalmente acompañado por un componente de formación teórica y en habilidades.

A pesar de todos los elementos novedosos recogidos en la presentación de la CJI realizada por los profesores Antonio Aljure Salame y Laura Victoria García Matamoros, como Decanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) en los periodos 2011-2015 y 2022-2026, la CJI mantiene los elementos centrales de la educación clínica.

En particular, la CJI ha sido desarrollada con miras a proporcionar a los estudiantes la oportunidad de aplicar sus conocimientos en casos reales al ponerlos en situaciones en las que, bajo la cercana supervisión de abogados experimentados, puedan proveer de servicios de asesoría jurídica a usuarios institucionales como la OPDV y, hasta 2020, la Sala de JyP de Bogotá.

Como resultado, los trabajos recogidos en el presente volumen por el XV aniversario (2011-2025) de la CJI reflejan, sin duda, esta situación.

Sin embargo, la CJI se distingue de la mayoría de las clínicas jurídicas de interés público, en al menos dos aspectos:

1. El tipo de usuario al que proveen servicios jurídicos (un departamento autónomo de una organización internacional y una jurisdicción nacional especializada).
2. El nivel de autonomía de los estudiantes y el grado de supervisión en la elaboración del trabajo que va a ser finalmente entregado al usuario.

Ambos aspectos se encuentran interrelacionados puesto que el nivel de autonomía de los estudiantes y el grado de supervisión va-

rían dependiendo de quién sea el usuario y de la naturaleza de sus requerimientos.

Existe hoy en día un consenso en que las clínicas de interés público deben tener una función social dentro de sus comunidades. Por esta razón, en su gran mayoría, centran su actividad en personas que no pueden acceder a la justicia debido a su falta de recursos, o a su marginalidad.

Sin embargo, son varias las clínicas jurídicas de interés público que funcionan de una manera distinta con respecto a esta característica en particular.

Así, por ejemplo, la clínica jurídica de la Universidad de Amsterdam (Países Bajos) provee servicios jurídicos a firmas de abogados que están basadas en la capital financiera de los Países Bajos y a organizaciones no gubernamentales, que no sufren limitaciones en el acceso a la justicia por razón de su pobreza o marginalidad.

Por su parte, las clínicas jurídicas de las universidades españolas *Rovira i Virgili* (Tarragona) y Carlos III (Madrid) trabajan en áreas de alta especialización: la primera se encuentra especializada en Derecho Medio-Ambiental, mientras que la segunda trabaja principalmente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ambas proveen asesoramiento jurídico a instituciones y organizaciones no gubernamentales que no tienen necesariamente su sede en España.

En cuanto a la CJI, ésta constituye un modelo único porque presta asesoría jurídica *pro-bono* a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de una organización internacional con sede fuera de Colombia y un importante componente judicial (la CPI).

Además, hasta la pandemia de Covid-19 prestó también asesoría jurídica a los magistrados de la Sala de JyP de Bogotá, que tienen su sede a apenas quince minutos caminando de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Como resultado, durante su primera década el impacto social de la CJI ha tenido lugar tanto a un nivel global como local, en cuanto que sus actividades se han dirigido a fortalecer la aplicación de la justicia en su doble ámbito nacional e internacional.

Solo a partir de 2020, las actividades de la CIJ se reorientaron hacia su cada vez más estrecha colaboración con la OPDV.

Las particularidades de los usuarios institucionales de la CJI, así como de sus peticiones de asesoría, requieren ciertos ajustes con respecto a la manera en la que operan las clínicas jurídicas de interés público.

En primer lugar, al elegir trabajar con instituciones judiciales nacionales e internacionales, la CJI se ha desarrollado con base en la premisa de que no participará en procesos ante las mismas (a través, por ejemplo, de la presentación de *amicus curiae*) para evitar así cualquier conflicto de intereses.

En segundo lugar, el personal de las instituciones judiciales nacionales e internacionales necesita que la CJI presente escritos lo suficientemente elaborados y detallados como para que puedan tener un incentivo para revisarlos y debatirlos una vez al año con sus integrantes.

Por lo tanto, el trabajo de la CJI no puede limitarse a una amplia compilación de fuentes jurídicas, sino que toda investigación jurídica ha de traducirse en un informe que contenga un análisis exhaustivo y pormenorizado de las cuestiones más relevantes.

De esta manera, el método de análisis y el formato en el que la información es presentada constituyen elementos clave de la práctica de la CJI.

Si a esto se añade el grado de especialización tan alto requerido para poder abordar de manera solvente las cuestiones de Derecho Internacional Penal y Humanitario planteadas por la OPDV y la Sala de JyP de Bogotá, y los muchos años de experiencia profesional de sus funcionarios nacionales e internacionales, no es de extrañar que con frecuencia sea necesario un mayor grado de supervisión de los estudiantes y una participación más activa del director y de los monitores en las etapas finales de elaboración de los escritos de la CJI.

Como resultado, director, monitores y estudiantes conforman un único equipo jurídico. En este contexto, la pérdida de cierto grado de experimentación en el aprendizaje (elemento propio de la educación clínica) es compensada por una intensa interacción práctica

con el director de la CIJ (que durante más de una década se ha desempeñado en distintas instituciones judiciales internacionales) y con sus monitores.

Es desde esta perspectiva desde la que se puede afirmar que, debido a las características específicas de sus usuarios y del tipo de solicitudes que recibe, la CJI constituye un modelo ciertamente innovador de afrontar la educación clínica, el cual se separa significativamente del modelo tradicionalmente seguido por las clínicas de interés público en América Latina, Estados Unidos o Europa.

El desarrollo de los derechos de las víctimas en relación con la participación y la reparación ante la Corte Penal Internacional: la perspectiva de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas[*]

PAOLINA MASSIDDA[*]
ENRIQUE CARNERO ROJO[*]

1. INTRODUCCIÓN

Los instrumentos normativos de la Corte Penal Internacional (CPI) permiten a las víctimas comparecer en los procedimientos judiciales no solo como testigos de los crímenes juzgados, sino también con carácter independiente para participar y solicitar reparaciones. De este modo, las víctimas se han convertido en un tercer actor en el ámbito del derecho penal internacional, separadas de la fiscalía y la defensa[1].

Autores académicos han escrito en abundancia sobre los derechos de las víctimas a la participación y a la reparación ante la CPI, prin-

---

[*] Las opiniones expresadas en este capítulo son únicamente las de los autores y no reflejan las opiniones de la Corte Penal Internacional.

[*] Abogada principal de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la Corte Penal Internacional (CPI) (2005-2025).

[*] Letrado de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la CPI (2012-2018, 2020-2025); letrado de la Sección de Cuestiones Preliminares de las Salas de la CPI (2018-2020); asesor jurídico adjunto de la Fiscalía de la CPI (2004-2009).

[1] Håkan Friman, *The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings?*, 2009 *Leiden Journal of International Law* 22/3, 485-500.

cipalmente desde una perspectiva descriptiva y teórica[2]. En cambio, la perspectiva de los abogados que representan a las víctimas ante la CPI no se discute con tanta frecuencia[3]. Además, la mayoría de los análisis académicos presenta "instantáneas" de la situación del derecho en un momento dado y no aborda los avances actuales o futuros.

Para complementar el enfoque mencionado más arriba, este capítulo presenta la perspectiva de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la CPI sobre temas específicos relacionados con la participación y la reparación de las víctimas[4]. Dado el mandato reglamentario de la OPDV de representar a las víctimas durante todo el proceso y de brindar apoyo y asistencia a los abogados externos que las representan[5], este análisis se centra en temas litigados por abogados de las víctimas ante la CPI. Se abordan varios casos para ofrecer una visión general de los avances jurídicos más relevantes.

En particular, esta contribución analiza las iniciativas legales de los abogados de las víctimas (de la OPDV y/o abogados externos) en los casos contra Thomas Lubanga Dyilo[6], Germain Katanga[7], Jean-Pierre

---

2 Brianne McGonnigle, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Intersentia, 2011; Diana Odier Contreras-Garduño, *Collective Reparations: Tensions and Dilemmas between Collective Reparations with the Individual Right to Receive Reparations*, Intersentia, 2018.

3 Vid.: Kinga Tibori-Szabó y Megan Hirst (eds.), *Victim Participation in International Criminal Justice: Practitioners' Guide,* Springer, 2017.

4 La OPDV es una oficina independiente dentro de la CPI. V. norma 81(2) del Reglamento de la Corte: La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas actuará dentro de las competencias de la Secretaría solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente. Los abogados de la Oficina y sus asistentes actuarán en forma independiente.

5 Vid.: norma 81(4) del Reglamento de la Corte.

6 Para los antecedentes procesales de este caso, Paolina Massidda, La importancia de los casos Lubanga y Ntaganda desde la perspectiva de la Oficina de Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la CPI, p. 24.

7 Para los antecedentes procesales de este caso, vid. Paolina Massidda, La orden de reparación en el caso Katanga, p. 22.

Bemba Gombo[8], Bosco Ntaganda[9] y Dominic Ongwen[10] que han contribuido a (a) promover el derecho de las víctimas a participar en los procedimientos; y (b) reparar el daño sufrido por las víctimas.

2. INICIATIVAS PARA PROMOVER EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS

Desde el inicio de las actividades de la Corte, los abogados de las víctimas han buscado fortalecer su derecho a participar en los procedimientos, proponiendo una interpretación más amplia de los textos legales para que dicha participación sea significativa y efectiva. De hecho, la participación de las víctimas en los procedimientos contribuye al cumplimiento de sus derechos a la verdad y la justicia. Los abogados han buscado que se consideren y se juzguen los delitos sufridos por las víctimas en toda su extensión, especialmente los crímenes de violencia sexual y de género (VSG). Además, han promovido una participación más plena de las víctimas solicitando autorización para llamar a testigos en el juicio y para que las propias víctimas compartan sus experiencias y expresen sus opiniones e inquietudes en la sala de audiencias, incluso cuando aún no se ha abierto un caso.

---

8 Para los antecedentes procesales de este caso, vid. Paolina Massidda, La importancia de los casos Bemba y Ongwen desde la perspectiva de la Oficina de Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la CPI, p. 24.

9 Para los antecedentes procesales de este caso, vid. Paolina Massidda, La importancia de los casos Lubanga y Ntaganda desde la perspectiva de la Oficina de Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la CPI, p. 24.

10 Para los antecedentes procesales de este caso, vid. La importancia de los casos Bemba y Ongwen desde la perspectiva de la Oficina de Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la CPI, p. 24; Paolina Massidda, Las Especificidades de los Crímenes de Matrimonio Forzado y Embarazo Forzado en el Caso Ongwen, p. 20.

2.1. Caso Lubanga

2.1.1. Solicitar un cambio en la tipificación jurídica de los hechos

Si bien el fallo en el caso Lubanga supuso un avance significativo en el castigo de los crímenes de guerra de reclutar y alistar a niños menores de 15 años y de utilizarlos para que participen activamente en las hostilidades, también fue criticado por tomar un enfoque considerablemente limitado. En particular, delitos de VSG no se incluyeron en los cargos a pesar de haber sido cometidos como parte de la práctica de reclutamiento, tal y como afirmaron numerosos testigos a lo largo del juicio. En el mejor de los casos, esto era incompatible con la creciente percepción de que los crímenes y las violaciones de derechos humanos cometidos contra niñas y mujeres en los conflictos no son accidentales, sino que son fruto de una estrategia deliberada.

La exclusión de delitos de VSG causó desilusión entre las víctimas, que creyeron que al presentar su caso la Fiscalía no tuvo en consideración ni todo lo que les sucedió ni el alcance de su victimización. A su vez, la decisión de la Fiscalía de no imputar ningún crimen de género limitó la posibilidad de las víctimas de este tipo de delitos de solicitar una reparación por los daños sufridos, lo que contrasta con el creciente reconocimiento internacional de la necesidad de fortalecer el establecimiento de esquemas de reparación con sensibilidad de género.

Por lo tanto, basándose en el testimonio de los testigos de la Fiscalía, los abogados de las víctimas intentaron que delitos de VSG fueran considerados en el proceso. En mayo de 2009, presentaron un escrito conjunto solicitando a la Sala de Primera Instancia que iniciara el procedimiento para modificar la tipificación jurídica de los hechos, de conformidad con la norma 55 del Reglamento de la Corte[11]. Argumentaron que los hechos del caso demostraban que se cometieron delitos de tratos inhumanos y esclavitud sexual en el contexto de los cargos confirmados. Si bien la mayoría de los magistrados consideró

---

[11] Fiscal c. Lubanga, *Joint Application of the Legal Representatives of the Victims for the Implementation of the Procedure under Regulation 55 of the Regulations of the Court,* No. ICC-01/04-01/06-1891-tENG, 22 de mayo de 2009.

que la norma 55 permitía a la Sala de Primera Instancia modificar la tipificación jurídica de los hechos para incluir hechos y circunstancias no contemplados originalmente en los cargos[12], la Sala de Apelaciones revocó la decisión por motivos procesales[13]. De hecho, para las víctimas, estos "otros" delitos —a saber, violación, esclavitud sexual y tratos crueles e inhumanos— les causaron incluso más sufrimiento que los delitos por los que se juzgó a Lubanga, y para las niñas víctimas tuvieron un impacto negativo mucho más prolongado.

Los abogados de las víctimas intentaron ampliar la interpretación del delito de reclutamiento argumentando que el mero hecho de reclutar forzosamente a niños menores de 15 años para recibir entrenamiento militar o utilizarlos para participar activamente en hostilidades constituye *per se* un trato inhumano o cruel en virtud de los artículos 8(2)(a)(ii) y 8(2)(c)(i) del Estatuto de la CPI. Finalmente, la Sala de Primera Instancia reconoció en su fallo que se perpetró violencia sexual[14], y la magistrada Odio Benito adjuntó una opinión separada y disidente, argumentando que la violencia sexual debía incluirse en el concepto jurídico de "utilización para participar activamente en las hostilidades"[15].

---

12 Fiscal c. Lubanga, *Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court,* Sala de Primera Instancia I, No. ICC-01/04-01/06-2049, 14 de julio de 2009.

13 Fiscal c. Lubanga, Sentencia relativa a las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 14 de julio de 2009 titulada Decisión por la cual se notifica a las partes y los participantes que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios de conformidad con el numeral 2 de la norma 55 del Reglamento de la Corte, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/06-2205-tSPA OA15, OA16, 8 de diciembre de 2009.

14 Fiscal c. Lubanga, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute,* Sala de Primera Instancia I, No. ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párrs. 890-896.

15 Fiscal c. Lubanga, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, adjunta al final del fallo de la Sala de Primera Instancia, supra nota 14, párrs. 16-17.

2.2. Caso Katanga

2.2.1. Solicitar permiso para llamar a testigos en nombre de las víctimas

En el caso Katanga, relativo a los crímenes cometidos en relación con un ataque a la aldea de Bogoro, en la República Centroafricana(RCA) en 2003, los abogados de las víctimas solicitaron a la Sala de Primera Instancia autorización para llamar a declarar a cuatro de las 354 víctimas participantes a las que representaban, con el fin de describir el impacto que el ataque tuvo en sus vidas y comunidades. La Sala autorizó a las cuatro víctimas a comparecer como testigos[16], pero tras una solicitud posterior de sus abogados, finalmente solo comparecieron dos. Como testigos, se reveló la identidad de estas víctimas a la defensa. Durante su testimonio, las víctimas proporcionaron información adicional sobre el contexto social, las condiciones de vida y el ambiente en Bogoro tanto antes como después del ataque, y explicaron cómo se desarrolló el ataque, su naturaleza étnica, lo que sabían de sus responsables y el daño que sufrieron. El testimonio de las víctimas contribuyó a la determinación de la verdad, ayudando a la Sala a comprender mejor los hechos y a determinar qué sucedió exactamente[17], incluyendo el alcance de la victimización. De hecho, esta prueba estuvo estrechamente relacionada con cuestiones que la Sala tuvo que considerar en su evaluación de los cargos presentados contra Katanga[18].

Al solicitar el testimonio de las víctimas, los abogados enfatizaron la independencia de su rol en el proceso y su derecho a participar

---

16 Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, *Decision authorising the appearance of Victims a/0381/09, a/0018/09, a/0191/08, and pan/0363/09 acting on behalf of a/0363/09*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-2517-tENG, 9 de noviembre de 2010, párrs. 20, 35.

17 Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, *Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-1788-tENG, 22 de enero de 2010, párrs. 60, 87, 103.

18 Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, *Corrigendum - Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-1665-Corr, 1 de diciembre de 2009, párrs. 20, 30.

de manera efectiva, como lo confirman varias decisiones de la Sala de Apelaciones que claramente establecen que las víctimas pueden presentar pruebas relacionadas con la culpabilidad de un acusado[19]. Finalmente, la Sala de Primera Instancia consideró creíbles los testimonios de ambas víctimas y se basó en ellos, entre otras cosas, para determinar cómo se desarrolló el ataque en Bogoro e identificar a los autores de los crímenes[20].

2.3. Caso Bemba

2.3.1. Solicitar autorización para que las víctimas expresen sus opiniones y observaciones

El juicio en el caso Bemba tuvo gran relevancia debido al gran número de víctimas que participaron en el proceso (5,229 personas). Este es el mayor número de víctimas autorizadas a participar en cualquier juicio realizado por la CPI hasta la fecha. Durante el proceso, las víctimas no solo prestaron testimonio describiendo crímenes durante el conflicto armado, sino que además tres víctimas comparecieron ante los magistrados para expresar sus opiniones y observaciones en persona[21]. A este respecto, la Sala de Primera Ins-

---

19 Fiscal c. Lubanga, Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/06-1432-tSPA OA9 OA10, 11 de julio de 2008, párrs. 67, 71 y 93-105; Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, Sentencia relativa a la apelación del Sr. Katanga contra la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 22 de enero de 2010 titulada Decisión relativa a las modalidades de participación de las víctimas en el juicio, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01-07-2288-tSPA OA11, 16 de julio de 2010, párrs. 3, 37, 88, 110-115.

20 Fiscal c. Katanga, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, No. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Sala de Primera Instancia II, 7 de marzo de 2014, párrs. 352, 731-732, 735, 810-811, 814, 819, 823, 836, 842, 844, 853, 865, 918, 928, 933, 938-939.

21 Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC 01/05-01/08-2138, 23 de febrero de 2012.

tancia hizo hincapié en que el umbral para conceder solicitudes para que las víctimas presenten pruebas es significativamente más alto que el aplicable a solicitudes para que las víctimas expresen sus opiniones y observaciones en persona. Por esta razón, a las víctimas que no alcancen el umbral para ser autorizadas a presentar prueba, aún se les puede permitir expresar sus opiniones y observaciones en persona[22] a través de declaraciones no juradas.

En la práctica, los abogados de las víctimas facilitaron la presentación de sus opiniones y observaciones solo guiando a las víctimas con algunas preguntas, y las víctimas no fueron interrogadas por las partes sino solo por los magistrados[23]. En vista de la importancia de que las víctimas puedan expresar sus puntos de vista y puedan compartir sus experiencias con los magistrados, este fue un paso importante en el reconocimiento de su victimización y de la posibilidad de contribuir a establecer la verdad. El relato de las víctimas no fue considerado como prueba, pero pudo usarse para corroborar pruebas presentadas ante la Sala[24].

2.4. Caso Ntaganda

2.4.1. Apoyar un reconocimiento amplio de los delitos de VSG

El caso Ntaganda representó un avance significativo en el reconocimiento de los crímenes de violencia sexual cometidos por miembros del mismo grupo armado al que pertenecen las víctimas[25]. De

---

22 Ibid., párr. 20.

23 Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on the presentation of views and concerns by victims a/0542/08, a/0394/08 and a/0511/08*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-2220, 24 de mayo de 2012, párrs. 7-8. V. también la transcripción de la audiencia en el caso Ntaganda del 1 de marzo de 2017, No. ICC-01/04-02/06-T-198-Red2-ENG WT, p. 3, líneas 8-24.

24 Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC 01/05-01/08-2138, 23 de febrero de 2012, párr. 19.

25 Fiscal c. Ntaganda, *Judgment*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2359, 8 de julio de 2019, párr. 965.

hecho, la Sala de Primera Instancia determinó que la CPI tiene jurisdicción sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual en virtud de los artículos 8(2)(b)(xxii) y (e)(vi) del Estatuto de la CPI cuando las víctimas pertenecen a las mismas fuerzas armadas que los presuntos autores. En particular, la Sala de Primera Instancia concluyó que estas disposiciones no se limitan a los actos que constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (CG) ni a las violaciones graves del artículo 3 común. Por lo tanto, las víctimas de estos crímenes no tienen que ser "personas protegidas" en el sentido de los Convenios de Ginebra, ni "personas que no participan activamente en las hostilidades" en el sentido del artículo 3 común, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y aquellos que se encuentran *hors de combat* por enfermedad, heridas, detención o cualquier otra causa[26]. Además, la Sala concluyó que el derecho internacional de los conflictos armados no limita el alcance de la protección contra la violencia sexual únicamente a ciertas categorías de personas, como los miembros de las fuerzas adversarias, ya que la prohibición de la violación y la esclavitud sexual es una norma imperativa[27]. Concluyó que siempre que exista un nexo con el conflicto armado, la violación y la esclavitud sexual contra cualquier persona están prohibidas y que, por lo tanto, "los miembros de la misma fuerza armada no están *per se* excluidos como posibles víctimas" de dichos crímenes de guerra[28]. En consecuencia, la violación y la esclavitud sexual cometidas por miembros de un grupo armado contra miembros de ese mismo grupo armado, en particular niños menores de 15 años, pueden ser imputadas como crímenes de guerra.

La Sala de Apelaciones confirmó este enfoque y concluyó que, si bien es probable que en muchos casos las víctimas de violación o esclavitud sexual sean en realidad "personas protegidas" o "personas que no participan activamente en las hostilidades", el derecho internacional humanitario no excluye categóricamente la protección

---

26 Fiscal c. Ntaganda, *Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-1707, 4 de enero de 2017, párr. 44.

27 Ibid., párr. 52.

28 Ibid., párr. 54.

de las víctimas de estos crímenes en las relaciones que tienen lugar dentro de una misma parte del conflicto[29]. Por lo tanto, los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual, tipificados en los artículos 8(2)(b)(xxii) y (e)(vi) del Estatuto de la CPI, pueden cometerse contra niños soldados del mismo grupo armado que el presunto autor. Los magistrados concluyeron que no existen razones de peso para limitar la condición de víctima de estos crímenes sobre la base de su estatuto jurídico, considerando que la violencia sexual nunca está justificada ni es necesaria en los conflictos armados. El criterio clave para una correcta delimitación entre crímenes de guerra y crímenes comunes es el nexo entre la conducta en cuestión y el conflicto armado, que debe cumplirse en el caso de los crímenes de guerra[30]. No es necesario determinar si las víctimas de estos crímenes de guerra son "personas protegidas" o "personas que no participan activamente en las hostilidades". Por lo tanto, los crímenes de guerra de esclavitud sexual y violación no exigen que las víctimas sean personas protegidas o personas que no participen activamente en las hostilidades. La Sala de Apelaciones reconoció el carácter aparentemente "inédito" de esta conclusión, pero consideró que la consiguiente ampliación del alcance de la responsabilidad penal por crímenes de guerra es admisible tanto en virtud del Estatuto (rechazando así las preocupaciones de la Defensa sobre el principio de legalidad) como del marco establecido del derecho internacional[31].

Estas decisiones representan una importante contribución al derecho penal internacional y confirman la irrelevancia de la identidad del autor o del grupo armado que lo recluta para la protección de las víctimas (y especialmente de los niños) frente a la violencia sexual. El enfoque propuesto por las Salas fue plenamente respaldado por los abogados de las víctimas en sus alegatos en nombre de antiguos niños soldados, especialmente niñas, que nunca fueron desplegados y estuvieron destinados en campamentos sujetos a las peores formas

---

29 Fiscal c. Ntaganda, *Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the 'Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9'*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-02/06-1962 OA5, 15 de junio de 2017, párrs. 2, 48, 63.

30 Ibid., párrs. 2 y 68.

31 Ibid., párr. 67.

de esclavitud sexual y violación. Este avance permite inequívocamente el enjuiciamiento como crimen de guerra de la violencia sexual cometida dentro de una misma parte del conflicto y, por lo tanto, cierra una brecha en la rendición de cuentas en el derecho penal internacional, permitiendo que un mayor número de víctimas participe en los procedimientos y solicite reparación.

2.5. Caso Ongwen

2.5.1. Solicitar cargos que representen el grado de victimización

En el caso Ongwen, una vez que la orden de arresto se hizo pública en enero de 2015[32], las víctimas se dieron cuenta de que la orden solo incluía un ataque contra la población civil que aparentemente formaba parte de una campaña de tales ataques realizada por el grupo del sospechoso, el Ejército de Liberación del Señor (ELS), a mediados del año 2002 en diferentes áreas del norte de Uganda. Esto generó una gran decepción entre las víctimas, quienes revelaron a sus abogadas que los crímenes que sufrieron no se produjeron por actos de violencia espontáneos o aislados, sino que formaron parte de ataques planeados, dirigidos y organizados contra ellos por el ELS y que hubo una gran cantidad de estos ataques. En particular, las víctimas indicaron que el ELS participó en un ciclo de violencia y estableció un patrón de crueldad contra civiles, a través de actos que incluyeron asesinatos, secuestros, esclavitud sexual, mutilaciones, así como incendios masivos de casas y saqueo de campamentos para desplazados internos. Además, civiles, incluidos niños, fueron secuestrados y utilizados como combatientes, porteadores y esclavos sexuales. Las víctimas también indicaron que las violaciones, la violencia y la esclavitud sexuales, así como el secuestro de niños para ser entrenados y utilizados en las hostilidades, eran crímenes generalmente cometidos por el ELS, incluso por comandantes de alto rango.

En estas circunstancias, las abogadas de las víctimas expresaron su preocupación por el limitado número de crímenes incluidos en

---

[32] Situación en Uganda, *Warrant of Arrest for Dominic Ongwen*, Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-02/04-01/15-6, 8 de julio de 2005.

la orden de arresto, que no eran representativos del alcance de la victimización sufrida por sus clientes[33]. Las víctimas y sus abogadas entablaron un diálogo constructivo con la Fiscalía que resultó en el mayor número de cargos presentados contra un encausado en ese momento[34]. Dichos cargos incluyeron no solo tres ataques más contra la población civil, sino también una gama de delitos de VSG y crímenes de alistamiento, reclutamiento y uso de niños en hostilidades, reflejando con ello las preocupaciones de las víctimas.

2.5.2. Considerar el matrimonio forzado como un delito independiente

En el caso Ongwen, un aspecto relevante para las víctimas era el hecho de que el sospechoso estaba acusado como autor directo de una serie de delitos de VSG contra al menos siete mujeres identificadas y, lo que es más importante, que los cargos incluían matrimonio y embarazo forzados. A este respecto, al confirmar los cargos contra el sospechoso, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo por primera vez ante la CPI que obligar a otra persona a servir como pareja conyugal puede equivaler, *per se*, a un acto de carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere expresamente el artículo 7(1) del Estatuto de la CPI, y que puede causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Por lo tanto, el matrimonio forzado puede calificarse como "otros actos inhumanos" en lugar de estar incluido en el delito de esclavitud sexual[35].

---

33 Fiscal c. Kony y otros, *Views and concerns of victims in relation to the proceedings against Mr. Dominic Ongwen*, No. ICC-02/04-01/05-420-Red2, 27 de enero de 2015, párr. 16.

34 Fiscal c. Ongwen, *Document Containing the Charges*, No. ICC-02/04-01/15-375-AnxA-Red, 22 de diciembre de 2015.

35 Fiscal c. Ongwen, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 de marzo de 2016, párr. 91. En el caso *Al Hassan*, la Sala de Cuestiones Preliminares llegó a una conclusión similar, que fue confirmada por la Sala de Apelaciones. Vid. Fiscal c. Al Hassan, *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed*

Las víctimas acogieron con satisfacción esta interpretación de la ley, que reconoció que las restricciones a la libertad de movimiento, los abusos sexuales reiterados, los embarazos forzados o los trabajos forzados, y en particular, el cumplimiento forzado de tareas domésticas, son todos factores que indican una situación de matrimonio forzado; y que el elemento central de este delito es la imposición del matrimonio en la víctima, en contra de su voluntad, con el consecuente estigma social que ello conlleva. Las víctimas también se mostraron satisfechas de que el daño separado y adicional causado por este delito —a diferencia del delito de esclavitud sexual u otros delitos de VSG— fuera reconocido, ya que este delito viola el derecho básico e independiente a casarse de manera consentida y formar una familia.

En el fallo posterior en el caso Ongwen, la Sala de Primera Instancia adoptó el mismo enfoque y dictó una condena por matrimonio forzado como otro acto inhumano en virtud del artículo 7(1)(k) del Estatuto de la CPI. La Sala coincidió en que obligar a otra persona a servir como pareja conyugal puede constituir un acto de carácter similar a los enumerados explícitamente en el artículo 7(1) del Estatuto y que este delito no está subsumido en el delito de esclavitud sexual[36].

Además, la Sala de Primera Instancia avanzó un paso más en la definición del concepto de coerción. Si bien tanto el Tribunal especial para Sierra Leona[37] como las salas extraordinarias de los tribunales

---

Ag Mahmoud, Sala de Cuestiones Preliminares I, No. ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, 13 de noviembre de 2019, párrs. 552-562, 638, 647-651; *Fiscal c. Al Hassan, Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense'*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/12-01/18-601-Red OA, 19 de febrero de 2020, párrs. 121-123.

36 Fiscal c. Ongwen, *Trial Judgment*, Sala de Primera Instancia IX, No. ICC-02/04-01/15-1762-Red, 4 de febrero de 2021, párrs. 2748-2753.

37 Fiscal c. Brima y otros (caso AFRC), *Judgment*, Sala de Apelaciones, No. SCSL-04-16-A, 22 de febrero de 2008, párr. 196; Fiscal c. Gbao y otros (caso RUF), *Judgment*, Sala de Apelaciones, No. SCSL-04-15-A, 26 de octubre de 2009, párr. 736.

de Camboya[38] consideraron matrimonio forzado la situación en la que la víctima es obligada a contraer matrimonio con otra persona mediante la amenaza o el uso de violencia física, en el caso Ongwen la Sala de Primera Instancia concluyó que el maltrato psicológico —que también puede consistir en aprovecharse de un entorno coercitivo— constituye igualmente una forma de coerción[39]. Esta interpretación reconoce los elementos específicos del delito, a saber, las restricciones a la libertad de movimiento, los abusos sexuales reiterados, los embarazos forzados, el trabajo forzado, en particular el cumplimiento forzado de las tareas domésticas; y el elemento central del delito, a saber, la imposición del matrimonio a las víctimas, contra su voluntad, con el consiguiente estigma social. Este enfoque fue confirmado por la Sala de Apelaciones[40].

Estas decisiones contribuyeron a consolidar la opinión de que el matrimonio forzado, cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, puede constituir el crimen de lesa humanidad de "otros actos inhumanos" si la conducta cumple dos elementos: (a) la imposición del matrimonio sin el consentimiento de la víctima; y (b) la imposición de grandes sufrimientos físicos o mentales a la víctima debido a la unión conyugal forzada. Esta definición es, por una parte, lo suficientemente amplia como para capturar adecuadamente las principales características de un delito cometido en contextos muy diferentes y, por otra, lo suficientemente restringida como para distinguirlo del delito, a menudo análogo, de esclavitud sexual. Para las víctimas, representó un logro significativo

---

38 Fiscal c. Khieu (Caso 002), *Appeal Judgmen*t, Sala de la Corte Suprema, 23 de diciembre de 2022, párrs. 1178,1185. La Sala de Primera Instancia calificó el matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad de "otros actos inhumanos" siguiendo la definición establecida por la Sala de Apelaciones del Tribunal especial para Sierra Leona: Fiscal c. Nuon y Khieu (Caso 002/02), *Judgement*, Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 2018, párr. 744.

39 Fiscal c. Ongwen, *Trial Judgment*, Sala de Primera Instancia IX, No. ICC-02/04-01/15-1762-Red, 4 de febrero de 2021, párr. 2751.

40 Fiscal c. Ongwen, *Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled 'Trial Judgment'*, Sala de Apelaciones, No. ICC-02/04-01/15-2022-Red A, 15 de diciembre de 2022, párr. 1024.

en cuanto al reconocimiento de sus perjuicios específicos y del impacto de este delito en sus vidas y en las vidas de sus hijos nacidos de una violación.

3. INICIATIVAS PARA REPARAR EL DAÑO SUFRIDO POR LAS VÍCTIMAS

Desde las primeras condenas dictadas por la Corte, los abogados de las víctimas han desempeñado un papel importante al abogar por el pleno reconocimiento del daño sufrido por las víctimas, así como por medidas de reparación que aborden plenamente sus necesidades. Han solicitado que se reconozca el principio de que, incluso en situación de indigencia, las personas condenadas están obligadas a reparar el daño causado, y han promovido las modalidades de reparación más adecuadas a las circunstancias. Además, han solicitado la consideración judicial de todo tipo de daño, incluido el daño transgeneracional, y, en caso de absoluciones, la prestación de asistencia a las víctimas por parte del Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas (FFV). Finalmente, los abogados de las víctimas han colaborado con el FFV durante la fase de implementación de las reparaciones.

3.1. Caso Lubanga

3.1.1. Buscar la responsabilidad personal del condenado frente a las víctimas

El caso Lubanga fue el primer proceso en el que se activó el procedimiento de reparación. El 7 de agosto de 2012, la Sala de Primera Instancia emitió su decisión sobre los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones. En particular, si bien Lubanga no fue condenado por delitos de VSG, la Sala consideró que la Corte debía formular e implementar indemnizaciones adecuadas para las víctimas de violencia sexual y de género[41]. Además, la Sala no consideró

---

41 Fiscal c. Lubanga, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations,* Sala de Primera Instancia I, No. ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párr. 207.

necesario ejercer su competencia durante todo el procedimiento de reparación y se abstuvo de dictar una orden de reparación contra el condenado debido a su indigencia[42]. En cambio, determinó que las reparaciones debían concederse "a través" del FFV y encomendó a este último la doble función de determinar y aplicar las modalidades de reparación adecuadas[43].

Este enfoque causó decepción entre las víctimas y dio lugar a varias apelaciones. En particular, las víctimas cuestionaron que la persona condenada no fuera considerada responsable de las reparaciones y que funciones judiciales fueran delegadas en el FFV.

Tras conceder las apelaciones interpuestas por los abogados de las víctimas, la Sala de Apelaciones emitió una orden de reparación modificada. La aclaración conceptual más importante de la Sala fue el establecimiento del principio de responsabilidad del condenado frente a las víctimas, que complementa la dimensión punitiva de la CPI. En particular, la Sala reconoció el "principio de responsabilidad de reparar el daño", que se deriva "de la responsabilidad penal individual" del autor. Especificó que la responsabilidad del infractor debe ser "expresada" mediante una orden "contra" el condenado y que la indigencia de este no impide imponerle la responsabilidad por las reparaciones[44].

Por un lado, estas conclusiones representaron una clara victoria para las víctimas que buscaban un reconocimiento judicial explícito de la responsabilidad de la persona condenada, independientemente de la indigencia de esta última. Por otro lado, resultaron decepcionantes para las víctimas de delitos de VSG que buscaban reparación por el daño sufrido, ya que Lubanga solo podía ser considerado responsable de reparar a las víctimas de los delitos por los que fue condenado. En consecuencia, esta categoría de víctimas solo pudo

---

42 Ibid., párrs. 261-262, 269.

43 Ibid., párrs. 284-287.

44 Fiscal c. Lubanga, *Judgment on the appeals against the 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations' of 7 August 2012 with amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2,* Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/06-3129 A A2 A3, 3 de marzo de 2015, párrs. 70, 99-101.

beneficiarse de las "actividades de asistencia" realizadas por el FFV en la RDC[45].

3.2. Caso Katanga

3.2.1. Situar a las víctimas en el centro del procedimiento de reparación

La orden de reparación en el caso Katanga constituyó una de las primeras decisiones importantes sobre reparaciones en la práctica de la Corte[46], precedida por la del caso Lubanga, que fue parcialmente modificada por la Sala de Apelaciones[47].

La orden de reparación en Katanga se basó en los principios y en el derecho procesal y sustantivo desarrollados en el caso Lubanga, pero profundizó por primera vez en ciertos aspectos del sistema de reparaciones de la CPI, incluyendo la cuantificación del daño sufrido por las víctimas y la concesión de reparaciones individuales. De este modo, la orden puso a las víctimas en el centro del procedimiento de reparación.

La Sala recordó que las órdenes de reparación en virtud del artículo 75 del Estatuto deben, entre otras cosas, definir el daño infligido a las víctimas directas e indirectas como consecuencia de los delitos por los que el acusado fue condenado, determinar las modalidades de reparación e identificar a las víctimas que pueden beneficiarse de las indemnizaciones o establecer los criterios de elegibilidad[48]. A este

---

45 Ibid., párrs. 198-199. De conformidad con la regla 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba y la norma 50 del Reglamento del Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas, el FFV tiene dos mandatos: (a) implementar las indemnizaciones otorgadas por las Salas; y (b) brindar asistencia en forma de programas médicos, psicológicos y sociales a las víctimas y sus familias dentro de la competencia de la Corte. Ibid., párr. 107.

46 Fiscal c. Katanga, *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3728, 24 de marzo de 2017.

47 Vid. supra notas 41, 44.

48 Fiscal c. Katanga, *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3728, 24 de marzo de 2017, párr. 31.

respecto, la Sala concluyó que, a efectos de reparación, se consideran víctimas quienes sufrieron daños como consecuencia de un delito de la competencia de la CPI, siempre que estos delitos correspondan a aquellos por los que el acusado fue condenado. Si bien las víctimas deben haber sufrido el daño personalmente, se pueden otorgar reparaciones a víctimas directas e indirectas (siendo estas últimas quienes sufrieron daño como consecuencia de un perjuicio sufrido por una víctima directa)[49].

El enfoque adoptado por la Sala en este caso planteó la cuestión fundamental de si el régimen de reparaciones de la CPI centrado en el autor del crimen puede, y de qué manera, reparar los daños en situaciones concretas sin generar más daño ni división social. Estas tensiones son aún más evidentes en procedimientos donde los patrones de victimización reflejados en el análisis de los crímenes y en los cargos pueden privilegiar el daño sufrido por un grupo y dejar de lado la victimización sufrida por otros grupos. A este respecto, es fundamental destacar que las reparaciones van más allá de responder a las necesidades básicas de las víctimas. Deben responder al impacto real de los crímenes en sus vidas y, al mismo tiempo, ser percibidas como esfuerzos sinceros de la sociedad en su conjunto para reconocer lo sucedido y brindar justicia a las víctimas.

La implementación de las reparaciones en el caso Katanga concluyó en 2024 y se clausuró con una ceremonia simbólica celebrada en Bunia, provincia de Ituri (RDC), en abril de 2024. Durante dicha ceremonia, los beneficiarios de las reparaciones tuvieron la oportunidad de explicar el impacto que las medidas de reparación habían tenido en ellos y de reunirse con el magistrado presidente de la Sala que ordenó las reparaciones. Las víctimas valoraron enormemente la posibilidad de interactuar con un magistrado como expresión de reconocimiento de su sufrimiento. En enero de 2025, la Sala de Primera Instancia concluyó el procedimiento de reparación en este caso, señalando que Katanga sigue estando obligado a reembolsar al FFV si su situación financiera cambia[50].

---

49 Ibid., párrs. 35, 37.

50 Fiscal c. Katanga, *Decision on the conclusion of the reparations proceedings*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3935, 30 de enero de 2025, párrs. 13-14.

3.2.2. Reconocer los diferentes tipos de daño sufrido por las víctimas

En el caso Katanga, las víctimas que solicitaban reparaciones debían demostrar su identidad y la relación causal entre el daño sufrido y el delito o delitos cometidos en Bogoro (RDC) por los que el acusado fue condenado. En este sentido, la Sala de Primera Instancia reconoció que las víctimas podían no tener acceso a elementos de prueba que demostrasen el perjuicio sufrido debido a la destrucción o a la pérdida de documentos durante el ataque y al tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos (14 años al momento de la emisión de la orden de reparación). En consecuencia, los magistrados determinaron que el criterio aplicable era el de la "preponderancia de la prueba", en lugar del criterio más exigente de "más allá de toda duda razonable". Esto significa que las víctimas debieron demostrar que era más probable que hubieran sufrido daños como consecuencia de alguno de los delitos por los cuales Katanga fue condenado que lo contrario. Para llegar a esta conclusión, la Sala se basó, entre otras, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las salas extraordinarias de los tribunales de Camboya[51]. Por razones similares, la Sala concluyó que era apropiado el uso de presunciones y de pruebas indirectas para establecer ciertos hechos en el caso[52].

Al abordar las reclamaciones de reparación, la Sala de Primera Instancia consideró diversos tipos de daños sufridos por las víctimas. Para todas las reclamaciones por daños materiales, la Sala estableció como criterio si el daño estaba relacionado con los delitos por los que Katanga fue condenado, si las pruebas presentadas respaldaban las alegaciones y, de determinarse la existencia del daño, el alcance adecuado de las reparaciones al momento de la adjudicación[53].

---

51 Fiscal c. Katanga, *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3728, 24 de marzo de 2017, párrs. 48-50.

52 Ibid., párrs. 57-61.

53 Ibid., párr. 77.

En lo que respecta a reclamaciones relativas a la destrucción de viviendas, anexos y edificios de oficinas o empresas, la Sala determinó que los daños se produjeron durante el ataque, que los demandantes habían aportado prueba de su propiedad y que las reparaciones eran adecuadas[54]. Para las reclamaciones relacionadas con la destrucción o saqueo de muebles, objetos personales y mercancías, la Sala afirmó que existía una conexión entre los presuntos daños y el ataque. Si bien existían dudas sobre la capacidad de los demandantes para probar que los artículos habían sido destruidos, la Sala reconoció la presunción de que quienes vivían en las propiedades destruidas las poseían en ese momento[55].

En lo que respecta a las reclamaciones relacionadas con el saqueo de ganado, cultivos y la destrucción de campos, la Sala halló una relación causal entre los daños y los delitos. Reconoció que la agricultura era un aspecto importante en la supervivencia personal y comercial de muchos habitantes de Bogoro. Si bien era difícil establecer la propiedad agrícola a nivel individual, la Sala reconoció la presunción de que, al establecerse la posesión de una vivienda, existía también un interés agrícola[56]. Además, la Sala decidió que era imposible evaluar los intereses agrícolas comerciales, pero que existían pruebas suficientes para determinar que las víctimas utilizaban la agricultura para el consumo individual y para fijar las reparaciones[57]. Finalmente, la Sala concluyó que carecía de competencia para la cuestión de la destrucción del patrimonio familiar, ya que se trataba esencialmente de una cuestión de derecho congoleño[58].

Los abogados de las víctimas también indicaron diversas formas de daños psicológicos sufridos por las víctimas: daño por la muerte de uno de los padres durante el ataque, daño a los presentes durante el ataque, daño transgeneracional, pérdida de un modo de vida, pérdida de oportunidad y exilio forzado. En particular, la cuestión del daño relacionado con la muerte de uno de los padres durante el

---

54 Ibid., párrs. 78-79, 81-83, 85.
55 Ibid., párrs. 89-92.
56 Ibid., párrs. 97-99.
57 Ibid., párr. 101.
58 Ibid., párr. 107.

ataque (extensible a otros miembros de la familia según la estructura social de Bogoro) planteó una cuestión esencial para la Sala: si se podían conceder reparaciones por daños indirectos. En este sentido, la Sala consideró adecuadas las reparaciones siempre que las víctimas pudieran demostrar que el daño psicológico fue consecuencia directa de la muerte de un progenitor o familiar, que existía un vínculo familiar directo entre la víctima y el fallecido, que la muerte fue consecuencia del ataque a Bogoro y que existía una relación personal entre la víctima y el fallecido[59].

En cuanto a los daños psicológicos individuales relacionados con la experiencia del ataque del 24 de febrero de 2003, la Sala reconoció la brutalidad del ataque, su potencial para causar daños psicológicos y que haber estado presente durante el ataque era en sí mismo suficiente para establecer la presunción de un trauma personal[60]. En cuanto al daño transgeneracional, la Sala no encontró una relación causal suficiente entre los delitos cometidos y las alegaciones de daños psicológicos transmitidos a los hijos de las víctimas[61].

Finalmente, en cuanto a la valoración de los daños, la Sala determinó que la fecha de la valoración debía ser la del dictado del fallo[62]. Para la aplicación de los estándares económicos, la Sala creó un sistema dual en el que los daños materiales se valoraron en función del lugar donde ocurrieron y los daños físicos y psicológicos a nivel universal, por estar relacionados con los intereses de la humanidad[63].

La Sala de Apelaciones confirmó el enfoque general adoptado por la Sala de Primera Instancia, incluyendo el uso de presunciones para determinar el daño, tanto material como inmaterial, y para asignar un valor monetario. Concluyó, entre otras cosas, que los procedimientos para indemnizar a las víctimas por el daño sufrido, a menudo años atrás, deben ser lo más rápidos y económicos posible, evitando así litigios innecesariamente prolongados, complejos y costosos; que recurrir a presunciones de hecho en procedimientos de reparación

---

59 Ibid., párr. 122.
60 Ibid., párr. 129.
61 Ibid., párr. 134.
62 Ibid., párr. 185.
63 Ibid., párrs. 191, 226, 230, 232, 236.

cae dentro de la discreción de la Sala de Primera Instancia; y que no fue excesivo que la Sala presumiera que los habitantes de Bogoro sufrieron daños psicológicos como consecuencia de la pérdida de sus familiares, cercanos o lejanos[64].

3.2.3. Asociar el tipo de reparación con el tipo de daño sufrido por las víctimas

En el caso Katanga, la Sala de Primera Instancia consideró oportuno otorgar reparaciones tanto individuales como colectivas[65]. Concluyó que las reparaciones colectivas evitan la estigmatización, responden a necesidades comunes y a la complejidad del daño sufrido por las diferentes víctimas, y promueven la reconciliación[66]. A su vez, las reparaciones individuales evitan que las víctimas se sientan excluidas o marginadas, las reconocen individualmente y les permiten recuperar su autonomía y tomar sus propias decisiones en función de sus necesidades reales[67].

En cuanto a las reparaciones individuales, la Sala se centró en la indemnización. En particular, los magistrados realizaron por primera vez una determinación cuantitativa del daño sufrido por cada víctima[68]. La Sala de Apelaciones no halló ningún error en este enfoque, si bien expresó su preocupación por el hecho de que presentar un análisis individual, en particular en circunstancias en las que una indemnización individual posterior no guarda relación con dicho

---

64 Fiscal c. Katanga, *Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled 'Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute'*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/07-3778-Red A3 A4 A5, 8 de marzo de 2018, párrs. 64, 75, 126.

65 Fiscal c. Katanga, *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3728, 24 de marzo de 2017, párrs. 281, 306.

66 Ibid., párr. 289.

67 Ibid., párrs. 284-285.

68 Ibid., párrs. 237-239.

análisis detallado, parecía ser contrario a la necesidad de un procedimiento justo y expedito[69].

En cuanto a las reparaciones colectivas, la Sala de Primera Instancia consideró adecuadas las medidas propuestas por los abogados de las víctimas, que apoyaban el alojamiento, las actividades generadoras de ingresos, la educación y el bienestar psicológico[70]. De acuerdo con el proyecto de plan de ejecución presentado por el FFV[71], la asistencia para el alojamiento puede consistir en la construcción de una vivienda con mobiliario básico, la ampliación de la vivienda actual, la compra de un terreno o la asistencia para el pago del alquiler[72]. La asistencia educativa puede incluir el pago de las matrículas escolares de primaria o secundaria y los gastos relacionados de los hijos de las víctimas[73]. Las actividades generadoras de ingresos pueden incluir el pago de la matrícula y la enseñanza universitaria, y la formación profesional en pequeñas empresas como la confección y la conducción de taxis, la ganadería, la agricultura y la pesca. La formación en el desarrollo de planes de negocio y el suministro de kits empresariales —como máquinas de coser y materiales para la confección de ropa, o ganado, semillas y aperos agrícolas— son otras actividades de este tipo[74]. La rehabilitación psicológica puede incluir sesiones de terapia individuales enfocadas en el trauma y sesiones de terapia grupal[75]. Para efectos de la implementación de las reparaciones, el FFV creó categorías que representaban la proporcionalidad entre las repara-

---

69 Fiscal c. Katanga, *Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled 'Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute'*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/07-3778-Red A3 A4 A5, 8 de marzo de 2018, párrs. 69-73.

70 Fiscal c. Katanga, *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3728, 24 de marzo de 2017, párr. 304.

71 Fiscal c. Katanga, *Draft implementation plan relevant to Trial Chamber II's order for reparations of 24 March 2017 (ICC-01/04-01/07-3728*), No. ICC-01/04-01/07-3751-Red, 25 de julio de 2017.

72 Ibid., párr. 124.

73 Ibid., párr. 126.

74 Ibid., párr. 128.

75 Ibid., párr. 130.

ciones colectivas y los diferentes grados de los tipos de daño sufridos por las víctimas[76].

3.3. Caso Bemba

3.3.1. Fomentar la asistencia a las víctimas tras un fallo absolutorio

En 2016, la Sala de Primera Instancia en el caso Bemba condenó al acusado, presidente y comandante en jefe del Movimiento de Liberación del Congo (MLC), por crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) y crímenes de guerra (asesinato, violación y saqueo) cometidos por sus tropas en la República Centroafricana (RCA) entre 2002 y 2003[77]. Fue sentenciado a 18 años de prisión[78].

Este caso fue el primero ante la CPI en declarar culpable a un acusado en base a la responsabilidad de mando del artículo 28 del Estatuto de la CPI, y el primero que incluyó una condena por violación, reconocida como instrumento usado para aterrorizar a la población civil en la RCA[79]. La Sala de Primera Instancia se centró en la responsabilidad de mando de Bemba, indicando que el acusado tenía autoridad, pero no actuó para prevenir, reprimir, investigar ni enjuiciar adecuadamente los crímenes que sabía que estaban cometiendo las tropas bajo su mando y control[80].

Sin embargo, en 2018 la Sala de Apelaciones revocó, por una mayoría de tres magistrados, el fallo de la Sala de Primera Instancia y absolvió al encausado, al considerar que su condena excedía los hechos y circunstancias descritos en los cargos formulados contra él y

---

76 Ibid., párr. 84.

77 Fiscal c. Bemba Gombo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016.

78 Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016.

79 Fiscal c. Bemba Gombo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 567.

80 Ibid., párrs. 705, 717, 734, 741-742.

se negó a permitir un nuevo juicio sobre los hechos que consideró fuera del alcance del fallo inicial de la Sala de Primera Instancia[81].

Esta absolución fue muy decepcionante para las víctimas, ya que permitía que comandantes militares pudieran eludir su responsabilidad penal por los crímenes cometidos por fuerzas bajo su autoridad, mando y control efectivos: tan pronto como pudieran demostrar que se encontraban lo suficientemente lejos del campo de batalla, la CPI podría concluir que no pudieron tomar todas las medidas "necesarias y razonables dadas las circunstancias" para prevenir o reprimir los crímenes[82]. Este factor exculpatorio es muy cuestionable, especialmente dada la tecnología disponible hoy en día. De hecho, con la tecnología moderna, no es necesario estar en una zona de guerra activa para tener autoridad, control o mando efectivos sobre las tropas.

Además, la sentencia de apelación supuso un duro golpe para las numerosas víctimas de violación, cometida a gran escala y de manera sistemática por tropas del MLC en la RCA. Miles de víctimas sufrieron enormemente los abusos cometidos y esperaban con ansias una reparación por el daño sufrido, que aún hoy tiene graves consecuencias en sus vidas.

Debido a que el acusado fue finalmente absuelto, el procedimiento de reparación concluyó, a pesar del intento de los abogados de las víctimas de persuadir a la Sala de Primera Instancia para que, pese a ello, estableciera principios que pudieran aplicarse a futuros procedimientos de reparaciones ante otros foros (como los nacionales) para las personas que habían estado en contacto con la Corte durante el caso. Para ello, los abogados solicitaron, en vano, que la Sala reconociera el alcance y la extensión de la victimización, o, en otras palabras, los daños sufridos por las víctimas como consecuencia de los hechos[83].

---

81 Fiscal c. Bemba Gombo, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's 'Judgment pursuant to Article 74 of the Statute'*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/05-01/08-3636-Red A, 8 de junio de 2018, párrs. 196-198.

82 Ibid., párrs. 169-170.

83 Fiscal c. Bemba Gombo, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the re-*

Además, tal orden también habría tenido la ventaja de orientar al FFV en su mandato de asistencia y de proporcionarle información valiosa para implementarlo de manera rápida, puntual y adecuada, en particular en beneficio de las víctimas ya reconocidas en el caso. De hecho, inmediatamente después de dictarse la sentencia de apelación, el FFV anunció su intención de acelerar el lanzamiento de su programa de asistencia en la RCA, consistente en rehabilitación física y psicológica, así como apoyo material, para las víctimas y sus familias[84].

3.4. Caso Ntaganda

3.4.1. Reconocer el daño que sufren todas las víctimas de delitos de VSG

Si bien todas las víctimas deben recibir un trato justo, las Salas también han indicado que puede ser necesario dar prioridad a ciertas víctimas que están en una situación particularmente vulnerable o requieren asistencia urgente, incluidas las víctimas de VSG.

A este respecto, en el caso Ntaganda, la Sala de Primera Instancia determinó en 2019 que varias mujeres miembros del grupo armado del acusado, incluidas niñas menores de 15 años, quedaron embarazadas durante su permanencia en el grupo al ser violadas regularmente y estar sometidas a violencia sexual, y que niños podrían haber nacido como resultado de violaciones y esclavitud sexual cometidas contra la población civil[85].

---

parations proceedings, No. ICC-01/05-01/08-3649, 12 de julio de 2018, párrs. 40-65.

84 FFV, *Following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, 13 de junio de 2018. Vid. también FFV, *Communication from the Chair of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims to the President of the Assembly of States Parties*, 13 de junio de 2018.

85 Fiscal c. Ntaganda, *Judgment*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2359, 8 de julio de 2019, párrs. 407-409; Fiscal c. Ntaganda, Sentencing judgment, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2442, 7 de noviembre de 2019, párr. 113

En 2021, la Sala de Primera Instancia abordó la situación de los niños nacidos de violación y esclavitud sexual a efectos de reparación. Sobrepasando las alegaciones de los abogados de las víctimas, la Sala determinó que los niños nacidos de violación y esclavitud sexual pueden ser considerados "víctimas directas", ya que el daño sufrido es "consecuencia directa de la comisión de los delitos de violación y esclavitud sexual"[86]. En cambio, otros niños que no nacieron de violación ni esclavitud sexual, pero que son hijos de mujeres y niñas víctimas de violación o esclavitud sexual en el contexto de los delitos por los que Ntaganda fue condenado pueden ser considerados víctimas indirectas de dichos delitos, ya que pueden haber sufrido perjuicios como consecuencia del daño sufrido por las víctimas directas[87]. La Sala añadió que reconocer a los niños nacidos de violación y esclavitud sexual como víctimas directas en lugar de indirectas es "un reconocimiento del daño particular que sufrieron y puede constituir una medida adecuada de satisfacción", además de otras formas de reparación que se les puedan otorgar[88].

Estas conclusiones son congruentes con el hecho de que los niños nacidos como consecuencia de la violencia sexual experimentan los mayores niveles de rechazo a su regreso. Puede que a estos niños se les impida asistir a la escuela, lo que a su vez les priva de la oportunidad de salir de la pobreza. Es posible que no puedan casarse ni formar una familia, lo que también puede privarlos de seguridad emocional y financiera. Se les puede negar el acceso a la tierra y a actividades productivas, lo que también puede obligarlos a vivir en la pobreza y, a menudo, a reubicarse lejos de su entorno familiar para vivir en lugares donde se beneficiarían del anonimato[89]. En este sentido, la Sala de Apelaciones confirmó en 2022 que este tipo de daños son consecuencia directa de la comisión de los delitos de violación y esclavitud sexual y que, por lo tanto, convierten a los niños nacidos

---

86 Fiscal c. Ntaganda, *Reparations Order*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2659, 8 de marzo de 2021, párr. 122.

87 Idem.

88 Ibid., párr. 123.

89 Vid. Joanne Neenan, *Closing the protection gap for children born of war: Addressing stigmatisation and the intergenerational impact of sexual violence in conflict*, LSE, 2017, p. 9.

como consecuencia de la violación y la esclavitud sexual en víctimas directas de estos delitos[90].

3.5. Caso Ongwen

3.5.1. Identificar el tipo de reparaciones apropiado para las víctimas

En el caso Ongwen, los abogados de las víctimas enfatizaron la dimensión adicional específica del perjuicio del matrimonio forzado en la cultura acholi y la consiguiente magnitud del trauma mental y moral resultante de la imposición, mediante amenaza o fuerza derivadas de las palabras o la conducta del autor, de una unión conyugal forzada y de una relación de exclusividad entre la "pareja". Dado que todo el tejido social acholi se organiza en torno a la familia, lo ocurrido a las niñas secuestradas por el ELS no solo fue criminal, sino que se alejó de sus referentes culturales. Las niñas fueron secuestradas y obligadas a casarse con personas a la que ni ellas ni sus familias conocían. Los autores de estos crímenes eran percibidos como autores de atrocidades contra sus suegros al golpearlas, violarlas, robarlas o incluso asesinarlas. No era posible forjar relaciones familiares con los captores que habían herido e incluso asesinado a sus familiares[91].

Un número significativo de niñas, que fueron secuestradas y violadas en la selva, regresaron a sus comunidades con sus hijos nacidos en cautiverio. Muchas de ellas fueron, y siguen siendo, estigmatizadas y rechazadas por su comunidad de origen. Lo que estas niñas vivieron durante su cautiverio a menudo sigue siendo un tabú en sus familias y comunidades. Su situación ambigua al regresar (es decir, llevar el sello de haber sido casadas a la fuerza en la selva, sin haberse celebrado un matrimonio oficial según las tradiciones acholi) gene-

---

90 Fiscal c. Ntaganda, *Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VI of 8 March 2021 entitled 'Reparations Order',* Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-02/06-2782 A4 A5, 12 de septiembre de 2022, párrs. 652-653, 661.

91 Fiscal c. Ongwen, *Public redacted version of Common Legal Representative of Victims' Closing Brief (ICC-02/04-01/15-1720-Conf),* No. ICC-02/04-01/15-1720-Red, 28 de febrero de 2020, párr. 88.

ró varias dificultades, desde la identidad hasta su subsistencia diaria y problemas de tierras. En la cultura acholi, cuando una mujer se casa recibe una tierra que, a pesar de que nunca posee, puede usar para cultivar y alimentar a su familia. Cuando una madre regresa con hijos nacidos en la selva, no recibe una tierra para cultivar y alimentar a su familia. Además, estos niños no solo sufren la complejidad de su situación familiar, sino también problemas de salud debido a las circunstancias de su nacimiento[92].

En estas situaciones, al determinar qué pueden ser reparaciones transformadoras para los niños nacidos en cautiverio del ELS, la Sala de Primera Instancia subrayó que los niños sufren daños específicos y necesitan urgentemente apoyo psicosocial, acceso a la educación, la salud, la tierra y medios de vida futuros[93]. En este sentido, capacitar a sus madres para gestionar mejor física, económica y emocionalmente las exigencias de la "maternidad forzada" y los efectos persistentes de los delitos de VSG probablemente mejorará las oportunidades de vida de sus hijos y aliviará las complejidades de la relación madre-hijo. Proyectos de subsistencia en los que los niños nacidos de violación se asocian con otros niños vulnerables y "contribuyen" a las comunidades también pueden mejorar su seguridad económica, a la vez que contrarrestan los estereotipos perjudiciales contra ellos[94].

4. CONCLUSIÓN

Desde el inicio de las actividades de la CPI, los abogados de las víctimas han buscado promover el derecho de estas a participar en los procedimientos y a obtener reparaciones. Como lo ilustran los ejemplos analizados en este capítulo, estas iniciativas a menudo han dado lugar a mecanismos eficaces y eficientes para hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

---

92 Ibid., párr. 89.

93 Fiscal c. Ongwen, *Reparations Order*, Sala de Primera Instancia IX, No. ICC-02/04-01/15-2074, 28 de febrero de 2024, párr. 414.d.

94 Ibid., párrs. 617, 621, 625, 637.

Sin embargo, siempre existe el riesgo de que estos mecanismos carezcan de propósito si no existe una disposición a interpretar ampliamente las disposiciones pertinentes, también por parte de la fiscalía y el poder judicial. Por lo tanto, si bien la CPI, a través de su práctica, ha allanado el camino para una participación y reparación significativas y de impacto de las víctimas, es necesario un esfuerzo constante por parte de los abogados para garantizar que sigan siendo satisfactorias y adecuadas.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, Fiscal c. Al Hassan, *Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/12-01/18-601-Red OA, 19 de febrero de 2020

CPI, Fiscal c. Al Hassan, *Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Sala de Cuestiones Preliminares I, No. ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, 13 de noviembre de 2019

CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC 01/05-01/08-2138, 23 de febrero de 2012.

CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on the presentation of views and concerns by victims a/0542/08, a/0394/08 and a/0511/08*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-2220, 24 de mayo de 2012,

CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-3399, 21 de junio de 2016.

CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Sala de Primera Instancia III, No. ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016.

CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's, Judgment pursuant to Article 74 of the Sta-*

tute, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/05-01/08-3636-Red A, 8 de junio de 2018,

CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, *Corrigendum - Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-1665-Corr, 1 de diciembre de 2009.

CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, *Decision authorising the appearance of Victims a/0381/09, a/0018/09, a/0191/08, and pan/0363/09 acting on behalf of a/0363/09*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-2517-tENG, 9 de noviembre de 2010.

CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui, *Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-1788-tENG, 22 de enero de 2010.

CPI, Fiscal c. Katanga, *Decision on the conclusion of the reparations proceedings*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3935, 30 de enero de 2025,

CPI, Fiscal c. Katanga, *Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/07-3778-Red A3 A4 A5, 8 de marzo de 2018,

CPI, Fiscal c. Katanga, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, No. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Sala de Primera Instancia II, 7 de marzo de 2014.

CPI, Fiscal c. Katanga, *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut*, Sala de Primera Instancia II, No. ICC-01/04-01/07-3728, 24 de marzo de 2017.

CPI, Fiscal c. Lubanga, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, Sala de Primera Instancia I, No. ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012.

CPI, Fiscal c. Lubanga, *Judgment on the appeals against the Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations of 7 August 2012 with amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-01/06-3129 A A2 A3, 3 de marzo de 2015

CPI, Fiscal c. Lubanga, *Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, Sala de Primera Instancia I, No. ICC-01/04-01/06-2049, 14 de julio de 2009.

CPI, Fiscal c. Lubanga, *Joint Application of the Legal Representatives of the Victims for the Implementation of the Procedure under Regulation 55 of the Regulations of the Court*, No. ICC-01/04-01/06-1891-tENG, 22 de mayo de 2009.

CPI, Fiscal c. Lubanga, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute,* Sala de Primera Instancia I, No. ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012.

CPI, Fiscal c. Lubanga, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito,* adjunta al final del fallo de la Sala de Primera Instancia I, 14 de marzo de 2012.

CPI, Fiscal c. Ntaganda, *Judgment*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2359, 8 de julio de 2019.

CPI, Fiscal c. Ntaganda, *Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-02/06-1962 OA5, 15 de junio de 2017.

CPI, Fiscal c. Ntaganda, *Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VI of 8 March 2021 entitled Reparations Order*, Sala de Apelaciones, No. ICC-01/04-02/06-2782 A4 A5, 12 de septiembre de 2022.

CPI, Fiscal c. Ntaganda, *Reparations Order*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2659, 8 de marzo de 2021.

CPI, Fiscal c. Ntaganda, *Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-1707, 4 de enero de 2017.

CPI, Fiscal c. Ntaganda, *Sentencing judgment*, Sala de Primera Instancia VI, No. ICC-01/04-02/06-2442, 7 de noviembre de 2019.

CPI, Fiscal c. Ongwen, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 de marzo de 2016.

CPI, Fiscal c. Ongwen, *Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled Trial Judgment*, Sala de Apelaciones, No. ICC-02/04-01/15-2022-Red A, 15 de diciembre de 2022,

CPI, Fiscal c. Ongwen, *Trial Judgment*, Sala de Primera Instancia IX, No. ICC-02/04-01/15-1762-Red, 4 de febrero de 2021.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, Fiscal c. Brima & otros, *Judgment*, Sala de Apelaciones, No. SCSL-04-16-A, 22 de febrero de 2008.

TESL, Fiscal c. Gbao & otros, *Judgment*, Sala de Apelaciones, No. SCSL-04-15-A, 26 de octubre de 2009.

Doctrina

McGonnigle, B., 2011, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings, Intersentia.*

Odier Contreras-Garduño, D., 2018, *Collective Reparations: Tensions and Dilemmas between Collective Reparations with the Individual Right to Receive Reparations, Intersentia.*

Friman, H., 2009, *The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings?, Leiden Journal of International Law* 22/3.

Tibori-Szabó, K. & Hirst, M., (eds.), 2017, *Victim Participation in International Criminal Justice: Practitioners' Guide, Springer.*

Informes, resoluciones y otros documentos

CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, *Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings,* No. ICC-01/05-01/08-3649, 12 de julio de 2018,

CPI, Fiscal c. Katanga, *Draft implementation plan relevant to Trial Chamber II's order for reparations of 24 March 2017 (ICC-01/04-01/07-3728),* No. ICC-01/04-01/07-3751-Red, 25 de julio de 2017.

CPI, Fiscal c. Kony & otros, *Views and concerns of victims in relation to the proceedings against Mr. Dominic Ongwen*, No. ICC-02/04-01/05-420-Red2, 27 de enero de 2015.

CPI, Fiscal c. Ongwen, *Document Containing the Charges*, No. ICC-02/04-01/15-375-AnxA-Red, 22 de diciembre de 2015.

CPI, Fiscal c. Ongwen, *Public redacted version of Common Legal Representative of Victims' Closing Brief (ICC-02/04-01/15-1720-Conf)*, No. ICC-02/04-01/15-1720-Red, 28 de febrero de 2020.

CPI, Situación en Uganda, *Warrant of Arrest for Dominic Ongwen*, Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-02/04-01/15-6, 8 de julio de 2005.

Parte I
EL ENFOQUE PEDAGÓGICO

1. Reflexiones sobre una cultura ciudadana del perdón como fundamento filosófico-educativo sobre el que se construye la Clínica Jurídica Internacional

HÉCTOR OLASOLO*

1. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTANTE CONTRASTE ENTRE EL ALTO GRADO DE SOFISTICACIÓN TECNOLÓGICA Y LA AUSENCIA DE EVOLUCIÓN ÉTICO-MATERIAL EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DEL SIGLO XXI

Uno de los aspectos más llamativos de la actual etapa de la sociedad internacional es que la evolución de sus estándares ético-mate-

* Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olasolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional ('IIH'), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y el programa de Maestría en Derecho Internacional. El Prof. Olasolo es, asimismo, el director académico de las redes de investigación sobre Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado transnacional. Ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Países Bajos (2010-2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004-2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002).

riales no ha seguido el mismo proceso que su desarrollo tecnológico. Hoy en día somos capaces de crear robots tan tecnológicamente desarrollados que pueden viajar durante casi una década para aterrizar en cometas que se encuentran a más de quinientos millones de años luz. Sin embargo, seguimos estructurando la sociedad internacional en torno a criterios de organización social, política y económica que han permanecido inalterados durante siglos, como los relativos a la maximización de las tasas de ganancia y producción, y el incremento del control político y militar.

Para un observador razonable, resulta impactante constatar que, a pesar de la sofisticación en su desarrollo tecnológico, el 53% de los seres humanos continuaban viviendo hace una década en situación de pobreza, con un ingreso diario de menos de 3 dólares, que obtenían al margen de toda contratación laboral (informalidad o mercado negro)[1]. Ese mismo observador se quedaba asimismo perplejo al observar que dos terceras partes del 47% restante, pasaban sus días luchando por no caer en el pozo de la pobreza[2]. Esta situación era fruto, en gran medida, de los siguientes factores característicos de la sociedad internacional: (a) la marcada tendencia de sus principales actores a la guerra y al desarrollo de tecnología militar; (b) la enorme disparidad en el desarrollo socio-económico de sus miembros, la cual se ve fomentada por una constante "financierización" de la economía; (c) la profunda degradación física del medio ambiente; y (d) la notable degradación espiritual fruto de nuestros criterios ético-materiales de actuación[3].

---

1 Banco Mundial, 2014, *Povcal Net;* al abrir la página se encuentra la estadística de varios años (2011, 2010, 2008, 2005, 2002, 1999, 1996, 1993, 1990, 1987, 1984, 1981) con base en la línea de pobreza extrema de $1.25. Para cambiar a una línea de pobreza de $3.00 es necesario modificar el espacio que se encuentra a la derecha en la tabla denominada: Replicate the World Bank's regional aggregation, tras las palabras: "Second, input your poverty line".

2 Idem.

3 Allott, P., 2002, The Health of Nations: Society and Law beyond the State. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press.; a estos factores, autores como Philip Allott añaden también la opresión gubernamental al servicio de las clases dirigentes, al entender que en el mejor de los casos, los ciudadanos tienen que hacer verdaderos esfuerzos para controlar la tendencia

Desde entonces, a raíz especialmente de la intensificación de los conflictos armados en diversas regiones del mundo y de las nuevas pandemias regionales y globales (particularmente dañina fue la pandemia de Covid-19, que comenzó en el año 2020, pero cuyos efectos se sintieron con fuerza hasta, al menos, 2022), la situación en términos globales no solo no ha mejorado, sino que ha sufrido un cierto retroceso.

2. MARCO TEÓRICO: EL CONCEPTO IMPERANTE DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN RESPONDE A LA CONCEPCIÓN UTILITARISTA DE LA "JUSTICIA POSIBLE", Y TIENE UNA NATURALEZA SIMBÓLICO-FORMAL

El concepto simbólico-formal de "justicia de transición" responde a una noción utilitarista de la justicia, conforme a la cual el tránsito de una situación de autocracia hacia una de democracia, o de una situación de conflicto armado hacia una de paz, ha de realizarse de manera que el mayor número de personas obtenga la mayor utilidad posible.

Ahora bien, en la concepción de la "justicia posible" de Jeremy Bentham, las utilidades relativas eran comparables entre los diversos integrantes de una sociedad, y la distribución de recursos debía transferirse desde un grupo poblacional a otro dependiendo de donde pudiera generar una mayor utilidad[4].

Aplicándolo a nuestro contexto, si la atribución a las víctimas de recursos suficientes para una reparación restauradora que les permita recuperar el estado de vida digna en que se encontraban antes de

---

a la corrupción y al abuso de poder de sus dirigentes, si bien la situación más frecuente es que estos últimos utilicen la violencia del propio Estado contra sus ciudadanos, lo que explicaría el por qué los crímenes de la lesa humanidad, la tortura, o las desapariciones forzadas fueran inicialmente definidas como crímenes de Estado.

4 Bentham, J., 2008, Introducción a los Principios de Moral y Legislación, Buenos Aires, Argentina: Claridad, original en inglés, 1789.

ser victimizadas (o de una reparación transformadora que les permita salir de la situación de pobreza (o miseria) en la que es muy probable que se encontraran antes de ser victimizadas) genera una mayor utilidad para las víctimas, que la utilidad producida por dichos recursos para quienes han tenido un buen desempeño socio-económico durante la dictadura o conflicto armado de que se trate, estos últimos tendrán que entregarlos a través de medidas impositivas porque con ello se incrementa la utilidad global para el conjunto de miembros de la sociedad.

Sin embargo, como el propio Bentham señaló, un sistema de reasignación de recursos que los tome de aquellos a quienes generan una menor utilidad relativa, para entregarlos a quienes obtienen de los mismos una mayor utilidad relativa, genera, si se lleva hasta sus últimas consecuencias, una redistribución igualitaria, que los sectores mejor posicionados socio-económicamente no van a estar dispuestos a tolerar[5]. En consecuencia, a los efectos de evitar la represión y la violencia, es necesario, según afirma Bentham, establecer limitaciones a la redistribución de recursos que maximiza la utilidad social, mediante la distinción entre "maximización absoluta" y "maximización posible" de la utilidad social[6].

Trasladado a los procesos de transición, esto significa que la redistribución de recursos desde quienes han progresado socio-económicamente en las situaciones de dictadura o conflicto, hacia quienes han sido víctimas de la represión y la violencia, sólo es posible en la medida en que los primeros acepten dicha redistribución, lo que normalmente supone privar a la reparación de su carácter restaurativo y/o transformativo, así como alejarla de su deber ser normativo de integralidad[7].

---

5 Idem.

6 Idem.

7 Ferrer, E. & Pelayo, C., 2012, La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 10(2), 141-192. DOI: 10.4067/S0718-52002012000200004; Evans, C., 2012, Human *rights jurisprudence on reparations, international and regional*, En D. Evans, *The Right to Reparation in International Law for Victims*

Es precisamente en este contexto, en el que deben circunscribirse los frecuentes debates que con frecuencia se tienen sobre la cantidad de recursos "necesarios", frente a aquellos "disponibles", para afrontar la transición o "pagar" el postconflicto. Además, conviene recordar que la redistribución en favor de quienes han sido victimizados por la represión o la violencia armada, no significa, sin embargo, abordar las causas de exclusión social, política y económica que la han generado.

En ocasiones es posible que ciertos actores de la sociedad internacional, que generalmente han jugado un papel importante en el acercamiento de posturas entre las partes implicadas, decidan entregar recursos adicionales para abordar en mayor profundidad los problemas que enfrenta una sociedad en transición. Los recursos que llegaron a Alemania a través del Plan Marshall después de la II Guerra Mundial, o a España a raíz de su entrada en la Organización del Tratado de Atlántico Norte (OTAN) y en la Unión Europea, son dos buenos ejemplos, que sin duda constituyen la razón principal por la que ambos procesos de transición no resultaron en completos fracasos. Sin embargo, en la mayor parte de este tipo de procesos, los recursos ofrecidos desde la sociedad internacional se limitan, como mucho, a la cooperación técnica o a programas muy específicos con grupos reducidos de víctimas.

El utilitarismo de Bentham no sólo explica la naturaleza de la reparación, sino que hace lo propio con la naturaleza del resto de medidas incluidas en el concepto simbólico-formal de justicia de transición. En materia de verdad, la "verdad" generalmente ofrecida por las Comisiones de la Verdad y Reconciliación, y por los propios procesos judiciales, tiene una naturaleza parcial y fragmentada, que se aleja de su deber ser normativo, al no analizar en profundidad cuestiones como las relativas a: (a) el papel desarrollado por actores externos (estatales y no estatales); (b) la función desempeñada por distintos sectores de la sociedad civil cercanos al régimen (que generalmente son aquellos que han progresado socio-económicamente durante el mismo); y (c) los efectos socio-económicos de la violencia

---

of Armed Conflict (pp. 44-82). Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press.

y su "legalización" a través de procesos de transición que dejan dichos efectos ocultos en un segundo plano[8].

Recurriendo a la terminología de Bentham, se puede afirmar que los procesos de transición en la actual sociedad internacional se limitan a mostrar a la sociedad una "verdad posible", cuya mayor o menor profundidad dependerá de (a) la distribución de fuerzas entre los diferentes actores que protagonizan la transición; y (b) el nivel de influencia que sobre los mismos tengan los terceros actores externos.

El utilitarismo de Bentham permite también explicar la naturaleza de las medidas que se adoptan en materia de investigación y castigo penal de los responsables de crímenes internacionales cometidos durante regímenes autocráticos o situaciones de conflicto armado. Los conceptos acuñados por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) de "máximos responsables" y "hechos representativos" del operar delictivo de las instituciones estatales y los actores no estatales involucrados, no son sino aproximaciones utilitaristas ante el volumen tan elevado de crímenes internacionales y personas responsables en las situaciones bajo examen preliminar e investigación ante la CPI[9]. Como afirma Alain Norrie, el propio Karl Jaspers ha adoptado un enfoque utilitarista cuando distingue entre cuatro niveles de culpa (moral y colectiva frente a uno mismo, y jurídica y política frente al exterior), con el fin de permitir, tras la caída del régimen nazi, la transición en Alemania mediante: (a) el castigo penal de un pequeño grupo de máximos responsables; y (b) la imposición al conjunto de ciudadanos alemanes de la entrega de recursos para la reparación[10].

---

8 Ibañez, J. E., 2014, Justicia de Transición y las Comisiones de la Verdad, Bogotá D.C.; Otzenhausen; Madrid: Instituto Berg.

9 Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2003, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor* (ICC-OTP 2003); Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2006, *Report on Prosecutorial Strategy*.; Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007, *Policy Paper on the Interests of Justice;* Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2013, *Report on Preliminary Examinations Activities* 2013.

10 Norrie, A., 2015, La justicia en la mesa de sacrificios de la historia: la culpa de la guerra en Arendt y Jaspers, Trad. Galaín y Rojas, Bogotá: Universidad Libre, original en inglés, 2012.

Además, si bien es cierto que a nivel nacional se han desarrollado en ciertas ocasiones actuaciones judiciales que exceden este marco (Argentina, Bosnia Herzegovina e incluso Colombia), no es menos cierto que, como ha puesto de relieve el proceso de negociación del gobierno de Colombia con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) (2012-2016), la presión de los dirigentes de las instituciones y grupos involucrados en la negociación, unido al amplio abanico de autoridades cívico-militares y actores privados que han connivido con crímenes internacionales, hace que se haya llegado incluso a cuestionar la utilidad política de cumplir con la obligación jurídica de perseguir y castigar a los máximos responsables de dichos delitos.

Por lo tanto, los procesos de transición en el actual estado de desarrollo de la sociedad internacional declaran la responsabilidad internacional penal derivada de la comisión de crímenes internacionales y ejecutan las penas previstas para los mismos, solo en la medida en que esto es "posible" sin incurrir en nuevas situaciones de represión y violencia armada (lo cual depende, en última instancia, de la distribución de fuerzas entre los distintos actores que protagonizan la transición, y el nivel de influencia que sobre los mismos tengan terceros externos).

Además, conviene subrayar que el nivel de tolerancia de las instituciones y grupos involucrados con una "verdad" incómoda es, por lo general, superior al nivel de tolerancia con la investigación y castigo penal (en particular de los máximos responsables), por lo que el nivel de presión política para evitar la aplicación de las obligaciones jurídicas en este último ámbito es muy elevado.

Finalmente, el utilitarismo de Bentham explica también el contenido de las medidas que se adoptan como garantías de no repetición. Como bien sabemos, la formación de los agentes del Estado en el respeto a los derechos civiles y políticos (medida que entraría dentro de la esfera de lo "posible") tiene un efecto limitado, si no se abordan la exclusión socio-política y la pobreza económica que son las causas objetivas subyacentes a la represión y la violencia armada.

Sin embargo, en cuanto se intentan adoptar otras medidas adicionales dirigidas a evitar la repetición de crímenes internacionales,

y en particular la desvinculación administrativa de quienes desde las distintas instituciones del Estado, en sus niveles local, regional y nacional (ejército, policía, servicios de inteligencia, ministerios, alcaldías, consejerías, notarías, registros de la propiedad, fiscalías o incluso tribunales de justicia, por poner algunos ejemplos), han cometido directamente graves violaciones de derechos humanos, las han ordenado, las han favorecido, han connivido con ellas o han garantizado sus efectos, se generan tales resistencias, que la adopción de dichas medidas deja de estar en el ámbito de lo "posible"[11].

A la luz de lo anterior, no se puede sino concluir que el concepto imperante de justicia de transición tiene una naturaleza simbólico-formal, puesto que limita su contenido a aspectos "posibles" de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición altamente simbólicos, y excluye expresamente toda medida de reforma (¿justicia?) social, política y/o económica, que aborde las auténticas raíces de las tensiones subyacentes a la represión y a la violencia armada.

---

[11] Fiscalía de la Corte Penal Internacional. 2013, *Report on Preliminary Examinations Activities* 2013.; Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2014, *Report on Preliminary Examinations Activities* 2014; una buena muestra de este fenómeno es la reciente aprobación en 2015 de la extensión del foro penal militar para situaciones de conflicto armado en Colombia, a pesar de la ineficacia que a lo largo de décadas ha mostrado dicho foro para luchar activamente contra la impunidad de los miembros de las fuerzas armadas involucrados en la comisión de crímenes internacionales. Esa aprobación se ha llevado a cabo sin tener ninguna consideración para con las repetidas muestras de preocupación expresadas por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a este respecto.

3. LA IMPORTANCIA DE LA LLAMADA "CULTURA CIUDADANA DEL PERDÓN" EN EL MODELO DE "JUSTICIA POSIBLE" PROPIO DEL CONCEPTO SIMBÓLICO-FORMAL DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN: LAS ADVERTENCIAS DEL LIBRO DE JONÁS CONTRA LA INDEBIDA PRESIÓN SOCIAL SOBRE LAS VÍCTIMAS PARA QUE RENUNCIEN A SU DERECHO A NO PERDONAR EN ARAS DE PROMOVER PROCESOS TRANSICIONALES

Como hemos visto, el concepto utilitarista de "justicia posible" no aborda estructuralmente los factores objetivos (exclusión social, política y económica) que generan la represión y la violencia armada, y se limita a adoptar medidas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de carácter simbólico. Ante esta situación, se acentúa la urgencia de promover lo que se ha denominado la cultura ciudadana del perdón "como vacuna y remedio poderoso contra ese perverso y eterno retorno de las venganzas"[12].

Así, el perdón es visto en este contexto como "el ejercicio heroico de superar la retaliación para asumir la bondad y la compasión" en razón de la dignidad del otro, siendo calificado como "un salto evolucionario" para superar el eterno retorno de la memoria del pasado y construir narrativas nuevas, al punto de afirmarse con el premio Nobel de la Paz Desmond Tutu, que "sin perdón no hay futuro"[13].

Sin embargo, surge la pregunta sobre cuál es la verdadera función sociológica que juega esta cultura ciudadana del perdón, en procesos marcados por una concepción utilitarista de la justicia, con un amplio grado de simbolismo, y en el que por temor a la reacción de los sectores más influyentes social, política y económicamente de la población, se evita la adopción de medidas estructurales que originen procesos reales de inclusión para amplias partes de la población con menor poder de negociación. ¿No se trata, en el fondo, de presionar a amplios sectores sociales para que realicen un acto de perdón fren-

---

12 Conferencia Inter-Eclesial, 2015, Las armas son el fracaso de las palabras.

13 Tutu, D., 2012, Sin perdón no hay futuro, Buenos Aires: Hojas del sur.

te a quienes no están dispuestos a dejar de privarles de un ejercicio pleno, que no simbólico, de sus derechos?

A esta cuestión, se une la relativa al grado de voluntariedad con que esta cultura ciudadana del perdón se promueve en la sociedad, puesto que una cosa es invitar a las víctimas al perdón sobre la base del efecto psicológico/espiritual liberador que el mismo haya podido tener en otras víctimas de crímenes internacionales, y otra cosa muy distinta es presionarles, directa o indirectamente, para que perdonen.

En este último caso, lo que ocurre es que, en lugar de presionar a las clases mejor posicionadas para que acepten la adopción de medidas estructurales que aborden las causas sociales, políticas y económicas de la represión y la violencia armada, lo que se está haciendo es "re-victimizar" a las víctimas, al centrar el éxito de las transiciones en el uso de distintos mecanismos de presión para conseguir que estas últimas renuncien a su derecho a no perdonar, y concedan un perdón formal a sus victimarios (un perdón así obtenido no puede tener una naturaleza material, al no originarse en el respeto a la libertad de las víctimas).

Esta problemática, que pone en entredicho las presuntas bondades de la educación para una cultura ciudadana del perdón, fue descrita con gran maestría hace ya casi dos mil quinientos años en el Libro de Jonás del Antiguo Testamento[14]. Según este último, Jonás fue llamado por *Yahweh* para que se dirigiera a la capital del Reino de Asiria (Nínive) y predicara la conversión entre los asirios, de manera que pudieran eventualmente salvarse de la condenación eterna. Sin embargo, Jonás no tenía ninguna intención de realizar el encargo de *Yahweh* porque Asiría había destruido el Reino del Norte de Israel, y había desplazado forzosamente a su población. Por esta razón, Jonás tomó una nave hacia el Mediterráneo Occidental, en dirección opuesta a Nínive.

Iniciada la navegación, se desencadenó una gran tormenta que amenazaba con hundir la embarcación en la que navegaba Jonás.

---

[14] Las consideraciones que se realizan a continuación están basadas en los cuatro capítulos de que consta el Libro de Jonás.

Ante esta situación los marineros del barco, se preguntaron quién estaba en deuda con Dios, para que semejante castigo les estuviera siendo impuesto. Jonás reconoció su situación, y pidió ser lanzado por la borda para evitar el hundimiento de la nave. Fue entonces cuando Jonás fue tragado por una ballena, y después de tres días dentro de la misma, fue "escupido" a la costa. Sólo después de este extraordinario suceso aceptó Jonás dirigirse a Nínive para cumplir con el encargo de *Yahweh*.

Al llegar a Nínive, Jonás predicó la salvación durante apenas un día en una pequeña parte de Nínive, tratando de cumplir, de la menor manera posible, el encargo de *Yahweh*, y con la esperanza de que los victimarios asirios no se convirtieran a *Yahweh* y no pudieran alcanzar la salvación. Sin embargo, para sorpresa de Jonás, el rey de Asiria, al tener noticias de la predicación de Jonás, se convirtió repentinamente, se cubrió de sayal, se sentó en la ceniza, se arrepintió de sus terribles crímenes y ordenó hacer lo mismo al resto de asirios.

Ante esta situación, Jonás, decepcionado y despechado con *Yahweh* porque los victimarios pudieran salvarse ante su repentina y totalmente inesperada conversión, dejó Nínive y construyó una cabaña en sus afueras, donde los rayos del sol eran muy intensos. Por la noche, *Yahweh* hizo crecer una gran planta, que al día siguiente dio sombra a Jonás, quien por primera vez en todo el relato se mostró alegre. Sin embargo, la alegría le duró poco a Jonás, porque *Yahweh* secó la planta.

Ante este nuevo percance, Jonás protestó enfáticamente. Entonces *Yahweh* le explicó a Jonás que si tanto le molestaba que hubiera secado una planta por la que él no había hecho nada, cómo no se iba a preocupar el propio *Yahweh* por el destino de los cien mil habitantes de Nínive que él mismo había creado.

Confrontado con esta reflexión, Jonás se alejó de *Yahveh* contrariado, porque, si bien *Yahweh* podía hacer lo que quisiera (para eso era Dios), él no estaba dispuesto a perdonar a los victimarios asirios que habían destruido su pueblo.

A través de esta breve narración, el Libro de Jonás subraya el carácter inalienable de la libertad individual de toda víctima para perdonar, o no perdonar, a su victimario. Incluso si *Yahweh*, en su om-

nipotencia, decide perdonar a los victimarios asirios de Nínive, éste deja en libertad a su profeta Jonás, para poder actuar de otra manera. Con ello se lanza, sin duda, una seria advertencia contra el ejercicio de una indebida presión social sobre las víctimas para que renuncien a su derecho a no perdonar en aras de promover los procesos de transición [15].

4. CONCLUSIÓN: HACIA UNA EDUCACIÓN DIRIGIDA A REDUCIR EL IMPACTANTE CONTRASTE ENTRE EL ALTO GRADO DE SOFISTICACIÓN TECNOLÓGICA Y LA AUSENCIA DE EVOLUCIÓN ÉTICO-MATERIAL EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DEL SIGLO XXI

El concepto de justicia de transición no tiene por qué adoptar necesariamente una aproximación utilitarista, ni tiene por qué asumir una naturaleza meramente simbólico-formal. Por el contrario, es posible definirlo de manera mucho menos restrictiva desde una perspectiva material, sobre la base del establecimiento de las condiciones materiales de posibilidad para que todos y cada uno de los seres humanos tengan la oportunidad de desarrollar sus propias capacidades mediante la inclusión social, política y económica. Sin embargo, ello requiere una profunda evolución en los criterios ético-materiales que informan la actuación de nuestra actual sociedad internacional (y de nuestras respectivas sociedades nacionales).

Es frecuente en el mundo natural que ante situaciones de particular dificultad, los miembros de una determinada comunidad animal actúen de acuerdo al principio de cooperación para preservar la vida de sus integrantes. Las hormigas termitas, las abejas o los castores, por citar solo algunos ejemplos, se comportan de acuerdo a estos parámetros. También en los niveles más básicos de la sociedad humana, particularmente entre madres e hijos, y dentro de comunidades

---

15 De Wit, H, 2008, Camino de un día (Jonás 3,4): Jonás y la memoria social de los pequeños, *Theologia Xaveriana, 58*(165), 87-126.

azotadas por desastres naturales y sociales inesperados, se puede observar este mismo tipo de comportamiento.

Sin embargo, según nos acercamos a los centros de toma de decisiones sobre la organización social, política y económica de las distintas sociedades nacionales y de la sociedad internacional, desaparecen paulatinamente estos ejemplos, para ser sustituidos por criterios de comportamiento basados en la maximización del beneficio económico y la extensión del poder político y militar, que dejan en evidencia la enorme disparidad existente entre nuestro alto grado de desarrollo tecnológico y nuestro "primitivismo" ético-material.

Es por ello, que la condición de posibilidad para la adopción de un concepto material de justicia de transición, pasa por una profunda evolución de los criterios ético-materiales de actuación en las instancias de toma de decisiones, de manera que su actuar comience a estar regido por los principios de cooperación, participación de los afectados en la toma de decisiones, desarrollo económico sostenible, preservación del medio ambiente y promoción de una vida digna para todos.

Es en esta dirección en la que han de dirigirse nuestros esfuerzos en el campo educativo, pues la experiencia en el mundo natural nos dice que la ventana de oportunidad para una evolución de esta naturaleza se abre especialmente en condiciones de grave dificultad para la subsistencia de una especie, como las que se prevé que tendrán que afrontar las próximas generaciones humanas en materia poblacional, energética, medio-ambiental o de exclusión socioeconómica, por poner sólo algunos ejemplos.

Así mismo, al desarrollar nuestra tarea hemos de ser plenamente conscientes que, de no aprovecharse esta ventana de oportunidad y continuar, por tanto, ampliando la actual brecha entre el alto grado de evolución tecnológica y el imperceptible desarrollo ético-material, la civilización humana será pronto recordada como un capítulo más de la historia universal.

REFERENCIAS

Doctrina

Allott, P., 2002, *The Health of Nations: Society and Law beyond the State,* Cambridge, Inglaterra: Cambridge *University Press.*

Bentham, J., 2008, Introducción a los Principios de Moral y Legislación. Buenos Aires, Argentina: Claridad, original en inglés, 1789.

De Wit, H., 2008, Camino de un día (Jonás 3,4): Jonás y la memoria social de los pequeños, *Theologia Xaveriana, 58*(165), 87-126.

Evans, C., 2012, *Human rights jurisprudence on reparations, international and regional,* En D. Evans, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict* (pp. 44-82), Cambridge, Inglaterra: Cambridge *University Press.*

Ferrer, E. & Pelayo, C., 2012, La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 10(2), 141-192. DOI: 10.4067/S0718-52002012000200004.

Ibañez, J. E, 2014, Justicia de Transición y las Comisiones de la Verdad, Bogotá D.C.; Otzenhausen; Madrid: Instituto Berg.

Norrie, A., 2015, La justicia en la mesa de sacrificios de la historia: la culpa de la guerra en Arendt y Jaspers, Trad. Galaín y Rojas, Bogotá: Universidad Libre, original en inglés, 2012.

Tutu, D., 2012, Sin perdón no hay futuro, Buenos Aires: Hojas del sur.

Informes, resoluciones y otros documentos

Banco Mundial, 2014, *Povcal Net.*

Conferencia Inter-Eclesial, 2015, Las armas son el fracaso de las palabras.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2003, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor* (ICC-OTP 2003).

Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2006, *Report on Prosecutorial Strategy.*

Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007, *Policy Paper on the Interests of Justice.*

Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2013, *Report on Preliminary Examinations Activities 2013.*

Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2014, *Report on Preliminary Examinations Activities 2014*.

2. La propuesta pedagógica de la Clínica Jurídica Internacional: la formación integral del ser humano

HÉCTOR OLASOLO*

1. INTRODUCCIÓN: ¿ES NECESARIA UNA AUTORREFLEXIÓN SOBRE EL PROCESO FORMATIVO OFRECIDO POR LA EDUCACIÓN SUPERIOR?

El siglo XXI ha sido calificado como el de la era de la "globalización", caracterizada por una interconectividad sin precedentes entre

---

* Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (España); LL.M. en Derecho, Universidad de Columbia (EE. UU.); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). El Prof. Olasolo es presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional ('IIH'), y se desempeña como profesor titular de carrera de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde es también el director de la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y el programa de Maestría en Derecho Internacional. El Prof. Olasolo es también el director académico de las redes de investigación sobre Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado transnacional. Ha ocupado anteriormente la cátedra de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht en los Paises Bajos (2010–2012) y se ha desempeñado como letrado de la Corte Penal Internacional (2004–2010), asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002–2004) y asesor jurídico de la Delegación Española ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). El autor agradece a los miembros de la cohorte de 2013, Daniela Suárez Vargas, Lorena Herrera Santamaría, María Paula López Velásquez, Juan Camilo Serrano Uribe y Juan Sebastián Urrea Ro-

la situación política, social y económica de las diversas regiones del mundo. Este fenómeno es fruto del gran desarrollo de la tecnología de las comunicaciones, que permite la transmisión a tiempo real de grandes flujos de información, y el desplazamiento a cualquier parte del mundo en cuestión de horas.

Sin embargo, conviene no olvidar que el calificativo de "sociedad globalizada" se remonta más de cien años atrás, a los albores del siglo XX, en los que los nuevos descubrimientos tecnológicos (la radio, la televisión, el cine, el telégrafo, el teléfono, el automóvil, el submarino y el aeroplano), dejaban entrever un mundo mucho más interconectado del que jamás se había podido imaginar hasta ese momento.

En consecuencia, al afrontar los desafíos actuales conviene tener muy presentes las estrategias adoptadas para hacer frente a las dificultades experimentadas durante la primera etapa de la denominada "era de la globalización". Esto es particularmente relevante, si se tiene en cuenta que estas estrategias (dirigidas, en buena medida, hacia la consolidación de los sistemas democráticos, el reconocimiento de los derechos humanos, la extensión de la economía de mercado, la eliminación de los obstáculos a los intercambios comerciales y a los movimientos de capitales, y el estrechamientos de los lazos culturales entre las naciones), han venido, sin embargo, acompañadas de daños muy notables para el desarrollo de la humanidad. Así lo atestiguan, entre otros, los siguientes factores:

1. Los altos índices de violencia generados, con dos guerras mundiales que dejaron setenta millones de muertos entre 1914 y 1945, una guerra fría de alcance universal entre 1950 y 1990, y casi dos cientos conflictos armados entre 1990 y 2000.
2. Unos índices de desigualdad nunca antes alcanzados, de manera que mientras el 1% de la población mundial posee un pa-

---

dríguez, así como a la monitora de dicho año, Camila Suárez Angel, por su indispensable colaboración durante la elaboración de este capítulo, el cual constituye una versión revisada y actualizada del texto publicado en el libro "El Interés Público en América Latina: reflexiones desde la educación legal clínica y el trabajo ProBono", coordinado por Beatriz Londoño, y publicado en 2015 por la Editorial de la Universidad del Rosario.

trimonio medio de 120.000 millones de dólares, casi la mitad de la misma (unos 3.000 millones de personas) vive con apenas tres dólares al día.

3. Un nivel de degradación medio-ambiental, que pone por primera vez en la historia pone en peligro la propia viabilidad del planeta y su capacidad de seguir cobijando a la especie humana[1].

4. Una corrupción endémica entre las elites políticas y económicas de los (nuevos y antiguos) sistemas democráticos, que durante el siglo XX y la primera década del siglo XXI se han mostrado incapaces de tomar medidas eficaces encaminadas a contener los problemas identificados. Esta es la consecuencia de haber asumido como propios los "intereses especiales", que instrumentalizan la democracia y el crecimiento económico para maximizar su riqueza.

La constatación de las prácticas de corrupción sistémica, en que incurren quienes han estado expuestos durante largos años a la educación universitaria, unido a la absoluta indiferencia por el sufrimiento causado en los "otros" por la violencia, la marginación económica y la degradación medioambiental, debe llevarnos a una profunda reflexión sobre lo que no está funcionando en nuestros modelos de formación superior. Y esta no solo se da en Colombia o América Latina, sino en otras latitudes como Alemania, España, Estados Unidos o los Países Bajos, por citar solo algunos ejemplos, en los que recientemente se han conocido públicamente (pues extraoficialmente se conocían desde hacía tiempo) extensos episodios de corrupción y/o indiferencia sistémica hacia el sufrimiento de quienes se pensaba les eran allegados.

Ciertamente, la acción educativa no se está dirigiendo a la formación integral de seres humanos conscientes de su propia actividad emocional, social e intelectiva, que puedan contribuir a sus respec-

---

[1] Esto es fruto, entre otras cosas, de una notable reducción de la capa de Ozono por el incremento en la emisión de gases contaminantes, el deshielo progresivo de las zonas polares, y la continua desforestación y pérdida de flora y fauna.

tivas sociedades con un pensamiento crítico resultante del entendimiento de las dinámicas de intereses políticos y económicos que las rigen. Por el contrario, seguimos "produciendo" ingentes cantidades de profesionales sin ninguna capacidad crítica que les permita crecer desde sí mismos y contribuir a una sociedad más libre, más igualitaria y más solidaria.

En consecuencia, surge la pregunta relativa a las causas de que esto produciéndose más de cien años después de haberse inaugurado llamada "era de la globalización": ¿Será que esto es realmente lo que esperan las familias de nuestros estudiantes y quienes dirigen los designios de nuestras sociedades? ¿O será que el proceso formativo que ofrecemos en la Universidad no desarrolla las capacidades que nuestros estudiantes de hoy, y dirigentes políticos, sociales, sindicales y empresariales del mañana, requieren para trabajar por una sociedad más libre, más justa y más solidaria?

En las próximas secciones, analizaremos la propuesta pedagógica de la Clínica Jurídica Internacional (CJI), que pretende dar respuesta a esta última pregunta. En cuanto a los demás interrogantes, no nos compete a nosotros desarrollarlos, puesto que no somos sus destinatarios, lo que no obsta para que convenga dejarlos en todo caso apuntados.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

En respuesta a un trabajo solicitado el 25 de febrero de 2014 sobre los fundamentos de la CJI en el que habían participado durante un año, los miembros de la cohorte de 2013 (Daniela Suárez Vargas, Lorena Herrera Santamaría, María Paula López Velásquez, Juan Camilo Serrano Uribe y Juan Sebastián Urrea Rodríguez), con la colaboración de la monitora Camila Suárez Ángel, afirmaron lo siguiente:

> No obstante, más allá del tema académico de la Clínica Jurídica, el objetivo de ella, excede todo eso, sobre todo, excede a sus propios integrantes. Es un espacio no solo de aprendizaje académico, sino de crecimiento humano, donde se llega a la comprensión de que el derecho, y en este caso el Derecho Internacional Penal y Humanitario,

> no tienen sentido si no se puede aplicar su esencia en la realidad de la sociedad y de igual forma en la vida personal.
> Como metodología pedagógica, la Clínica Jurídica no solo permite ampliar el conocimiento de los estudiantes en diferentes campos del ejercicio del derecho y ampliar sus capacidades en cuanto a la construcción de memoriales y la adaptaciones de conceptos a problemas jurídicos complejos, sino que tiene como fin esencial buscar que a partir del trabajo en equipo, se encuentren fundamentos básicos en la interrelación con las personas, tales como la solidaridad, la comprensión, la tolerancia y el respeto.
> Aunque no suene como un gran reto, trabajar en grupo hace que cambiar de perspectiva, no solo en el trabajo, sino en la vida. Tener en cuenta al otro, apreciar y valorar lo que dice, pero, sobre todo, entender que si se hace en conjunto será mejor que si uno sobresale o lo hace sólo.
> Comprender que el Derecho, y en este caso el Derecho Internacional Penal no se limita a los hechos, las conductas, los Estados o el Estatuto de Roma es algo de lo que no hay jurisprudencia o doctrina que pueda enseñar; es entender que, para lograr generar un cambio, es necesario primero cambiar en lo cotidiano, ver al otro como un igual, entender su valor y aprender a hacer valer lo que plantea buscando materializar los derechos humanos en la vida común y ordinaria de todas las personas. Solo así, será posible llegar al por qué de instituciones internacionales como la Corte Penal Internacional, que debe estar presta para la protección de esos principios, esa idea de justicia, que es mucho más amplia que los cuatro crímenes de competencia de la misma (Herrera, et. al., 2014).

En su respuesta, los miembros de la cohorte de 2013, desvelan el sentido profundo de la CJI en sus múltiples dimensiones. Pero, ¿cuáles son su fundamento pedagógico y sus elementos centrales? A contestar estas preguntas se dedican las próximas secciones.

3. LA FORMACIÓN INTEGRAL DEL PENSAMIENTO CRÍTICO

Si se analizan los objetivos pedagógicos de universidades como Harvard u Oxford, que son consideradas por muchos (si bien no por todos) como las principales referencias de nuestro tiempo, uno se da cuenta de que las mismas se dirigen primordialmente a fortalecer la capacidad de la persona humana para: (a) elaborar un pensamiento crítico y eficaz, en el que se puede inducir, deducir, sintetizar y ma-

nejar adecuadamente la lengua materna; (b) interactuar socialmente siendo asertivo en los propios planteamientos; y (c) emitir juicios morales, que aplican en la práctica una idea del bien y del mal[2].

A pesar de cierta disparidad en cuanto a los medios utilizados[3], lo cierto es que se evidencia una apuesta por una formación integral dirigida a hacer a la persona humana consciente de las dinámicas políticas, sociales y económicas, tanto actuales como históricas, que informan el funcionamiento de su sociedad nacional y de la sociedad internacional. Se trata en definitiva de promover el desarrollo de individuos conscientes, capaces de analizar autónomamente dichas dinámicas, y de contribuir a la sociedad de su tiempo mediante la expresión asertiva del resultado de su propia evaluación.

La formación integral del pensamiento crítico, complementada, como se verá en la sección siguiente, con la necesaria formación del inconsciente, constituye el fundamento sobre el que la CJI viene desarrollando desde 2011 su propuesta pedagógica para afrontar los desafíos que ofrece el siglo XXI.

En el ámbito del desarrollo del pensamiento crítico, la propuesta pedagógica está conformada por cuatro elementos principales. En primer lugar, a diferencia de lo que es habitual en la concepción tradicional de la pedagogía[4], se reconoce que no es posible transmitir al ser humano una visión absoluta de las cosas.

En consecuencia, hay que familiarizarle con la relatividad de los paradigmas, al entender que los mismos, o bien son producto del limitado alcance del conocimiento en un cierto momento histórico-temporal, o bien surgen de construcciones arbitrarias de redes de in-

---

2 Orozco Silva, L.E., 2002, Responsabilidad del Docente en la Formación Integral, Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.

3 Mientras Harvard hace un mayor hincapié en los fundamentos de matemáticas y física, la introducción a la sociología y la lectura de la literatura clásica, Oxford propone un modelo de encuentros con el profesor en cuanto que posee valores y cualidades admiradas por el estudiante, que le hacen querer adquirirlas por asimilación.

4 Viñas, G., 2000, La pedagogía liberadora, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 66-76), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

telectuales que los imponen a fuerza de repetirlos *ad infinitum*. Como señala Morín, esta situación es el resultado de que los seres humanos no disponemos de un instrumento de conocimiento en virtud del cual podamos obtener la verdad y la certeza sobre los fenómenos humanos naturales y culturales[5].

Ante esta situación, surge la necesidad de confrontar a la persona humana con los conceptos de incertidumbre y complejidad. La relativización de los paradigmas, y la desconfianza hacia las verdades absolutas, hace que el conocimiento no pueda seguir situado sobre el pedestal de la simple certeza, y tenga que entenderse como un fenómeno complejo, lleno de incertidumbres, que requiere asumir un riesgo para su exploración. Se trata, como en casi todos los demás aspectos de la vida humana, de aceptar que, a pesar de que sigamos un procedimiento que cumple con las condiciones generalmente aceptada para la validación de nuestras conclusiones como conocimiento, este último siempre será relativo, pues se ve condicionado por la información de que disponemos en nuestro contexto histórico-temporal, los intereses sociológicos, políticos y éticos que rigen la ciencia, y un elemento de subjetividad inherente a nuestra actividad investigativa.

En este contexto, es importante tomar conciencia de la no neutralidad del conocimiento del ser humano, y de los intereses de la práctica científica, lo que nos permite comprender que la ciencia tiene que ver con la política, la sociología y los intereses que mueven la historia. De ahí, la importancia de que el profesor ponga de relieve la significación cultural, ideológica y ética de su disciplina, para lo cual tiene que salir de la misma, con el fin de realizar una auto reflexión sobre su propia práctica científica.

El proceso de formación integral del pensamiento crítico requiere, por tanto, apartarse de una concepción pedagógica basada en la consideración del profesor como un mero transmisor de conocimientos[6] a unos sujetos pasivos que tienen poco margen para traba-

---

5 Morin, E., 1999, Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, Paris, Francia: UNESCO.

6 Canfux, V., 2000, La pedagogía Tradicional, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 5-10),

jar y elaborar mentalmente los conceptos que reciben[7]. La adopción de esta opción se encuentra respaldada por la psicología de los procesos cognitivos que explica cómo estos últimos no pueden concebirse ni como actos de mera transmisión externa, ni como una cualidad inherente a la mente que se origina desde el interior[8]. Se tratan, por el contrario, de procesos desarrollados a través de la búsqueda y la acción real del estudiante en su entorno, con el fin de desentrañar las características esenciales del conocimiento en un momento histórico concreto. De ahí, que el aprendizaje basado en soluciones cerradas e impuestas resulte completamente ineficaz, porque ni es objeto de interés para su asimilación por el estudiante, ni, por tanto, será objeto de apropiación por el mismo.

En consecuencia, el estudiante pasa a ser la figura central en el proceso de formación integral, lo que significa prestar una mayor atención a su proceso de evolución para construir sobre los avances que el estudiante vaya mostrando a lo largo del tiempo[9]. Siguiendo la terminología de Vigotsky, se trata de afianzar la "zona de desarrollo próximo", compuesta de aquellas capacidades que se encuentran en proceso de maduración, pues si bien el estudiante no las puede utilizar todavía para resolver de forma independiente un problema, si puede hacer uso de las mismas para afrontar el mismo con la cooperación de un profesor o de otro compañero más avanzado[10].

Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.; ya se encuentre basada en la disciplina, rigidez y orden absoluto propio de los jesuitas, ya giré en torno a los modelos más liberales que ven en la figura del profesor el centro del proceso de enseñanza.

7 Idem.

8 Corral, R., 2000, La perspectiva cognoscitiva, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 77-82), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

9 En este proceso evolutivo, no es posible pretender saltarse varios escalones, pues de lo contrario, las experiencias con las que se ve confrontado el estudiante resultan inoperantes, al no poder ser integradas en sus estructuras intelectuales.

10 Vigotsky, L.S., 1995, Interacción entre enseñanza y desarrollo, en Kraftchenko, O. y Cruz, L (Ed.), Selección de Lecturas de Psicología Infantil y del Adolescente, Pueblo y Educación: La Habana.

El segundo elemento de la propuesta pedagógica de la CJI afirma que, dado que el conocimiento es fruto de la búsqueda y de la acción real de la persona humana sobre su entorno, es tarea fundamental del profesor hacer comprender al estudiante que, más allá de sus clases y de la consulta de libros y artículos, el conocimiento se obtiene principalmente mediante la observación, la experimentación y la combinación de razonamientos. De ahí, la importancia de entender la interrelación entre la investigación, como proceso de producción de conocimiento, y la acción en cuanto que modificación intencional de una realidad. De manera que, mientras la investigación guía la acción, esta última revierte sobre la primera, y termina configurándose como parte esencial de la misma, siguiendo una metodología de planeación, acción, observación y reflexión[11].

El tercer elemento consiste en la naturaleza no-directiva de la función que corresponde al profesor, de manera que su participación se centra principalmente en suscitar problemas y plantear diversas alternativas posibles a los mismos. Así como en generar en los estudiantes motivaciones duraderas por el conocimiento como el gusto por el saber, el placer de descubrir o el uso futuro de lo aprendido[12].Todas estas actividades se desarrollan a través de una actitud cooperativa entre el profesor y el estudiante, que se convierten en copartícipes de un proceso móvil de aprendizaje y de las estrategias de planificación de la acción, que se llevan a la práctica y se someten conjuntamente a observación, reflexión y cambio[13].

---

11 Pérez, M., 2000, La investigación-acción como tendencia pedagógica, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 77-82), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

12 González Maura, V., 2000, La pedagogía no directiva: La enseñanza centrada en el estudiante, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 57-65), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

13 Pérez, M., 2000, La investigación-acción como tendencia pedagógica, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 77-82), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

El trabajo en equipo aparece en este punto como de capital importancia. Los problemas son responsabilidad de todo el grupo, lo que por un lado reduce la tensión que generan, y por otro lado favorece la creatividad y la contraposición de distintos puntos de vista. Las reuniones cordiales entre profesor y estudiantes no sólo tornan más agradable el proceso, sino que despiertan nuevas motivaciones[14]. Además, brindan al profesor la oportunidad tanto de enriquecer su horizonte mediante el aprendizaje de las observaciones de sus estudiantes, como de convertirse en un auténtico testimonio para aquellos, de manera que los estudiantes puedan identificar en su profesor valores que admiren, y que puedan luego imitar por asimilación[15].

Se trata, en definitiva, de promover un método activo que permita hacer crítico al ser humano, a través del debate en grupos de situaciones existenciales, preparadas específicamente con este fin. El profesor tiene como principal responsabilidad ayudar al estudiante a obtener un punto de vista crítico de su realidad[16].

El cuarto y último elemento de la propuesta pedagógica de la CJI requiere que el profesor sea capaz de utilizar la imaginación para aprovechar situaciones, y crear y utilizar medios que propicien la actividad y el diálogo con los estudiantes. En particular, el profesor ha de tener en cuenta que las nuevas tecnologías ofrecen al estudiante acceso a las vías de información global, permitiéndole ser parte de una comunidad de aprendizaje mundial a través de redes sociales y bibliotecas electrónicas virtuales[17].

De ahí que el profesor, en el marco de los esfuerzos cooperativos que desarrolla con los estudiantes en los proyectos de investigación,

---

14 Viñas, G., 2000, La pedagogía liberadora, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 66-76), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

15 Morin, E., 1999, Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, Paris, Francia: UNESCO.

16 Viñas, G., 2000, La pedagogía liberadora, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 66-76), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

17 Rojas, A.R, Corral, R., Ileana, A., & Ojalvo, V., 2000, La tecnología educativa, El uso de las NTIC en la Educación (pp. 21-42), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

deba centrar sus esfuerzos en orientarlos en su proceso de experimentación en la navegación a través de la red global. Para ello, necesita de un modelo de aprendizaje más flexible, que no se realiza simultáneamente en un mismo espacio y tiempo.

4. LA FORMACIÓN INTEGRAL DEL INCONSCIENTE: LA FORMACIÓN DEL SER HUMANO COMO UN TODO REQUIERE NO COMPARTIMENTALIZAR CONCIENCIA E INCONSCIENTE

La propuesta de formación integral del pensamiento crítico vista en la sección anterior constituye, en nuestra opinión, un importante paso adelante en el ámbito cognitivo. Sin embargo, continúa basándose en una notable compartimentalización entre el proceso de formación de las actividades que tienen lugar en el plano de la conciencia (percepción y pensamiento), y aquellas otras que tienen lugar en el ámbito de la inconsciencia (sentimiento, intuición e imaginación)[18].

El favorecimiento de la dimensión objetiva o consciente de la persona humana, en detrimento de su dimensión subjetiva o inconsciente, obstaculiza una auténtica formación integral dirigida al ser humano en su conjunto, con el fin de permitirle articular una forma coherente de ser y de entender el mundo[19].De ahí la importancia que en la propuesta pedagógica de la CJI tiene la promoción de la discusión sobre los valores y los problemas humanos y sociales, así como el fomento de la imaginación y los sueños por un mundo distinto, que doten a la vida de sentido para los estudiantes.

Es por ello, que la propuesta pedagógica de la CJI entiende que el proceso de formación integral, además de fomentar el desarrollo del pensamiento crítico, debe dirigirse también a generar un contexto

---

18 Rojas, A.R, Corral, R., Ileana, A., & Ojalvo, V., 2000, La tecnología educativa, El uso de las NTIC en la Educación (pp. 21-42), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

19 Sanz Obregón, 1997, Hacia una pedagogía de la subjetivización, en *Revista de Educación y Pedagogía*, Universidad de Antioquia, Nos. 19-20, pp. 113-135.

libre del miedo a los sentimientos, las intuiciones y la imaginación, de manera que se facilite y promueva su expresión y confianza en los mismos[20].

Para ello, la CJI recurre a un concepto amplio de la noción de juego, que se desarrolla mediante dinámicas de trabajo en grupo, así como a través de formas de producción artística y literaria, e incursiones experimentales en múltiples disciplinas.

En definitiva, se trata de abandonar el concepto clásico de "civilización" de los sentimientos, de manera que los estudiantes desarrollen una responsabilidad no solo hacia a los ideales de cómo no deberían sentirse, sino también frente a sus propios sentimientos, intuiciones y símbolos a través de los que expresan su imaginación.

Sólo de esta manera, complementando el pensamiento crítico con el cultivo de la dimensión subjetiva del estudiante es posible abordar en el marco de la CJI un proceso de formación auténticamente integral, en el que se pueda abordar la frecuente contradicción entre la verdad del pensamiento y la verdad del sentimiento, como lo demuestra, por ejemplo, la tensión entre el principio racional de justicia y el sentimiento de compasión[21].

La CJI promueve abordar esta contradicción porque, si se condena al estudiante a una situación de desconocimiento y desamparo frente a las actividades de su inconsciente, es más que probable que a lo largo de su vida se termine rompiendo en algún momento la censura de su pensamiento racional, provocándole una grave crisis de identidad.

5. CONCLUSIÓN

A lo largo de este capítulo, se ha tratado de presentar la propuesta pedagógica que la CJI viene implementando desde su creación en agosto de 2011. Su fundamento es la formación integral del ser humano, de manera que, adquiriendo consciencia de su propia ac-

---

20 Idem.

21 Idem.

tividad emocional, social e intelectiva, se encuentre en capacidad de contribuir a la sociedad con un pensamiento crítico.

La propuesta pedagógica de la CJI está dirigida a que el proceso de formación integral del estudiante le haga crecer en humanidad, mediante el despliegue de sus ámbitos afectivo, social e intelectivo. Con ello, y una vez que entiende que no existe ninguna forma de vida perfecta, se pretende empoderar al estudiante para que, a través de su propia experimentación, decida él mismo qué forma de vida considera deseable.

Finalmente, es importante subrayar que la CJI está apenas cumpliendo su XV aniversario, por lo que se encuentra al inicio del que se espera sea un largo trayecto, que ha de ser recorrido de la mano de una propuesta pedagógica caracterizada porque su fundamento y sus elementos no constituyen sino una guía, siempre ajustables a lo largo del camino con el fin de poder alcanzar una auténtica formación integral de sus miembros.

REFERENCIAS

Doctrina

Canfux, V., 2000, La pedagogía Tradicional, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 5-10), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

Corral, R., 2000, La perspectiva cognoscitiva, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 77-82), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

González Maura, V., 2000, La pedagogía no directiva: La enseñanza centrada en el estudiante, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 57-65), Tarijá, Bolivia): Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

Morin, E., 1999, Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, Paris, Francia: UNESCO.

Orozco Silva, L.E, 2002, Responsabilidad del Docente en la Formación Integral, Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.

Pérez, M., 2000, La investigación-acción como tendencia pedagógica, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad

educativa actual (pp. 77-82), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

Rojas, A.R, Corral, R., Ileana, A., & Ojalvo, V., 2000, La tecnología educativa, El uso de las NTIC en la Educación (pp. 21-42), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

Sanz Obregón, 1997, Hacia una pedagogía de la subjetivización, en *Revista de Educación y Pedagogía*, Universidad de Antioquia, Nos. 19-20, pp. 113-135.

Vigotsky, L.S., 1995, Interacción entre enseñanza y desarrollo, en Kraftchenko, O. y Cruz, L (Ed.), Selección de Lecturas de Psicología Infantil y del Adolescente, Pueblo y Educación: La Habana.

Viñas, G., 2000, La pedagogía liberadora, en Colectivo de Autores Cepes (Ed.), Tendencias pedagógicas en la realidad educativa actual (pp. 66-76), Tarijá, Bolivia: Editorial Universidad Juan Misael Saracho.

3. El valor de la cooperación con la Clínica Jurídica Internacional para la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional

[*]**PAOLINA MASSIDDA**[*]

1. EL ROL DE LA OFICINA PÚBLICA DE DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS

La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) es una oficina independiente dentro de la Corte Penal Internacional (CPI) establecida en 2005 para la asistencia de víctimas, ya sea directamente con la asistencia y representación legal en los procedimientos o indirectamente prestando apoyo a abogados externos que representan víctimas. La asistencia brindada a las víctimas cubre las primeras etapas del proceso, incluyendo el examen preliminar y la investigación cuando las víctimas podrían disponerse a proveer información a la Fiscalía.

La norma 81 del Reglamento de la Corte, leída juntamente con la norma 80, establece la creación de la Oficina y define su mandato de la siguiente manera:

> [l]as tareas de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas incluirán:
> (a) Brindar apoyo y asistencia general al representante legal de las víc-

---

[*] Las opiniones expresadas en este texto son únicamente las del autor y no deben atribuirse en ningún caso a la Corte Penal Internacional.

[*] Abogada principal de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV) de la Corte Penal Internacional.

> timas y a las propias víctimas, incluyendo la investigación jurídica y el asesoramiento legal y, bajo instrucción o con la autorización de la Sala, asesorar y asistir en relación con las circunstancias fácticas detalladas del caso; (b) Comparecer, bajo instrucción o con la autorización de la Sala, respecto a cuestiones específicas; (c) Presentar observaciones, bajo instrucción o con la autorización de la Sala, en particular antes de la presentación de solicitudes de participación de las víctimas en el procedimiento, cuando haya solicitudes pendientes en virtud de la regla 89 o cuando aún no se haya designado un representante legal; (d) Actuar cuando sea designado en virtud de la norma 73 o de la norma 80; y (e) Representar a una víctima o a varias víctimas durante todo el procedimiento, bajo instrucción o con la autorización de la Sala, cuando ello sea en interés de la justicia.

De acuerdo con la norma 81(2) del Reglamento de la Corte, la OPDV funciona como "una oficina totalmente independiente". Su independencia es un requisito previo para el cumplimiento de su mandato de asistir a los representantes legales de las víctimas y/o representar a las víctimas, y preserva la relación privilegiada entre las víctimas y sus abogados.

La Oficina puede ser requerida para proveer a las víctimas y abogados representantes de víctimas con asistencia técnica y experiencia en cualquier asunto relacionado con la participación de las víctimas en los procedimientos ante la CPI. Esto puede incluir la entrega de documentos con antecedentes fácticos sobre la situación o el caso, trabajos de investigación y asesoramiento sobre aspectos determinados del derecho penal internacional, en particular, sobre el derecho relacionado con la participación de las víctimas y las reparaciones, así como sobre cualquier cuestión sustantiva y procesal pertinente para los procedimientos. Cuando son designados para representar a las víctimas en los procedimientos o cuando comparecen ante las Salas, los abogados de la Oficina suelen enfrentarse a cuestiones jurídicas novedosas y complejas que requieren una investigación exhaustiva y un análisis legal detallado.

2. LA COOPERACIÓN ENTRE LA OFICINA Y LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL: UNA EXPERIENCIA DE APRENDIZAJE BIDIRECCIONAL

Es en este marco que, en 2013, la Oficina aceptó la propuesta de la Universidad del Rosario (Colombia) para iniciar la cooperación con su Clínica Jurídica Internacional.

La idea de formar un grupo de estudiantes enfocados en el derecho penal internacional ofreció diversos beneficios convincentes, incluyendo el proveerles la oportunidad de estudiar el tema a profundidad y también aplicar el derecho penal internacional a casos concretos. Primero, la Oficina podía requerir investigación en asuntos relacionados con la protección de los derechos de las víctimas y recibir hallazgos prácticos para respaldar su labor judicial. Segundo, la asociación proveía la oportunidad de aportaciones creativas sobre cuestiones jurídicas complejas a través del intercambio entre los estudiantes y los miembros de la Oficina. Este intercambio contribuiría a un entendimiento más profundo de asuntos relacionados con las víctimas en el derecho penal internacional, mientras se refuerzan los derechos de las víctimas ante la CPI. En tercer lugar, los miembros de la Oficina podían mejorar sus habilidades para explicar conceptos jurídicos complejos, orientar a los estudiantes y supervisar su trabajo.

Cada año, la Oficina provee a los estudiantes con una lista de dos o tres asuntos legales derivados de casos o situaciones ante la Corte, acompañados de una explicación sobre como estas cuestiones pueden afectar los derechos de las víctimas. Esto permite a los estudiantes analizar conceptos jurídicos y desafíos dentro del contexto de un caso o situación específica, lo que les ayuda a comprender los efectos prácticos de la aplicación de las disposiciones legales pertinentes. En otras palabras, los estudiantes tienen la oportunidad de aplicar el derecho a casos reales y proponer soluciones concretas con un enfoque centrado en las víctimas.

Bajo la orientación de su profesor, los estudiantes seleccionan los temas que consideran más relevantes. Trabajando en grupos de tres a seis, los estudiantes disponen de varios meses para redactar un memorial jurídico que analice las cuestiones elegidas. A menudo, los estudiantes emplean un enfoque comparativo, revisando las prác-

ticas jurídicas nacionales relevantes que pueden apoyar su análisis jurídico. Este enfoque comparativo es especialmente valioso para la Oficina, ya que en el artículo 21 del Estatuto establece que la Corte puede aplicar principios generales del derecho derivados de textos jurídicos nacionales cuando sus propios textos jurídicos no abordan un asunto particular. De hecho, algunas consultas son formuladas por la Oficina deliberadamente para fomentar este análisis comparativo, reconociendo que la interpretación y aplicación de los derechos de las víctimas ante la CPI es un campo en evolución.

A lo largo del proceso de redacción del memorial, la Oficina está disponible para responder preguntas o proporcionar orientación. Una vez finalizado, el memorial —realizado en inglés y español— se envía a la Oficina para recibir comentarios antes de su versión definitiva.

Durante la Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, se invita a los estudiantes a presentar su trabajo en la Corte, donde tienen la oportunidad de compartir sus hallazgos con los miembros de la Oficina y participar en debates. Esta es una excelente oportunidad para que los estudiantes reciban reconocimiento por su contribución, mientras desarrollan sus habilidades de presentación y abogacía. Asimismo, permite a la Oficina profundizar el diálogo sobre los derechos de las víctimas ante la CPI y enriquecer el debate sobre cuestiones clave.

Las cuestiones jurídicas abordadas a lo largo de los años incluyen:

1. Pruebas de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en las decisiones de la CPI sobre la confirmación de cargos.
2. Contenido y alcance del crimen de guerra de ordenar el desplazamiento de la población civil en virtud del artículo 8(2)(e)(viii) del Estatuto de la CPI.
3. ¿Están protegidas de la violencia sexual las niñas menores de 15 años que son tomadas como esposas o parejas por miembros de un grupo armado que participa en un conflicto armado no internacional, ya sea por sus parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen?

4. ¿Son aplicables la inimputabilidad por enfermedad mental y la coacción en el caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional?

5. ¿Constituye la práctica del Ejército de Resistencia del Señor de secuestrar niños un crimen de lesa humanidad de tortura, persecución u otros actos inhumanos según el Estatuto de la CPI?

6. ¿Son la naturaleza y el alcance de la victimización, los actos de violencia que constituyen los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la gravedad especial de algunos crímenes internacionales factores relevantes en la determinación de las penas por la CPI?

7. Cuestiones procesales relativas a la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la ausencia de caso en el proceso de Gbagbo y Blé Goudé.

8. ¿Ser un ex niño soldado es una circunstancia relevante para la imposición de una pena? Especial atención al caso *Ongwen* ante la CPI.

9. Responsabilidad penal bajo el derecho nacional de niños soldados, actuales y antiguos, menores de quince años que fueron reclutados a la fuerza.

10. El matrimonio forzado y su caracterización legal como crimen de lesa humanidad: ¿esclavitud sexual, otros actos inhumanos o ambos?

11. Sobre el poder de las víctimas para activar la revisión judicial por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI: especial atención a la revisión judicial de la decisión del Fiscal de cerrar el examen preliminar por considerar que no sería de interés de la justicia abrir una investigación.

12. Reparaciones a las víctimas en el caso Bemba a través del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas de la CPI.

13. Noción de daño transgeneracional e intergeneracional.

14. Genocidio mediante la imposición deliberada de condiciones de existencia a un grupo que hayan de acarrear su destrucción fiscal, total o parcial.
15. Alcance y limitaciones de las medidas de reparación a menores víctimas de delitos graves: un estudio comparativo entre jurisdicciones nacionales.
16. El rol de la Corte Penal Internacional desde la perspectiva de la necesidad de reparaciones especiales de menores y de personas mayores.

A lo largo de los años, los memoriales producidos por la Clínica Jurídica Internacional han sido instrumentales para respaldar los alegatos de la Oficina ante las Salas de la Corte o para servir de base en el desarrollo de argumentos en nombre de las víctimas. Por ejemplo, la investigación sobre la violencia sexual perpetrada por miembros de grupos armados contra individuos del mismo grupo armado contribuyó a los alegatos de la Oficina en el caso Bosco Ntaganda. Esto llevó finalmente a la confirmación de la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de un grupo armado contra otros miembros del mismo grupo, una decisión histórica que avanzó significativamente el discurso legal sobre la violencia sexual. De manera similar, la investigación sobre el daño transgeneracional e intergeneracional fundamentó los alegatos en el caso Ongwen en relación con la dimensión del reconocimiento de este tipo de daño en el marco de los procedimientos de reparaciones de la CPI.

En 2019, la colaboración entre la Oficina y la Clínica Jurídica Internacional se fortaleció aún más con la creación de los Informes de Derecho Penal Internacional. Esta serie tiene como objetivo incluir todos los memoriales de los estudiantes de la Clínica Jurídica junto con artículos de profesionales en el campo del derecho penal internacional. Los dos primeros volúmenes fueron publicados en 2020, seguidos por otros dos en 2022 y 2023. La colección, coeditada por la Editorial de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y el Instituto Iberoamericano de La Haya, en colaboración con la Oficina Pública de Defensa de las víctimas, recopila las investigaciones de los estudiantes desde 2013. Los volúmenes han sido enriquecidos

con contribuciones de académicos y profesionales hispanohablantes, incluidos jueces de la CPI, tanto actuales como anteriores. Esta iniciativa no solo reconoce las contribuciones de los estudiantes, sino que también fortalece la investigación jurídica, arrojando luz sobre los desafíos legales que enfrentan las víctimas. Además, fomenta una mayor concienciación sobre los derechos de las víctimas en el derecho penal internacional. La naturaleza bilingüe de los informes (en inglés y español) amplía su accesibilidad e impacto, permitiendo que lleguen a una audiencia más amplia.

3. BALANCE DE LA COOPERACIÓN ENTRE LA OFICINA Y LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

Para los estudiantes de derecho, la diferencia entre estudiar derecho y ejercerlo suele ser a menudo considerable. Muchas facultades de derecho siguen enfatizando la educación teórica, centrándose principalmente en la literatura académica, la legislación nacional y la jurisprudencia, lo que deja a los estudiantes poco preparados para la aplicación práctica del derecho. Esta brecha entre la teoría y la práctica puede cerrarse a través de la educación jurídica clínica. Al participar en experiencias prácticas, los estudiantes tienen la oportunidad de aplicar el derecho a situaciones del mundo real, lo que ofrece numerosos beneficios. Esta exposición práctica no solo facilita una transición más fluida hacia la profesión, sino que también ayuda a los estudiantes a determinar si el derecho penal internacional es realmente el campo que desean seguir.

En este contexto, la Clínica Jurídica Internacional representa una realidad educativa importante, brindando a los estudiantes la oportunidad de profundizar su conocimiento en el derecho penal internacional mientras mejoran sus habilidades de investigación y análisis jurídico, así como su capacidad para resolver problemas. Además, la participación en la Clínica ayuda a los estudiantes a desarrollar competencias esenciales en presentación oral, comunicación y organización. Dado que la Oficina está involucrada en múltiples casos y situaciones, los estudiantes tienen la oportunidad única de obtener

experiencia de primera mano en cuestiones innovadoras del derecho penal internacional. También se enfrentan a preguntas sobre ética y responsabilidad profesional, lo que les permite aplicar conceptos abstractos en un entorno práctico y prepararse para su futura carrera profesional. Asimismo, el hecho de realizar investigaciones que contribuyen directamente al trabajo y la causa de las víctimas motiva a los estudiantes a dar lo mejor de sí mismos y genera un sentido de compromiso con los resultados que alcanzan. Tras su experiencia en la Clínica Jurídica Internacional, muchos estudiantes han continuado su trayectoria como pasantes o profesionales visitantes en la Oficina o en otros órganos de la Corte. Algunos han emprendido una carrera en el ámbito del derecho penal internacional.

La Clínica Jurídica es también una oportunidad de acercar a personas más jóvenes a la justicia penal internacional, ayudándolos a descubrir talentos que pueden ser aplicados en el campo de los derechos humanos, derecho internacional humanitario o derecho penal internacional. Fomenta el intercambio de ideas y opiniones en un entorno que promueve la diversidad, preparando a los estudiantes para trabajar de manera efectiva en un contexto multicultural.

El amplio Proyecto de formación de la Clínica Jurídica sitúa a sus miembros en el centro del proceso de aprendizaje, basado en la comprensión de que el conocimiento se adquiere principalmente a través de la observación, la experimentación y el razonamiento crítico. En este enfoque no directivo, el papel principal del docente es presentar problemas y ofrecer múltiples soluciones posibles, que luego son abordadas de manera colectiva por los miembros de la Clínica mediante trabajo en equipo. Finalmente, la Clínica desempeña un papel fundamental en la formación de nuevas generaciones de profesionales.

Desde la perspectiva de la Oficina, su participación simultánea en múltiples situaciones y casos ha generado una carga de trabajo considerable para un pequeño grupo de 12 personas. Por lo tanto, la posibilidad de solicitar investigación jurídica de los estudiantes es un recurso valioso. Provee también una oportunidad de observar conceptos jurídicos desde nuevas perspectivas, pues individuos jóvenes a menudo aportan creatividad y desafían puntos de vista estrictos al ofrecer nuevas ideas. De hecho, el trabajo producido por la Clínica

Jurídica Internacional ha contribuido significativamente al análisis de cuestiones legales complejas y a la interpretación de disposiciones desde una perspectiva centrada en la victima.

En conclusión, la colaboración entre la Oficina Pública de Defensa de las víctimas y la Clínica Jurídica Internacional es un ejemplo brillante de como la academia y la práctica legal pueden unirse para generar un cambio positivo. Su colaboración promueve los derechos humanos y los derechos de las víctimas. Juntos, encarnan el poder transformador de la cooperación y sirven de inspiración para futuros esfuerzos en la educación jurídica y la defensa de las víctimas.

4. El valor de la cooperación con la Clínica Jurídica Internacional para la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá

ULDI TERESA JIMÉNEZ*

La desmovilización de los grupos paramilitares, organizados bajo las "Autodefensas Unidas de Colombia" (AUC), exigió un sistema de justicia especial. Este fue el primer mecanismo de paz desarrollado en Colombia tras la expedición del Estatuto de Roma, adecuado para procesar y condenar graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, los cuales rara vez se habían aplicado en el país. Por ello, en 2005 el Congreso de la República expidió la Ley 975, cuyo propósito es "facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación".

---

* Jurista especializada en justicia transicional y desmovilización en el contexto del conflicto armado colombiano. Como Magistrada de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (2005-2020), dictó sentencias clave, incluyendo la primera condena en Justicia y Paz por la masacre de Las Brisas y el desplazamiento de Mampuján, así como la primera contra un comandante paramilitar por reclutamiento forzado de menores. Ha participado en instancias internacionales sobre justicia transicional, contribuyó al Protocolo Latinoamericano de ONU Mujeres y presentó una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, ha ejercido la docencia en derecho penal y justicia transicional en diversas universidades colombianas e internacionales. Actualmente se desempeña como Procuradora Segunda delegada con Funciones de Intervención ante la Jurisdicción Especial para la Paz, dependencia de la Procuraduría General de la Nación (Colombia).

El régimen jurídico de los programas de Justicia y Paz tuvo menor influencia del derecho internacional en comparación con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que se estableció posteriormente tras las negociaciones de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP). Mientras que la JEP fue concebida como una jurisdicción independiente dentro del sistema constitucional colombiano, los jueces de Justicia y Paz se integraron a la justicia penal ordinaria permanente, funcionando como salas especializadas en los tribunales de Bogotá, Medellín y Barranquilla. Sin embargo, en la segunda mitad de la primera década del siglo XXI, el derecho internacional empezó a tener una influencia creciente en los sistemas de justicia transicional.

A pesar de este nuevo marco normativo, los tribunales de Justicia y Paz enfrentaron dificultades técnicas relacionadas con el entendimiento de la justicia transicional, el derecho internacional humanitario y derecho internacional penal. La tradición legalista de la justicia colombiana, a pesar de la ratificación de múltiples convenios y tratados internacionales, hizo que el derecho internacional fuera ajeno al derecho penal nacional. En ese momento, no existían elementos de derecho positivo que diferenciaran los crímenes de guerra de crímenes ordinarios, e incluso hoy en día, el derecho penal colombiano carece de una regulación específica para los crímenes de lesa humanidad.

1. APORTE DE TRABAJAR EN UN AMBIENTE CONSTRUCTIVO DE JUSTICIA A LA CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

La participación de la Clínica en el Tribunal fue una construcción en doble vía: no solo benefició al Tribunal, sino también a los estudiantes que participaron. Estos tuvieron la oportunidad de integrarse en la realidad de la justicia transicional, asistir a audiencias y realizar prácticas en Justicia y Paz, aprendiendo directamente de la magistratura. Esta experiencia única fortaleció su formación profesional y les permitió investigar temas de derecho internacional poco aplicados en Colombia. Además, su participación marcó un hito en

su desarrollo profesional, al adquirir conocimientos que resultaron más útiles para la justicia transicional que el derecho penal nacional, lo que ha repercutido en sus carreras hasta el día de hoy.

En este contexto, la participación de la Clínica no solo brindó a los estudiantes un aprendizaje práctico, sino que también fortaleció el trabajo del Tribunal. La interacción constante entre los estudiantes y los magistrados permitió el intercambio de conocimientos y la construcción de enfoques más integrales en la aplicación del derecho internacional. Este aprendizaje colaborativo fue clave para que estos aportes no se limitaran a la formación académica, sino que tuvieran un impacto directo en la toma de decisiones judiciales.

2. APORTE DE LA CLÍNICA JURÍDICA A CASOS ESPECÍFICOS DE JUSTICIA Y PAZ

Las investigaciones de la Clínica Jurídica fueron fundamentales para que el Tribunal de Justicia y Paz incorporara en sus decisiones un mayor desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional penal, especialmente en lo relativo a crímenes internacionales, un concepto que hasta ese momento no había sido abordado en profundidad.

Si bien la integración de estos marcos jurídicos promovió un análisis más holístico de las situaciones de violencia, destacó especialmente el trabajo de la cohorte de 2012, que estudió las consecuencias jurídicas de las muertes causadas por acciones disciplinarias dentro de las AUC. El desarrollo de la responsabilidad penal por delitos cometidos dentro de las filas paramilitares, particularmente por comandantes en ejercicio de control disciplinario o militar, era un tema escasamente tratado en el derecho internacional penal hasta los casos Ntaganda y Ongwen[1].

---

[1] A pesar de cierto acercamiento inicial en el marco del caso Lubanga.

En cuatro casos específicos (Guillermo Pérez Alzate y otros[2], Armando Madriaga Picón/Jesús Noraldo Basto León[3], Rodrigo Pérez Alzate[4], y John Fredy Rubio Sierra y otros[5]), el Tribunal debía determinar si los postulados eran penalmente responsables por homicidios o desapariciones forzadas dentro de sus propias filas, como resultado de sanciones disciplinarias. Estos casos planteaban interrogantes sobre la legitimidad de dichas muertes en el marco del DIH, la definición de quién es combatiente; cuándo una persona no combatiente pierde la protección en el DIH; y, en especial, si la violencia dentro del grupo armado podía considerarse como violencia en el marco del conflicto armado.

La Clínica, entonces, realizó un estudio de avanzada sobre los alcances del concepto jurídico de la pérdida de la condición de persona protegida en los conflictos armados. Su análisis permitió recopilar normas y jurisprudencia para determinar si podía ser considerado combatiente directo en las hostilidades y, por lo tanto, un objetivo militar legítimo. Como resultado de su intervención, se concluyó que los miembros de las AUC objeto de estas sanciones internas podían ser considerados combatientes legítimos en el marco de las hostilidades, perdiendo así la protección del DIH:

> Las mencionadas víctimas, estaban vinculadas con los grupos armados organizados al margen de la ley que participaban en el conflicto armado y su desempeño dentro de las estructuras fue la causa de su deceso, motivo por el que a la luz de las normas de Derecho Internacional Humanitario antes enunciadas, no ostentaban la condición de personas protegidas, circunstancia que permite legalizar los hechos en la forma como se mencionó anteriormente[6].

Esto fue decisorio al momento de tratar la imputación jurídica por los delitos que se persiguieron en estos cuatro casos: en ellos se eligió tratar estos hechos como desapariciones forzadas y homicidios normales, y no en el marco del homicidio en persona protegida. Al

---

2 Radicado No. 110016000253200680450, p. 471 et. seq.
3 Radicado No. 110016000253 - 200782862 y 200680082, p. 173 et. seq.
4 Radicado No. 110016000253200680012, p. 473 et. seq.
5 Radicado No. 110016000253 - 200883167, p. 273.
6 Ibid., p. 479.

momento de realizar su estudio, la Clínica propuso la utilización de un 'test' que permita, caso a caso, determinar la pérdida de la protección en el Derecho Internacional Humanitario:

> El test propuesto se divide en dos partes. En la primera se analiza si la persona era miembro de hecho o de derecho de alguna de las partes en el conflicto (lo que automáticamente significaría el no tener la condición de persona protegida).
> La segunda parte se desarrolla sobre la previa constatación de que la víctima no era miembro de ninguna de la partes en el conflicto (de manera que en principio tenía la condición de persona protegida). Sobre esta base se analizan los factores que permiten determinar si en al momento de su muerte mantenía su protección, o por el contrario la había perdido como consecuencia de su participación directa en las hostilidades[7].

Es interesante ver el cambio en la atribución de responsabilidad por este tipo de conductas en la justicia transicional colombiana. La determinación de quien constituye una persona protegida o un partícipe directo en las hostilidades ha evolucionado en los distintos sistemas de justicia transicional, en seguimiento a los requerimientos del Derecho Internacional Humanitario que exigen normas para el procesamiento judicial por parte de entidades partícipes en conflictos armados organizados. En la Jurisdicción Especial para la Paz, se ha establecido como una afectación grave al DIH las ejecuciones extrajudiciales de ciertos combatientes. Sin embargo, en el momento, la inclusión de criterios del DIH y el *ius in bello* para la determinación de las víctimas como personas protegidas fue un paso innovador para la justicia colombiana, hecho posible, entre otros, por el aporte teórico de elementos de derecho internacional realizado por la Clínica.

La investigación de la Clínica tuvo efectos fundamentales en resolver dudas de interpretación sobre la naturaleza de persona protegida cuando este concepto estaba recién integrado al derecho penal colombiano.

---

7 Clínica Jurídica Internacional, 2012, La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados. Memorial realizado por Sergio Castillo Forero, Francois Lozano Pradere, Laura Mateus Ramirez y Andrea Molano Araque, bajo la supervisión del Prof. Héctor Olásolo Alonso.

3. LA IMPORTANCIA DEL DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO

Para el Tribunal y los estudiantes fue fundamental contar con una red de participación y comunicación que permitiera compartir diversas perspectivas e información.

Para los estudiantes de la Clínica Jurídica Internacional, la participación en los procesos de Justicia y Paz fue una experiencia enriquecedora. Pudieron asistir a diligencias y audiencias, investigar para la toma de decisiones, y observar de cerca el funcionamiento de la justicia transicional. Este trabajo les brindó un conocimiento práctico invaluable, complementando su formación académica en administración de justicia, ampliando así su educación.

Muchos de los integrantes de las cohortes de la Clínica Jurídica Internacional han continuado su trabajo en la Jurisdicción Especial para la Paz, que realiza las funciones de los juzgados de Justicia y Paz para los desmovilizados de las FARC-EP y agentes del Estado. Aunque la JEP ha tenido interacción limitada con las decisiones tomadas por Justicia y Paz, llevando a procesos a veces reiterativos y dificultades en la determinación de elementos jurídicos que ya habían sido resueltos años antes, la experiencia de los estudiantes en Justicia y Paz ha ayudado a reducir el impacto de esta falta de comunicación, permitiendo que los operadores judiciales actúen con el conocimiento que han adquirido de derecho internacional humanitario y derecho internacional penal para asegurarse que las decisiones sean concordantes. Por lo tanto, se debe afirmar que la Clínica se ha convertido en un mecanismo de cooperación interinstitucional, de seguridad jurídica, y de continuación del arduo trabajo de los juzgados de Justicia y Paz.

Por ejemplo, el primero de los memoriales de la Clínica[8] trató el contexto de imputaciones de autoría mediata en el marco de la vio-

---

8 Elaborado por Mariana De La Roche, David Delgado, Daniela Escallón Vicaria, Carlos Fonseca Sánchez, Héctor León Hernández, Julián Jaccard, y Joel Ramírez Mendoza, bajo la supervisión del Profesor Héctor Olasolo, con la colaboración de los Profesores Mauricio Vanegas y Andrea Mateus, y del investigador Andrés Contreras.

lencia sexual y violencia basada en género. Al momento de redactarlo, existían fuertes dudas en el marco del Derecho penal colombiano sobre el concepto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, derivada del artículo 25 del Estatuto de Roma, y que contaba con diferencias sustanciales frente a los conceptos de autoría mediata del Derecho penal colombiano. Este es un tema que sigue estando en debate ante la Jurisdicción, y la presencia de integrantes de la Clínica ha permitido un acercamiento más complejo al tema del que habría normalmente.

Igualmente, los elementos presentes en el segundo memorial, sobre los elementos de prueba en la violencia sexual[9]; y los del cuarto memorial, relativo en general a la prueba de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad[10], se perciben en los autos de determinación de hechos y conductas de diferentes macrocasos priorizados por la JEP, en el proceso de atribución de responsabilidad por conductas masivas de vulneraciones graves al DIH y DIDH.

En general, la Clínica ha aportado importantes contextos del derecho internacional a un sistema jurídico que, cuando empezaron sus investigaciones, solía limitar sus aportes a aquellos tratados internacionales que eran incluidos en el bloque de constitucionalidad, y que no contaba con amplio conocimiento por los operadores jurídicos del sistema penal nacional.

4. CONCLUSIONES

La cooperación entre la Clínica Jurídica Internacional y las salas de Justicia y Paz es un valioso ejemplo de cómo la academia puede contribuir significativamente al fortalecimiento de la justicia en

---

9 Elaborado por David Alejandro Delgado, Alejandro Jaramillo, Héctor-León Hernández, Víctor Miranda, Nicolás González Tamayo, Angélica Rodríguez, Antonio Jarne, María Carolina Fajardo Cano, Carolina Olano, bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.

10 Elaborado por Lorena Herrera, María Paula López, Daniela Suarez, Juan Camilo Serrano y Sebastián Urrea, bajo la supervisión del Profesor Héctor Olasolo, y con la monitoria de Camila Suárez.

Colombia. A través de sus investigaciones y participación en casos específicos, la Clínica ha facilitado la incorporación de estándares de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional en la jurisprudencia nacional, lo que ha permitido un análisis más integral de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado. Esto ha llevado también a la formación de nuevas generaciones de profesionales con una comprensión profunda de la justicia transicional y sus desafíos, fortaleciendo así la capacidad del sistema judicial para abordar casos complejos con un enfoque más holístico y especializado.

En este sentido, el impacto de la Clínica Jurídica Internacional no solo se refleja en su influencia en decisiones judiciales clave, sino también en la continuidad de su legado a través de los profesionales que han llevado su experiencia a otras instancias, como la Jurisdicción Especial para la Paz. Su aporte ha permitido tender puentes entre distintos momentos y mecanismos de justicia transicional, promoviendo la seguridad jurídica y la coherencia en la aplicación del derecho internacional en Colombia. La Clínica, por tanto, no solo ha sido un espacio de aprendizaje y construcción académica, sino también un actor clave en el avance de la justicia en el país, consolidando un diálogo interdisciplinario que ha enriquecido el trabajo de jueces, magistrados y operadores jurídicos.

5. Sobre la versatilidad de la Clínica Jurídica Internacional: especial atención a la investigación desarrollada en relación con los casos relativos a Laurent Gbagbo, Charles Blé Goudé and Dominic Ongwen

RENÁN VILLACIS*

La Clínica Jurídica Internacional, desarrollada durante los últimos quince años con base en la cooperación entre la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional (CPI), la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) y el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos), continúa presentando unos trabajos de investigación de gran calidad.

Ejemplo de ello son los trabajos desarrollados en dos casos de particular relevancia para la CPI en los últimos años: (a) el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goude, quienes durante el período en que se produjeron los hechos por los que fueron acusados se desempeñaban, respectivamente, como presidente y ministro de la juventud de Costa de Marfil; y (b) el caso contra Dominic Ongwen, quien, a pesar de haber sido secuestrado cuando era un niño por el Ejército de Resistencia del Señor en el norte de Uganda, fue escalando progresivamente en la organización, hasta convertirse en uno de sus principales comandantes entre 2002-2005 (periodo en el que se

* Director (2009-2024) de la Secretaria de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

cometieron los crímenes por los que fue condenado el 4 de febrero de 2021).

Entre las diversas cuestiones abordadas, destaca en primer lugar la relativa al contenido y la naturaleza de los requisitos previstos en el artículo 74(5) del Estatuto de la CPI, con particular atención al grado de vinculatoriedad de estos requisitos en relación con las decisiones de sobreseimiento dictadas por las Salas de la CPI. Se trata de un asunto particularmente relevante para el caso Gbagbo y Blé Goudé, si tenemos en cuenta que el mismo finalizó precisamente a través de una decisión de sobreseimiento dictada por la Sala de Primera Instancia I el 15 de enero de 2019, la cual fue posteriormente confirmada por la Sala de Apelaciones el 31 de marzo de 2021.

Así mismo, son también particularmente relevantes varias de las cuestiones procesales analizadas por la Clínica Jurídica Internacional en relación con la mencionada decisión de sobreseimiento en el caso Gbagbo y Blé Goudé, destacando en especial las tres siguientes: (a) si las Salas de Primera Instancia tienen la facultad para definir el estándar de prueba aplicable después de emitir sus decisiones; (b) si los principios procesales del juicio justo y la celeridad en las actuaciones son solo en beneficio del acusado; y (c) la determinación de los casos en los es apropiada la declaración de la nulidad del juicio oral o "mistrial".

Para responder a estas preguntas, se realiza un amplio análisis de la jurisprudencia emitida hasta el momento por la CPI, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TPIR), varios tribunales híbridos como las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (SETC), el Tribunal Especial para el Libano (TEL) y el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), el Consejo de Derechos Humanos (CDH), el Trinual Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH).

La Clínica centra también su atención en el sistema de determinación de las penas recogido en el artículo 78 del Estatuto de la CPI y en la regla 145 de sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

En particular, se aborda el interrogante sobre si ser un ex niño soldado, como Dominic Ongwen, constituye una circunstancia rele-

vante en la determinación de la pena, porque configura una de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en la regla 145 (2), o porque se trata de una condición a tener en cuenta en la individualización de la pena. Para abordar esta cuestión, se realiza un análisis pormenorizado de las principales decisiones de imposición de pena dictadas hasta el momento por la CPI y el TESL.

Finalmente, conviene llamar la atención sobre un asunto relativo a los sistemas nacionales de determinación de la pena, en relación con los cuales la Clínica Jurídica Internacional analiza el tratamiento que los mismos otorgan a ser un niño soldado al momento de cometerse los crímenes objeto de la condena o con anterioridad a su comisión (especialmente cuando, como en el caso Ongwen, los delitos por los que se es condenado se cometen años después, durante la edad adulta).

El análisis realizado para abordar esta última cuestión incluye varias jurisdicciones nacionales de tradición romano germánica y de derecho común en diferentes continentes, incluyendo Egipto, Kenia y Sudáfrica en África, El Salvador, Perú y los Estados Unidos en América y Alemania, Hungría y España en Europa. Además, se pone particular atención en el Reino Unido (debido a sus estrechos vínculos con Uganda) y en aquellas jurisdicciones nacionales, como Colombia, Uganda y Filipinas, en las que se han establecido sistemas de justicia transicional que prevén medidas especiales para los menores reclutados.

Por todo lo anterior, y para concluir estas breves líneas, no se puede sino resaltar la variedad de las áreas temáticas abordadas, lo que muestra la versatilidad en la investigación desarrollada por la Clínica Jurídica Internacional, lo que constituye, sin duda, una aporte ciertamente significativo al estudio del Derecho Internacional Penal (DIP).

6. Reflexiones sobre el valor de las clínicas jurídicas y los semilleros de investigación en la formación para la investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario: especial referencia a la Clínica Jurídica Internacional

LALY CATALINA PERALTA GONZÁLEZ*

1. UNA APUESTA POR FORMAR PARA LA INVESTIGACIÓN

La Dirección de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia ha hecho una apuesta clara por la formación para la investigación desde el pregrado, siendo la Clínica Jurídica Internacional (CJI), organizada en alianza con el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) (Países Bajos) y la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional una experiencia altamente relevante en este propósito formativo.

A la luz de lo anterior, el propósito de este trabajo es evidenciar las razones que motivan está apuesta por formar para la investigación, respondiendo dos preguntas fundamentales: (a) ¿por qué formar para la investigación? y (b) ¿cómo formar para la investigación?

---

* Directora de la Dirección de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

La respuesta a estas preguntas parte del entendimiento de que, en las sociedades actuales, el conocimiento y su producción tienen el potencial de ser no solo fuente de riqueza sino causa de profundas transformaciones sociales, por tanto, formar para la investigación no es un privilegio para unos cuantos futuros científicos, sino una responsabilidad de cara a los ciudadanos y profesionales del futuro.

Por ello, en este contexto se hace indispensable, que la Universidad que antes hacía docencia y hoy hace también investigación, forme a sus estudiantes para ello, siendo las clínicas jurídicas y los semilleros de investigación espacios colectivos privilegiados para ello, en tanto que buscan: (a) incentivar la curiosidad y el asombro y (b) abordar problemas específicos que reclaman soluciones concretas.

Así, aun cuando la evidencia empírica cuantitativa a la fecha no es concluyente sobre el impacto de estos espacios formativos en la vida académica y profesional de quienes lo conforman, los estudios de caso y las etnografías realizadas demuestran que la formación de competencias investigativas permite adquirir una actitud crítica "frente a la evidencia científica, la capacidad de implementar métodos para resolver problemas, la capacidad para redactar ensayos y artículos, y la capacidad de presentar hallazgos ya sean a través de exposiciones o informes"[1].

2. ¿POR QUÉ FORMAR PARA LA INVESTIGACIÓN?

Mientras que en las sociedades industriales del pasado, la riqueza se producía principalmente a través de la producción masiva de bienes materiales y la explotación de recursos naturales, gracias al desarrollo tecnológico y la mecanización surgidos durante la Revolución Industrial (siglos XVIII y XIX), en las actuales sociedades del conocimiento la riqueza se mide por la capacidad de crear, compartir,

---

[1] Martínez-Daza, M.A., Guzmán, A., Castaño, J.A., Segovia-García, N. & Montilla, H.Y, 2021, *Multivariate Analysis of Attitudes, Knowledge and Use of ICT in Students Involved in Virtual Research Seedbeds, European Journal of Health, Psychology and Education*, Vol. 11, Núm. 1, pp. 33-49, https://doi.org/10.3390/ejihpe11010004.

gestionar y aplicar el conocimiento, de manera que este último se ha convertido en el recurso más importante para la creación de riqueza, bienestar y transformación social.

De esta forma, la producción y utilización del conocimiento tiene un impacto particular sobre la humanidad: nuevas ideas pueden resultar en desarrollos tecnológicos, científicos y sociales que pueden resolver diferentes problemas.

Además de su poder transformador, el conocimiento aporta evidencia que facilita la toma de decisiones en el ámbito público y privado: los datos y el análisis riguroso de los mismos resulta fundamental para el desarrollo de políticas públicas, estrategias empresariales y acciones sociales. Abordar problemas sociales como la pobreza, la desigualdad y violaciones a los derechos humanos (DD.HH.) contribuye a una mejor comprensión de sus causas y a su posible transformación.

En este contexto, la sociedad del conocimiento valora más las habilidades intelectuales, la creatividad y la capacidad de innovación que el trabajo manual.

Sin embargo, es de anotar que esta transición no ha logrado eliminar las profundas desigualdades e injusticias existentes e incluso ha creado nuevas formas de exclusión, como la brecha digital. Algunos autores incluso (Boaventura de Sousa Santos) han planteado que la sociedad del conocimiento puede profundizar la desigualdad si no se garantiza el acceso democrático al saber.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la investigación universitaria en la sociedad del conocimiento resulta hoy fundamental, pudiendo ser: (a) básica, cuando busca ampliar el conocimiento teórico sin una aplicación inmediata; (b) aplicada, si está orientada a resolver problemas específicos con un impacto directo en la sociedad; (c) participativa, si involucra a las comunidades como co-creadoras del conocimiento; y (d) socialmente innovativa, si genera soluciones para transformar las condiciones de vida de las poblaciones vulnerables.

De esta forma, la investigación universitaria adquiere una dimensión estratégica para el desarrollo humano, el fortalecimiento de la

democracia y la construcción de sociedades más justas. Todo ello con el fin de que las universidades dejen de ser únicamente productoras de saber académico para convertirse en agentes transformadores que conectan el conocimiento con las necesidades sociales y el bienestar colectivo.

Esto necesariamente acentúa la necesidad de transitar de una universidad dedicada principalmente a la docencia a una que en la que la investigación constituye un aspecto esencial de sus actividades, lo que significa, en última instancia, dejar de ser una universidad profesionalizante, que trasmite conocimiento a producirlo e involucrar a los estudiantes en el proceso, asignándoles un rol que deja de ser pasivo receptivo para ser crítico propositivo.

Todo ello al mismo tiempo que las universidades enfrentan el reto de sustituir un modelo de aprendizaje individualista por uno colectivo y colaborativo.

3. ¿CÓMO FORMAR PARA LA INVESTIGACIÓN?

Montessori, ya afirmaba de manera polémica para su tiempo que la educación consistía en un desarrollo cuyo protagonista era el niño[2].

De hecho, como indica de *L´Ecuyer*, la discusión de la época sobre el desarrollo de los niños era sobre si los niños aprendían desde adentro o si bien ese proceso de aprendizaje iniciaba desde fuera: "¿tenía el niño en sí mismo lo necesario para poderse desarrollar dentro de un entorno normal o hacía falta la intervención de estímulos externos?".

El sistema educativo norteamericano de la época era mecanicista, por lo que asumía que el niño era un ente movido desde fuera y era desde allí desde donde se iniciaba el proceso de aprendizaje. De ahí que la industria del entretenimiento infantil norteamericana haya

---

[2] Montessori, M., 1995, Ideas generales sobre mi método, Madrid (España), Ciencias de la Educación Preescolar y Especial (CEPE).

sido muy exitosa en convencer a los padres de estimular a los niños todo lo que se pudiera, y cuantos antes mejor.

Sin embargo, la evidencia confirma que la mejor preparación cognitiva y el buen desarrollo de la propia personalidad residen en la calidad de las relaciones que el niño tiene con su principal cuidador durante los primeros años de vida y a la cantidad de interacciones interpersonales colaborativas[3]. Son las relaciones humanas y no la estimulación sensorial excesiva la clave de un desarrollo saludable[4].

En consecuencia, el aprendizaje del niño (y futuro universitario) se inicia desde adentro y no sólo es cognitivo, sino que también es relacional y emocional.

Además, dado que las necesidades del mercado laboral cambian tan aceleradamente, hoy más que nunca lo que se necesitan son personas creativas y resilientes, profesionales ingeniosos y capaces de adaptarse a los cambios vertiginosos. Para ello resulta fundamental dejar de inculcar y empezar a educar: "el paradigma del educar que educa es acoger, mientras que el educador que inculca es dar, o más bien imponer. Inculcar es cancelar al niño, sustituyéndolo. Acoger es reconocer que el niño es protagonista de su biografía"[5].

Como resultado de lo anterior, en las aulas universitarias dominaron durante mucho tiempo los enfoques mecánicos (desde fuera), por lo que la investigación formativa se reducía a la enseñanza de cursos teóricos sobre metodologías de la investigación científica descontextualizadas de temas específicos y problemas concretos, con poco espacio para la observación, la experimentación, el análisis crítico o la innovación, en donde el rol protagónico recaía de manera privilegiada sobre el docente que era el único que tenía para aportar y enriquecer el proceso[6].

---

3 L'Ecuyer, C., 2012, Educar en El Asombro, Barcelona: Plataforma Editorial, S.L.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 Castro-Rodríguez, Y., 2022, Revisión sistemática sobre los semilleros de investigación universitarios como intervención formativa, Propósitos y Representaciones.,Vol. 10. Núm. 2, https://doi.org/10.20511/pyr2022.v10n2.873.

El reto actual de los procesos de formación en investigación es generar en los estudiantes motivaciones duraderas por el conocimiento como el gusto por el saber, el placer de descubrir o el interés por el uso futuro de lo aprendido[7], y hacerlo cambiando imaginarios y estereotipos:

> Por mucho tiempo guardé en mi memoria la imagen de un investigador como una persona casi al borde de la locura, con los cabellos de punta, canosa y despeinada, de batola blanca en medio de un laboratorio y rodeada por cantidad de frascos con sustancias extrañas y peligrosas puestas en estantes. Esto era lo que las solapas de los libros de ciencias naturales y de química nos mostraban casi siempre que se comenzaba un nuevo año escolar. Quizá por esto era que pensaba que los únicos que investigaban eran las personas con este aspecto y que yo no llegaría a serlo (Relato final, participante Sdel)[8].

En las sociedades del conocimiento quienes investigan (que no son la excepción, sino la generalidad), lejos de ser locos aislados en laboratorios, son personas llamadas a conocer y dialogar con la realidad para transformarla. De este modo, más allá de que en el futuro, quienes se formen en investigación opten o no por la vida académica, se requiere que en general los profesionales cuenten con habilidades y competencias para la investigación.

Ante esta situación, las clínicas jurídicas como los semilleros de investigación buscan justamente ser ese espacio apropiado para la formación en investigación, estando el desarrollo de estos últimos más asociado a lo ocurrido en América Latina desde finales de la década de 1990 (se encuentran antecedentes en Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela), mientras que el origen las clí-

---

7 Olasolo, H., 2016, La propuesta pedagógica de la Clínica Jurídica Internacional: la formación integral del ser humano, en: Olasolo, H., (director académico), Derecho Internacional Penal y Humanitario. Estudios de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda) en su V Aniversario, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya & Universidad del Rosario, Capítulo 1. Pp. 31-41.

8 Berrouet Marimón, F., 2009, Los semilleros como espacio de iniciación en investigación, Uni-Pluriversida, Vol. 8. Núm. 2. https://doi.org/10.17533/udea.unipluri.949.

nicas (basado en la apuesta por tomar aspectos de los modelos pedagógicos implementados en la formación médica y así trabajar en derecho también a partir de casos reales)[6] se ubica en los años 1930 con Frank en la Universidad de Yale (EE.UU.)[5].

En ambos modelos (clínicas y semilleros) se espera que la dinámica del proceso formativo sea colectiva, nunca individual, por lo que el trabajo en equipo es de capital importancia. De este modo, "[l]os problemas son responsabilidad de todo el grupo, lo que por un lado reduce la tensión que generan, y por otro lado favorece la creatividad y la contraposición de distintos puntos de vista"[9]. En este proceso de formular preguntas que los inquietan y proponer respuestas posibles, están siempre acompañado por alguien quien goza de amplia experiencia y conocimiento en el campo abordado, pero también por otros estudiantes que comparten sus inquietudes.

Desafortunadamente, aún no existe evidencia empírica suficiente para medir el impacto personal y profesional de participar en espacios como clínicas y semilleros, siendo todavía incierto, en términos cuantitativos, como esta participación permite desarrollar competencias y habilidades, lo que hace que siga sin conocerse en profundidad el impacto que tiene en la formación del estudiante y su ejercicio profesional[10].

---

9 Olasolo, H., 2016, La propuesta pedagógica de la Clínica Jurídica Internacional: la formación integral del ser humano, en: Olasolo, H., (director académico), Derecho Internacional Penal y Humanitario. Estudios de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda) en su V Aniversario, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya & Universidad del Rosario, Capítulo 1. Pp. 31-41.

10 Castro-Rodríguez, Y., 2022, Revisión sistemática sobre los semilleros de investigación universitarios como intervención formativa, Propósitos Y Representaciones, Vol. 10(2). https://doi.org/10.20511/pyr2022.v10n2.873; la autora propone una revisión sistemática sobre los semilleros de investigación universitarios como intervención formativa (2022).

Sin embargo, existe una amplia bibliografía cualitatiativa que revisa etnografías o casos de estudios que destacan logros singulares[11]; en su mayoría estos estudios sistematizan entrevistan o revisan percepciones.

Así, con base en entrevistas realizadas a diferentes profesores y estudiantes vinculados a clínicas jurídicas en Iberoamérica, Londoño afirma que es "evidente como las clínicas aportan capacidades y habilidades a los estudiantes en materia de investigación formativa, además de ser uno de los mejores escenarios pedagógicos para fortalecer habilidades en el litigio".

Según el estudio, los mayores logros de las clínicas han sido: (a) la producción de informes de derechos humanos y *amicus curiae*, en casos de gran interés; (b) las transformaciones en la docencia universitaria; (c) la incidencia legislativa en el surgimiento de nuevas normas que garanticen los derechos humanos o los derechos de grupos de especial protección; y (d) el relevo generacional en las universidades, ya que muchas clínicas son verdaderas escuelas de nuevos docentes[12].

La apuesta que ha hecho la Facultad de Jurisprudencia por la formación para la investigación se materializa de manera exitosa en espacios como la CJI, la cual recoge varias de los aspectos pedagógicos mencionados a lo largo de este capítulo.

En particular, en la CJI, la formación teórica de los estudiantes está acompañada por trabajo práctico para responder casos y problemas reales que aporta la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional (y, hasta la pandemia de Covid-19 en

---

11 Se encontraron 22 artículos que implementaron un semillero de investigación y valoraron los resultados de la intervención. El 77,3% (n= 17) fueron artículos originales, mientras que el 22,7% (n=5) fueron tesis. Los países de origen de la mayoría de las fuentes fueron Colombia (72,7%) y Perú (13,6%). Los programas donde fueron implementados incluyeron facultades de Administración, Psicología, Educación, Ingeniería electromecánica, Odontología, Ciencias Económicas, Enfermería, Física, Estadística y Trabajo social.

12 Londoño, B., 2016, Los cambios que requieren las clínicas jurídicas iberoamericanas. Estudio de caso en seis países de la región, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 49. Núm. 146.

2020, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá).

El protagonismo de los estudiantes en su proceso formativo se manifiesta en la autonomía de los estudiantes y el grado de experimentación que se permite en el aprendizaje; esta autonomía no se da en solitario, los estudiantes hacen parte de un proceso colectivo y están siempre orientados por el director de la Clínica, el Prof. Héctor Olasolo y un equipo de monitores que han participado previamente en la misma, que se preocupan por forman en lo técnico y lo humano.

En conmemoración del XV Aniversario de la CJI (2011-2015), la presente obra colectiva presenta precisamente sus contribuciones más relevantes tanto a la formación jurídica y humana de los estudiantes del de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, como a algunas de las principales cuestiones de derecho internacional que han sido objeto desde 2011 de los procesos ante la Corte Penal Internacional y ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

REFERENCIAS

Doctrina

Berrouet Marimón, F., 2009, Los semilleros como espacio de iniciación en investigación, Uni-Pluriversidad, Vol. 8, Núm. 2. https://doi.org/10.17533/udea.unipluri.949.

Castro-Rodríguez, Y., 2022, Revisión sistemática sobre los semilleros de investigación universitarios como intervención formativa, Propósitos Y Representaciones, Vol. 10(2). https://doi.org/10.20511/pyr2022.v10n2.873

L'Ecuyer, C., 2012, Educar en El Asombro, Barcelona: Plataforma Editorial, S.L.

Londoño, B., 2016, Los cambios que requieren las clínicas jurídicas iberoamericanas. Estudio de caso en seis países de la región, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 49. Núm. 146.

Martínez-Daza, M.A., Guzmán, A., Castaño, J.A., Segovia-García, N. & Montilla, H.Y., 2021, "*Multivariate Analysis of Attitudes, Knowledge and Use of ICT in Students Involved in Virtual Research Seedbeds", European Journal of*

Health, Psychology and Education, Vol. 11, Núm. 1. Pp. 33-49. https://doi.org/10.3390/ejihpe11010004.

Montessori, M., 1995, Ideas generales sobre mi método, Madrid (España), Ciencias de la Educación Preescolar y Especial (CEPE).

Olasolo, H., 2016, La propuesta pedagógica de la Clínica Jurídica Internacional: la formación integral del ser humano.

Parte II
LA INVESTIGACIÓN

7. El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, como modalidad objetiva de comisión del crimen de genocidio[*]

MARÍA CAMILA DE LA PEÑA CALDERÓN[*]
DANIELA CLAVIJO FONSECA[*]
JOSÉ ÁNGEL SÁNCHEZ QUINTERO[*]
LUISA FERNANDA ROJAS SERRANO[*]
PAULA ALEJANDRA GÓMEZ MATAMOROS[*]

1. INTRODUCCIÓN

Gaza es una estrecha franja de 41 km de largo por entre 6 y 12 km de ancho, para un total de 360 km cuadrados[1], que limita al oeste con el mar Mediterráneo, al sur con Egipto, y al noroeste con Israel[2]. Para octubre de 2023 tenía una población de alrededor de 2,2 millones de

---

* Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Valentina Ramírez Barrera y Pedro Montaño Vélez.

* Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

* Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

* Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

* Clínica Jurídica Internacional (2025-2026).

* Clínica Jurídica Internacional (2025-2026).

1 UNRWA, 2025, *Working in the Gaza Strip*, Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo. https://www.unrwa.org/careers/duty-stations-gaza.

2 Ibid.

personas[3]. Se trata de una de las áreas más densamente pobladas del mundo, con más de 5.000 personas por kilómetro cuadrado[4].

Gaza, junto con Cisjordania (incluida Jerusalén Este), es parte del territorio del Estado de Palestina (actualmente reconocido por tres cuartas partes de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)[5] y a quien se le otorgó la condición de Estado observador no miembro en su Asamblea General (AGNU) el 29 de noviembre de 2012)[6]. El cual, según la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se encuentra bajo ocupación por el Estado de Israel desde la conocida Guerra de los Seis Días de 1967[7].

El 7 de octubre de 2023, el ala militar de Hamás (las "Brigadas Izz ad-Din al-Qassam") y la Yihad Islámica Palestina llevaron a cabo la "Operación Al Aqsa Flood". Conforme a la cual lanzaron una serie masiva de cohetes contra el territorio de Israel, atravesaron la valla que rodea Gaza, atacaron bases militares y ciudades civiles israelíes (incluyendo un festival de música al que asistían miles de jóvenes). Tomaron como rehenes alrededor de 250 civiles y militares israelíes, además de nacionales de terceros Estados.

---

3 ONU, 2023, Carta de fecha 6 de diciembre de 2023 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Secretario General, Naciones Unidas. https://www.un.org/es/situation-in-occupied-palestine-and-israel/sg-sc-article99-06-dec-2023.

4 ONU-Hábitat, 2017, *Profile for the State of Palestine*. https://unhabitat.org/sites/default/files/documents/2019-05/profile_for_the_state_of_palestine.pdf.

5 Para junio de 2024 el número de Estados miembros de las Naciones Unidas que reconocían al Estado de Palestina era de 146. Vid.: ACNUDH, 2024, *UN experts urge all States to recognize State of Palestine*.

6 En la Resolución A/RES/67/19, adoptada el 29 de noviembre de 2012, se decide conceder a Palestina la condición de Estado observador no miembro en la ONU, sin perjuicio de los derechos adquiridos, las prerrogativas y la función de la Organización de Liberación de Palestina en la ONU como representante del pueblo palestino, de conformidad con las resoluciones y la práctica pertinentes. Vid.: AGNU, 2012, Resolución A/RES/67/19, Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas.

7 Vid.: AGNU, 2004, Resolución A/ES-10/2004, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado.

En respuesta, Israel inició a partir de entonces y hasta la actualidad un ataque militar a gran escala por tierra, mar y aire contra el conjunto de la población que habita en la franja de Gaza, incluyendo, pero no limitándolo, a los miembros de Hamás y de la Yihad Islámica Palestina (respuesta que se hizo posteriormente extensiva a Cisjordania).

Como resultado, el 19 de diciembre de 2023 Sudáfrica presentó una demanda contra Israel por sus presuntas violaciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Convención contra el Genocidio) debido a su proceder en Gaza[8]. Demanda que ha contado desde entonces con: (a) el apoyo de la Unión Africana, la Liga Árabe, la Organización para la Cooperación Islámica y el Movimiento de Países No Alineados, así como de Argelia, Arabia Saudita, Bangladés, Bolivia, Brasil, Catar, Colombia, Comoros, Cuba, Chile, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, España, Indonesia, Irán, Irak, Irlanda, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Maldivas, México, Namibia, Nicaragua, Pakistán, Palestina, República Árabe Saharaui Democrática, San Vicente y las Granadinas, Siria, Turquía, Venezuela, Yibuti, Zimbabue; (b) la oposición de Australia, Austria, Alemania, Estados Unidos, Guatemala, Hungría, Italia, Paraguay, Reino Unido y República Checa; y (c) la neutralidad de Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Japón y Noruega[9].

Durante el primer semestre de 2024, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) adoptó dos decisiones de medidas cautelares y una decisión de emergencia. Así, el 26 de enero de 2024, la CIJ emitió su primera decisión de medidas cautelares en la que a solicitud de Sudáfrica, se ordena de manera cautelar a Israel como signatario de la Convención contra el Genocidio:

---

8 CIJ, 2023, *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, South Africa v. Israel.*

9 CIJ, 2025, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) – Intervention,* https://www.icj-cij.org/case/192/intervention.

1. Adoptar todas las medidas a su disposición para "prevenir" un genocidio en Gaza.
2. Tomar medidas efectivas para impedir la destrucción y garantizar la preservación de las pruebas relacionadas con las denuncias de actos contra miembros de la población palestina en Gaza (grupo protegido) que se encuentran proscritos por los arts. II y III de la Convención contra el Genocidio.
3. Tomar medidas inmediatas y efectivas para permitir la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria frente a las adversas condiciones de existencia enfrentadas por los palestinos en Gaza[10].

Dos meses más tarde, el 28 de marzo de 2024, la CIJ emitió una segunda decisión de medidas cautelares, debido al notable empeoramiento de las condiciones de vida de la población palestina en Gaza, como resultado de la propagación de la hambruna y la inanición. En esta segunda decisión, adoptada también a solicitud de Sudáfrica, la CIJ extendió sus medidas cautelares y ordenó a Israel:

1. La adopción de todas las medidas necesarias y eficaces para garantizar sin demora ni trabas, y en plena cooperación con la ONU, la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria requerida por los palestinos en Gaza (incluyendo alimentos, agua, electricidad, combustible, refugio, ropa, necesidades de higiene y saneamiento, así como suministros médicos y atención sanitaria), aumentando para ello el número de pasos fronterizos terrestres y manteniéndolos abiertos todo el tiempo que fuera necesario.
2. Garantizar con efecto inmediato que su Ejército se abstuviera de cometer actos que pudieran violar cualquiera de los dere-

---

[10] CIJ, 2023, *Request for the indication of provisional measures of 28 December 2023. Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, South Africa v. Israel,* No. 192, Págs. 30-32.

chos de los palestinos de Gaza como grupo protegido por la Convención contra el Genocidio[11].

Finalmente, el 24 de mayo de 2024, la CIJ emitió una decisión de emergencia, la cual fue adoptada con base en un nuevo pedido presentado por Sudáfrica el 16 de mayo, y tras constatar que las condiciones en Gaza habían seguido empeorando desde el 28 de marzo. En esta última decisión, la CIJ ordenó a Israel[12]:

1. Detener la ofensiva militar aérea y terrestre iniciada el 7 de mayo de 2024 contra Rafah (ciudad al sur de Gaza que se había convertido en refugio de más de 1,5 millones de palestinos desplazados de otras localidades de la franja con el objetivo de huir de los bombardeos), incluyendo la suspensión de las órdenes de evacuación que habían obligado a más de 800.000 personas a desplazarse nuevamente en busca de un "nuevo resguardo", que ya no era posible encontrar en Gaza.
2. Detener cualquier otra acción que supusiera el sometimiento intencional del grupo palestino en Gaza a condiciones de existencia que pudieran provocar su destrucción física total o parcial.
3. Abrir el cruce de Rafah con Egipto para permitir la entrada de ayuda humanitaria. Este cruce debía permanecer abierto para: (a) el suministro a escala y sin obstáculos de bienes y servicios básicos; y (b) la prestación de toda la asistencia humanitaria necesaria.
4. Adoptar medidas eficaces para garantizar el acceso irrestricto a Gaza de cualquier comisión, misión o ente de investigación encargado por los órganos competentes de la ONU de investigar las denuncias de genocidio.

---

11 CIJ, 2024, *Order of 28 March 2024, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, South Africa v. Israel,* No. 192, Párr. 45.

12 CIJ, 2024, *Order of 24 May 2024, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, South Africa v. Israel,* No. 192, pp. 14-15.

5. Aplicar la decisión de emergencia, de conformidad con las obligaciones de Israel en virtud de la Convención contra el Genocidio, dado el continuo empeoramiento de las condiciones de vida que enfrentaban los civiles en Rafah.

Tras más de medio año de investigación, y en medio de la ofensiva del ejército israelí contra Rafah que había llevado a Sudáfrica a solicitar a la CIJ la adopción de una decisión de emergencia, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) decidió presentar el 20 de mayo de 2024 ante la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I una petición de emisión de órdenes de arresto, por la comisión de diversos crímenes de lesa humanidad y de guerra, contra el primer ministro de Israel, Benjamin Netanyahu[13], su entonces ministro de defensa, Yoav Gallant (quien posteriormente fue removido del cargo)[14] y el comandante militar de Hamas, Mohamed Deif [15].

La petición de la Fiscalía, que llevaría a la emisión de las tres órdenes de arresto solicitadas el 21 de noviembre de 2024, no incluía, sin embargo, ninguna de las modalidades de comisión del crimen de genocidio[16]. A pesar de que, según la Fiscalía (y la propia SCP I), existen motivos razonables para creer que Netanyahu y Gallant son responsables por las siguientes conductas[17]:

---

13 CPI, 2024, Benjamin Netanyahu, *Defendant Informati,* https://www.icc-cpi.int/defendant/netanyahu.

14 CPI, 2024, Yoav Gallant, *Defendant Information,* https://www.icc-cpi.int/defendant/gallant.

15 CPI, 2025, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif), *Defendant Information,* https://www.icc-cpi.int/defendant/deif.

16 CPI, 2024, *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant*, Comunicado de prensa de la Corte Penal Internacional, https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges. También en: CPI, 2024, *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I issues warrant of arrest for Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif),* Comunicado de prensa de la Corte Penal Internacional, https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-issues-warrant-arrest-mohammed-diab-ibrahim.

17 Ibid.

1. El crimen de guerra de privar intencionalmente y a sabiendas a la población civil de Gaza de objetos indispensables para su supervivencia, incluyendo alimentos, agua, medicamentos y suministros médicos, así como combustible y electricidad, desde el 8 de octubre de 2023[18].

Según la SCP I, la responsabilidad de Netanyahu y Gallant se fundamenta en:

1.1. Su papel en impedir la asistencia humanitaria en violación del derecho internacional humanitario (DIH), incluyendo la no adopción de las medidas a su disposición para facilitar dicha asistencia. De manera que su conducta provocó la interrupción de la capacidad de las organizaciones humanitarias para proporcionar alimentos y otros bienes esenciales a la población palestina de Gaza (las restricciones mencionadas, junto con el corte de la electricidad y la reducción del suministro de combustible, tuvieron asimismo un grave impacto en la disponibilidad de agua y la capacidad de los hospitales para proporcionar atención médica).

1.2. El hecho de que las decisiones de permitir o aumentar la asistencia humanitaria en Gaza a menudo fueron condicionales porque Israel no las tomó para cumplir con sus obligaciones en virtud del DIH, ni para garantizar que la población civil de Gaza recibiera un suministro adecuado de los bienes que necesitaba. Sino que fueron una respuesta a la presión de la comunidad internacional o a las peticiones de Estados Unidos (no siendo, en todo caso, suficientes para mejorar el acceso continuado de la población civil a los bienes esenciales que necesitaba)[19].

2. El crimen de guerra de inanición como método de combate porque, según la SCP I, no es posible identificar ninguna necesidad militar clara, ni otra justificación en virtud del DIH, para las restricciones impuestas a las operaciones de ayuda humanitaria.

De hecho, a pesar de las advertencias sobre la gravísima situación humanitaria que existía en Gaza, y los distintos llamamientos

---

18 Ibid.

19 Ibid.

realizados a este respecto por el Consejo de Seguridad (CSNU), el Secretario General (SGNU) y los Estados miembros de la ONU, así como por otras organizaciones gubernamentales y la propia sociedad civil, solo se autorizó una asistencia humanitaria mínima, teniendo en cuenta: (a) el prolongado período de privación; y (b) la relación existente entre la interrupción de los bienes esenciales y la ayuda humanitaria, por un lado, y los objetivos del gobierno de Israel durante la guerra, por otro[20].

3. El crimen de lesa humanidad de asesinato, porque, según la SCP I, la falta de alimentos, agua, electricidad y combustible, así como de suministros médicos específicos, generaron condiciones de existencia que provocaron la destrucción de parte de la población civil de Gaza, lo que dio lugar a la muerte de civiles (incluidos niños) por desnutrición y deshidratación[21].

4. El crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos al limitar o impedir intencionalmente la entrada de suministros médicos y medicamentos a Gaza, en particular anestésicos y máquinas de anestesia, infringiendo así un enorme sufrimiento a las personas que necesitaban tratamiento[22].

En particular, según la SCP I, los médicos fueron obligados a operar a las personas heridas (incluyendo a niños) y realizar amputaciones sin anestesia, y/o fueron obligados a utilizar medios inadecuados e inseguros para sedar a los pacientes, causándoles un dolor y sufrimiento extremos[23].

5. El crimen de lesa humanidad de persecución porque las conductas mencionadas privaron a una parte significativa de la población civil de Gaza de sus derechos fundamentales, incluidos los

---

20 Ibid.

21 Ibid, en todo caso, es importante subrayar, que, a pesar de lo anterior, la SCP I no pudo identificar en el material probatorio aportado por la Fiscalía indicios razonables para creer que se habían producido todos los elementos del crimen de lesa humanidad de exterminio.

22 Ibid.

23 Ibid.

derechos a la vida y la salud, por motivos políticos y/o de nacionalidad[24].

En este contexto, es innegable la relevancia que tiene en la actualidad la adecuada comprensión del contenido de la tercera modalidad objetiva de comisión del crimen de genocidio consistente en el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial".

Esta relevancia es todavía mayor si tenemos en cuenta los dos aspectos siguientes:

1. El art. II de la Convención contra el Genocidio, así como los arts. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY), 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR) y 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), definen dicho crimen en los siguientes términos:

> Se entiende por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: [] a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo[25].

2. En las disposiciones anteriores, la tercera modalidad de comisión del crimen de genocidio tiene un carácter mucho menos concreto que las demás (matanza, lesión grave a la integridad física o

---

[24] Ibid, la SCP I imputó también a Netanyahu y Gallant el crimen de guerra de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil de Gaza, por su responsabilidad como superiores civiles, al no haber tomado las medidas a su disposición para prevenir, reprimir o enviar ante las autoridades competentes los dos únicos incidentes constitutivos de ataques dirigidos intencionalmente contra civiles que, según la SCP I, habían sido suficientemente sustanciados por el material probatorio presentado por la Fiscalía.

[25] ONU, 1948, Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio, Art. 2.

mental, adopción de medidas para impedir nacimientos y traslado forzado de niños), debido a dos razones principales:

2.1. El hecho de estar conformada por todas aquellas condiciones de existencia que, atendidas las circunstancias del caso, son objetivamente idóneas para provocar la destrucción física, total o parcial, del grupo protegido al que le son impuestas.

2.2. Su escaso desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia internacionales, lo que ha dificultado su aplicación debido a su bajo nivel de concreción (situación que contrasta con lo observado en relación con las otras cuatro modalidades de genocidio).

Por esta razón, el presente trabajo, tras exponer brevemente en la sección 2 cómo ha evolucionado la situación en Gaza en la segunda mitad de 2024, trata de aportar claridad sobre el contenido de esta tercera modalidad de comisión del crimen de genocidio, mediante el análisis de los precedentes históricos (sección 3), las aproximaciones doctrinales (sección 4) y las interpretaciones jurisprudenciales (sección 5) que la abordan y desarrollan.

Además, en la sección 6 se complementa el estudio con un breve análisis de los principales elementos comunes a las cinco modalidades de genocidio, subrayando sus consecuencias más relevantes para su comisión por sometimiento a condiciones de vida.

El trabajo finaliza con una sección 7 de conclusiones, en la que se sintetizan los principales hallazgos alcanzados, con el fin de ofrecer al lector, así como a los tribunales internacionales y otras entidades competentes, criterios más precisos para determinar el contenido de la modalidad de genocidio objeto de estudio, dejando, por tanto, en sus manos su aplicación a situaciones como la que lleva experimentado la población palestina de Gaza desde octubre de 2023.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN EN GAZA DURANTE EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2024

2.1. El inicio del segundo semestre de 2024: la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 19 de julio

El segundo semestre de 2024 comenzó con la emisión el 19 de julio de la opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental[26], en la cual la CIJ hizo énfasis en los siguientes aspectos:

1. La infracción de los principios fundamentales del derecho internacional por el abuso continuado por el Estado de Israel de su posición, como Potencia ocupante, mediante la anexión y la afirmación de un control permanente sobre el territorio palestino ocupado y la continua violación del derecho del pueblo palestino a la autodeterminación. Provocando, la ilegalidad de la presencia continuada de Israel como Potencia ocupante.

El hecho de que una ocupación (entendida como el ejercicio de un control efectivo en territorio extranjero) se extienda a lo largo del

---

[26] CIJ, 2024, *Advisory Opinion of 19 July 2024, Case concerning Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,* No. 186, La CIJ emitió esta opinión consultiva en respuesta a la solicitud realizada el 30 de diciembre de 2022 por la AGNU para que respondiera a las siguientes preguntas: "(a) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de que Israel continúe violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, de sus prolongados actos de ocupación, asentamiento y anexión del territorio palestino ocupado desde 1967, incluidas las medidas destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y de la aprobación por Israel de legislación y medidas discriminatorias conexas? (b) ¿Cómo afectan las políticas y prácticas de Israel que se mencionan en el párrafo 18 a) al estatuto jurídico de la ocupación y qué consecuencias jurídicas se derivan de ese estatuto para todos los Estados y para las Naciones Unidas?", Vid.: AGNU, 2022, Resolución 77/247, Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, Doc. Núm. A/RES/77/247, 30 de diciembre de 2022.

tiempo, no modifica su estatuto jurídico respecto al DIH, lo que significa que para que sea permisible, tal ejercicio debe ser compatible con: (a) las normas relativas a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza (incluyendo la prohibición de toda adquisición territorial resultante de dicha amenaza o uso de la fuerza); y (b) el derecho a la autodeterminación.

2. La violación de la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza en la que ha incurrido Israel como consecuencia de su afirmación de soberanía y anexión de ciertas partes de la Palestina ocupada, lo que ha generado, a su vez: (a) la fragmentación del territorio palestino ocupado; (b) el menoscabo de su integridad; y (c) la privación al pueblo palestino del disfrute de los recursos naturales de su territorio y del derecho a perseguir su desarrollo económico, social y cultural.

3. La comisión por Israel de múltiples y graves violaciones del derecho internacional contra la población palestina del territorio ocupado, siendo responsable de discriminación sistemática y apartheid.

En particular, el régimen de restricciones impuesto por Israel a la población palestina constituye una discriminación estructural basada, entre otros, en la raza, la religión o el origen étnico, en violación de los arts. 2(1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

4. La obligación de Israel de: (a) poner fin a su presencia ilegal en la Palestina ocupada lo antes posible; (b) cesar inmediatamente todas sus actividades dirigidas a promover nuevos asentamientos de colonos; (c) evacuar a todos los colonos actualmente presentes en el territorio palestino ocupado; y (d) indemnizar por los daños causados a todas las personas físicas o jurídicas afectadas por sus violaciones del derecho internacional.

Las modalidades para poner fin a la presencia de Israel en dichos territorios, con la "evacuación de todos los colonos", son competencia de la AGNU y del CSNU. Quienes deben examinar las modalidades precisas y las nuevas medidas necesarias para poner fin a la ocupación lo antes posible.

5. Todos los Estados Miembros de la ONU están obligados a no reconocer la legitimidad de esta situación derivada de la presencia ilegal de Israel en el territorio palestino ocupado y a no proporcionar ningún tipo de ayuda o asistencia para mantenerla.

2.2. La evolución de las condiciones de vida de la población palestina de Gaza durante el segundo semestre de 2024

La emisión de la opinión consultiva de la CIJ el 19 de julio no ha supuesto en la práctica ninguna mejora en las condiciones de existencia de la población palestina de Gaza, como ya había ocurrido con las dos decisiones de medidas cautelares y la decisión de emergencia adoptada por la CIJ en el primer semestre de 2024.

Así, como señalan múltiples informes y testimonios de los distintos órganos, departamentos y agencias de la ONU (material normalmente considerados por la CPI y los demás tribunales internacionales penales e híbridos de alta relevancia probatoria), las condiciones de vida de la población palestina en Gaza han seguido empeorando en el segundo semestre de 2024, siendo especialmente graves en lo relativo a: (a) el desplazamiento interno; (b) la privación de acceso a agua y comida; (c) la privación de acceso a refugio, higiene, sanidad y ropa; y (d) la destrucción de la infraestructura sanitaria.

2.2.1. El desplazamiento interno

Según la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Medio (OOPS/UNRWA), Israel mantuvo en 2024 su campaña de bombardeos por cielo, mar y tierra a lo largo y ancho del territorio de Gaza[27]. Además, como informó la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH), continuaron los casos de ataques deliberados a: (a) cam-

---

27 OCAH, 2024, *Reported impact snapshot, Gaza Strip*, 29 de octubre de 2024.

pamentos de refugiados internos[28]; y (b) viviendas civiles[29], calles[30] y conjuntos residenciales[31]. Todo ello intensificó el desplazamiento de aquella parte de la población palestina de Gaza que para inicios de 2024 no había sido todavía desplazada.

Como resultado, el número de palestinos desplazados continuó incrementándose durante los meses de marzo a octubre hasta alcanzar, según la OPPS, los 1.9 millones en julio[32] y en torno a los dos millones (el 90% de la población palestina de Gaza) en octubre, de

---

28 Entre los que la OCAH menciona, a modo de ejemplo, entre otros, los siguientes: 1. Los bombardeos al campamento de Jabalia, el más grande de la franja de Gaza, que fue atacado en múltiples ocasiones en octubre y noviembre de 2024, lo cual fue acompañado de disparos desde el aire a los refugiados que trataban de escapar del campamento por la rotonda "Abu Sharakh", Vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #229, Gaza Strip,* 2. Los bombardeos sufridos por el campamento en "Tal al-Sultan" ubicado en "Rafah", a pesar de que habia sido declarado una zona segura por la ONU (Vid.: OCAH, 2024, Gaza: La ONU condena el bombardeo israelí a un campo de desplazados en Rafah), 3. Los bombardeos en julio de 2024 en el área de "Khan Younis", donde se atacaron lugares de refugio como el area "Rumaydah" en "Bani Suhaila" en la que murieron diez palestinos (vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #196, Gaza Strip*, 4. Los bombardeos a los campamentos en la region de "Deir Al-Balah", incluyendo, entre otros, el de "Al Bureij", que recibió un impacto a un hogar donde fallecieron ocho palestinos, el de "An Nuseirat" donde también un hogar fue objetivo de impacto ocasionando la muerte de dos y la escuela "Khadija" donde murieron tres niños (vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #203, Gaza Strip).*

29 Como, por ejemplo, el bombardeo de una casa en "Al Fajem" en "Bani Suheila" (área de Khan Younis) con seis víctimas mortales (vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #196, Gaza Strip*, y de otra casa en Beit Lahiy (ciudad de Gaza) con 7 personas muertas (vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #167, Gaza Strip*).

30 Como, por ejemplo, la calle "Al Jala" (ciudad de Gaza) donde murieron cinco personas (vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #167, Gaza Strip*).

31 Como, por ejemplo, el conjunto "Abu Iskandar" (ciudad de Gaza) donde se refugiaban siete palestinos (vid.: OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #16, Gaza Strip*).

32 OOPS, 2024, *UNRWA Situation Report #120 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem.*

los cuales la gran mayoría vivía en carpas y hogares improvisados[33]. Además, durante todo el año 2024, la población desplazada se mantuvo en constante movimiento, de manera que, como ha señalado la propia OPPS, la mayor parte de los habitantes de Gaza habían sido desplazados al menos en diez ocasiones[34].

2.2.2. La privación de acceso a comida y agua

En lo que se refiere a la privación de acceso a comida y agua, la OPPS afirmó en octubre de 2024 que la situación de entrada de camiones había empeorado. Ya que solo se estaba permitiendo la entrada de 37 camiones por día, siendo este el número más bajo que se había visto desde octubre del 2023[35]. Asimismo, las restricciones impuestas a los trabajadores internacionales para movilizarse dentro del territorio habían aumentado en un 100% en comparación con 2023, y la facilidad de movimiento dentro de la zona se había reducido en un 21%[36]. Todo esto vino acompañado de los ataques realizados por el ejército de Israel a la ruta humanitaria principal en Gaza, que pasaba por Kerem Shalom, Khan Younis y Deir Al Balah, donde la OPPS tenía campamentos de refugiados que habían sido bombardeados[37].

Además, según la OCAH, Israel había prohibido el acceso de ayuda humanitaria con destino al Norte de Gaza. Esta ayuda era trans-

---

33 OCAH, 2024, *Reported impact snapshot, Gaza Strip*, 29 October 2024.

34 OOPS, 2024, *UNRWA Situation Report #121 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem.*

35 OOPS, 2024. *UNRWA Situation Report #147 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem,* https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-147-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem.

36 OOPS, 2024, *UNRWA Situation Report #147 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem,* https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-147-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem.

37 OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #224, Gaza Strip,* https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/humanitarian-situation-update-224-gaza-strip-enarhe.

portada a través del pasadizo de Jordan, lo que había provocado que desde septiembre de 2024 hubiera 100.000 toneladas de comida y bienes que no habían podido ser distribuidas entre la población al encontrarse bloqueadas en dicha ruta[38].

Esta limitación en el acceso a suministros había generado también restricciones de movilidad dentro del territorio de Gaza debido a la falta de acceso a combustibles en la zona y a la prohibición de su importación por parte del gobierno de Israel. Lo cual, junto con los constantes bombardeos, las hostilidades y las comunicaciones interrumpidas, hacían imposible que las agencias de la ONU y sus aliados pudieran llegar a la mayoría de las personas necesitadas.

Como resultado, en septiembre de 2024, la OCAH advirtió que solo era posible repartir 600.000 raciones de comida al día. Por lo que, de 1.9 millones de palestinos desplazados, 1.4 millones no recibían nada de alimentación[39].

La situación era todavía, si cabe, más grave porque los ataques contra las zonas dedicadas a la agricultura seguían produciéndose. Así, un análisis a través de las imágenes satelitales presentadas en septiembre de 2024 por el Programa sobre aplicaciones operacionales de satélite (UNOSAT) del Instituto de la ONU para la Formación Profesional y las Investigaciones (UNITAR) mostraba cómo para entonces, el 68% de las tierras cultivadas en Gaza, que solían tener variedad de vegetales y frutas, se habían perdido[40].

Además, no sólo se habían perdido los cultivos existentes, sino la capacidad de los terrenos para desarrollar agricultura, debido a que ya no contaban con la salubridad suficiente para que brotasen los alimentos[41]. Por ejemplo, a través del análisis generado por UNOSAT fue posible observar cómo más de un millón de árboles de olivo habían sido destruidos en 2024[42]. Como resultado, para finales de

---

38 Ibid.
39 Ibid.
40 UNOSAT-FAO, 2024, *Gaza Strip Cropland Damage Analysis*, https://unosat.org/products/3985.
41 Ibid.
42 Ibid.

2024, el aceite de oliva (alimento que solía ser propio de la zona) se había reducido drásticamente, de modo que solo 4 de las 37 prensas de aceite de oliva existentes en Gaza seguían funcionando[43].

A todo ello hay que sumar la grave afectación sufrida por el sector pesquero. Puesto que como ha señalado la OCAH, como consecuencia de que, entre octubre de 2023 y septiembre de 2024, el 87% de los botes pesqueros en Gaza habían sido destruidos o dañados, incluyendo 96 botes motorizados, 900 no motorizados y la mayor parte de los puertos e infraestructuras de pesca, lo que había reducido drásticamente el proceso productivo de esta fuente primaria de alimentación[44].

Además, el gobierno de Israel había puesto en marcha en este contexto una doble estrategia dirigida a debilitar primero, y poner fin después, a la presencia de la OPPS en Gaza y en el resto del territorio palestino ocupado. A estos efectos, promovió, entre otras cosas, una iniciativa legislativa dirigida a: (a) revocar el acuerdo de 1967 entre Israel y la OPPS (que es el que ha permitido a la OPPS operar desde entonces en dichos territorios); y (b) adoptar una política de contacto cero donde el gobierno ya no expediría más permisos de entrada a los trabajadores de la OPPS[45].

Como consecuencia de todo lo anterior, en el informe presentado en septiembre de 2024 al Consejo de Derechos Humanos por la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, esta última subrayó que:

1. Las autoridades israelíes estaban utilizando el hambre como método de guerra.

---

43 Ibid.

44 OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #224, Gaza Strip*, https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/humanitarian-situation-update-224-gaza-strip-enarhe.

45 OOPS, 2024, *UNRWA Situation Report #146 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem*, https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-146-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem; ONU, 2024, News, *Israeli laws blocking UNRWA – devastating humanitarian impact for Palestinians?*, https://news.un.org/en/story/2024/11/1234567.

2. La inanición y la hambruna habían tenido un impacto particularmente perjudicial en las mujeres y las niñas (sobre todo en las mujeres embarazadas y en periodo posparto), que enfrentaban riesgos especialmente graves para su propia salud y la de sus recién nacidos[46] (de hecho, ya en enero de 2024, el Fondo de la ONU para la Infancia (UNICEF) había expresado su preocupación por la malnutrición de más de 155.000 mujeres embarazadas y madres lactantes, dadas sus especiales necesidades nutricionales y vulnerabilidad)[47].

2.2.3. La privación de acceso al refugio, la higiene, la sanidad y la ropa

A comienzos de 2024, la OPPS informó que la mayor parte de la población palestina de Gaza intentaba encontrar refugio en sus campamentos, cuyas instalaciones eran principalmente colegios o carpas[48]. A pesar de haberse experimentado en los mismos, diversos

---

46 Las mujeres embarazadas y lactantes se han enfrentado a riesgos específicos para su propia salud y la de sus recién nacidos debido a la inanición. Según los informes, ya en noviembre de 2023, miles de mujeres desplazadas y recién nacidos que residían en las instalaciones del OOPS necesitaban atención médica debido al aumento de la desnutrición, la deshidratación y las enfermedades transmitidas por el agua. Vid.: CDH, 2025, *More than a human can bear: Israel's systematic use of sexual, reproductive and other forms of gender-based violence since 7 October 2023, Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel.*

47 Debido a sus necesidades nutricionales específicas y a su vulnerabilidad, para enero de 2024 la mayor preocupación de UNICEF era la nutrición de más de 155.000 mujeres embarazadas y madres lactantes, así como de más de 135.000 niños y niñas menores de dos años. Para esta fecha el deterioro de la situación hacía temer que la desnutrición aguda y la mortalidad comenzaran a superar los umbrales establecidos para la hambruna. Vid.: UNICEF, 2024, La intensificación del conflicto, la desnutrición y las enfermedades en la Franja de Gaza provocan un ciclo mortal que amenaza a más de 1,1 millones de niños y niñas.

48 OCAH, 2023, *Hostilities in the Gaza Strip and Israel – Reported Impact, Day 82*, https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-82. Vid. también OOPS, 2023. *Situation Report #56 on the Sit-*

bombardeos del ejército israelí, que habían provocado la muerte o herido gravemente a desplazados internos allí refugiados[49].

Asimismo, para entonces, la población desplazada, que según la OMS había superado ampliamente el millón y medio de personas (de las que el 75% se encontraba en refugios superpoblados) enfrentaba:

1. Graves amenazas derivadas de la falta de acceso a un adecuado sistema de higiene y sanidad[50].
2. Un continuo aumento de las enfermedades infecciosas derivadas de ciertas condiciones en las que vivía la población palestina en Gaza, incluyendo la disponibilidad de una única ducha por cada 4.500 personas y un inodoro por cada 220[51].
3. La escasez de agua limpia y el incremento de los niveles de defecación al aire libre[52] (según la OCAH, Israel había cortado a finales de 2023 el suministro de agua a través de la tubería que abastece el norte de Gaza y, a su vez, había bombardeado los sistemas de agua potable[53], lo que hacía inevitable la propagación de enfermedades infecciosas[54]).

---

uation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem, https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-56-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-Jerusalem.

49 OOPS, 2023, *Situation Report #56 on the Situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem,* https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-56-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-Jerusalem.

50 OMS, 2023, *Lethal Combination of Hunger and Disease to Lead to More Deaths in Gaza.* https://www.who.int/news/item/21-12-2023-lethal-combination-of-hunger-and-disease-to-lead-to-more-deaths-in-gaza.

51 Ibid.

52 Ibid.

53 OCAH, 2023, Hostilities in the Gaza Strip and Israel – Reported Impact, Day #82, https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-82.

54 OMS, 2023, *Lethal Combination of Hunger and Disease to Lead to More Deaths in Gaza,* https://www.who.int/news/item/21-12-2023-lethal-combination-of-hunger-and-disease-to-lead-to-more-deaths-in-gaza.

Pero si la situación de la población palestina en Gaza era ya dramática a inicios de 2024, esta no hizo sino empeorar de manera continuada y alarmante a lo largo de los meses siguientes. Como consecuencia, a finales de octubre, la OPPS informaba que la gente vivía en condiciones inhumanas, a menudo rodeada de roedores, plagas, basura, residuos sólidos, aguas residuales y desechos humanos[55].

Asimismo, el deterioro cada vez mayor de las condiciones del agua y del saneamiento habían provocado una mayor propagación de enfermedades contagiosas como el polio. Siendo la diarrea aguda y las infecciones en la piel particularmente comunes entre los niños menores de cinco años[56].

Además, como informó la OCAH en noviembre de 2024, a causa de los bloqueos a la asistencia humanitaria las familias no tenían acceso a ropa, cobijas o algún material similar para protegerse del clima. Lo que afectaba particularmente a los recién nacidos que no podían sobrevivir en estas condiciones[57]. Apenas dos meses después, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) expresó su profunda alarma por el impacto devastador de las lluvias invernales y las temperaturas bajo cero en los palestinos desplazados en Gaza, subrayando cómo las muertes por hipotermia reflejaban la necesidad crítica de refugio y protección de la población[58].

Finalmente, a inicios de 2025, la OCAH reportó que la limitada capacidad de carga en los cruces, los largos requisitos de coordinación impuestos por las autoridades israelíes para llevar artículos de

---

55 OOPS, 2024, *UNRWA Situation Report #146 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem,* https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-146-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem.

56 Ibid.

57 OCAH, 2024, *Gaza Humanitarian Response Update, 27 October,* https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/gaza-humanitarian-response-update-27-october-9-november-2024.

58 Para enero de 2025 la Directora General de la OIM, Amy Pope, afirmó que "personas vulnerables, incluidos al menos siete niños, han muerto de hipotermia, y estas trágicas muertes subrayan la urgente necesidad de refugio y otra ayuda para llegar a la gente de Gaza de inmediato", Vid.: OIM, 2025, *Gaza Winter Deaths Are Preventable: Ceasefire, Access Needed for Shelter Aid.*

refugio a Gaza y su frecuente rechazo, junto con el alto riesgo de saqueo armado, seguían obstaculizando gravemente la asistencia humanitaria en Gaza para abordar las necesidades de, al menos, 945.000 personas que requerían urgentemente ropa térmica, mantas y lonas para proteger sus refugios de la lluvia y el frío[59].

Para la OCAH, mientras este problema no se pudiera resolver, las fuertes lluvias y las inundaciones continuarían afectando gravemente a los campamentos de desplazados y a los refugios improvisados[60].

2.2.4. La destrucción de la infraestructura sanitaria con la consiguiente privación de atención médica adecuada

Finalmente, en lo que respecta al ámbito sanitario, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) informaba que, a inicios de 2024, la infraestructura médica había sido la más afectada[61]. De manera que solo 13 de 36 hospitales, y 18 de 72 centros de salud, seguían abiertos al público (solo entre octubre y principios de diciembre de 2023 se habían documentado, según la OMS, más de 200 ataques contra hospitales).

Sin embargo, como señalaba la OMS, más que de un funcionamiento real, se trataba de una situación de atención clandestina porque los bloqueos de la ayuda humanitaria impedían que estos lugares operasen de manera adecuada al no haber disponibilidad de recursos[62].

---

59 OCAH, 2025, *Humanitarian Situation Update #253, Gaza Strip,* https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/humanitarian-situation-update-253-gaza-strip.

60 Ibid.

61 ACNUDH, 2023, *Gaza: UN Expert Condemns 'Unrelenting War' on Health System Amid Airstrikes on Hospitals and Health Workers*, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/gaza-un-expert-condemns-unrelenting-war-health-system-amid-airstrikes.

62 OMS, 2023, *oPt Emergency Situation Update Issue 17,* https://www.un.org/unispal/document/opt-emergency-situation-update-issue-17-who-14dec23/.

Desafortunadamente, a lo largo de 2024, la situación empeoró notablemente debido al mantenimiento de los ataques contra la infraestructura sanitaria. Se destaca la grave afectación de los hospitales de Al-qusa[63] y Kamal Adwan, siendo este último no solo bombardeado, sino también asaltado por tierra (el ejército israelí ingresó a sus instalaciones y dañó, entre otras cosas, los tanques de oxígeno de los menores hospitalizados, además de detener a médicos y pacientes)[64]. Asimismo, apareció por primera vez en 25 años un caso de polio en un bebé de 10 meses[65], lo que hizo necesario poner en marcha una campaña de vacunación, que, como señala la OMS, fue constantemente interrumpida por los bombardeos israelíes[66], lo que provocó retrasos muy significativos en su desarrollo[67].

---

63 OCAH, 2024, *Attacks on hospitals in northern Gaza, United* https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/attacks-hospitals-northern-gaza-19-oct-2024-enarhe; ONU, 2024, Medio Oriente: La ONU pide investigar el ataque a israelí a un edificio residencial en Líbano, en Gaza se restringe más la entrada de ayuda, *UN News*. https://news.un.org/es/story/2024/10/1533546.

64 OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #241, Gaza Strip,* https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/humanitarian-situation-update-241-gaza-strip.

65 OOPS, 2024, *UNRWA Situation Report #130 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem,* https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-130-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-Jerusalem.

66 OMS, 2024, *First phase of polio campaign concludes successfully in Gaza*, https://www.who.int/news/item/04-09-2024-first-phase-of-polio-campaign-concludes-successfully-in-gaza.

67 OMS, 2024, *Second round of polio campaign in Gaza completed amid ongoing conflict and attacks: UNICEF and WHO,* https://www.who.int/news/item/06-11-2024-second-round-of-polio-campaign-in-gaza-completed-amid-ongoing-conflict-and-attacks–unicef-and-who. Vid. también: OMS, 2024, *Polio vaccination campaign to resume in northern Gaza,* https://www.who.int/news/item/01-11-2024-polio-vaccination-campaign-to-resume-in-northern-gaza.

2.3. El cierre de segundo semestre de 2024: la solicitud presentada el 19 de diciembre por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia para la emisión urgente de una nueva opinión consultiva

A la luz del grave empeoramiento de las condiciones de vida de la población palestina de Gaza durante la segunda mitad de 2024, la AGNU decidió el 19 de diciembre solicitar a la CIJ la emisión, con carácter prioritario y con la máxima urgencia, de una nueva opinión consultiva sobre la siguiente cuestión:

> ¿Cuáles son las obligaciones de Israel, como Potencia ocupante y como miembro de las Naciones Unidas, en lo que respecta a la presencia y las actividades de las Naciones Unidas, incluidos sus órganos, departamentos y agencias, otras organizaciones internacionales y terceros Estados en el Territorio Palestino Ocupado y en relación con él, incluida la garantía y facilitación de la provisión sin trabas de los suministros que se necesitan con urgencia y son esenciales para la supervivencia de la población civil palestina, así como de servicios básicos y asistencia humanitaria y para el desarrollo, en beneficio de la población civil palestina y en apoyo del derecho del pueblo palestino a la libre determinación?[68]

---

[68] Vid.: AGNU, 2024, Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de Israel en lo que respecta a la presencia y las actividades de las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales y terceros Estados, Doc. Núm. A/RES/79/232, de 19 de diciembre de 2024. En su solicitud, la AGNU solicitó expresamente a la CIJ que en la elaboración de su opinión consultiva aplicara: "[…] las normas y principios del derecho internacional (especialmente, la Carta de las Naciones Unidas), el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, las prerrogativas e inmunidades aplicables en virtud del derecho internacional a las organizaciones internacionales y a los Estados, las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, la opinión consultiva de la Corte de 9 de julio de 2004 y la opinión consultiva de la Corte de 19 de julio de 2024, en que la Corte reafirmó el deber de la Potencia ocupante de administrar el territorio ocupado en beneficio de la población local y afirmó que Israel no tiene derecho a la soberanía sobre ninguna parte del Territorio Palestino".

3. LOS PRIMEROS PRECEDENTES DEL CRIMEN DE GENOCIDIO POR SOMETIMIENTO A CONDICIONES DE EXISTENCIA Y EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN QUE CULMINÓ CON LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

Finalizado el análisis de la situación en Gaza desde octubre de 2023, que nos ha permitido introducir la temática objeto de este trabajo y reflejar su relevancia actual, se abordan a continuación los precedentes y el proceso de negociación de la Convención contra el Genocidio, con particular atención al desarrollo de la modalidad de sometimiento a condiciones de existencia finalmente recogida en el art. II(c) de la Convención.

Así pues, en 1933, entre el 14 y el 20 de octubre, se desarrolló la V Conferencia para la Unificación del Derecho Penal en Madrid[69]. En esta conferencia, Raphael Lemkin, jurista polaco y para la época fiscal suplente de Varsovia, redactó una ponencia titulada *Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences against the Law of Nations*, en la cual proponía la tipificación de ciertas acciones clasificadas en dos grupos: barbarie y vandalismo[70].

No obstante, hubo que esperar a 1944 para que Lemkin introdujera formalmente su concepto de genocidio a través de la obra titulada *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress*[71]. Para Lemkin, el genocidio consistía en la destrucción de una nación o grupo étnico[72], distinguiendo hasta ocho tipologías distintas de genocidio (político, social, cultu-

---

69 Alcoberro, R., n. d., Antes del genocidio: Lemkin, la ponencia de Madrid (1933) y el debate sobre terrorismo.

70 Balakian, P., 2013, Raphael Lemkin, *cultural destruction, and the armenian genocide. Holocaust and Genocide Studies*, *27*(1), 57-89. https://doi.org/10.1093/hgs/dct001

71 Ibid.

72 Lemkin, R., 1944, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress*, Carnegie Edowment for International Peace.

ral, económico, biológico, físico, religioso y moral[73]), las cuales se podían cometer a través de alguna de las siguientes modalidades: (a) discriminación racial en la alimentación; (b) afectación a la salud; y (c) asesinato en masa[74] (según Radhakrishnan, estas modalidades se enmarcarían posteriormente en una más amplia que sería definida como el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial"[75]).

Apenas un año más tarde, el término "genocidio" fue tomado en consideración durante el proceso de redacción en 1945 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional al final de la Segunda Guerra Mundial[76]. Sin embargo, en el texto final se prefirió utilizar la expresión "crímenes de lesa humanidad" en referencia a la persecución y exterminio físico de minorías nacionales, étnicas, raciales y religiosas[77].

De ahí que este proceso sea visto por una parte de la doctrina como un antecedente de la definición del crimen de genocidio en el derecho internacional. Si bien es importante subrayar que, en dicho proceso, el genocidio no pasó nunca de ser una subcategoría de los crímenes de lesa humanidad[78].

Un año más tarde, el 2 de noviembre de 1946, las delegaciones de Cuba, India y Panamá presentaron el primer proyecto de resolución sobre la definición del crimen de genocidio a la AGNU[79]. Ese mismo mes, la delegación de Arabia Saudita presentó un nuevo proyecto de resolución para la prevención y sanción del crimen de genocidio[80],

---

73 Ibid.

74 Ibid.

75 Radhakrishnan, A., 2020, *An Inherent Right to Health: Reviving Article II(c) of The Genocide Convention. Columbia Human Rights Law Review, 52.1.*

76 Schabas, W., 2008, Redacción de la Convención contra el Genocidio.

77 Ibid.

78 IMT, 1945, *Charter of the International Military Tribunal*, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

79 Schabas, W., 2008, Redacción de la Convención contra el Genocidio.

80 DeGuzman, M. M., & Amann, D. M., 2018, *Arcs of global justice: Essays in honour of William A. Schabas, In Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas. Oxford University Press.* https://doi.org/10.1093/oso/9780190272654.001.0001

en la que se incluía la destrucción de las potencialidades esenciales para la vida de un grupo, de un conjunto de personas o de una nación, o la privación intencional de las necesidades elementales para la preservación de su salud o existencia[81].

En respuesta, la AGNU remitió esta cuestión a su Sexto Comité (encargado de los asuntos jurídicos). El cual respaldó por unanimidad la declaración del genocidio como un crimen de derecho internacional y recomendó que el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) elaborara un proyecto de convención para su prevención y sanción[82].

Con base en lo anterior, el 11 de diciembre de 1946, la AGNU: (a) aprobó en su Resolución 96/1946 la definición del crimen de genocidio como "una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros"[83]; y (b) encomendó al ECOSOC la elaboración del mencionado proyecto de Convención.

El ECOSOC, siguiendo las instrucciones de la Resolución 96, redactó la Resolución 47/1947, en donde encomendó al SGNU la realización de estudios en colaboración con expertos en derecho internacional y penal, lo que llevó a la formulación del primer borrador de la Convención[84], en el que el sometimiento a ciertas condiciones de existencia fue expresamente considerado como una forma de genocidio.

En particular, este primer borrador señalaba expresamente que su ámbito de aplicación incluía:

1. La sujeción a condiciones de existencia que, por falta de vivienda, vestimenta, alimentos, higiene y cuidados médicos adecuados, o trabajo excesivo o esfuerzo físico desmedido,

---

81 Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, In Genocide: In International Law, 2nd ed., Cambridge.*

82 Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio, Vol. 9.

83 AGNU, 1946, Resolución 96, El Crimen de Genocidio, 128-128.

84 Ibid.

probablemente resultaran en la debilitación o muerte de los individuos.

2. La privación de todos los medios de vida mediante la confiscación de propiedad, saqueo, restricción laboral, denegación de vivienda y privación de los suministros disponibles para el resto de los habitantes del territorio en cuestión[85].

Además, este primer borrador señalaba expresamente que la afectación a las condiciones de vida como modalidad del genocidio tenía que ser entendida como equivalente a una "muerte lenta"[86]. Este enfoque inicial muestra cómo, durante las primeras etapas del proceso de redacción de la Convención, el crimen de genocidio no se entendió limitado a la eliminación física inmediata de un grupo protegido, sino que también comprendía estrategias de destrucción gradual mediante el deterioro sistemático de sus condiciones de existencia[87].

El proyecto fue remitido al Comité para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, al tiempo que el ECOSOC expidió el 6 de agosto de 1947 su Resolución 77, instando a todos los Estados miembros de la ONU a formular observaciones sobre dicho proyecto[88]. Sin embargo, dos meses después, la AGNU, mediante su resolución 180/1947, de 21 de noviembre, solicitó al ECOSOC continuar su trabajo sin esperar las observaciones de todos los Estados miembros[89].

Posteriormente, mediante la Resolución 170/1947, el ECOSOC estableció un Comité *ad hoc* para dar seguimiento a la Resolución 180

---

85 ECOSOC, 1947, Resolución 47 (IV).

86 Ibid.

87 Radhakrishnan, A., 2020, *An Inherent Right to Health: Reviving Article II(c) of The Genocide Convention, Columbia Human Rights Law Review, 52.1.*

88 Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio, Vol. 9.

89 ECOSOC, 1947, Resolución 47 (IV); Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio (Vol. 9).

de la AGNU[90], el cual estaba conformado por siete miembros (China, Estados Unidos, Francia, Líbano, Polonia, la Unión Soviética y Venezuela), que se encargarían de la redacción de un nuevo proyecto[91]. En los trabajos del Comité, se debatieron varios aspectos relativos a la modalidad de comisión del genocidio mediante el sometimiento intencional a "condiciones de existencia".

Así, el representante chino propuso que el *actus reus* del crimen debía incluir la destrucción de la existencia física del grupo y su sometimiento a condiciones o medidas que provocaran la destrucción total o parcial de su existencia física[92]. Del mismo modo, la delegación soviética sostuvo que el concepto de destrucción debía abarcar los asesinatos directos de grupos específicos, al igual que la imposición premeditada a dichos grupos de condiciones de vida destinadas a su destrucción[93].

Por su parte, el delegado de Polonia subrayó que ciertas medidas, podrían contribuir a la destrucción de un grupo sin causar la muerte de ninguno de sus miembros existentes[94].

El nuevo proyecto fue aprobado por el Comité el 15 de octubre de 1948[95], incluyendo en su art. II la comisión del crimen de genocidio mediante la imposición a los miembros del grupo de medidas o condiciones de existencia destinadas a causar su muerte[96].

---

90 Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio (Vol. 9).

91 Miaja La Muella, A., 1955, Introducción al Derecho Internacional Público, 2ed, Madrid: Atlas. Vid. también: Ollé Sesé, M., 2015, El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional.

92 Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes. In Genocide: In International Law, 2nd ed., Cambridge.*

93 Ibid.

94 Radhakrishnan, A., 2020, *An Inherent Right to Health: Reviving Article II(c) of The Genocide Convention, Columbia Human Rights Law Review, 52.1.*

95 Ollé Sesé, M., 2015, El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional.

96 Villavicencio, C., 2006, El crimen de genocidio, Universidad de Chile.

El ECOSOC remitió el proyecto del Comité a la AGNU, la cual, a su vez, lo trasladó a su Sexta Comisión[97], que realizó cuatro modificaciones principales*:*

1. Eliminó la palabra "deliberado" antes de "actos".
2. Aclaró que el genocidio no requiere la destrucción total de un grupo, sino que puede darse en casos de destrucción parcial.
3. Agregó el término "étnico", eliminando el de "político".
4. Reemplazó la referencia a los motivos del genocidio por la expresión "como tal"[98].

Además, acordó incluir una lista cerrada de actos de genocidio, que, en última instancia, acabó limitando los actos punibles al genocidio físico y biológico[99].

El texto fue aprobado por unanimidad y se convirtió en la Convención contra el Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 mediante la Resolución 260 A (III) de la AGNU[100].

En su versión final, el art. II(c) de la Convención recogió expresamente la modalidad de comisión del genocidio mediante el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial".

Esta formulación final, que fue fruto de los cambios introducidos entre el segundo borrador (que se refería a "condiciones de existencia destinadas a causar su muerte") y el tercero (que utilizaba en su lugar la expresión "condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial") fue, en última instancia, re-

---

97 Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio, Vol. 9.

98 Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, in Genocide: In International Law, 2nd ed., Cambridge.*

99 Ibid.

100 Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio, Vol. 9.

sultado de una propuesta realizada por la delegación de la Unión Soviética[101].

4. APROXIMACIONES DOCTRINALES A LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA MODALIDAD DE COMISIÓN DEL GENOCIDIO MEDIANTE EL SOMETIMIENTO INTENCIONAL DEL GRUPO PROTEGIDO A CONDICIONES DE EXISTENCIA QUE HAYAN DE ACARREAR SU DESTRUCCIÓN, TOTAL O PARCIAL

4.1. Aproximaciones doctrinales desde disciplinas no jurídicas

Desde la adopción de la Convención contra el Genocidio, su tercera modalidad ha sido abordada desde diversas disciplinas. Así, Jones explica cómo en la década de 1960 algunos investigadores enfocados en estudios sobre paz, como Galtung, comenzaron a explorar el fenómeno de la violencia estructural entendido como aquellas relaciones destructivas incrustadas en los sistemas sociales y económicos[102].

A partir de esta aproximación, se han desarrollado toda una serie de interpretaciones doctrinales que argumentan que ciertas formas de violencia estructural e institucional tienen, en sentido amplio, una naturaleza genocida, debido a que a través de las mismas se somete intencionalmente a un determinado grupo a condiciones de vida que han de provocar su destrucción física total o parcial[103].

Para autores como Shiva, esta es la situación que ha generado la globalización de los sistemas alimentarios y agrícolas bajo los regímenes comerciales neoliberales, al haber dado lugar a una especie de "limpieza étnica" de los pobres, el campesinado y los pequeños

---

101 Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, in Genocide: In International Law, 2nd ed., Cambridge.*

102 Jones, A., 2006, *The Origins of Genocide*, En: Jones, A. (Ed.), *Genocide: A Comprehensive Introduction, New York: Taylor & Francis e-Library, 3-32.*

103 Ibid.

agricultores del denominado "Tercer Mundo"[104]. En consecuencia, desde esta perspectiva, se pueda afirmar que la globalización del comercio agrícola ha implicado, en última instancia, la materialización de un genocidio[105].

En contraposición, otro grupo de autores, entre los que destaca Holsti, cuyo trabajo se enmarca en el ámbito de las relaciones internacionales, consideran que una perspectiva amplia sobre el concepto de violencia estructural puede generar dificultades frente a la atribución de una agencia clara a fenómenos como el racismo, el sexismo y otras formas de discriminación[106]. Por ello, en su opinión, las visiones sistémicas globales de la violencia estructural, como la de Galtung, resultan demasiado difusas y reflejan, en un nivel sistémico, una tendencia a atribuir al "Primer Mundo" la responsabilidad por los desafíos del resto de países[107].

De esta manera, para Holsti, es necesario no pasar por alto el papel esencial de muchos líderes y élites del "Tercer Mundo" en el sufrimiento y la violencia experimentada por sus poblaciones[108].

Una posición intermedia entre las dos anteriores la podemos encontrar en Jones, quien argumenta, desde la Ciencia Política, que los estudios sobre el genocidio deberían incorporar un retrato matizado de la violencia estructural e institucional como mecanismos genocidas[109].

Además, si la preocupación primordial es evitar la muerte y el sufrimiento evitables, es necesario no dejar en el olvido el denominado "holocausto de la negligencia", que genera el sometimiento de amplios sectores de la humanidad a condiciones de existencia basadas en la desnutrición, la mala salud y la discriminación estructural[110].

---

104 Ibid.
105 Ibid.
106 Ibid.
107 Ibid.
108 Ibid.
109 Ibid.
110 Ibid.

4.2. Aproximaciones doctrinales desde el derecho internacional

En cuanto al ámbito jurídico internacional propiamente dicho, cabe destacar que, la definición contenida en los arts. II(c) de la Convención contra el Genocidio, 4(c) del ETPIY, 2(c) del ETPIR y 6(c) del ECPI definen la tercera modalidad de comisión del crimen de genocidio como el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial", siempre y cuando se realice "con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal".

Por su parte, los Elementos de los Crímenes (EC) del ECPI, "que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto" y "serán compatibles" con el mismo, desarrollan la tercera modalidad de genocidio requiriendo para su consumación que concurran los cinco elementos siguientes:

1. Que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

Además, al final del cuarto elemento se incluye una nota al pie que especifica lo siguiente:

La expresión "condiciones de existencia" podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

Siendo los elementos segundo, tercero y quinto comunes a las cinco modalidades objetivas de genocidio, el análisis realizado en la presente sección se centra en las distintas aproximaciones doctrinales a los elementos primero y cuarto, que son los únicos que abordan específicamente la comisión del crimen de genocidio mediante el sometimiento intencional a condiciones de vida.

Para ello, se ha dividido el análisis en cinco aspectos principales, que son lo que han generado una mayor controversia entre la escasa doctrina que ha tratado de interpretar el contenido de esta particular modalidad de genocidio: (a) el número mínimo de miembros del grupo protegido a quienes se han de imponer las condiciones de existencia; (b) el significado de la expresión "destrucción física" del grupo protegido; (c) la idoneidad de las condiciones impuestas para generar dicha destrucción; (d) el tiempo mínimo de sometimiento a tales condiciones; y (e) la exigencia, o no, de la destrucción física, total o parcial, del grupo protegido.

1. Con respecto a la primera cuestión, Kreß analiza el carácter individual o colectivo de la modalidad de sometimiento a condiciones de existencia con base en la comparación entre la definición recogida en el art. 6 del ECPI y lo dispuesto en el primero de los elementos recogidos en los EC.

De esta manera, destaca que los EC solo requieren la imposición de ciertas condiciones de vida a "una o más personas", lo cual, en su opinión, excede los límites de una interpretación razonable de la Convención contra el Genocidio y el ECPI porque estos se refieren expresamente a un grupo o a una parte del mismo[111].

Por ello, dado que la conducta genocida en cuestión ha de acarrear la destrucción física "total o parcial" del grupo protegido, Kreß considera que el concepto de grupo debe entenderse en un sentido colectivo, incluyendo los casos en los que las condiciones se imponen a una parte del grupo, pero no el supuesto en que únicamente se imponen a alguno de sus miembros de forma aislada[112]. De este modo,

---

111 Ibid.

112 Kreß, C., 2015, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir*, En: Stahn, C. (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford: Oxford University Press, pp. 669-703.*

la definición del genocidio en la Convención y en el ECPI excluiría su consumación en este último caso[113].

En consecuencia, para este autor, mientras que no basta con someter a desnutrición, expulsión del hogar y/o falta de asistencia sanitaria a un solo miembro del grupo, sí puede ser suficiente para consumar un genocidio por matanza o lesiones graves con que se infrinja este daño a uno de sus integrantes[114].

Además, con base en lo anterior, Kreß concluye que la principal diferencia existente entre la comisión del genocidio por sometimiento intencional a condiciones de vida y su comisión por matanza o lesiones graves, es el hecho de que, en el primer supuesto, la conducta descrita debe extenderse necesariamente más allá de un miembro del grupo protegido[115].

A este respecto, Ambos destaca que, si bien debe existir una intención clara y específica de destruir al grupo protegido, no se puede afirmar que exista un acuerdo unánime sobre el número mínimo de integrantes afectados que es necesario para la consumación del genocidio por sometimiento a condiciones de vida[116].

Para este autor, esta ambigüedad se refleja en la tensión existente entre el art. 6(c) del ECPI y el primer elemento de los EC que lo desarrolla, razón por la cual este último debe interpretarse conforme a la primacía que el art. 9 del ECPI atribuye al art. 6(c).

2. En relación con el significado de la expresión "destrucción física", total o parcial, del grupo protegido, Kreß sostiene que existe una controversia interpretativa que oscila entre considerarlo equivalente a la desaparición de los miembros del grupo o entenderlo como la disolución del grupo como entidad social[117].

---

113 Ibid.

114 Ibid.

115 Kreß, C., 2006, *The Crime of Genocide under International Law. International Criminal Law Review, 6, 461-502, p. 480.*

116 Ambos, K., 2014, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford: Oxford University Press.*

117 Kreß, C., 2006, *The Crime of Genocide under International Law. International Criminal Law Review, 6, 461-502, p. 480.*

A la luz de lo anterior, y con base en la jurisprudencia del TIPR, el propio autor sostiene que la expresión "destrucción física" ha de interpretarse como incluyendo también la imposición de condiciones de existencia que no solo generan la eliminación física de, al menos, una parte de los miembros del grupo protegido, sino que, en última instancia, se dirigen a disolverlo, total o parcialmente, como entidad social[118].

Este enfoque: (a) amplía las medidas más allá de la "muerte lenta" a medidas capaces de causar daños físicos o mentales graves; y (b) permite que el resultado de las modalidades de matanza, por un lado, y lesiones graves físicas o mentales, por otro, sean el punto de partida de lo que significa la "destrucción física" total o parcial del grupo protegido, con el fin de determinar el tipo de condiciones de vida cuyo sometimiento intencional está prohibido[119].

3. En cuanto a la cuestión de la idoneidad de las condiciones de existencia impuestas para generar la destrucción física, total o parcial, del grupo protegido, Kreß considera que, si bien la expresión "*calculated to bring about*" (prevista en la versión en inglés de los arts. II(c) de la Convención contra el Genocidio y 6(c) del ECPI) podría sugerir que la mera intención del autor de provocar la destrucción física de una parte del grupo podría ser suficiente, lo cierto es que es más correcto interpretar dicha expresión desde una perspectiva objetiva que requiere tener la idoneidad para provocar el nivel de destrucción requerido[120].

Esta aproximación, que encuentra apoyo en las expresiones "que hayan de acarrear" y "*devant entraîner sa destruction physique*" utilizadas, respectivamente, en las versiones en español y francés de dichas disposiciones, y que también ha sido acogida por la legislación ale-

---

118 Kreß, C., 2006, *The Crime of Genocide under International Law., International Criminal Law Review, 6, 461-502,* citando a *Akayesu*, supra n. 12, para. 502.

119 Ibid.

120 Kreß, C., 2006, *The Crime of Genocide under International Law, International Criminal Law Review, 6, 461-502, p. 480.*

mana[121], parece reflejar mejor los requisitos mínimos de la conducta genocida como un "curso de acción objetivamente peligroso"[122].

Sin embargo, otros autores como Ambos, difieren de esta interpretación porque, en su opinión, se basa en una traducción incorrecta del término inglés "*calculated to bring about*", por la expresión alemana "*geeignet*", que sólo requiere actos que causen un peligro abstracto para los intereses jurídicos protegidos[123].

En consecuencia, según Ambos, las condiciones de existencia impuestas no necesitan matar inmediatamente a ningún miembro del grupo protegido, ni tan siquiera ser idóneas para alcanzar este resultado con el paso del tiempo, sino que es suficiente con que quienes las imponen crean subjetivamente que son adecuadas para provocar su destrucción física[124].

Esta segunda interpretación encuentra, por su parte, apoyo en la versión en español del cuarto elemento de los EC que desarrollan el art. 6(c) del ECPI, al requerir "[q]ue las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo".

Sin embargo, las mencionadas expresiones "que hayan de acarrear" y "*devant entraîner sa destruction physique*", utilizadas en las versiones en español y francés de los arts. II(c) de la Convención y 6(c) del ECPI, parecen más bien hacer referencia a la idoneidad objetiva de las condiciones de vida impuestas en el grupo protegido para alcanzar su destrucción total o parcial.

Además, llama, a este respecto, la atención la aparente contradicción en la versión española entre las expresiones "que hayan de acarrear" y "hayan tenido el propósito de acarrear" previstas, respectivamente, en el art. 6(c) del ECPI y el cuarto elemento de los EC que desarrollan esta disposición. En consecuencia, esta tensión debería

---

121 Ibid.

122 Ibid.

123 Ambos, K., 2014, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford: Oxford University Press*, p. 13.

124 Ibid.

resolverse, una vez más, apelando a la primacía que el art. 9 del ECPI atribuye al art. 6(c).

4. En relación con el tiempo mínimo de sometimiento del grupo protegido a las condiciones de existencia impuestas, autores como Schabas, con base en la jurisprudencia del TPIR, afirman que no existe un período de tiempo preciso durante el cual se deba mantener dicho sometimiento[125].

Por ello, en su opinión, se puede afirmar que esta modalidad de genocidio es distinta del asesinato directo y de la creación de circunstancias que conduzcan a una muerte lenta[126].

5. Finalmente, respecto a la cuestión relativa a la exigencia, o no, de un resultado prohibido, consistente en la destrucción física total o parcial del grupo protegido como consecuencia de las condiciones de existencia impuestas, Milisavljević, Palević y Spalević dan una respuesta afirmativa[127].

Así, para estos autores, esta modalidad de comisión del crimen de genocidio incluye toda una serie de formas de destrucción del grupo protegido que suponen no matar inmediatamente a los miembros del grupo, aunque el objetivo último sea su destrucción física.

Esto comprende, entre otras condiciones de existencia, provocar hambruna entre sus miembros, someterlos a la expulsión sistemática de sus hogares y reducir sus servicios médicos esenciales por debajo de un estándar vital mínimo[128], a lo que autores como Ambos añaden la privación de una nutrición suficiente que niegue el acceso a niveles adecuados de comida y agua potable, y la imposición de un nivel excesivo de trabajo físico[129].

---

125 Schabas, W. A., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge: Cambridge University Press.*

126 Ibid.

127 Milisavljević, B., Palević, M., & Spalević, Z., 2019, *Actus reus of genocide and types of genocidal destruction,* Volumen 65 de la serie 4, Belgrado.

128 Ibid.

129 Ambos, K., 2014, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford: Oxford University Press,* p. 13.

Como consecuencia, para Milisavljević, Palević y Spalević, la principal diferencia entre la comisión de genocidio matando o lesionando gravemente (física o mentalmente) a miembros del grupo protegido, y su comisión mediante su sometimiento a condiciones de vida como las que se acaban de mencionar, radica en la dimensión temporal de la aparición de las consecuencias letales[130].

De esta manera, mientras en el primer caso el resultado prohibido (muerte o lesiones graves) se da de manera simultánea al acto de ejecución material (por ejemplo, disparando a las víctimas), en el segundo supuesto se produce de manera diferida porque la destrucción total o parcial del grupo se da con posterioridad a su sometimiento a las condiciones de existencia de que se trate[131].

Es en base a esta distinción que Ambos afirma que esta última modalidad del genocidio supone la destrucción total o parcial del grupo protegido a través de una "muerte lenta"[132].

En contraposición a lo anterior, otros autores como Schabas sostienen que el elemento central de esta modalidad de genocidio es la idoneidad de las condiciones de existencia impuestas para provocar, al menos, la destrucción parcial del grupo protegido, con independencia de que esto se acabe logrando o no[133].

Esta interpretación, que es, sin duda, más acorde con las versiones en español y francés de los arts. II(c) de la Convención y 6 (c) del ECPI, significa que la principal diferencia entre esta modalidad de genocidio y las demás radica en que no se requiere que se produzca ningún resultado. En consecuencia, como señala Schabas, sería suficiente para su consumación con la imposición de las condiciones de

---

130 Milisavljević, B., Palević, M., & Spalević, Z., 2019, *Actus reus of genocide and types of genocidal destruction,* Volumen 65 de la serie 4, Belgrado.

131 Ibid.

132 Ambos, K., 2014, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing. Oxford: Oxford University Press,* p. 13.

133 Schabas, W. A., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge: Cambridge University Press.*

existencia de que se trate, con tal de que sean objetivamente idóneas para provocar la destrucción total o parcial del grupo protegido[134].

Finalmente, basándose en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, Schabas afirma también que cuando dicha destrucción se llegase a alcanzar, la imputación más adecuada sería mediante las modalidades de matanza o lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo, puesto que, en su opinión, los arts. II(c) de la Convención contra el Genocidio y 6(c) del ECPI prevén una modalidad residual de comisión[135].

5. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA MODALIDAD DE COMISIÓN DEL GENOCIDIO MEDIANTE EL SOMETIMIENTO INTENCIONAL DEL GRUPO PROTEGIDO A CONDICIONES DE EXISTENCIA QUE HAYA DE ACARREAR SU DESTRUCCIÓN, TOTAL O PARCIAL

La comisión del crimen de genocidio mediante su tercera modalidad ha sido objeto de escasa atención por los tribunales penales internaciones e híbridos, destacando a este respecto las interpretaciones jurisprudenciales realizadas en los casos: (a) Mladić ante el TPIY; (b) 002/02 (Noun Chea y Khieu Samphan) ante las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC); y (c) Al Bashir ante la CPI.

El análisis realizado muestra como cada uno de estos casos ha contribuido, en cierta medida, a desarrollar el contenido de esta modalidad objetiva de comisión del genocidio, mediante la determinación del umbral de idoneidad y su diferenciación con el crimen de lesa humanidad de exterminio.

---

134 Ibid.

135 Ibid.

5.1. El caso Mladić ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Como comandante del Ejército (VRS) de la autoproclamada República Serbia de Bosnia (República Srpska) desde el 12 de mayo de 1992, Ratko Mladić participó en la comisión de múltiples crímenes internacionales durante el conflicto armado que tuvo lugar en Bosnia y Herzegovina entre 1992 y 1995[136].

Bajo su liderazgo, el VRS implementó un plan sistemático dirigido contra la población bosnio-musulmana y bosnio-croata, que incluyó bombardeos indiscriminados, desplazamientos forzados, ejecuciones masivas, el asedio prolongado de Sarajevo[137] y la utilización de soldados de la ONU como escudos humanos para evitar los bombardeos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

En particular, Mladić fue hallado responsable de la masacre que tuvo lugar tras la invasión por el ejército serbo-bosnio de la localidad de Srebrenica en julio de 1995, la cual había sido declarada dos años antes como zona segura por la Resolución 819 (1993) del CSNU.

En esta masacre, alrededor de ocho mil hombres (incluyendo jóvenes menores de edad) fueron asesinados y el resto de la población bosnio-musulmana (en torno a 25.000 mujeres, niños y ancianos) fue expulsada por la fuerza del enclave[138].

Por todo ello, fue arrestado en 2011, y seis años más tarde, la Sala de Primera Instancia (SPI) I del TPIY lo declaró culpable de los crímenes de genocidio y lesa humanidad[139].

Lo particular de este caso es que, a diferencia de casos anteriores ante el TPIY, la SPI I analizó en su sentencia condenatoria la comisión del crimen de genocidio bajo la modalidad de sometimiento a condiciones de vida recogida en los arts. II(c) de la Convención contra el Genocidio y 4(2)(c) del ETPIY.

---

136 TPIY, 2017, *Judgment of 22 November 2017*, Ref. Case No. IT-09-92-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Ratko Mladić, Vol. IV, Párr. 5189.

137 Ibid. Párr. 5190.

138 Ibid.

139 Ibid. p. 2474.

De esta manera, la SPI I reconoció que ciertos actos, aunque no causan la muerte inmediata de los miembros del grupo, pueden tener una naturaleza genocida si son objetivamente idóneos para generar una existencia inviable o una muerte lenta.

Sin embargo, según la propia SPI I, esta modalidad tiene un carácter residual frente a otras formas de genocidio más directas, como matar o herir gravemente a miembros del grupo protegido, exigiendo, por tanto, un análisis más complejo en términos probatorios y de intencionalidad[140].

En consecuencia, según la SPI I, la modalidad del art. 4(2)(c) del ETPIY solo debe considerarse cuando, a pesar de que los hechos del caso no muestren la muerte o la lesión grave de integrantes del grupo protegido, se pueda afirmar la existencia de condiciones de vida impuestas sistemáticamente, que, en su conjunto, son idóneas para destruirlo total o parcialmente[141].

Esto significa que, además de ser impuestas deliberadamente, las condiciones de existencia deben tener, en todo caso, una naturaleza sistemática y ser objetivamente idóneas para causar la destrucción física del grupo, total o parcial[142], lo cual, según la ejemplificación dada por propia SPI I, puede suceder cuando incluyan la negación de servicios médicos, la expulsión del hogar sin medios de subsistencia, la destrucción de infraestructuras esenciales, el trabajo forzado, la privación de agua, alimento o refugio, y el sometimiento a enfermedades sin tratamiento[143].

Según la SPI I, lo que se requiere en estos casos no es el resultado consumado de la destrucción, sino que las condiciones impuestas tengan objetivamente la capacidad de producirlo[144], lo que significa, en última instancia, que el criterio de idoneidad se convierte en el elemento central para distinguir entre actos inhumanos y genocidio,

---

140 TPIY, 2017, *Judgment of 22 November 2017*, Ref. Case No. IT-09-92-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Ratko Mladić, *Volume* III.

141 Ibid. Párrs. 3567-3569.

142 Ibid. Párrs. 3568-3570.

143 TPIY, 2017, *Judgment of 22 November 2017*, Ref. Case No. IT-09-92-T, Trial Chamber I, Prosecutor v. Ratko Mladić, Vol. III.

144 Ibid. Párr. 3571.

considerando el contexto, la sistematicidad y el fin último de la conducta.

Con base en lo anterior, la SPI I analizó la violencia ejercida por el VRS contra los grupos bosnio-musulmán y bosnio-croata (grupos protegidos) en varias zonas de Bosnia y Herzegovina, destacando, especialmente, el caso del municipio de Foča, donde la población bosnio-musulmana fue sometida a asesinatos, detenciones arbitrarias, traslados forzosos, tortura, violaciones y destrucción masiva de bienes[145].

Con base en el análisis realizado, la SPI I concluyó que no se había podido probar más allá de toda duda razonable la concurrencia de esta modalidad de genocidio porque la violencia ocurrida en lugares como los colegios que funcionaron como centros de detención estuvo principalmente conformada por actos de violencia que, más que provocar el progresivo debilitamiento físico de los miembros de los grupos protegidos, se dirigió a causarles formas de daño más directas como la muerte o lesiones graves[146].

5.2. El caso 002/02 contra Noun Chea y Khieu Samphan ante las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

Las SETC, establecidas en 2004 mediante un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Camboya, han enjuiciado a algunas autoridades y altos funcionarios del gobierno de la República Democrática de Kampuchea (RDK) entre 1975 y 1979 (todos ellos pertenecientes al Partido Comunista de Kampuchea (CPK)), entre quienes se encuentran Noun Chea (subsecretario del CPK, presidente de la Asamblea de Representantes del Pueblo y primer ministro interino de la RDK) y Khieu Samphan (presidente del *Presidium* Estatal de la RDK), ambos condenados en 2018 a cadena perpetua por la SPI en el caso 002/02[147].

---

145 Ibid. Párrs. 3222-3250.
146 Ibid. Párr. 3569.
147 SETC, s. f., Caso 002.

La Orden de Cierre proferida por los jueces de instrucción imputó a los acusados, entre otros delitos, el crimen de lesa humanidad de exterminio, basándose en las muertes a gran escala resultantes de las condiciones impuestas en los lugares de trabajo, las cuales se caracterizaron por la privación de alimento, alojamiento, atención médica e higiene, así como por trabajos forzados[148].

En consecuencia, según la Orden de Cierre, el *actus reus* del crimen de lesa humanidad de exterminio se había configurado en este caso por las acciones u omisiones, directas o indirectas, que habían causado la muerte de un gran número de personas, incluyendo la imposición de condiciones de existencia y trabajo que habían de acarrear la destrucción de parte de la población[149].

En su sentencia, la SPI analizó, en particular, las condiciones de vida y laborales en el Sitio de Construcción del Aeródromo de Kampong Chhnang[150], la Represa del Primero de Enero[151] y las Obras de la Presa de Trapeang Thma[152], concluyendo que los trabajadores enfrentaron condiciones extremadamente duras, cuyo resultado fue la muerte de muchas personas.

De esta manera, en relación con las Obras de la Presa de Trapeang, la SPI concluyó que la alimentación fue insuficiente, el agua accesible no era potable y los trabajadores dormían en alojamientos inadecuados, por lo que se enfermaban frecuentemente[153].

Por su parte, en la Represa del Primero de Enero, al menos seis de cada diez trabajadores habían muerto a causa de la imposición de trabajos forzados, raciones de hambre y condiciones inhóspitas, que,

---

148 SETC, 2018, *Judgment of 16 November 2018*, Ref. Case File No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Case 002/02, Párr. 1383.

149 SETC, 2010, *Closing Order of 15 September 2010*, Párr. 1382, Office of the Co-Investigating Judges.

150 SETC, 2018, *Judgment of 16 November 2018*, Ref. Case File No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Case 002/02, Págs. 664-712.

151 Ibid. Págs. 823-841.

152 Ibid. Págs. 883-904.

153 SETC, 2018, *Judgment of 16 November* 2018, Ref. Case File No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Case 002/02, Párr. 1384.

según la SPI, superaron el límite de lo que los seres humanos pueden soportar[154].

Por último, en relación con el Aeródromo de Kampong Chhnang, la SPI concluyó que se habían impuesto condiciones laborales inseguras, largas jornadas de trabajo y alimentación insuficiente, lo que, como en los casos anteriores, había provocado la muerte de muchos trabajadores[155].

Sin embargo, según la SPI, las pruebas presentadas no permitían concluir que en alguno de estos tres centros de trabajo hubiera existido la intención de crear las mencionadas condiciones de vida y trabajo con el fin de exterminar a los trabajadores (dolo directo), lo que impedía emitir una condena por el crimen de lesa humanidad de exterminio, ya que, en su opinión, este no admite el dolo eventual[156]. En consecuencia, solo cabía emitir una condena por el crimen de lesa humanidad de asesinato[157].

Finalmente, en lo que se refiere al genocidio, la SPI subrayó que la Orden de Cierre no imputó el crimen de genocidio por sometimiento intencional del grupo protegido a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física, total o parcial, razón por la cual la SPI no entró a analizar esta posible calificación jurídica de los hechos.

Según la SPI, esto se debió a que los jueces de instrucción del caso 002/02 sólo habían identificado a los Cham y a los vietnamitas como grupos protegidos por el crimen de genocidio[158], excluyendo de dicha protección al grupo nacional mayoritario de los Jemeres[159]. De esta manera, habían rechazado la propuesta realizada en 1998

---

154 Ibid. Párr. 1670.

155 Ibid. Párr. 1800.

156 Ibid. Párr. 1671.

157 Ibid. Párr. 1384, 1672, 1801.

158 SETC, 2010, *Closing Order of 15 September* 2010, Párrs. 1336-1342, Office of the Co-Investigating Judges. Vid. También: SETC, 2018, *Judgment of 16 November 2018*, Ref. Case File No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Case 002/02, Párr. 782-793.

159 Jarvis, H., 2017, Juicios y penas: la larga búsqueda de justicia para el genocidio de Camboya, *Revista de Estudios sobre Genocidio*, Año 8, volumen 12,

por el Grupo de Expertos para Camboya de la ONU que planteaba la posibilidad de "[…] estudiar si los delitos en masa contra el grupo nacional mayoritario de Jemeres podían ser calificados como genocidio"[160].

5.3. El caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional

Finalmente, en el caso de Omar Al Bashir (expresidente de Sudán entre 1989 y 2019) ante la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I examinó específicamente la responsabilidad penal del imputado en la presunta comisión de un crimen de genocidio por el sometimiento intencional de los grupos Fur, Masalit y Zaghawa a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física, total o parcial.

La SCP I, analizó esta cuestión tanto en su decisión, de 4 de marzo de 2009, relativa a la solicitud de la Fiscalía para que emitiera una orden de arresto contra Al-Bashir (Primera Decisión)[161], como en su posterior decisión de 12 de julio de 2010 en relación con la solicitud de la Fiscalía para que se incluyera el crimen de genocidio en la orden de arresto dictada contra Al-Bashir (Segunda Decisión)[162].

Buenos Aires, noviembre de 2017, ISSN 1851-8184 / ISSN-e 2362-3985, p. 47.

160 AGNU, 1998, El informe del Grupo de expertos para Camboya, resolución 52/135, párrafo 65.

161 CPI, 2009, *March 4, Decision on the Prosecution's Application for a Warrent of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir.*

162 CPI, 2010, *July 12, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest.* En la decisión inicial del 4 de marzo de 2009, la SCP I rechazó el cargo de genocidio al considerar que la intención genocida no era la única conclusión razonable que podía extraerse de las pruebas presentadas. Sin embargo, la Sala de Apelaciones (SA) el 3 de febrero de 2010 revocó la Orden porque bastaba con demostrar motivos razonables para creer en la existencia de la intención genocida, en lugar de exigir que esta fuera la única conclusión razonable. Como resultado, la SCP I corrigió este criterio y determinó que bastaba con demostrar motivos razonables para creer en la existencia de la intención genocida. Vid.: CPI, 2010, Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión relativa a la solicitud de la Fiscalía

De esta manera, si bien en la Primera Decisión la SCP I rechazó incluir el crimen de genocidio en la orden de arresto emitida contra el imputado, en la Segunda Decisión, la SCP I revisó su posición inicial a instancias de la Sala de Apelaciones, y terminó imputando a Al-Bashir también por genocidio.

En consecuencia, a efectos del presente trabajo, se ha centrado la atención en tres aspectos fundamentales de esta Segunda Decisión.

En primer lugar, la SCP I afirmó expresamente que existían indicios razonables para creer que Al Bashir había instrumentalizado el aparato del Estado (incluyendo el Ejército y las milicias Janjaweed), con el fin de implementar una política de exterminio dirigida contra los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa[163].

Por lo tanto, estas comunidades parecían haber sido atacadas de manera sistemática y diferenciada de otros grupos, lo que reforzaba la conclusión de que su persecución no obedecía a razones militares, sino a una estrategia deliberada de eliminación[164].

En segundo lugar, la SCP I precisó también que el elemento material del genocidio incluye la muerte de una o más personas[165], confirmando que, si bien el genocidio se define en términos de la destrucción de un grupo, basta con que el autor cause la muerte de un solo miembro del grupo protegido para configurar, desde una perspectiva objetiva, la primera modalidad del delito[166].

No obstante, la propia SCP I subrayó que esto no es aplicable cuando el genocidio se comete mediante el sometimiento intencional de un grupo protegido a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial[167], puesto que, en estos

---

de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir. 3 de febrero de 2010.

163 CPI, 2010, *July 12, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, Párr. 4.

164 Ibid Párr. 38-40.

165 Ibid. Párr. 33.

166 Kreß, C., 2015, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir.*

167 CPI, 2010, *July 12, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, Párr. 33.

casos, no es suficiente con imponer ciertas condiciones de vida a alguno de sus miembros de forma aislada. Sin embargo, a pesar de esta distinción, la Segunda Decisión no entró a abordar en profundidad esta cuestión[168].

Finalmente, en lo que se refiere específicamente a los tipos de condiciones de existencia que pueden dar lugar al genocidio, la SCP I consideró que había indicios razonables para creer que los actos de contaminación de las bombas de agua y el traslado forzoso de los miembros de los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa, junto con el reasentamiento en sus territorios de integrantes de otras tribus, constituían una política genocida que era idónea para provocar la destrucción física de una parte sustancial de los mismos[169].

A este respecto, la SCP I subrayó que el genocidio no requiere un resultado prohibido en términos de muertes directas e inmediatas, y que, por lo tanto, basta con demostrar que las condiciones impuestas son idóneas para provocar la desaparición progresiva del grupo. Lo que, en el caso presente, se podía dar por probado a la luz del estándar del art. 58 del ECPI que, para la emisión de una orden de arresto por el crimen de genocidio, solo requiere la existencia de indicios razonables de dicha idoneidad[170].

6. ELEMENTOS COMUNES A LAS DISTINTAS MODALIDADES DEL GENOCIDIO

Analizados los elementos específicos de la comisión del crimen de genocidio por sometimiento a condiciones de existencia, se complementa en esta sección su estudio mediante un breve análisis de los tres elementos comunes a todas las modalidades de genocidio de los cuales, según los EC:

---

168 Kreß, C., 2015, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir.*

169 CPI, 2010, *July 12, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest,* Párr. 38-40.

170 Ibid. Párr. 38-40.

1. Dos presentan una naturaleza objetiva: (a) "que la persona o personas [afectadas] hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado"; y (b) "que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción".
2. Uno es de carácter subjetivo: "que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal".

La comprensión del contenido de estos elementos es, sin duda, también importante para una adecuada aplicación de la tercera modalidad de genocidio.

6.1. Elementos comunes de carácter objetivo

6.1.1. La definición de los grupos protegidos y la pertenencia de la persona o personas afectadas a alguno de ellos

Los arts. II de la Convención contra el Genocidio, 4 del ETPIY, 3 del ETPIR y 6 del ECPI especifican que los únicos grupos protegidos por el crimen de genocidio son los nacionales, étnicos, raciales y religiosos, los cuales han sido definidos por la doctrina de la siguiente manera:

1. Los grupos nacionales están conformados por conjuntos de personas que se reconocen por su conexión histórica con un Estado o Nación[171].
2. Los grupos étnicos son aquellos cuyos integrantes comparten una identidad común en relación a su cultura, costumbres y tradiciones, si bien su identificación social como grupo suele estar marcada desde la subjetividad de quienes los agreden,

---

171 Cassese, A., 2013, *International Criminal Law, Oxford: Oxford University Press*, pp. 119-123.

porque son normalmente objeto de estigmas sociales que los diferencian de los demás[172].

3. Los grupos raciales están conformados por conjuntos de personas que comparten características físicas y biológicas, las cuales, desde la perspectiva de los agresores, les atribuyen unas características particulares que los diferencian de los otros grupos existentes dentro de una determinada sociedad[173].

4. Los grupos religiosos se caracterizan por compartir la práctica de una religión o afiliación espiritual[174]. Al igual que sucede con los grupos étnicos y raciales, la subjetividad de los agresores es importante porque es frecuente la existencia de diversas religiones con notables similitudes (por ejemplo, los cristianos católicos y luteranos), que, sin embargo, pueden ser percibidas como un solo grupo, lo cual no les priva de la condición de grupo protegido[175].

La jurisprudencia del TPIY y del TPIR ha ofrecido, a su vez, ciertos criterios para distinguir los cuatro tipos de grupos protegidos por el crimen de genocidio, entre los que cabe destacar los relativos a la estabilidad, el valor de la subjetividad y la delimitación de las dimensiones del grupo.

1. El criterio de la estabilidad, cuyas raíces se remontan al intento del TPIR de diferenciar entre hutus y tutsis[176], considera al grupo como un elemento diferenciador de carácter estable y permanente

---

172 Schabas, W., 2000, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge: Cambridge University Press,* pp. 114-130.

173 Kreß, C., 2007, *Elements of Genocide,* en Gaeta, P., (Ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary, Oxford: Oxford University Press,* pp. 567-568.

174 Schabas, W., 2000, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge: Cambridge University Press,* pp. 114-130.

175 Ibid.

176 El problema surgió debido a que el TPIR definía a los grupos étnicos como el conjunto de personas que comparten una lengua y cultura común, lo que imposibilitaba diferenciar como dos grupos étnicos a los hutus y tutsis. Por ello, se adoptaron medidas como analizar la existencia de identificadores nacionales, como los carnets donde se establecía la condición de cada ciudadano ya fuera hutu o tutsi, lo que permitió demostrar que el grupo Tutsi sí era un grupo estable y diferenciado en Ruanda.

frente al resto de la población, al que se le atribuyen los rasgos de permanencia, adscripción por nacimiento (ausencia, por tanto, de adscripción voluntaria) y gran dificultad para abandonar el grupo (lo que significa, en última instancia, que la condición de miembro es difícilmente modificable)[177].

2. El criterio del valor de la subjetividad se refiere a la importancia de la perspectiva de los agresores, que son quienes en última instancia diferencian el grupo del resto de la población a través del estigma. En consecuencia, entender la existencia de un grupo bajo estándares únicamente "objetivos" como la lengua, ignora que en la práctica pueden existir comunidades que, aunque presentan ciertas características comunes, son consideradas como grupos distintos, tal y como sucede con los hutus y los tutsis en Ruanda[178].

Ahora bien, que la percepción subjetiva sea relevante en este ámbito no implica que no deban tenerse en cuenta ciertos indicios objetivos, siendo esto a lo que se refiere el primer elemento común a las cinco modalidades de genocidio previsto en los EC, al requerir "que la persona o personas [afectadas] hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado". Por ello, el criterio subjetivo debe estar siempre acompañado de indicios objetivos[179], es decir, debe haber un criterio diferenciador que haga que los autores del delito distingan a un grupo del resto de la población[180].

---

177 TPIR, 1998, Caso Jean Paul Akayesu. ICTR-96-4-T; TPIR, 1999, Caso Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR-96-3-T, párr. 57. Vid. también: TPIY, 1999, Judgment of 14 December 1999, Ref. Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Goran Jelisić.

178 Fernández, C., 2019, La Definición de Grupo Protegido en el delito de Genocidio, en La Evolución de la Definición y Aplicación del delito de Genocidio Coord. Olásolo & De Prada, Valencia. Pp. 501.

179 TPIY, 2004, *Judgment of 1 September* 2004, Ref. Case No. IT-99-36-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Párr. 683.

180 CIJ, 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), párr. 191; TPIR, 2006, Judgment of 12 September 2006, Ref. Case No. ICTR-00-55A-T, Trial Chamber II, Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi, párr. 484; TPIY, 2004, Caso Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, párr. 683; TPIR, 2004, Judgment of 17 June 2004, Ref. Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber III, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, párr. 254; TPIR, 2003, Judgment of 1 December 2003,

3. El criterio de la delimitación de sus dimensiones, busca determinar la composición del grupo protegido a través de aspectos tales como la localización geográfica de sus miembros, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de definir como los bosnio-musulmanes ubicados en el este de Bosnia y Herzegovina. Todo ello, teniendo en cuenta que hay ciertos grupos que, como totalidad, están esparcidos en diferentes partes del mundo.

De esta manera, si bien la SPI[181] y la SA[182] del TPIY han rechzadao en el caso Krstić este criterio, afirmando que no permite constituir, por sí mismo, un grupo autónomo, la propia SPI ha subrayado que: (a) esto sí sería posible cuando sus integrantes se auto perciban y comporten como un grupo diferente e independiente (por ejemplo, los judíos europeos, porque, más allá de la ubicación geográfica, tenían, antes de ser atacados, una cultura diferente frente a la de los judíos de otras partes del mundo)[183]; y (b) esta situación puede darse tanto antes de experimentar la violencia, como ser el resultado de la misma[184].

6.1.2. El elemento objetivo contextual

Como se ha visto, los EC recogen un elemento objetivo contextual para las cinco modalidades de genocidio previstas en el art. 6 del ECPI, al exigir "que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción". Como Olasolo, Suárez y López afirman, este elemento se encuentra conformado por dos circunstancias alternativas: (a) la sistematicidad de la dinámica

---

Ref. Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Chamber II, Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, parr. 811.; TPIR, 2003, Caso Laurent Semanza, ICTR-97-20-T, párr. 317.

181 TPIY, 2001, *Judgment of 2 August* 2001, Ref. Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Radislav Krstić.

182 TPIY, 2004, Appeals Judgment of 19 April 2004, Ref. Case No. IT-98-33-A, Appeals Chamber. Prosecutor v. Radislav Krstić,

183 TPIY, 2001, *Judgment of 2 August* 2001, Ref. Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Radislav Krstić.

184 Ibid.

de violencia contra el grupo protegido; o (b) la capacidad de dicha dinámica de violencia de destruirlo total o parcialmente[185].

Sin embargo, su existencia ha sido objeto de intensos debates entre:

1. Quienes afirman, como la SA del TPIY en los casos Jelisić[186], Krstić[187], Popović et. al.[188], Tolimir[189] y Mladić[190], que este ele-

---

185 Olasolo, Suárez & López, 2019, El principio *nullum crimen sine iure* y el elemento contextual del delito de genocidio, en La Evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio Ed. Olásolo & De Prada, Valencia.

186 TPIY, 2001, *Appeals Judgment of 5 July 2001, Ref. Case No. IT-95-10-A, Appeals Chamber. Prosecutor v. Goran Jelisić*, Párrs. 66-101. En este caso, la SA consideró que la existencia de una política o plan que justifique la destrucción total o parcial del grupo protegido objeto de ataque no constituye un elemento contextual del crimen de genocidio, por lo que debe considerarse sólo como un elemento probatorio de la intención genocida.

187 TPIY, 2001, *Judgment of 2 August* 2001, Ref. Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Radislav Krstić. En este caso, mientras la SPI afirmó que la existencia de un requisito que impide que conductas aisladas o aleatorias sean consideradas como genocidio, la SA volvió a rechazar esta posición porque, en su opinión, el elemento contextual no hace parte del derecho internacional consuetudinario, de manera que la gravedad y escala de los actos de violencia solo pueden ser considerados como elementos probatorios de dolo especial.

188 TPIY, 2010, *Judgment of 10 June 2010, Ref. Case No. IT-05-88-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Vujadin Popović* et. al. En este caso, la defensa argumentó que la jurisprudencia del TPIY iba en contra de la definición de la Convención contra el Genocidio porque era evidente la exigencia del elemento contextual como parte de la esencia del crimen. Además, el hecho de que se hubiera previsto expresamente en los EC probaba su existencia en la costumbre internacional. Sin embargo, tanto la SPI, como la SA, consideraron errónea esta posición, en cuanto que en los trabajos preparatorios de la Convención se discutió la incorporación de este elemento, mostrando varios representantes estatales su reserva sobre el mismo. Además, el hecho de que se recoja en los EC no es vinculante para el TIPY, sobre todo cuando existe una jurisprudencia uniforme que afirma que la política no es un elemento requerido para la consumación del genocidio.

189 TPIY, 2015, Caso Tolimir. En el caso Tolimir, la SA afirmó que, cuando la intención genocida no pueda ser probada de manera directa, es posible tratar de hacerlo a través de hechos de contexto.

190 TPIY, 2017, *Judgment of 22 November 2017,* Ref. Case No. IT-09-92-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Ratko Mladić. En este caso, la SA afirmó que la

mento contextual no es necesario para la configuración del crimen de genocidio, porque: (a) supone una adición de los EC que no se recoge en su definición en los arts. 2 de la Convención contra el Genocidio, 4 del ETPIY, 2 del ETPIR y 6 del ECPI; y (b) su objetivo es impedir que conductas aisladas puedan ser constitutivas de genocidio.

2. Quienes consideran, como la SCP I de la CPI en su Primera Decisión en el caso Al-Bashir[191] y autores como Liñán[192], que, si bien la descripción típica del genocidio no exige expresamente la existencia de un contexto generalizado o sistemático de violencia contra los integrantes del grupo protegido, este se encuentra implícitamente recogido en su definición, suponiendo, además, el principal elemento en común entre los crímenes de genocidio y de lesa humanidad.

Además, para la SCP I de la CPI, la existencia de un elemento objetivo contextual, que haga del contexto algo más que un mero elemento de prueba de la intención genocida, presenta toda una serie de aspectos positivos para la definición del genocidio, entre los que cabe destacar los siguientes[193]:

1. Clarifica la naturaleza jurídica del crimen al requerir que la violencia ejercida contra el grupo protegido objeto de ataque (en nuestro caso, la imposición de condiciones de vida que sean objetivamente idóneas para provocar la destrucción total o parcial del grupo), tenga unas dimensiones tales que se pueda evidenciar que hay una amenaza real y concreta a su existencia total o parcial.

---

existencia de un plan acordado no tiene más valor jurídico que el de ser un hecho del que se permite inferir la existencia de la intención genocida.

191 CPI, 2009, *Situation in Darfur, Sudan. Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution´s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Doc.* ICC-02/05-01/09, párr. 128-133.

192 Liñán, A., 2019, Similitudes y diferencias entre el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad. Volumen 9 de la serie Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Valencia: Tirant lo Blanch.

193 CPI, 2009, *Situation in Darfur, Sudan. Pre-Trial Chamber I. Decision on the Prosecution´s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Doc. ICC-02/05-01/09,* párr. 128-133.

2. Justifica la calificación del genocidio como el crimen más grave en el derecho internacional (el "crimen de los crímenes") con base no solo en sus elementos subjetivos, sino también en sus elementos objetivos, incluyendo un umbral mínimo de violencia necesaria para su consumación en todas sus modalidades.
3. No afecta los derechos de la defensa, al aplicar el principio *in dubio pro reo* en relación con las dudas que sobre su existencia puede generar la definición de genocidio prevista en los arts. 2 de la Convención contra el Genocidio, 4 del ETPIY, 2 del ETPIR y 6 del ECPI. Así, el elemento contextual hace que se requiera un umbral objetivo de violencia superior a lo que pudiera deducirse de la estricta interpretación de algunas de sus modalidades individuales de comisión, como el matar o provocar lesiones graves a alguno de los miembros del grupo.
4. Permite entender la protección dada por el crimen de genocidio como respuesta a la existencia de una amenaza real y concreta a la permanencia del grupo como tal, o de una parte sustancial del mismo.

Con base en lo anterior, la SCP I encontró indicios razonables de sistematicidad y generalidad en los ataques a las poblaciones Fur, Masalit y Zaghawa. Además, para la SCP I, los ataques sistemáticos y generalizados cometidos contra estos grupos por múltiples autores (como los bombardeos que destruyeron las aldeas, los asesinatos masivos, las violaciones masivas, los desplazamientos forzados y la privación del acceso a recursos básicos como el agua y la comida), constituyeron un patrón de conducta manifiesto, porque no se trataron de conductas escalonadas en el tiempo, sino ocurridas exclusivamente durante el desarrollo de dichos ataques[194].

Sin embargo, a pesar de que la interpretación de la SCP I reafirma la naturaleza del genocidio como un mecanismo de *última ratio* para la garantizar la existencia de los grupos protegidos[195], y de que parece encajar con sus primeros precedentes históricos como una modalidad de crímenes de lesa humanidad, autores como Kreß sostienen

194 Ibid., párr. 198.
195 Ibid.

que la definición de "amenaza real y concreta" adoptada por la SCP I no resulta del todo clara[196].

Además, la jueza Ušacka, en su voto particular a la Primera Decisión de la SCP I en el caso Al-Bashir, cuestiona esta interpretación al considerar que la exigencia de una "amenaza real y concreta" introduce un requisito basado en un cierto resultado, lo que da la impresión de alterar la configuración del crimen de genocidio[197].

En cualquier caso, y al margen de esta controversia, lo que es importante subrayar a efectos del presente trabajo es que, aunque el elemento objetivo contextual de genocidio pudiera ser eventualmente rechazado por la SA de la CPI por contravenir el art. 6 del ECPI, esto no afectaría a la naturaleza colectiva de su tercera modalidad porque, como se ha señalado, no es posible su consumación mediante la imposición de las condiciones de vida de que se trate solo a alguno de sus miembros de forma aislada.

Además, tampoco parece que la aceptación o rechazo del elemento contextual del genocidio pueda suponer la exigencia de un resultado lesivo que vaya más allá de la mera idoneidad objetiva de las condiciones de vida impuestas para provocar la destrucción de, al menos, una parte sustancial del grupo protegido.

Esto se debe a la naturaleza colectiva de esta modalidad, la cual parece adecuarse plenamente a la exigencia introducida por dicho elemento contextual en el sentido de que "la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo".

6.2. Elementos subjetivos

6.2.1. El elemento subjetivo general

El genocidio puede considerarse formalmente consumado, aunque no se produzca la destrucción total o parcial del grupo atacado,

---

196 Kreß, C., 2015, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir.*

197 Ibid.

siempre y cuando, exista una intención específica que apunte a ese objetivo. De esta forma, como señala Gil, las muertes, las lesiones graves, las esterilizaciones forzadas, el traslado forzado de niños y las condiciones de existencia impuestas en los miembros del grupo son vistas como un paso dirigido a acabar con la existencia del grupo como tal, o con una parte sustancial del mismo[198].

Como resultado, es necesario distinguir entre: (a) el elemento subjetivo general aplicable a cada una de las modalidades de comisión del genocidio, así como a su elemento contextual objetivo (que es el recogido en el art. 30 del ECPI); y (b) el dolo especial o intención genocida (*dolus especialis o ulterior intent*), entendido como la voluntad específica de realizar los actos de violencia "con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal".

Esto significa que la concurrencia del elemento subjetivo general, no significa necesariamente la existencia de una intención genocida, porque, como muestra la Primera Decisión de la SCP I de la CPI en el caso Bashir, puede haber escenarios donde se busca cometer una o varias de las modalidades del genocidio, pero no se consuma este último porque no existe una intención genocida, ya que la violencia se dirige a obtener un resultado distinto a la destrucción total o parcial del grupo protegido.

En todo caso, es importante subrayar que, como explica Ollé[199], el elemento subjetivo general hace referencia a la intención y el conocimiento con los que es necesario incurrir en alguna de las cinco modalidades objetivas del genocidio, lo que incluye la intención de causar el resultado prohibido (o, al menos, la conciencia de que este

---

198 Gil, A., 2019, El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual, en La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio, Tirant lo Blanch: Perspectivas iberoamericanas sobre la justicia.

199 Ollé, M., 2019, ¿Qué significa intentar destruir una "parte" de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a traves del ataque a la dirigencia del grupo, en, La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio, Tirant lo Blanch: Perspectivas iberoamericanas sobre la justicia, p. 542.

se va a producir en el curso normal de los acontecimientos) cuando, como en el caso de matar o causar lesiones graves, la modalidad de que se trate así lo exija[200].

Esto significa en última instancia que, cuando el genocidio se comete a través del sometimiento intencional de los miembros del grupo protegido a condiciones de vida que son objetivamente idóneas para provocar su destrucción total o parcial, lo que se requiere es la adopción voluntaria de dichas medidas con el conocimiento de su idoneidad para provocar dicha destrucción.

6.2.2. El dolo especial o intención genocida de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso

El dolo especial requerido por el crimen de genocidio (también conocido como "intención genocida") hace referencia al propósito de destruir total o parcialmente el grupo protegido.

Esto supone que las víctimas no son elegidas por sus características personales, sino por su pertenencia al grupo protegido atacado, puesto que el grupo como tal constituye el verdadero objetivo del ataque, siendo la intención específica la destrucción de, al menos, una parte sustancial del mismo[201].

Ante las dificultades de obtener pruebas directas de la intención genocida, la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CPI ha subrayado la importancia de la prueba indiciaria que puede llevar a deducir la existencia de la intención genocida cuando no exista otra explicación razonable de los indicios encontrados.

Entre los elementos de prueba indiciaria aceptados por estos tribunales, cabe destacar los siguientes:

---

200 Vid.: art. 30 del ECPI.

201 TPIY, 2003, Judgment of 31 July 2003, Ref. Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Milomir Stakić, Párr. 521.

1. El contexto general, incluyendo la comisión de otros crímenes internacionales sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo[202].
2. La escala de las atrocidades cometidas[203].
3. El hostigamiento sistemático a los miembros del grupo protegido[204].
4. La repetición de actos discriminatorios y destructivos[205].
5. La planificación y el desarrollo de los ataques dirigidos contra una parte sustancial del grupo protegido[206].
6. Las agresiones físicas, los daños materiales y los insultos a los miembros del grupo, así como las armas utilizadas, la gravedad de las lesiones y la existencia de asesinatos sistemáticos[207].
7. Las agresiones sexuales y la selección de sus víctimas por su pertenencia a un cierto grupo protegido[208].

---

202 TPIY, 2001, *Appeals Judgment of 5 July 2001, Ref. Case No. IT-95-10-A, Appeals Chamber. Prosecutor v. Goran Jelisić*, Párrs. 47-48. En la Segunda Decisión del caso Bashir, se tomó en cuenta el contexto como elemento objetivo y a su vez como elemento de prueba indiciaria para encontrar "motivos razonables" para creer en la existencia de una intención genocida. Vid.: CPI, 2010, *July 12, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*.

203 TPIR, 1998, *Judgment of 2 September 1998*, Ref. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Párrs. 523-524.

204 TPIR, 2003, *Judgment of 15 May 2003, Ref. Case No. ICTR-97-20-T, Trial Chamber III. Prosecutor v. Laurent Semanza*, Párr. 313 y ss.

205 TPIR, 1999, *Judgment of 6 December 1999,* Ref. Case No. ICTR-96-3-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Párr. 61.

206 TPIY, 2001, *Judgment of 2 August 2001,* Ref. Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Radislav Krstić, Párrs. 572, 592-595.

207 TPIR, 1999, *Judgment of 21 May 1999, Ref. Case No. ICTR-95-1-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Párr. 93.

208 TPIR, 1998, *Judgment of 2 September 1998, Ref. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, párr. 505-506, 731.

8. La violación de mujeres, los actos de humillación y terror infringidos a los miembros del grupo protegido, y la destrucción de mezquitas, iglesias católicas o centros culturales[209].
9. El trato dado a los cuerpos de los miembros del grupo protegido, como, por ejemplo, enterrándolos en áreas alejadas o sin observar sus costumbres religiosas o étnicas, causando con ello un mayor dolor a los supervivientes[210].

7. CONCLUSIONES

A pesar de la que la situación experimentada por la población palestina de Gaza desde octubre de 2023 refleja la relevancia actual de una adecuada comprensión de la comisión del crimen de genocidio a través del sometimiento intencional de un grupo protegido a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, lo cierto es que, hasta el momento, esta modalidad ha recibido una escasa atención por la doctrina y jurisprudencia internacionales, lo que ha dificultado su aplicación debido a que, a diferencia de las otras cuatro modalidades de genocidio, adolece de una notable falta de concreción.

Este problema se ve agravado por:

1. Su tradicional consideración como una modalidad residual de genocidio como resultado de desestimar su gravedad frente a otras formas más evidentes de violencia genocida.
2. La diversidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en torno a la interpretación de sus elementos, aunque solo han sido analizados en profundidad por unos pocos autores y decisiones judiciales.

---

209 TPIY, 1996, Decision of 11 July 1996, Ref. Case No. IT-95-5/18-R61, Appeals Chamber. Prosecutor v. Radovan Karadžić and Ratko Mladić, Párr. 94; TPIY, 2001, *Judgment of 2 August 2001*, Ref. Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Radislav Krstić, Párr. 580.

210 Ibid., párr. 596.

Sin embargo, a pesar de esta situación, ejemplificada en la tensión entre quienes entienden esta modalidad como una especie de "muerte lenta" del grupo protegido y quienes la comprenden con base en la idoneidad objetiva de las condiciones de vida impuestas para provocar su destrucción física total o parcial, ignorarla equivale a invisibilizar formas sistemáticas de aniquilación colectiva que, si bien no producen efectos letales inmediatos, atentan contra el derecho a la existencia de grupos étnicos, raciales, nacionales y religiosos, al tiempo que comprometen gravemente la paz y la seguridad internacionales.

Es, por tanto, evidente que, a pesar de la complejidad inherente al concepto, es necesario contar con criterios más precisos para que pueda cumplir de manera más efectiva sus funciones preventiva y sancionadora.

A este respecto, es importante tener en cuenta que en la comisión del crimen de genocidio se entrelazan infinidad de dinámicas profundamente dolorosas para aquellos que se ven atravesados por la violencia del contexto. Por ello, estudiar esta modalidad desde una perspectiva histórica, doctrinal y jurisprudencial no solo evita dejar en el olvido la imposición de terribles condiciones de vida a los miembros de ciertos grupos protegidos, sino que permite contribuir a un mejor entendimiento de las dinámicas colectivas de violencia genocida que la caracterizan.

Para ello, nada mejor que comenzar por subrayar el hecho de que la inclusión de esta modalidad en la definición del genocidio ha sido parte central del debate acaecido desde los primeros borradores de la Convención.

Así, desde la propuesta inicial de Lemkin en 1933 hasta la redacción final de la Convención en 1948, se reconoció que el genocidio no se limita únicamente a la destrucción inmediata de un grupo mediante el extermino de sus miembros, sino que también abarca mecanismos de destrucción gradual mediante la imposición de condiciones de existencia objetivamente idóneas a estos efectos.

En cuanto al análisis doctrinal, este se ha abordado con un doble objetivo. Por un lado, identificar cuáles son los elementos específicos principales de la modalidad de genocidio objeto de estudio

que generan una mayor controversia entre la escasa doctrina que la ha analizado con un cierto nivel de detalle. Por otro lado, exponer las distintas posiciones doctrinales existentes al respecto y ofrecer, allí donde ha sido posible, criterios claros de aplicación sobre los siguientes aspectos:

1. La naturaleza colectiva de esta modalidad de genocidio hace que, a diferencia de otras modalidades, no sea posible su consumación mediante la imposición, de forma aislada, de las condiciones de vida de que se trate a alguno de los miembros del grupo de protegido.
2. La "destrucción física", total o parcial, del grupo protegido (para la que tienen que ser idóneas las condiciones de existencia impuestas a sus miembros), tiene tanto que ver con la desaparición de sus integrantes, como con la disolución del grupo como entidad social, puesto que de lo contrario la modalidad de lesiones graves perdería su razón de ser.
3. El aspecto central de la tercera modalidad de genocidio es la idoneidad objetiva de las condiciones de vida impuestas para generar el tipo de destrucción total o parcial del grupo protegido requerida (desaparición física o disolución como entidad social).
4. No existe un tiempo mínimo de sometimiento de los miembros del grupo protegido a las condiciones de vida impuestas, por lo que se puede afirmar que esta modalidad de genocidio es distinta del asesinato directo y de la creación de circunstancias que conduzcan a una muerte lenta.
5. La consumación del crimen de genocidio mediante el sometimiento a condiciones de existencia no requiere que se produzca ningún resultado, sino que es suficiente con la mera imposición de condiciones de vida que sean objetivamente idóneas para provocar la destrucción total o parcial del grupo protegido.

Finalizado el análisis doctrinal, se ha llevado a cabo un análisis jurisprudencial del tratamiento de la modalidad de genocidio objeto de estudio en los únicos tres casos (Mladić ante el TPIY, 002/02 ante

las SETC y Al Bashir ante la CPI) que han abordado hasta el momento, con un cierto nivel de detalle, sus elementos específicos, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Aunque la SPI I del TPIY ha reconocido en el caso Mladić la existencia jurídica de esta modalidad y ha afirmado que ciertos actos que no causan la muerte inmediata pueden tener efectos genocidas si generan una existencia inviable o una "muerte lenta", ha establecido al mismo tiempo un marco de aplicación ciertamente restrictivo porque, según la propia SPI: (a) constituye una modalidad residual solo aplicable cuando no concurra el genocidio por matanza o lesiones físicas o mentales graves; y (b) requiere que las condiciones de existencia sean impuestas deliberadamente, tengan un carácter sistemático y sean objetivamente idóneas para causar la destrucción total o parcial del grupo protegido.

2. La SPI de las SETC ha analizado en el caso 002/02 (Noun Chea y Khieu Samphan), las condiciones de vida y laborales impuestas por el gobierno de la RDK a los trabajadores en el Aeródromo de Kampong Chhnang, la Represa del Primero de Enero y la Represa de Trapeang Thma. Esto lo ha hecho con base en el crimen de lesa humanidad de exterminio debido a que los jueces de instrucción rechazaron incluir en la Orden de Cierre el crimen de genocidio por sometimiento a condiciones de vida, al entender que el grupo de los Jémeres no constituía un grupo protegido según la Convención de 1948. Además, al considerar que las pruebas presentadas no permitían concluir que en alguno de los tres centros mencionados hubiera existido la intención de imponer dichas condiciones con el fin exterminar a los trabajadores, ha recalificado los hechos como un crimen de lesa humanidad de asesinato.

3. Si bien la CPI ha reconocido formalmente la tercera modalidad de genocidio (y ha aclarado el estándar probatorio aplicable para dictar una orden de arresto), la Segunda Decisión de la SPI en el caso Al Bashir refleja, indudablemente, las dificultades interpretativas que persisten en torno al umbral de idoneidad de las condiciones impuestas y la necesidad, o no, de

resultados concretos, lo que sigue dificultando su aplicación efectiva.

En consecuencia, este análisis jurisprudencial muestra la profunda ineficacia que hasta el momento ha tenido la tercera modalidad del genocidio a la hora de cumplir con su funciones de prevención y castigo.

Finalmente, se ha completado el análisis realizado con un breve estudio de los tres elementos comunes a todas las modalidades de genocidio: (a) la definición de los grupos protegidos y la pertenencia de la persona o personas afectadas a alguno de ellos; (b) el elemento objetivo contextual; y (c) el dolo especial o intención genocida de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. De este modo, con base en el estudio realizado, cabe afirmar lo siguiente:

1. Aunque la percepción subjetiva de los agresores es relevante a la hora de determinar el grupo nacional, étnico, racial o religioso protegido, esto no supone que no deban tenerse en cuenta ciertos indicios objetivos, siendo esto a lo que se refiere el primer elemento común a las cinco modalidades de genocidio previsto en los EC, al requerir "que la persona o personas [afectadas] hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado". Por ello, el criterio subjetivo debe estar siempre acompañado de indicios objetivos.

2. El carácter controvertido del elemento objetivo contextual del genocidio no afecta a: (a) la naturaleza colectiva de su tercera modalidad porque no es suficiente para su consumación con la imposición, de manera aislada, de las condiciones de vida de que se trate a alguno de los miembros del grupo protegido; y (b) la inexistencia de un resultado prohibido en esta modalidad de genocidio, lo que hace que su elemento centro sea la idoneidad objetiva de las condiciones de vida impuestas para provocar la destrucción de, al menos, una parte sustancial del grupo protegido.

   Esto se debe, en última instancia, a la naturaleza colectiva de esta modalidad, la cual, como se ha señalado, parece adecuarse plenamente a la exigencia por dicho elemento contextual

de que "la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo".

3. En todas las modalidades de genocidio es necesario distinguir entre el: (a) elemento subjetivo general (aplicable a los elementos específicos de cada una de las modalidades de comisión de genocidio y a su elemento contextual objetivo); y (b) el dolo especial o intención genocida, entendido como la voluntad específica de realizar los actos de violencia "con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal".

   Esto significa que las víctimas no son elegidas por sus características personales, sino por su pertenencia al grupo protegido atacado, puesto que el grupo como tal constituye el verdadero objetivo del ataque, siendo la intención específica la destrucción de, al menos, una parte sustancial del mismo.

4. Cuando el genocidio se comete a través del sometimiento intencional de los miembros del grupo protegido a condiciones de vida que son objetivamente idóneas para provocar su destrucción total o parcial, el elemento subjetivo general requiere la adopción voluntaria de dichas medidas con el conocimiento de su idoneidad para provocar dicha destrucción.

5. Ante las dificultades de obtener pruebas directas de la intención genocida, la jurisprudencia internacional existente en la materia ha subrayado la importancia de la prueba indiciaria, la cual permite deducir la existencia de la intención genocida cuando no es posible otra explicación razonable de los indicios encontrados.

En definitiva, a través del presente trabajo se ha tratado de aportar claridad al contenido de la modalidad de comisión del crimen de genocidio mediante el sometimiento intencional del grupo protegido a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, con el fin de ofrecer al lector, así como a los tribunales internacionales y las demás entidades competentes, criterios más precisos para su aplicación.

Ahora queda en sus manos la aplicación de estos criterios a situaciones, como la que lleva experimentado la población palestina de Gaza desde octubre de 2023, la cual nos ha permitido introducir la temática objeto de este trabajo y reflejar su relevancia actual.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia

CIJ, *Judgment of 26 February 2007, Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro),* https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf

CIJ, 2023, *Application of 19 December 2023 instituting proceedings and request for the indication of provisional measures,* Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel).

CIJ, 2023, *Request for the indication of provisional measures of 28 December 2023,* Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel).

CIJ, 2024, *Order of 28 March 2024, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel).*

CIJ, 2024, *Order of 24 May 2024. Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel).*

CIJ, *Application for Permission to Intervene filed on 5 March 2025, Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel),* https://www.icj-cij.org/case/192/intervention

Corte Penal Internacional

CPI, 2009, *March 4, Decision on the Prosecution's Application for a Warrent of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir.*

CPI, 2010, *July 12, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest.*

CPI, *Situation in Darfur, Sudan, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution´s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Doc, ICC-02/05-01/09.*

Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

SETC, 2010, Office of the Co-Investigating Judges, Case 002/02, *Closing Order of 15 September 2010.*

SETC, 2018, Trial Chamber, Case 002/02, *Judgment of 16 November.*

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, 1998, *Judgment of 2 September 1998, Ref. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, párrs. 523-524.

TPIR, 1998, *Judgment of 2 September 1998, Ref. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, párr.* 505-506, 731.

TPIR, 1999, *Judgment of 21 May 1999, Ref. Case No. ICTR-95-1-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, párr. 93.

TPIR, 1998, Caso Jean Paul Akayesu. ICTR-96-4-T; TPIR, 1999, Caso Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR-96-3-T, párr. 57.

TPIR, 2003, *Judgment of 1 December 2003, Ref. Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Chamber II, Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, párr. 811.

TPIR, 2003, *Judgment of 15 May 2003, Ref. Case No. ICTR-97-20-T, Trial Chamber III. Prosecutor v. Laurent Semanza*, Párr. 313 y ss.

TPIR, 2006, *Judgment of 12 September 2006, Ref. Case No. ICTR-00-55A-T, Trial Chamber II, Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, párr. 484.

TPIR, 2003, *Judgment of 1 December 2003, Ref. Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Chamber II, Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli.*

TPIR, 2004, *Judgment of 17 June 2004, Ref. Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber III, Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, párr. 254.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIY, 1996, Decision of 11 July 1996, Ref. Case No. IT-95-5/18-R61, Appeals Chamber. Prosecutor v. Radovan Karadžić and Ratko Mladić, Párr. 94

TPIY, 1999, Judgment of 14 December 1999, Ref. Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Goran Jelisić.

TPIY, 2001, *Appeals Judgment of 5 July 2001*, Ref. Case No. IT-95-10-A, Appeals Chamber. Prosecutor v. Goran Jelisić, Párrs. 66-101.

TPIY, 2001, *Judgment of 2 August* 2001, Ref. Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Radislav Krstić.

TPIY, 2003, Judgment of 31 July 2003, Ref. Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Milomir Stakić, Párr. 521.

TPIY, 2003, *Judgment of 31 July 2003*, Ref. Case No. IT-97-24-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Milomir Stakić, Párr. 521.

TPIY, 2004, Appeals Judgment of 19 April 2004, Ref. Case No. IT-98-33-A, Appeals Chamber. Prosecutor v. Radislav Krstić

TPIY, 2004, *Judgment of 1 September* 2004, Ref. Case No. IT-99-36-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Párr. 683.

TPIY, 2010, *Judgment of 10 June 2010,* Ref. Case No. IT-05-88-T, Trial Chamber II. Prosecutor v. Vujadin Popović et al. TPIY, 2015, Caso Tolimir.

TPIY, 2017, *Judgment of 22 November 2017,* Ref. Case No. IT-09-92-T, Trial Chamber I. Prosecutor v. Ratko Mladić.

Doctrina

Ambos, K., 2014, *Treatise on International Criminal Law, The Crimes and Sentencing*, Vol. 2.

Balakian, P., 2013, *Raphael Lemkin, cultural destruction, and the armenian genocide, Holocaust and Genocide Studies*, 27(1), 57-89, https://doi.org/10.1093/hgs/dct001

Cárdenas, C., 2019, El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948, en La Evolución de la Definición y la Aplicación del Delito de Genocidio, Vol. 9.

Cassese, A., 2013, *International Criminal Law* (3.a.ed.), *Oxford University Press.*

De Guzmán, M., & Amann, D., 2018, *Arcs of global justice: Essays in honour of William A, Schabas, In Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A, Schabas, Oxford University Press.*

Fernández, C., 2019, La Definición de Grupo Protegido en el delito de Genocidio, en Coord, Olásolo, H. & De Prada, P., *La Evolución de la Definición y Aplicación del delito de Genocidio* (pp. 497-520), Tirant lo Blanch.

Gil, A., 2019, El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual, en Coord, Olásolo, H. & De Prada, P., *La Evolución de la Definición y Aplicación del delito de Genocidio*, Tirant lo Blanch.

Jarvis, H., 2017, Juicios y penas: la larga búsqueda de justicia para el genocidio de Camboya, *Revista de Estudios sobre Genocidio*, Vol. 12, 36-60.

Jones, A., 2006, *The Origins of Genocide*, En*: Jones, A. (Ed.), Genocide: A Comprehensive Introduction,* (pp. 3-32). *Taylor & Francis e-Library.*

Kreß, C., 2006, *The Crime of Genocide under International Law, International Criminal Law Review*, 6, 461-502.

Kreß, C., 2007, *Elements of Genocide,* En *Gaeta, P, (Ed.), The UN Genocide Convention: A Commentary.*

Kreß, C., 2015, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir,* En*: Stahn, C. (Ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford: Oxford University Press.*

Lemkin, R., 1944, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress, Carnegie Edowment for International Peace.*

Miaja La Muella, A., 1955, Introducción al Derecho Internacional Público, 2ed, Madrid: Atlas.

Milisavljević, B; Palević, M; & Spalević, Z., 2019, *Actus reus of genocide and types of genocidal destruction*, Volumen 65 de la serie 4, Belgrado.

Olasolo, H., Suárez, D. & López, M., 2019, El principio *nullum crimen sine iure* y el elementos contextual del delito de genocidio, En La Evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio Ed, Olásolo & De Prada, Valencia.

Ollé Sesé, M., 2015, El crimen de genocidio (I): Génesis y evolución legislativa nacional e internacional.

Ollé, M., 2019, ¿Qué significa intentar destruir una "parte" de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a traves del ataque a la dirigencia del grupo, En, La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio, Tirant lo Blanch: Perspectivas iberoamericanas sobre la justicia.

Radhakrishnan, A., 2020, *An Inherent Right to Health: Reviving Article II(c) of The Genocide Convention, Columbia Human Rights Law Review*, 52.1.

Schabas, W., 2000, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge: Cambridge University Press.*

Schabas, W., 2008, Redacción de la Convención contra el Genocidio.

Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, In Genocide: In International Law (2nd ed.), Cambridge.*

Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge: Cambridge University Press.*

Villavicencio, C., 2006, El crimen de genocidio, Universidad de Chile.

Informes, resoluciones y otros documentos

ACNUDH, 2023, *Gaza: UN Expert Condemns 'Unrelenting War' on Health System Amid Airstrikes on Hospitals and Health Workers,* Press Release.

ACNUDH, 2024, *UN experts urge all States to recognise State of Palestine,* Press Release.

AGNU, 1946, El Crimen de Genocidio, Resolución 96/1946

AGNU, 1998, El informe del Grupo de expertos para Camboya, Resolución 135/1998.

AGNU, 2004, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Resolución A/ES-10/2004.

AGNU, 2012, Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas, Resolución 19/20.

AGNU, 2024, Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de Israel en lo que respecta a la presencia y las actividades de las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales y terceros Estados, Resolución 232/2024.

Alcoberro, R., s. f., Antes del genocidio: Lemkin, la ponencia de Madrid (1933) y el debate sobre terrorismo.

CPI, *Office of Public Information*, 2024, *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant.*

CPI, *Office of Public Information*, 2024, Benjamin *Netanyahu, Defendant Information*, https://www.icc-cpi.int/defendant/netanyahu.

CPI, Oficina de Información Pública, 2024, *Yoav Gallant, Defendant Information*, https://www.icc-cpi.int/defendant/gallant.

CPI, Office of Public Information (2024). *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant. Comunicado de prensa de la Corte Penal Internacional.* https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges.

CPI, *Office of Public Information*, 2024, *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I issues warrant of arrest for Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif). Comunicado de prensa de la Corte Penal Internacional,* https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-issues-warrant-arrest-mohammed-diab-ibrahim.

CPI, *Office of Public Information*, 2025, *Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif). Defendant Information,* https://www.icc-cpi.int/defendant/deif

Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, 2025, *More than a human can bear: Israel's systematic use of sexual, reproductive and other forms of gender-based violence since 7 October 2023, Report to the CDH.*

ECOSOC, 1947, Resolución 47.

OCAH, 2023, *Hostilities in the Gaza Strip and Israel – Reported Impact, Day #82.*

OCAH, 19 de octubre de 2024, *Attacks on hospitals in northern Gaza, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs – Publications,* https://www.unocha.org/publications/report/occupied-palestinian-territory/attacks-hospitals-northern-gaza-19-oct-2024-enarhe

OCAH, 2024, *Gaza Humanitarian Response Update, 27 October*

OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #167, Gaza Strip.*

OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #196, Gaza Strip.*

OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #203, Gaza Strip.*

OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #224, Gaza Strip.*

OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #229, Gaza Strip.*

OCAH, 2024, *Humanitarian Situation Update #241, Gaza Strip.*

OCAH, 2024, *Reported impact snapshot, Gaza Strip, October 2024.*

OCAH, 2025, *Humanitarian Situation Update #253, Gaza Strip.*

OIM, 2025, *Gaza Winter Deaths Are Preventable: Ceasefire, Access Needed for Shelter Aid.*

OMS, 2023, *Lethal Combination of Hunger and Disease to Lead to More Deaths in Gaza, World Health Organization.*

OMS, 2023, *Emergency Situation Update Issue 17.*

OMS News, 2024, *First phase of polio campaign concludes successfully in Gaza.*

OMS News, 2024, *Polio vaccination campaign to resume in northern Gaza.*

OMS News, 2024, *Second round of polio campaign in Gaza completed amid ongoing conflict and attacks: UNICEF and WHO.*

ONU, 1948, Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio.

ONU, 2023, Carta de fecha 6 de diciembre de 2023 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Secretario General, Naciones Unidas, https://www.un.org/es/situation-in-occupied-palestine-and-israel/sg-sc-article99-06-dec-2023.

ONU Hábitat, 2017, *Perfil de País de ONU-Hábitat*, https://unhabitat.org/sites/default/files/documents/2019-05/profile_for_the_state_of_palestine.pdf.

ONU News, 2024, *Israeli laws blocking UNRWA – devastating humanitarian impact for Palestinians?*

ONU News, 2024, Gaza: La ONU condena el bombardeo israelí a un campo de desplazados en Rafah.

ONU News, 2024, Medio Oriente: La ONU pide investigar el ataque a israelí a un edificio residencial en Líbano, en Gaza se restringe más la entrada de ayuda.

OPPS, 2023*, Situation Report #56 on the Situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem, United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East.*

OPPS, 2024, *Situation Report #120 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem.*

OPPS, 2024*, Situation Report #121 on the situation in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem.*

OPPS, 2024*, Situation Report #146 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem.*

OPPS, 2024, *UNRWA Situation Report #130 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem.*

OPPS, 2024, *UNRWA Situation Report #146 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem, United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East.*

OPSS, 2024*, Situation Report #147 on the Humanitarian Crisis in the Gaza Strip and the West Bank, including East Jerusalem, United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East.*

OPPS, 2025, *Working in the Gaza Strip. Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo,* https://www.unrwa.org/careers/duty-stations-gaza.

UNICEF, 2024, La intensificación del conflicto, la desnutrición y las enfermedades en la Franja de Gaza provocan un ciclo mortal que amenaza a más de 1,1 millones de niños y niñas.

UNOSAT, 2024, *Gaza Strip Cropland Damage Analysis.*

TMI (Tribunal de Nuremberg), 1945, *Charter of the International Military Tribunal.*

8. La Función de la Corte Penal Internacional desde la perspectiva de las necesidades especiales de reparación de los menores y los adultos mayores[*]

FEDERICO FREYDELL[*]
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO[*]
ANDRÉS FELIPE CANIZO[*]
MARIANA MOLINA FLÓREZ[*]
LAURA VACCA MOYANO[*]

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos en los que los diferentes instrumentos de la Justicia Penal Internacional (JIP) y del derecho internacional penal (DIP) han experimentado una mayor evolución ha sido el tratamiento dado a las víctimas. Así, si bien inicialmente los tribunales internacionales penales estaban diseñados de forma exclusivamente retributiva, sin ningún enfoque en las víctimas, esto ha ido cambiado a lo largo del tiempo. De esta manera, mientras los tribunales *ad hoc* para las situaciones en la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) no consideraban ni la participación ni la reparación de las víctimas, ambos aspectos aparecen expresamente desarrollados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (2002) y en la normativa de algunos de los tribunales híbridos, como las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya (SETC) (2004).

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.
[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2022-2023).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

La violencia sistemática y/o generalizada que es característica de los crímenes internacionales afecta a diversas comunidades en formas varias, teniendo un impacto especial en quienes presentan una mayor vulnerabilidad por razón de edad, como es el caso de los menores y los ancianos. Sin embargo, a pesar del reconocimiento formal de la edad como factor objetivo de vulnerabilidad, esto no se ha traducido necesariamente en un tratamiento diferenciado en la práctica judicial de los mecanismos de aplicación de la JIP y el DIP. Por el contrario, como refleja, por ejemplo, la experiencia de los tribunales híbridos establecidos en la primera década del siglo XXI (Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) (2002), SETC and Tribunal Especial para el Líbano (TEL) (2007)) las limitaciones y desafíos en la implementación de medidas de reparación específicas para grupos etarios vulnerables siguen siendo muy significativas.

En este contexto, es importante analizar el rol de la CPI desde la perspectiva de las necesidades especiales de menores y ancianos que han sido víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o agresión. Para ello, hemos centrado nuestro análisis en el ámbito de las medidas de reparación, debido a su particular importancia para abordar dichas necesidades (dejando, por tanto, para futuros trabajos las cuestiones relativas a su participación en los procedimientos y su protección efectiva contra futuros actos de violencia). Todo ello, con el fin de reflejar los avances logrados, identificar las brechas existentes y subrayar los desafíos pendientes en la formación del rol de la CPI desde la perspectiva de las necesidades especiales de reparación de la CPI.

2. LA EDAD COMO UN FACTOR ESENCIAL DE VULNERABILIDAD

La vulnerabilidad de menores y ancianos por razón de la edad ha sido un problema recurrente, cuya protección, aunque ampliamente reconocida internacionalmente, sigue siendo insuficientemente implementada en la práctica.

Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño destaca la necesidad de una protección especial para los

menores, debido a su inmadurez física y mental y reconoce que "en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles" y que necesitan especial atención. Además, establece que es responsabilidad de los Estados adoptar medidas de protección y prevención frente a todas las formas de maltrato infantil, así como apoyar a los padres en el ejercicio de sus responsabilidades de crianza a través del desarrollo de instituciones, instalaciones y servicios adecuados.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha reconocido también la vulnerabilidad de la infancia. Además, ante la constatación de que en la mayoría de los países miembros las políticas dirigidas a los menores de edad se desarrollan de manera fragmentada y sin una consideración adecuada de cómo los diversos factores que influyen en el bienestar infantil interactúan entre sí, ha subrayado la necesidad de que niños y adolescentes reciban un apoyo constante, coherente y coordinado a lo largo de todo su proceso de crecimiento.

De esta manera, la OCDE ha hecho especial énfasis, por ejemplo, en el impacto que tiene una mala salud mental en el rendimiento escolar y en el nivel de compromiso, así como la forma en que la mala calidad de la vivienda afecta tanto a la salud de los niños como a sus relaciones familiares. De hecho, es poco probable que enfoques aislados que se centran únicamente en aspectos puntuales del bienestar infantil sean efectivos si no se abordan también otras barreras para un desarrollo saludable.

Además, como explica la OCDE, la desigualdad en la infancia significa desigualdad a lo largo de todo el ciclo de vida, de modo que los niños que crecen en familias con escasos recursos tienen menos acceso a una educación y atención sanitaria de calidad, y es muy probable que ingresen al mercado laboral a una edad temprana en empleos de baja cualificación que ofrecen muchas menos posibilidades de mejorar sus habilidades. La situación es tan grave que se estima que tomarían entre cuatro y cinco generaciones para que un niño nacido en una familia de bajos recursos alcance el nivel promedio de ingresos.

En cuanto a los ancianos, estos enfrentan también una marcada situación de vulnerabilidad, como consecuencia de la desigualdad

económica y de oportunidades a la que se ven expuestos por su baja cobertura social y los bajos ingresos que ofrecen las pensiones (sobre todo en el caso de las mujeres)[1], su insuficiente acceso al sistema de salud, a una vivienda con condiciones mínimas de habitabilidad y al sistema de justicia, y las múltiples situaciones de discriminación a las que se ven sometidos.

Por ello, como la Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL) (2022) ha señalado, se requieren acciones urgentes para abordar las diversas situaciones de vulnerabilidad que enfrentan las personas mayores, incluyendo especialmente su precariedad laboral (al no poder vivir de las pensiones), sus problemas de salud (reflejados en "una alta prevalencia de enfermedades no transmisibles, muerte prematura y discapacidad") y las frecuentes situaciones de abandono por sus familias y por el Estado.

3. LA FALTA DE INTERÉS DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL POR LAS NECESIDADES ESPECIALES DE REPARACIÓN DE LOS MENORES Y ANCIANOS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES: LOS CASOS DE LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XX

3.1. Menores

Las situaciones de conflicto armado en las que se reclutan forzosamente a niños y adolescentes para participar en las hostilidades son muy frecuentes, razón por la cual algunos tribunales híbridos han buscado identificar medidas de reparación que pudieran ser específicamente implementadas en el marco de los procesos de reintegración de los ex-niños soldados a la sociedad civil. Sobre todo, teniendo

---

1 CEPAL, 2022, Infancias y adolescencias en América Latina y el Caribe: Deudas de derechos y brechas en las políticas. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e345daf3-2e35-4569-a2f8-4e22db139a02/content

en cuenta que, una vez desmovilizados, los excombatientes, incluyendo los niños soldados sufren graves situaciones de estigmatización[2].

De entre las situaciones para las que se crearon los tres principales tribunales híbridos nacidos en la primera década del siglo XXI (TESL, SETC y TEL), el fenómeno del reclutamiento forzado de menores ha sido especialmente grave en Sierra Leona. Por ello, el Acuerdo Final firmado entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario (RUF) reconoce expresamente en su preámbulo:

> *[…] the imperative that the children of Sierra Leone, especially those affected by armed conflict, in view of their vulnerability, are entitled to special care and the protection of their inherent right to life, survival and development, in accordance with the provisions of the International Convention on the Rights of the Child.*

Esto mismo es reiterado en el artículo XXX del Acuerdo, en el que se prevé que es deber del Estado:

> *[to] accord particular attention to the issue of child soldiers. It shall, accordingly, mobilize resources, both within the country and from the International Community, and especially through the Office of the UN Special Representative for Children in Armed Conflict, UNICEF and other agencies, to address the special needs of these children in the existing disarmament, demobilization and reintegration processes.*

La mayor parte de los niños soldados reclutados en Sierra Leona, lo fueron por el Frente Unido Revolucionario (RUF)[3], constituyendo una parte muy importante de sus combatientes. Otros grupos armados organizados involucrados en dicho conflicto armado, como el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC) y las Fuerzas de Defensa Civil (CDF), también recurrieron a esta práctica, lo que hizo que el uso de niños soldados se acabara convirtiendo en una de sus principales estrategias para mantener su superioridad numérica[4].

---

2 Coulter, C., 2009, *Bush wives and girl soldiers: Women's lives through war and peace in Sierra Leone, Cornell University Press,* pp. 132, 208.

3 Mazurana, D., & Carlson, K., 2004, *From combat to community: Women and girls of Sierra Leone, Refugees International,* p. 3.

4 Langmack, A., 2023, *Reparation in transitional justice: A global perspective*, SSOAR, p. 98; Langmack, F. J., 2023, *Reparation in transitional justice: A normative framework, Nomos Verlagsgesellschaft*, p. 110.

En este contexto, la función del TESL lamentablemente se limitó a la investigación, persecución y castigo de los mayores responsables por la comisión de crímenes internacionales y, de este modo, la reparación a las víctimas (incluyendo a los ex niños soldados) no fue parte de su función y desempeño.

En contraste, otras instituciones establecidas en el Acuerdo Final de Paz (en particular, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación (CVR)) sí han tenido un rol reparador. En el desarrollo de esta función, la CVR: (a) ha afirmado que los niños, junto con las personas amputadas o heridas y las víctimas de violencia sexual, constituían categorías especiales de víctimas y, por lo tanto, merecen prioritariamente una reparación directa; y (b) ha afirmado que los siguientes grupos de niños eran merecedores de medidas específicas de reparación, siempre que tuvieran 18 años de edad o menos para el 1° de marzo de 2002: (a) niños y niñas que hubieran sufrido daños físicos, como amputaciones u otras heridas de guerra, o que fueran víctimas de violencia sexual; (b) niños y niñas cuyos padres fueron asesinados como consecuencia de cualquier abuso o violación contenido en este informe; (c) niños y niñas nacidos de un acto sexual violento y cuyas madres son solteras; (d) niños y niñas que sufrieran daño psicológico; y (e) niños y niñas con heridas de guerra.

Para quienes forman parte de estos grupos se han adoptado, entre otras, medidas sanitarias de reparación, incluidas las dirigidas a eliminar las cicatrices (un proyecto manejado por los *International Medical Corps* y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés)), y medidas de protección a las víctimas de violencia sexual y basada en género. Sin embargo, el Programa de Reparaciones de Sierra Leona solo ha permitido en su conjunto la reparación de aproximadamente 32.000 personas[5], lo que significa que la gran mayoría de las víctimas no ha recibido reparación alguna porque los requisitos para poder tener acceso a las mismas, y los estándares probatorios aplicados, han sido altos, lo que ha limitado las medidas a quienes han sufrido los daños más graves. De ahí, que las medidas que han tenido un alcance más generalizado

---

5 OIM, s. f., *Support to the implementation of the Sierra Leone Reparations Programme (SLRP), International Organization for Migration*.

hayan sido las que consisten en cambios normativos, y en particular la nueva normativa nacional para la protección de menores.

Por su parte, en las SETC es notorio que el proceso de reconocimiento de reparaciones recogido en su estatuto ha tenido lugar después de la finalización de las investigaciones, que, a su vez, ocurrió más de treinta años después de la Caída de *Phnom Penh* (Camboya) a manos del *Khmer Rouge* en 1975, marcando con ello el inicio del genocidio camboyano. En consecuencia, ninguno de los niños afectados por la violencia ejercida por los Jemeres Rojos seguía siendo un menor cuando las SETC comenzaron a funcionar en 2004.

Finalmente, en lo que se refiere al TEL, y al igual que sucede con la TESL, sus instrumentos normativos no le atribuyen tampoco ningún tipo de mandato de reparación para las víctimas del magnicidio contra el ex primer ministro libanés, Rafiq Hariri, y sus delitos conexos[6].

Como resultado de lo anterior, se puede afirmar que las experiencias de los tribunales híbridos establecidos durante la primera década del siglo XX, como el TESL, las SETC y el TEL, demuestran las limitaciones sistemáticas en el tratamiento de las víctimas que son menores cuando sufren la violencia. A pesar de reconocer su vulnerabilidad, algunos tribunales, como la TESL o el TEL, ni siquiera tienen una función reparadora y/o restaurativa. Además, quienes sí tienen dicha función, como las SETC, no han pasado del plano meramente declarativo, lo que ha evitado que se hayan adoptado medidas materiales de reparación dirigidas específicamente a los niños.

Incluso cuando se han establecido organismos extrajudiciales con un mandato reparador, como la CVR de Sierra Leona, tampoco se ha ido mucho más allá del establecimiento de ciertas categorías específicas de menores que deberían haber sido objeto de reparación (como los niños con lesiones físicas, los huérfanos o las víctimas de violencia sexual). De esta manera, en el mejor de los casos, solo un reducido número de menores ha podido realmente acceder

---

6 Morrison, H., & Pountney, E., 2014, *Victim participation at the Special Tribunal for Lebanon*, en: A. Alamuddin, N. N. Jurdi & D. Tolbert (Eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and practice, Oxford University Press*, pp. 153-176.

a medidas reparadoras, lo que evidencia una brecha muy importante entre los principios normativos de protección infantil y su implementación práctica a través de los mecanismos de aplicación de la JIP y el DIP.

3.2. Ancianos

A pesar de que la JIP ha avanzado hacia un modelo de justicia más reparador (desde un punto de partida limitado a la justicia restributiva), así como de ciertos reconocimientos expresos de la importancia de reconocer como víctimas del conflicto a los ancianos, no se observa ningún desarrollo en la práctica de estas declaraciones, al margen de las medidas interseccionales que se han adoptado cuando los ancianos son además víctimas de violencia sexual. Un buen ejemplo de esta situación son los tres principales tribunales híbridos establecidos en la primera década del siglo XXI: la TESL, las SETC y TEL.

Como hemos visto, la TESL ha tenido una naturaleza esencialmente retributiva, por lo que no ha jugado ningún papel en materia de reparación[7] (habiendo sido además mínima la participación de las víctimas en la TESL)[8]. De hecho, tras la guerra civil en Sierra Leona, las reparaciones se entendían como un ámbito propio de la política pública (no de la JIP), que debía ser asumido mediante la adopción de las medidas necesarias para aplicar las recomendaciones dadas por la CVR en su Informe Final[9].

En este sentido, dicho informe expone la grave situación de vulneración a las mujeres ancianas, subrayando que el colapso durante el conflicto armado de las redes de apoyo que históricamente tenían

---

7 Evans, C., 2012, *Case study: Reparations in Sierra Leone, en: The right to reparation in international law for victims of armed conflict,* Cambridge University Press, pp. 164-184. https://doi.org/10.1017/CBO9781139096171.010

8 Schulz, P., & Kreft, A.K., 2022, *Accountability for conflict-related sexual violence, United Nations.* https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2022/03/report/accountability-for-conflict-related-sexual-violence/20220224-CRSV-Philipp-Schultz.pdf

9 Langmack, F.J., 2020, 3 de febrero, *Reparations in Sierra Leone: News from the periphery of transitional justice*, JusticeInfo.net.

disponibles había llevado a una situación de desprotección absoluta: la sociedad las había "abandonado" y ahora vivían en sus márgenes. El volumen 3b-3, relativo a las mujeres, subraya además la amplia violencia sexual sufrida por las ancianas.

A pesar de esta situación, el capítulo 4 del Informe Final de la CVR, relativo a propuestas de reparaciones, no menciona medidas específicamente dirigidas a la vejez. Además, Sierra Leona no ha aportado la información sobre el estado de las mujeres ancianas que le ha sido solicitada por el Comité establecido por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

A todo esto hay que sumar la ausencia de recursos que ha caracterizado el proceso de reparaciones en Sierra Leona, lo que en última instancia ha significado que:

> *Sierra Leone's reparation program did not manage to fulfill the expectations the SLTRC created. It offered much fewer benefits in a piece-meal fashion depending on the funds available at any given moment. Severe delay pervaded the entire program. It started only four years after the government accepted the SLTRC reparation recommendations. Most survivors waited several more years before they received their grant. Survivors of sexualized violence and war widows found themselves at the end of a long queue. They waited 14 years from the point the SLTRC promised them reparation until they finally received them. The delay coupled with almost no survivor participation and a non-transparent process sent a fatal signal of neglect to survivors*[10].

Como resultado se puede afirmar que, a pesar de la preocupación por los daños causados a las mujeres ancianas y la situación de riesgo en la que se encontraban como resultado del conflicto armado, no se aprecia en Sierra Leona un énfasis en sus derechos, y mucho menos en los derechos del colectivo de ancianos en su conjunto. Por el contrario, lo que ha sucedido es que los ancianos han sido culpados por el conflicto, debido a la autoridad tradicional que tenían sobre las

---

[10] Langmack, A., 2023, *Reparation in transitional justice: A global perspective*, SSOAR, p. 98; Langmack, F. J., 2023, *Reparation in transitional justice: A normative framework*, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 110.

comunidades que marginalizaba a los menores[11]. Como consecuencia, durante el postconflicto, los ancianos tuvieron que hacer frente a obligaciones de reintegración social y construcción de paz, sin tener ningún acceso a medidas de reparación por el daño sufrido.

En cuanto a la situación en Camboya, la adopción de un régimen jurídico de protección de civiles en el marco de la transición, ha supuesto un ejemplo temprano de: (a) articulación gubernamental de un programa dirigido a reparar los daños de la violencia sistemática y/o generalizada provocada por un régimen político previo[12]; y (b) búsqueda de un sistema de justicia transformadora dirigido a resolver las situaciones de desigualdad y presión social causadas por la violencia[13] (si bien, en última instancia, su aplicación ha sido muy limitada).

El desarrollo de este sistema justicia que llevó a la creación de las SETC estuvo marcado por los debates sobre el futuro Estatuto de la CPI que tuvieron lugar en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas durante la década de 1990[14], lo que favoreció la inclusión de un sistema de reparación de las víctimas, aunque su alcance fuera muy limitado[15]. De esta manera, a diferencia de lo sucedido con otros tribunales híbridos previos, el Estatuto de las SETC les atribuye un rol reparador[16].

---

11 Vázquez Aranda, D., 2023, *The hopeful transformative potential of engaging youth voices in transitional justice processes: A case study of Sierra Leone*, Tesis de maestría, Universidad de Utrecht.

12 Phan, H. D., 2009, *Reparations to victims of gross human rights violations: The case of Cambodia, East Asia Law Review*, 4(2), pp. 277-297.

13 Williams, S., & Palmer, E., 2016, *Transformative reparations for women and girls at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, The International Journal of Transitional Justice,* 10(2), 311-331.

14 Sperfeldt, C., 2012, *Collective reparations at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, International Criminal Law Review*, 12(3), 457-490.

15 ONU, 1999, *Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly resolution 52/135*, p. 61.

16 Killean, R., & Moffett, L., 2020, *What's in a name? 'Reparations' at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Melbourne Journal of International Law*, 21, 1-27.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, ni el Acuerdo Final entre Camboya y las Naciones Unidas, ni la Ley Constitutiva de las SETC, recogen disposiciones relativas a la determinación de las medidas de reparación, y mucho menos una reglamentación específica para los ancianos. De este modo, no fue hasta la adopción del Reglamento Interno de las SETC que se reguló su rol reparador. En particular, fue su regla 23 la que estableció el derecho de las víctimas, constituidas en parte civil, a solicitar la determinación por las SETC de los daños morales y colectivos sufridos, que debían ser objeto de reparación.

Con base en lo anterior, en los tres casos finalizados hasta el momento, se han solicitado medidas de reparación por, entre otros, los daños colectivos sufridos. Sin embargo, solo en el caso 002/01 se ha reconocido a los ancianos como víctimas de daños específicos como resultado de las políticas aplicadas por el *Khmer Rouge* entre 1975 y 1979, lo que no se ha traducido en última instancia en medidas materiales en favor de los integrantes de este colectivo.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, el resultado final no ha sido muy diferente del que se puede observar en Sierra Leona, porque, en última instancia, la reparación a los ancianos en el proceso de paz camboyano ha recaído también de manera prácticamente exclusiva sobre las políticas públicas, específicamente mediante el sistema de pensiones de los excombatientes[17]. Esto se ha debido, en buena medida, a que las SETC no han mostrado ningún interés en la satisfacción de las necesidades especiales derivadas de la especial vulnerabilidad de los ancianos que fueron víctimas de los crímenes internacionales cometidos por el *Khmer Rouge*.

La misma conclusión es aplicable también al TEL, al no asignarle su estatuto e instrumentos complementarios un rol reparador. Como ya hemos señado en relación con los menores, esta situación no hace sino reflejar que la reparación a las víctimas es de poca o nula importancia para los tribunales híbridos[18], incluso cuando,

---

17 Bartu, P., & Wilford, N., 2009, *Transitional justice and DDR: The case of Cambodia. International Center for Transitional Justice.*

18 Morrison, H., & Pountney, E., 2014, *Victim participation at the Special Tribunal for Lebanon.*, en: A. Alamuddin, N. N. Jurdi & D. Tolbert (Eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and practice, Oxford University Press*, pp. 153-176.

como sucede con los menores y ancianos, presentan necesidades especiales debido a su particular situación de vulnerabilidad por razón de edad.

4. EL ROL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FRENTE A LAS NECESIDADES ESPECIALES EN MATERIA DE REPARACIÓN DE MENORES Y ANCIANOS QUE SON VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES

4.1. Introducción

A diferencia de todos los tribunales internacionales penales (TPIY y TPIR) e híbridos analizados (TESL y TEL), excepto las SETC, la reparación del daño sufrido por las víctimas sí constituye un elemento central del rol de la CPI. Así, según el art. 75(1) del Estatuto de la Corte:

> La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

Si bien las únicas formas de reparación expuestas taxativamente son la restitución, la indemnización y la rehabilitación, esta lista no es exhaustiva, porque según el art. 75(2) del Estatuto de la CPI, "[l]a Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación".

Sin embargo, a pesar de lo anterior, ni el Estatuto CPI, ni las RPP CPI, recogen diferenciación alguna entre los diversos tipos de víctimas, ni tampoco un trato diferencial determinado en cuanto a la

adopción de las diversas medidas de reparación[19]. Lo anterior no varía por razones de edad, porque no existe un sistema de reparaciones integrales enfocado a menores o ancianos debido a su situación de especial vulnerabilidad.

En cuanto al ámbito jurisprudencial, la CPI, desde su primera decisión sobre los principios de reparación en el caso Lubanga (2012), ha adoptado un enfoque integral que incluye asistencia psicosocial, tratamiento médico y medidas específicas de asistencia para ciertos grupos de víctimas, incluidos los menores de edad, pero no así los ancianos.

---

[19] La situación es distinta en lo que respecta de la participación en los procedimientos y la protección de víctimas y testigos, ya que en Estatuto de la CPI y sus instrumentos complementarios atribuyen expresamente en esta área cierta relevancia a la edad como un factor diferenciador específico. Así, el artículo 68(1) del Estatuto de la CPI (2002) establece expresamente lo siguiente: "La Corte adoptará medidas apropiadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la intimidad de las víctimas y los testigos. Al hacerlo, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluida la edad, el género según se define en el artículo 7, párrafo 3, y la salud, así como la naturaleza del delito, en particular, aunque no exclusivamente, cuando el delito entrañe violencia sexual o de género o violencia contra niños. El Fiscal tomará tales medidas especialmente durante la investigación y el enjuiciamiento de dichos delitos. Estas medidas no deberán ser perjudiciales ni incompatibles con los derechos del acusado y con un juicio imparcial y justo". En desarrollo de esta disposición, la Regla 86 del Reglamento de Procedimiento y Prueba de la CPI (RPP) establece que: "[u]na Sala, al dictar cualquier orden o instrucción, y los demás órganos de la Corte al desempeñar sus funciones conforme al Estatuto o al Reglamento, deberán tener en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos, de conformidad con el artículo 68, en particular de los niños, las personas mayores, las personas con discapacidades y las víctimas de violencia sexual o de género". Este es específicamente el caso de la Unidad de Víctimas y Testigos, la cual, de acuerdo con la Regla 17(3), señala lo siguiente: "Al desempeñar sus funciones, la Unidad prestará la debida atención a las necesidades particulares de los niños, las personas mayores y las personas con discapacidades. Para facilitar la participación y protección de los niños como testigos, la Unidad podrá asignar, según proceda y con el consentimiento de los padres o del tutor legal, una persona de apoyo infantil que asista al niño en todas las etapas del procedimiento".

En este sentido, como hemos visto en relación con Sierra Leona, en las situaciones de conflicto armado es habitual el reclutamiento forzado de niños y adolescentes para participar en las hostilidades. Esta dinámica ha sido, de hecho, el epicentro del caso Lubanga, razón por la cual en la orden de reparación emitida en el mismo se han establecido criterios generales para diseñar medidas adecuadas de reparación para menores. Así, la Sala de Primera Instancia (SPI) I, citando la Convención de Derechos del Niño, subrayó la necesidad de aplicar medidas que tengan en cuenta el interés superior del menor. En particular, la SPI I se enfocó en lo que requerían los ex niños soldados para: (a) retornar a sus vidas y reintegrarse en sus comunidades; y (b) ver reparados los daños a su formación generados por su reclutamiento:

> *Reparation orders and programmes in favour of child soldiers, should guarantee the development of the victims' personalities, talents and abilities to the fullest possible extent and, more broadly, they should ensure the development of respect for human rights and fundamental freedoms. For each child, the measures should aim at developing respect for their parents, cultural identity and language.*

En el caso Lubanga, se emitieron múltiples órdenes de reparación. En 2015 la Cámara de Apelaciones modificó la orden de Sala de Primera Instancia (SPI) I e instruyó al Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional (FFV) para que presentara un borrador del plan de implementación para las reparaciones colectivas ante la Sala de Primera Instancia (SPI) II. En 2016 la SPI II aprobó y ordenó la implementación del plan proporcionado por el TFV en relación con las reparaciones colectivas simbólicas para las víctimas. En 2017 la SPI II aprobó el marco de las reparaciones colectivas basadas en servicio propuestas por el TFV y la primera etapa del proceso de implementación, posteriormente en el mismo año, la SPI II fijó el monto de responsabilidad de Thomas Lubanga Dyilo, completando la orden de reparación del 2015. Estas órdenes de reparación solo pudieron comenzar a ser ejecutadas por el Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional (FFV) en 2021, es decir, nueve años después de la condena de Lubanga y quince años después de su captura. Este retraso en la ejecución de las medidas de reparación, que continúa a finales de 2024, hace imposible que se puedan aplicar medidas efectivas para la rehabilitación

psicosocial de las víctimas. De hecho, los informes más recientes del FFV todavía se refieren al proceso de acreditación de las víctimas y a los problemas para poder comunicarse con ellas[20].

En cuanto al caso Ntaganda (2021), la orden de reparación es casi idéntica a la del caso Lubanga en lo que se refiere a su justificación y disposición[21]. Por ello, declara también como principio esencial the best interests of the children, si bien reconoce, debido a los largos periodos de tiempo que caracterizan los procedimientos de la CPI, la mayoría de víctimas han crecido sin reparación con relación a sus falencias psicosociales o educacionales.

A pesar de lo anterior, el FFV ha buscado implementar medidas de reparación individuales y colectivas en las comunidades, destacando entre las propuestas planteadas las siguientes: (a) recibir uno de los dos tipos de capacitación diseñados (uno general de 10 días, y otro de entre dos y cuatro meses con competencias específicas)[22]; (b) obtener apoyo para la puesta en marcha y desarrollo de actividades económicas que generen ingresos[23]; (c) recibir financiación para la educación propia o de familiares cercanos[24]; y (d) acceder a alguno de los 1300 tratamientos de salud física y/o mental puestos a disposición de las víctimas.

Además, al momento de aplicarse estas medidas, el FFV ha adoptado algunas medidas complementarias, tales como: (a) la búsqueda de la ubicación de las personas desaparecidas; (b) el fortalecimiento del apoyo psicológico a las víctimas; (c) el refuerzo de la infraestructura local; (d) el establecimiento de medidas de protección frente a la violencia sexual y de género; y (e) el acceso a la educación públi-

---

20 CPI, 2023, *Consolidated response of the Common Legal Representative of the Former Child Soldiers to the VPRS' and TFV's submissions of supplementary information in accordance with Trial Chamber II's First Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations,* ICC-01/04-02/06-2883.

21 CPI, 2021, *Trial Chamber VI, Reparations Order, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda,* ICC-01/04-02/06-2659, para. 47.

22 CPI, 2024, *Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations, ICC-02/04-01/15-2074.*

23 Ibid., p.14

24 Idem.

ca[25]. Todas estas medidas han sido articuladas en el *Former Child Soldiers Programme* del caso Ntaganda (algo similar se ha hecho también en caso Lubanga).

Por otra parte, la más reciente orden de reparación de la CPI en el caso Ongwen (2024), ha incluido varios de los elementos recogidos en las órdenes emitidas en los casos Lubanga y Ntaganda (2021):

> *Reparation orders and programmes in favour of child victims, should guarantee the development of the victims' personalities, talents, and abilities fully and, more broadly, they should ensure the development of respect for human rights and fundamental freedoms.400 They should also include measures to combat stigmatisation, discrimination and social isolation of child victims and survivors through awareness raising and education within communities.401 Furthermore, bearing in mind that children who have experienced international crimes are in extremely vulnerable situations,402 they should be assisted to ensure they gain access all of the rights found in the Convention on the Rights of the Child including birth registration,403 basic health,404 education, 405 and social welfare406 in order to fully participate in their recovery and reintegration into society.407 Former child soldiers, children born out of SGBC, and child victims in general should also be helped to live responsibly in a free society, recognising the need for a spirit of understanding, peace, and tolerance, with respect for equality between the sexes and friendship between all peoples and groups.*

Sin embargo, también ha recogido algunos elementos adicionales. En primer lugar, se han abordado los argumentos de Ongwen respecto a la interrelación entre la condición de víctima de reclutamiento forzado y la posterior comisión de crímenes internacionales. Esto, teniendo en cuenta que la participación de los menores reclutados activamente en las hostilidades ha sido forzada a través de medidas tradicionales como el *baraza* en la República Democrática del

---

25 CPI, 2023, *Consolidated response of the Common Legal Representative of the Former Child Soldiers to the VPRS' and TFV's submissions of supplementary information in accordance with Trial Chamber II's First Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations,* ICC-01/04-02/06-2883; CPI, 2024, *Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations, ICC-02/04-01/15-2074.*

Congo (RDC) y el *mato oput* en el norte de Uganda[26]; no obstante, la Sala finalmente decidió hacer caso omiso de lo declarado toda vez que los crímenes fueron cometidos cuando el señor Ongwen era un adulto responsable y conocedor de sus actos[27].

Además, se ha analizado la distinción entre el daño intergeneracional y transgeneracional, la cual ya había estado presente en el marco de la orden de reparaciones de Katanga (2017) (a pesar de que, debido al enfoque en el ataque al municipio de Bogoro (RDC), la orden de reparación en este caso no se centra en los menores)[28]. Con base en esta distinción, la SPI IX ha subrayado que las medidas de reparación para las víctimas indirectas de otras generaciones[29] deben enfocarse en la rehabilitación comunitaria dirigida a conjurar los daños causados por el trauma que los padres sufren y transmiten a los hijos, bien sea a través de la epigenética, o a través de la transmisión social.

En consecuencia, a diferencia de los tribunales penales internacionales (TPIY and TPIR) e híbridos (TESL, SETC and TEL), las órdenes de reparación emitidas por las SPI I and X de la Corte en los casos Lubanga, Katanga y Ongwen se han centrado en el principio de primacía de los derechos de los menores, recogido en la Convención de los Derechos del Niño, y la necesidad de que los daños sufridos sean resarcidos mediante medidas de reparación más complejas que en el caso de los adultos.

De esta manera, la CPI ha desarrollado un marco teóricamente comprensivo para abordar las reparaciones a los menores que han sido víctimas de crímenes internacionales, de manera que los casos analizados revelan un progresivo reconocimiento de la necesidad de reparaciones integrales que vayan más allá de la compensación eco-

---

26 Kiyala, J. C. K., 2016, *Utilising a traditional approach to restorative justice in the reintegration of former child soldiers in the North Kivu Province, Democratic Republic of Congo, Africa Insight*, 46(3), 33–50

27 CPI, 2024, *Trial Chamber IX, Reparations Order, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-2074, 28 February*, paras. 658–660.

28 CPI, 2017, *Order for reparations pursuant to article 75 of the Statute*, ICC-01/04-01/07-3728.

29 Ibid., p. 67.

nómica, con el fin de incluir también aspectos psicosociales, educativos y de reintegración social.

Sin embargo, como veremos a continuación en más detalle, estos esfuerzos han enfrentado desafíos muy significativos, especialmente respecto a la demora en la ejecución de las medidas de reparación en los lugares donde se han cometido los crímenes, siendo el caso Lubanga un ejemplo paradigmático al haber comenzado a aplicar las medidas de reparación casi una década después de la condena, lo que impide que puedan ser eficaces para rehabilitar a las víctimas[30].

---

[30] En contraste con la CPI, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos inicialmente limitó, en materia de reparación, a una compensación económica por el daño material sufrido. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha adoptado en el siglo XXI un estándar integral de reparación, según el cual los Estados, además de restablecer la situación afectada en la medida de lo posible, también deben reparar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales (incluido el daño moral). Vid.: Shelton, D., 2010, *Remedies in International Human Rights Law.* Oxford University Press eBooks. Vid.: CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7; Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 8, párrs. 23-24; Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 413, y Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 199.

Además, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), relativo a los derechos del niño, establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Esto reconoce el derecho de los menores a medidas especiales de protección debido a su vulnerabilidad por razón de edad. Sin embargo, el contenido de los estándares mínimos de protección que los Estados deben garantizar y las vías específicas de reparación aún no han sido completamente desarrollados por la CtIDH. Vid. Ibañez, J., 2010, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 23. Vid. también: CtIDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 168; y CtIDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 25 de mayo de

2010, Serie C No. 212, párr. 169. Asimismo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido la vulnerabilidad de las personas mayores y la necesidad de garantizar sus derechos fundamentales en el contexto del envejecimiento acelerado en América Latina y el Caribe. Para ello, la OEA adoptó en 2015 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que constituye el primer instrumento vinculante a nivel mundial centrado exclusivamente en este grupo. La Convención establece obligaciones específicas para los Estados miembros, como garantizar el derecho a la salud, la seguridad social, la autonomía y la participación en la sociedad, promoviendo una vida digna e inclusiva para las personas mayores.

Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha emitido informes temáticos que abordan la situación de las personas mayores, destacando desafíos en áreas como la pobreza, la exclusión social y la falta de acceso a servicios esenciales. La CIDH también enfatiza la importancia de que los Estados implementen políticas públicas que integren una perspectiva interseccional, reconociendo que factores como el género, la etnicidad y las discapacidades pueden agravar la vulnerabilidad de las personas mayores. Esto es esencial para abordar las desigualdades sistemáticas que enfrenta esta población en la región. La Convención también insta a los Estados a garantizar la integración de las personas mayores en la vida política, social, económica y cultural, asegurando oportunidades de participación en la toma de decisiones que afectan su bienestar. Esto no solo implica el reconocimiento de sus derechos, sino también el fortalecimiento de su autonomía y protagonismo, promoviendo una imagen positiva del envejecimiento como una etapa productiva y valiosa. Vid.: Organización Panamericana de la Salud, La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores como herramienta para promover la Década del Envejecimiento Saludable. Washington, DC: OPS; 2023. Disponible en: https://doi.org/10.37774/9789275326947.

En contraste con la CtIDH, el TEDH presenta un sistema de reparación centrado en las categorías de restitución de la situación anterior a la violación de los derechos humanos y, si ello no es posible, la indemnización o compensación individual (o en algunos casos colectiva) por el daño sufrido. Sin embargo, ni normativa ni jurisprudencialmente existe un régimen diferenciado basado en la edad en relación con los menores o las personas mayores. Vid. Cruz Ortiz de Landázuri, L. M., 2010, La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 62(1), 89-117.

4.2. El tratamiento de las necesidades especiales de los menores en las órdenes de reparación dictadas por la Corte Penal Internacional y en el ejercicio por el Fondo Fiduciario para las Víctimas de su mandato asistencial

4.2.1. El tratamiento de las necesidades especiales de los menores en las órdenes de reparación dictadas por la Corte Penal Internacional

4.2.1.1. Medidas en materia de salud

En la decisión sobre principios de reparación en el caso Lubanga, se recoge expresamente la asistencia psicosocial y las prestaciones sanitarias como forma de reparación de las víctimas. Lo anterior como parte de las medidas de rehabilitación que son necesarias para que exista una reparación integral.

Como señala la SPI I en su decisión sobre principios de reparación en el caso Lubanga (2012), las medidas de reparación de los menores han de: (a) responder al principio de proteger el interés superior de los menores; (b) abordar su sentir; (c) evitar su revictimización; (d) incluir a sus comunidades; (e) desarrollarse en sus mismas poblaciones; y (f) estar dotadas de objetivos transformadores[31]. Además, en lo que se refiere específicamente a la rehabilitación de los menores, esta debe: (a) incluir la provisión de servicios médicos y de salud, así como asistencia psicológica, psiquiátrica y social para apoyar la superación del duelo y el trauma ocasionados por la violencia sufrida; y (b) hacer énfasis en el tratamiento de las enfermedades de trasmisión sexual y en la asistencia a los menores contagiados de VIH[32]. Sin embargo, la decisión no prevé expresamente un apartado propio en el que se subraye la importancia de la asistencia social integral, y se explique la manera de llevarla a cabo[33].

---

31 CPI, 2012, *Trial Chamber I, Decision of 7 August 2012, ICC-01/04-01/06-2904,* § 79.

32 Ibid., p. 32.

33 Ibid., p. 79.

Por su parte, en el caso contra Bosco Ntaganda, en el que un porcentaje considerable de las víctimas reconocidas eran menores de edad al momento de los hechos, la SPI IX ha emitido una orden de reparación (2021) que contiene medidas específicas destinadas al resarcimiento de los daños físicos, morales, psicológicos y materiales padecidos por los menores. Estas medidas incluyen: (a) rehabilitación psicológica; (b) rehabilitación física; y (c) programas para la recuperación de la infraestructura física utilizada por los menores, como colegios y hospitales. Teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas en este caso fueron niños/as-soldado, que sufrieron abusos sexuales, las medidas sanitarias de reparación son fundamentales para su reinserción y reintegración socioeconómica.

Finalmente, la orden de reparación emitida por la SPI VIII en el caso Al-Mahdi (2017) constituye un importante exponente de: (a) la importancia del daño moral; y (b) la adopción de medidas de reparación, tanto individual como colectiva, frente a dicho daño, al estar ambos aspectos estrechamente relacionados. Como señala la SPI VIII, el concepto de daño moral no es solamente un elemento central en el proceso de restauración, sino que ha comenzado a ser interpretado de forma amplia, incluyendo dentro del mismo las lesiones, o incluso la pérdida, de la infancia. De ese modo, se reconoce la importancia de las medidas de salud mental para reparar el daño ocasionado a la niñez por el reclutamiento forzado. Ahora bien, a pesar de este paso adelante en materia de reparación del daño moral, la SPI VIII no ha adoptado ningún estándar diferenciado para los menores, limitándose a afirmar que las medidas enfocadas en salud mental se materializan en los casos de reparación individual a través de la compensación, mientras que en los supuestos de reparación colectiva a través de la rehabilitación[34].

---

[34] Al igual que la CPI, la CtIDH ha adoptado medidas de reparación orientadas a proteger la salud de los menores. No obstante, esto se ha llevado a cabo mediante un acompañamiento indirecto, ya que las órdenes de rehabilitación deben ser ejecutadas por entidades exógenas, lo que representa una gran dificultad para su realización. En consecuencia, la dependencia tanto de la CPI como de la CtIDH respecto a entidades externas que materialmente ejecutan las reparaciones constituye un problema importante que no es fácil de superar. Vid.: Cubides Molina, J.M., 2016, Reparaciones

4.2.1.2. Medidas de reparación en materia de educación e inserción en el mundo laboral

En su decisión sobre principios de reparación del caso Lubanga (2012), la SPI I afirma la importancia de garantizar el acceso a la educación y a las oportunidades de inserción en el ámbito laboral. Así, para promover la restauración directa de la vida de los menores es necesario, entre otras cosas: (a) el regreso a la familia, así como a un hogar y empleo previos; (b) la posibilidad de educación continua; y (c) la garantía de un ingreso económico. Incluso, se ha llegado a afirmar que la restitución podría ser apropiada para entidades jurídicas como escuelas u otras instituciones[35].

Así mismo, en materia de compensación, la SPI I subraya la necesidad de compensar las "oportunidades perdidas", incluyendo las relativas al empleo, la educación y los beneficios sociales (como, por ejemplo, la "pérdida de *status*"). Además, en el ámbito de la rehabilitación, se resalta la importancia de adoptar medidas dirigidas a facilitar la reintegración de los menores en la sociedad, a la luz del impacto que han tenido en los mismos los crímenes cometidos[36].

---

en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Razón Crítica, 1, 52-91. doi: http://dx.doi.org/10.21789/25007807.1137 y CtIDH, Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439. El problema es, si cabe, aún mayor en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que, aunque a través de la jurisprudencia se han intentado establecer argumentos para integrar la protección del derecho a la salud dentro del ámbito del Tribunal, esto no se ha cristalizado en la adopción de reparaciones integrales. Por el contrario, las reparaciones emitidas por el TEDH son en su mayoría indemnizaciones, consistentes en un único pago que debe ser reembolsado por el Estado que ha generado la violación. Vid. Hernández, A. C. G., 2018, El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.redalyc.org/journal/282/28264622027/html/.

35 CPI, 2012, *Trial Chamber I, Decision of 7 August 2012, ICC-01/04-01/06-2904,* § 79.

36 Idem.

Estas modalidades de reparación incluyen, por tanto, medidas en el ámbito de la educación y el entrenamiento vocacional, junto con oportunidades de trabajo sostenibles, que permitan la promoción de un rol activo y económico de los menores en la sociedad.

4.2.1.3. Medidas de reparación indemnizatorias

En cuanto a las medidas de carácter indemnizatorio, se puede afirmar que, si bien los menores son mencionados como un grupo con afectaciones especiales y de especial protección, no existe un enfoque diverso y taxativo en relación con las indemnizaciones a las que pueden tener derecho.

Así, en el caso Lubanga, la SPI I ha abordado la cuestión de la compensación a los niños menores de 15 años víctimas de reclutamiento forzado, afirmando que esta forma de reparación solo debe ser considerada cuando: (a) el daño económico sea lo suficientemente cuantificable; y (b) las circunstancias del caso y los fondos disponibles doten de viabilidad a esta forma de reparación, de manera que el monto asignado pueda ser apropiado y proporcional al daño sufrido.

Para la SPI I, los daños que pueden ser objeto de reparación económica son solo los siguientes: (a) los daños físicos, incluyendo causar a un individuo la pérdida de su capacidad para tener hijos; (b) el daño moral e inmaterial, resultando en sufrimiento físico, mental y emocional; (c) el daño material, incluyendo la pérdida de ganancias económicas y de oportunidades de trabajo, la pérdida o daño a la propiedad y cualquier otra forma de interferencia con la capacidad individual de trabajar o que suponga la pérdida de ahorros; (d) la pérdida de oportunidades (incluyendo las relativas al empleo, la educación y los beneficios sociales), la pérdida de status y la afectación de derechos fundamentales (a este respecto, la CPI ha hecho especial énfasis en que no se pueden prolongar las prácticas tradicionales discriminatorias, como, por ejemplo las que se dan por razones de género); y (e) los costos invertidos en diversos tipos profesionales o servicios médicos, psicológicos y de asistencia social, incluyendo

cuando sea relevante la asistencia a los menores que padecen VIH y cualquier otra enfermedad de trasmisión sexual[37].

La SPI I subraya también que la reparación no se limita a las víctimas directas, (es decir, los menores reclutados o las niñas abusadas sexualmente), sino que también debe incluir a sus padres y a su comunidad. Por tanto, se prevé que, en aras de establecer una compensación adecuada, se debe tener en cuenta el género y la edad de las víctimas, y con ello, evaluar objetivamente el impacto de la comisión de estos crímenes en todos sus aspectos[38].

Sin embargo, a pesar de recoger todos estos elementos en relación con la compensación a los menores (teniendo en cuenta sus necesidades especiales, la comprensión de su condición de vulnerabilidad y los devastadores efectos de haber sido victimizados a su temprana edad), no establece una regla determinada y diferencial en cuanto a su compensación (estableciendo, por ejemplo, un estándar mínimo). A esto se une el vacío normativo existente en esta materia en el ECPI y en sus instrumentos complementarios. En consecuencia, las reparaciones a las víctimas dependen, en última instancia, de la voluntad de los magistrados del caso.

Este problema es abordado parcialmente en el caso Al Mahdi, en cuya orden de reparación se especifican ciertos factores que son relevantes para determinar la compensación en caso de menores, reconociendo la pérdida de la niñez como un daño moral que debe ser reparado, principalmente, a través de la compensación. Para ello, se debaten en la propia orden diversos métodos para determinar el monto correspondiente a estas indemnizaciones, rechazando la SPI VIII la propuesta de que el daño moral sufrido por las victimas en este caso es al menos comparable con el daño económico, y procediendo a calcular la compensación con base en la indemnización otorgada por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía en un caso con una base fáctica similar[39].

---

37 CPI, 2012, *Trial Chamber I, Decision of 7 August 2012, ICC-01/04-01/06-2904,* § 79.

38 Idem.

39 Todo esto contrasta con las decisiones judiciales de la CtIDH y el TEDH, en las que se observa un desarrollo jurisprudencial en materia de protección

4.2.1.4. Medidas de reparación simbólicas

Tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ct IDH), la CPI reconoce la importancia de las medidas de reparación simbólicas, adoptando un enfoque propio. Así, en el caso Lubanga, la SPI I (2012) no prevé una sección dedicada específicamente a las medidas de reparación simbólica. Sin embargo, algunas de esas medidas son mencionadas en los apartados sobre las modalidades de reparación, incluyendo: (a) el reencuentro de los menores con sus familiares; (b) la reconstrucción del tejido social de la comunidad; (c) la reconstrucción de la memoria histórica sobre lo acontecido; y (d) la recolección de las huellas dejadas en los territorios por los crímenes internacionales cometidos. Además, dentro la sección relativa a otras modalidades de reparación, se afirma que las sentencias condenatorias emitido por la CPI, así como las penas impuestas, constituyen medidas de reparación simbólica porque suelen tener una gran relevancia para las víctimas, sus familias y comunidades.

En el mismo sentido, la SPI I subraya que una difusión amplia de la sentencia condenatoria puede contribuir a generar conciencia sobre la violencia ejercida y así prevenir la comisión de futuros delitos, incluyendo el reclutamiento forzado de menores de 15 años de edad para participar activamente en las hostilidades.

La SPI I afirma también la necesidad de: (a) reparar simbólicamente la vergüenza social sentida por los ex niños/as soldados; y (b) prevenir futuras revictimizaciones, especialmente cuando han sufri-

---

de menores, basado en la evolución de los casos resueltos en dichas instancias. Sin embargo, ninguno de los dos tribunales ha logrado establecer en la práctica un factor diferenciador, repitiendo el patrón de emitir reparaciones basadas en el delito cometido contra los menores, y no en los factores diferenciadores específicos del tipo de víctima, los cuales condicionan la forma en que se experimenta el daño y, por tanto, sus consecuencias e impacto. Vid.: CtIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 26; CtIDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, párr. 212.

do de violencia sexual, tortuta y otros tratos degradantes y/o inhumanos durante el reclutamiento.

Posteriormente, en la orden de reparación del caso Ntaganda (2021), la SPI IX hace énfasis en la relevancia de escuchar a las víctimas para decretar las medidas de reparación, lo que en este caso supone adquirir conciencia sobre su deseo de no ser reparadas a través de: (a) medidas simbólicas que carecen de efectos pragmáticos; o (b) medidas efímeras e insostenibles en el largo plazo. Con ello, se pone en duda la eficacia de las reparaciones simbólicas porque, en términos generales, carecen de efectos prácticos[40].

---

[40] En contraste, la CtIDH ha adoptado medidas simbólicas más visibles, como el perdón público y la erección de monumentos, con un alto impacto en casos como las masacres de El Mozote y Barrios Altos. No obstante, al igual que la CPI, carece de una doctrina sólida enfocada en reparaciones específicas para la infancia, lo que deja una brecha en la atención diferenciada a las víctimas menores de edad. Por otro lado, el TEDH presenta una perspectiva distinta centrada en el concepto de satisfacción equitativa, donde el reconocimiento judicial de la violación se considera suficiente como reparación simbólica. Esta perspectiva ha sido objeto de críticas por limitarse a la compensación monetaria y omitir reparaciones más integrales, como se evidencia en el caso de los niños migrantes bangladesíes en Malta. A diferencia de la CPI y la CtIDH, el TEDH parece priorizar un modelo formalista, dejando de lado enfoques diferenciales y medidas con mayor impacto social. Todo lo anterior resalta la necesidad de que los tribunales internacionales desarrollen directrices específicas y enfoques más inclusivos que garanticen reparaciones simbólicas efectivas, en particular para grupos vulnerables como los niños. Vid. CtIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252; CtIDH, 2001, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia final del 14 de marzo. San José, Costa Rica: CtIDH. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm. Vid. también: Tapia, L. E.. 26 de octubre de 2024, Malta vulneró los derechos de migrantes menores de edad que sufrieron un trato discriminatorio al ser detenidos, resuelve el TEDH. Diario Constitucional. https://www.diarioconstitucional.cl/2024/10/26/malta-vulnero-los-derechos-de-migrantes-menores-de-edad-que-sufrieron-un-trato-discriminatorio-al-ser-detenidos-resuelve-el-tedh/.

4.2.1.5. Reparaciones colectivas

Las reparaciones colectivas hacen referencia a la multiplicidad de formas de compensación que involucran a una determinada comunidad o grupo, que comparte ciertas características. Con respecto a este tipo de reparaciones, la CPI ha resaltado la importancia de que los miembros de la comunidad sean el pilar fundamental en el diseño de las medidas de reparación[41].

En su decisión sobre principios de reparación en el caso Lubanga (2012), la SPI I ha subrayado que las medidas de reparación colectivas son difíciles de aplicar a ex niños/as soldados porque no son un grupo cohesivo, y frecuentemente se encuentran en conflicto con sus comunidades. Sin embargo, a pesar de estos problemas, la SPI I ha terminado apoyando la adopción de este tipo de reparaciones colectivas en aras de favorecer la reintegración social de quienes fueron niños/as soldados. Además, para la SPI I este tipo de reparaciones debe centrarse en las comunidades a las que pertenecen los menores, puesto que: (a) no es posible identificarlos a todos como un colectivo propio; y (b) supone un verdadero agravio generalizar la forma en que cada niño vivió esta experiencia y el trauma que sufrió a raíz de la violencia padecida.

Por su parte, en el caso Ntaganda, la SPI IX ha ordenado medidas simbólicas (2021), como la construcción de centros comunitarios para las víctimas como un colectivo, pero también medidas pormenorizadas, como compensaciones por daños psicológicos. De esta manera, y a diferencia de la SPI I en el caso Lubanga, la SPI IX ha afirmado que pueden existir reparaciones colectivas entendidas como acciones dirigidas a una comunidad particular, y/o reparaciones colectivas con componentes individualizados, como una respuesta holística y multifacética a los diversos daños sufridos por las

---

41 En contraste con la jurisprudencia de la CPI, la CtIDH se ha limitado a señalar que, en ocasiones, las víctimas pueden ser reconocidas como un grupo debido a la gravedad del daño sufrido. Por su parte, el TEDH ha enfatizado que la comunidad está directamente relacionada con la evolución sociojurídica, y que, en consecuencia, los Estados no deben actuar en contra de dicha evolución.

víctimas, y en particular, los niños reclutados forzosamente y las niñas víctimas de abuso y esclavitud sexual.

Posteriormente, en la orden de reparación en el caso Ongwen (2024), la SPI X ha aclarado que solo se aplicarían medidas de reparación colectiva debido a la gran cantidad de víctimas directas e indirectas, los daños multidimensionales sufridos y la necesidad de poder implementar las medidas adoptadas. En consecuencia, la SPI X se ha centrado exclusivamente en dos tipos de medidas de reparación: (a) las de rehabilitación; y (b) las simbólicas o de satisfacción colectiva dirigidas a la comunidad. Para la SPI X, estas últimas tienen un importante valor transformador porque buscan abordar el significado y la comprensión cultural de la violencia, enfrentando de esta manera las barreras estructurales que conducen a la estigmatización de las víctimas[42].

Por otra parte, la SPI X considera necesario dar prioridad a las víctimas directas o indirectas que debido a su vulnerabilidad necesiten asistencia urgente. En segundo lugar, se considera necesario atender a las víctimas vulnerables directas; posteriormente, al resto de víctimas vulnerables; y por último, a las víctimas no vulnerables. Este nuevo orden es el resultado de: (a) los problemas experimentados para aplicar los criterios de priorización adoptados en el caso Ntaganda en aquellos casos con un gran número de víctimas directas o indirectas (argumento acogido también por FFV); y (b) rechazar que el daño sufrido por alguna de las distintas categorías de víctimas sea mayor, más importante o más significativo.

Esta priorización rechaza, por tanto, la posición de la representación de las víctimas, que, tras consultar con sus representados, concluyó que entre las categorías priorizadas debían incluirse las familias encabezadas por niños, así como los niños nacidos en cautiverio (en el mismo sentido, la Oficina de Defensa Pública de las Víctimas (OPDV) ha afirmado que entre las personas que enfrentan condiciones que requieren asistencia médica urgente se encuentran los

---

42 CPI, 2024, *Trial Chamber IX, Reparations Order, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-2074, 28 February*, paras. 658–660.

menores secuestrados como niños soldados y los niños nacidos en cautiverio)[43].

4.2.2. El tratamiento de las necesidades especiales de los menores por el Fondo Fiduciario para las Víctimas en aplicación de su mandato asistencial

El TFV, como un organismo independiente de la CPI, cuenta con una doble función: (i) el mandato de reparaciones, que busca la implementación de las ordenes de reparación emitidas por la CPI después de que la sala correspondiente haya dictado una condena; y (ii) el mandato de asistencia, que pretende apoyar a todas las víctimas y sus familias, que han sufrido daños físicos, psicológicos o materiales como resultado de los crímenes de jurisdicción de la CPI. Es importante mencionar que dicha asistencia es brindada, aunque no haya una sentencia condenatoria, cobijando un rango más amplio de víctimas que las que pueden participar en el procedimiento penal de la CPI.

Bajo este último mandato, el FFV ha puesto en marcha importantes iniciativas en diversos países. Así, en septiembre de 2020, el FFV lanzó un proyecto en la capital de la República Centroafricana (RCA), Bangui, para apoyar a las víctimas más vulnerables y a sus familias, centrándose en aquellas que habían sufrido abuso sexual durante el conflicto armado[44]. El programa comprende, entre otros, los siguientes aspectos: (a) asistencia médica asociada con enfermedades de transmisión sexual; (b) acceso a la seguridad alimentaria y al apoyo nutricional; (c) acceso a asistencia psicológica y educación; y (d) acceso a la vivienda y a actividades económicamente productivas[45].

Así mismo, entre 2008 y 2017, el FFV ha desarrollado en la RDC la primera fase de una iniciativa para asistir a las víctimas, la cual ha tenido 58.439 beneficiarios directos en Ituri y en el Sur y el Norte de Kivu. Posteriormente, en 2020, dio comienzo la segunda fase, que cuenta con una expectativa de 20.000 beneficiarios y se centra en

---

43 Ibid., p. 279.

44 FFV, 2004, *Central African Republic.*

45 FFV, 2004, *Mandate.*

los siguientes cuatro elementos: (a) apoyo a la rehabilitación física de las víctimas de mutilación y de los sobrevivientes de abuso sexual y violencia basada en género; (b) asistencia a la rehabilitación psicológica; (c) fomento de actividades económicamente productivas; y (d) construcción de paz y fortalecimiento de la reconciliación en las comunidades victimizadas mediante la "no violencia".

No se aprecia, sin embargo, que el FFV haya adoptado un enfoque basado en la asistencia y reparación a los menores, a no ser que sean víctimas de violencia sexual y/o violencia basada en género.

4.2.3. El contraste entre las órdenes de reparación emitidas por la Corte Penal Internacional y la acción del Fondo Fiduciario para las Víctimas

A lo largo de la última sección, es posible dar cuenta el intento de la Corte Penal Internacional por aplicar un factor diferencial para reparar a las victimas más vulnerables. Es necesario tener en cuenta que la mayoría de los casos en los que se han emitido órdenes de reparación en la CPI, los delitos cometidos eran principalmente padecidos por menores. Crímenes como el reclutamiento forzado de menores y esclavitud y violencia sexual fueron reiterativos en numerosos casos, por lo que era casi que imperativo para la Corte tener en cuenta la edad de las víctimas en aras de apuntar a construir reparaciones acertadas que cumplieran los estándares que la Corte misma se ha impuesto.

La Corte ha desarrollado conceptos novedosos a partir de los casos aquí analizados para la práctica de reparaciones en razón a la edad de las víctimas. Por ejemplo, la extensión del concepto de daños morales hasta abarcar la perdida de la infancia en las órdenes de reparación del caso Al Mahdi, permite desarrollar un estatus diferencial para los menores al menos en las categorías de compensación, así como, los esfuerzos en casos como los de la situación en la RDC de tomar en cuenta la ruptura de los menores con su comunidad, reconociendo que representa un agravio al desarrollo de su integridad personal y un atentado a la construcción del tejido social con sus comunidades, permitiendo el desarrollo de reparaciones verda-

deramente colectivas. A pesar de que se han desarrollado valiosas iniciativas, es importante mencionar que la interpretación de una correcta reparación depende de cada magistrado, pues no existe una regulación base y vinculante que establezca estándares mínimos que hay que cumplir, específicamente en materia de víctimas menores.

Teniendo en consideración lo anterior, y realizando énfasis en el actuar del FFV frente a la atención de las necesidades de sujetos vulnerables, es importante mencionar que, aunque es cierto que se han presentado esfuerzos importantes de apoyo a víctimas derivado del dictamen de sentencia condenatoria o en su defecto, del mandato de asistencia tal como lo es el caso del programa desplegado en República Centroafricana, estos solo se dan bajo el cumplimiento de condiciones y/o conductas particulares, por dar un ejemplo, la presencia de violencia sexual o violencia basada en género.

Siendo así, y ante las limitaciones presentes, es posible inferir que las medidas desarrolladas por el FFV no representan una generalidad o un estándar, es decir, que no se presenta un enfoque específico para atender las necesidades particulares que pueden tener individuos de especial protección por parte de este organismo independiente. Sin embargo, pese a la nula implementación de estos enfoques diferenciales, es significativo subrayar que la consumación de programas de reparación que incluyan atención médica, psicológica, entre algunas otras, puede representar un indicador positivo.

4.3. El tratamiento de las necesidades especiales de los ancianos en las órdenes de reparación dictadas por la Corte Penal Internacional y en el ejercicio por el Fondo Fiduciario para las Víctimas de su mandato asistencial

4.3.1. El tratamiento de las necesidades especiales de los ancianos en las órdenes de reparación dictadas por la Corte Penal Internacional

4.3.1.1. Las órdenes de reparación previas al caso Ongwen

Las órdenes de reparación de la CPI emitidas antes del caso Ongwen no han priorizado a los ancianos al momento de determinar

los daños de conductas criminales. El caso Lubanga, relativo al reclutamiento masivo de niños por parte de la Unión Patriótica Congolesa (UPC), no tuvo consideraciones específicas para los ancianos, más allá de las reparaciones atribuibles a los familiares de los reclutados[46].

Igualmente, en el caso Al-Mahdi, en el que las reparaciones son generalmente colectivas, no hay referencias específicas a los ancianos, más allá del llamado general a priorizar a los más afectados. Adicionalmente, se han aplicado medidas de diversa naturaleza en favor de los grupos de población victimizados en Tombuctú, su efectividad ha sido cuestionada. Si bien en este caso se trataron de crear *memorialization committees* discriminados por grupos poblacionales (incluyendo dos comités independientes para hombres y mujeres ancianos), la configuración de los comités nunca fue única y según Morgan, estas medidas no se han materializado adecuadamente debido a su limitado alcance material y a problemas de oportunidad temporal[47].

Por su parte, en el caso Katanga hay menciones específicas al homicidio de ancianos durante el ataque Bogoro, pero no se determinan medidas específicas de reparación para este colectivo (solo se menciona el asesinato de varios ancianos)[48]. Se trata, por tanto, de una nueva mención superficial de los ancianos, que no va más allá de reconocer que fueron víctimas del conflicto.

En contraste, en el caso Ntaganda se reconoce a los ancianos como un grupo que necesita tratamiento especial. Sin embargo, se trata de una breve referencia que se limita a asociarlos con otros grupos de población que pueden enfrentar también obstáculos para participar de forma efectiva en el proceso de reparaciones. Entre estos grupos se encuentran las personas con necesidades de cuidado físico o psicológico médico, las personas con discapacidades, los ancianos,

---

46 CPI, 2015, *Order for reparations*, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA.

47 Morgan, L., 2025, *Reparations at the International Criminal Court: Dangled Carrot or Path to Healing?* en: Svaček, Ondřej & Faix, Martin (eds.) Prosecution of War Crimes before the ICC: Achievements and Challenges, Londres: Palgrave|Macmillan.

48 CPI, 2014, *Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, The Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07*, para. 47.

las víctimas de violencia sexual y basada en género, las víctimas que han perdido su hogar o que experimentan dificultad financiera, los niños nacidos de violaciones y esclavitud sexual, y los niños soldados desmovilizados[49]. Si bien este es un desarrollo novedoso y necesario para la reparación de ciertos grupos que pueden verse afectados por un retraso injustificado, incluyendo los ancianos, la orden de reparaciones no explica como hay que aplicar este sistema de priorización. Como resultado, si bien la asistencia especial a los adultos mayores es parte del objeto misional del FFV, su tratamiento en el caso Ntaganda no constituye realmente un desarrollo significativo en términos de buenas prácticas del FFV.

Sin embargo, la orden de reparación no explica como se aplicaría este sistema de priorización, puesto que la SPI IX se enfocó en el Informe presentado en octubre de 2020 por el testigo experto Sunneva Gilmore, el cual es citado repetidamente en la orden. El informe no aborda en profundidad el problema de las necesidades especiales de reparación de los ancianos (realizando, por ejemplo, una referencia de paso a sus dificultades para participar en las actuaciones y los problemas para que se les concedan las medidas de protección que recogidas en las reglas 17 y 86 de las RPP CPI). Así, aunque los ancianos han sido, en cierta medida, tenidos en cuenta en las órdenes de reparación previas, su aplicación ha resultado ciertamente limitada, lo que se ha reflejado en la implementación de todos los programas de reparación, y en especial del programa piloto relativo a la situación en Georgia, el cual se lanzó de manera sui generis a pesar de que todavía no se había abierto un caso[50]. Por esta razón, varios representantes de la sociedad civil han señalado, con frecuencia, la insuficiencia de estos programas de reparación respecto a los ancianos, lo que ha llevado a que muchas víctimas hayan muerto esperando las reparaciones que nunca llegaron[51]. Esto muestra la importancia de un rol más proactivo en la priorización de los ancianos dentro de los programas de reparación.

---

49 CPI, 2021, *Order for reparations: situation in Democratic Republic of Congo, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2659*, para. 53 et. seq.

50 ICC, 2023, *Press Release*, 6 april 2023, "Trust Fund for Victims to Launch Programme in Georgia".

51 Petit, F., 2021, ICC Victims Fund: Waiting for Godot in Georgia, Justiceinfo.

Lo anterior muestra la importancia de un rol más proactivo en la priorización de las personas mayores en las órdenes y los programas de reparación.

4.3.1.2. La orden de reparación en el caso Ongwen

La orden de reparación en el caso Ongwen es diferente en muchos aspectos a las demás ordenes de reparación dictadas por la CPI, debido a la comparecencia en las actuaciones del mayor número víctimas en la historia de la CPI[52], lo cual generó expectativas más altas sobre la realización de justicia, y la aplicación de medidas de protección y reparación. Sin embargo, en el juicio solo se adoptaron medidas limitadas de protección para las víctimas, lo que generó una gran decepción, que se extendió, hasta cierto punto, a las órdenes de reparación[53].

Como resultado, la OPDV y los representantes jurídicos de las víctimas iniciaron un proceso de reconocimiento a estas últimas cuando, debido a su edad, habían sufrido graves daños. De esta manera, buscaban llamar la atención frente a personas que, debido a su edad, se encontraban en condición de grave discapacidad, y por lo tanto necesitaban de asistencia urgente[54].

La condición de especial riesgo que tenían por estar solos, las lesiones que les causaron las situaciones de vulnerabilidad que experimentaron y la falta de capacidad de protegerse o cuidarse llevó

---

52 Massidda, P., Akwenyu, J., & Moffett, L., 2024, *Victims' perspectives on participation in the Ongwen Case: Justice in victims' interests. Journal of International Criminal Justice, Advance online publication.*

53 Sehmi, A., 2022, *Emphasising socio-economic narratives of truth, justice and reparations in The Prosecutor v. Dominic Ongwen, The International Journal of Human Rights,* 26(6), 1083–1106

54 CPI, 2021, *Registry Submissions on Reparations in the Ongwen Case, Annex II, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1919-AnxII, 6 December*; CPI, 2021, *Annex II: Public Registry Submissions on Reparations in the Ongwen Case, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1919-AnxII, 6 December.*

a que se solicitara la priorización de estos grupos[55]. De hecho, el Registro de la CPI y el gobierno de Uganda apoyaron la solicitud con sus observaciones, si las circunscribieron a los ancianos cuyos familiares habían muerto o habían sido reclutados forzosamente en el conflicto.

Del mismo modo, un *amicus curiae* presentado por el Centro Internacional de Justicia Transicional subrayó la importancia de proteger a los ancianos, algo recogido también en la solicitud de priorización de estos últimos presentada por las comunidades Acholi. El Centro Internacional por la Justicia Transicional (CIJT/ICTJ) ha reiterado esta posición en 2024, afirmando la necesidad de: (a) ofrecer "asistencia provisional" de forma urgente; y articular un esquema de reparaciones que priorice aquellas comunidades que están en mayor riesgo de perder su voz debido a que no pueden cubrir sus necesidades materiales y/o requieren medidas de reparación lo antes posible.

Sin embargo, a pesar de este énfasis en los ancianos, la orden de reparación dictada por la SPI X hace solamente énfasis en el riesgo a la vida y la vulnerabilidad material, sin especificar si la vejez constituye un factor material para su consideración. Esta limitación mantiene una situación en la cual los ancianos siguen siendo marginados a pesar del presunto interés en su protección.

4.3.2. El tratamiento de las necesidades especiales de los ancianos por el Fondo Fiduciario para las Víctimas en aplicación de su mandato asistencial

El FFV ha venido trabajando con distintas organizaciones locales e internacionales. Si bien el FFV sí ha tomado ciertas acciones que benefician a los ancianos, como, por ejemplo, la reintegración en la sociedad de grupos abandonados en campos de desplazados, algo

---

55 CPI, 2023, *Notification of 832 administrative decisions from the Trust Fund for Victims' Board of Directors pursuant to Trial Chamber II's Ninth Decision on the TFV's administrative decisions on applications for reparations and additional matters, ICC-01/04-01/06-3558-Red.*

que fue priorizado como medida de reparación en la situación en Ugand[56], ninguna de ellas reconoce que los ancianos merezcan un tratamiento específico[57]. En consecuencia, a pesar de apoyar los procedimientos médicos fisiológicos, no reconocen las dificultades específicas que presenta el tratamiento médico de los cuerpos envejecidos. Además, el apoyo vocacional está enfocado hacia la educación y producción de oportunidades de construcción de ingreso, y no a la generación de un mínimo vital para aquellos que, de no haber vivido en condiciones de carencia material resultantes del conflicto, presumiblemente se encontrarían en edad de pensión[58].

El problema es todavía mayor si tenemos en cuenta que, como se ha reconocido ampliamente, muchos de los mayores han perdido sus redes de apoyo durante las situaciones de conflicto armado o violencia a gran escala vividas en sus regiones. De esta manera, en un país como Uganda, mientras mantienen los deberes de administración de medidas de regeneración del tejido social —a través de procesos de justicia restaurativa como el *mato oput*[59], y la reconciliación de excombatientes en las estructuras tribales— no disponen de apoyo material o psicológico para reparar sus propias heridas físicas, emocionales y/o morales. En consecuencia, el reconocimiento limitado de las necesidades de los ancianos, principalmente a través de su inclusión en grupos de trabajo comunitarios, como los establecidos en la ejecución de medidas de reparación en la RDC[60] es especialmente

---

56 FFV, 2013, *"Programme Progress Report - Summer 2013" - "Changing Lives: Overcoming Stigma, Vulnerability and Discrimination"*.

57 FFV, 2024, *First update report on the implementation of reparations for former child soldiers and for victims of the attacks, including for victims in urgent needs, in the Lubanga and the Ntaganda cases, ICC-01/04-01/06-3568-Red.*

58 FFV, s. d., Uganda., *Retrieved* April 27, 2025, *from* https://www.trustfundforvictims.org/en/locations/uganda

59 Jjuuko, D., 2024, *Engaging Survivors in Transnational Justice Governance: Global, National and Local Perspectives From Uganda's Post LRA Insurgency, Doctoral dissertation, University of Massachusetts Boston, ProQuest Dissertations & Theses Global.*

60 McCleary-Sills, J., & Mukasa, S., 2013, *External Evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo: Towards a Perspective for Upcoming Interventions, International Center for Research on Women.*

preocupante, considerando que hasta un 89% de los ancianos ha sufrido en ese país algún tipo de abuso[61], y los estudios de políticas públicas han denunciado tasas universales de pobreza extrema entre los ancianos[62].

4.3.3. La ausencia de un enfoque en las necesidades especiales de los adultos mayores como elemento común a las órdenes de reparación emitidas por la Corte Penal Internacional y a la acción del Fondo Fiduciario para las Víctimas: el notable contraste con el reconocimiento de estas necesidades en el sistema interamericano de derechos humanos

En síntesis, tanto las órdenes de reparación del CPI como la acción del Fondo Fiduciario para las Víctimas reflejan una preocupante ausencia de medidas específicas dirigidas a atender las necesidades especiales de los ancianos. A pesar de que en algunas decisiones se han mencionado de manera superficial, no se han establecido lineamientos claros ni programas concretos que reconozcan la vejez como un factor determinante en la vulnerabilidad de las víctimas. En consecuencia, los ancianos continúan siendo un grupo marginado dentro del esquema de reparaciones internacionales, sin recibir una respuesta acorde con los daños sufridos ni con las dificultades particulares que enfrentan para acceder a los mecanismos de justicia y asistencia.

Esta omisión es aún más grave si se considera el papel crucial que los ancianos desempeñan en la reconstrucción del tejido social tras situaciones de violencia masiva. No solo han sido víctimas directas del conflicto, sino que, en muchas comunidades, son fundamentales en los procesos de reconciliación y transmisión de memoria histórí-

---

61 Gedfew, M., Getie, A., Akalu, T. Y., & Ayenew, T., 2024, *Prevalence and types of elder abuse in Sub-Saharan Africa: A systematic review and meta-analysis. Journal of the National Medical Association,* 116(3), 292–301.

62 Atim, L. M., Kaggwa, M. M., Mamum, M. A., Kule, M., Ashaba, S., & Maling, S., 2023, *Factors associated with elder abuse and neglect in rural Uganda: A cross-sectional study of community older adults attending an outpatient clinic, PLOS ONE,* 18(2), e0280826.

ca. Sin embargo, ni la CPI ni el Fondo Fiduciario han integrado un enfoque que garantiza su protección efectiva, su recuperación digna y su plena participación en las iniciativas de justicia transicional. Esta brecha evidencia la necesidad de repensar los mecanismos de reparación para incluir, de manera explícita, medidas que atiendan los derechos y el bienestar de los ancianos como una dimensión esencial de la justicia reparadora.

Todo esto contrasta notablemente, con el reconocimiento que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha realizado desde 2015 de la vulnerabilidad de los ancianos y la necesidad de garantizar sus derechos fundamentales en un contexto de envejecimiento acelerado en América Latina y el Caribe. Así, la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó en esta fecha Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores (2015), que es el primer instrumento vinculante a nivel mundial centrado exclusivamente en este grupo. La Convención establece obligaciones específicas para los Estados parte, tales como garantizar el derecho a la salud, la seguridad social, la autonomía y la participación activa en la sociedad, promoviendo una vida digna e inclusiva para las personas mayores.

Sobre esta base, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha emitido informes temáticos que abordan la situación de los ancianos, destacando los desafíos en áreas como la pobreza, la exclusión social y la falta de acceso a servicios esenciales. Asimismo, la CIDH enfatiza la importancia de que los Estados implementen políticas públicas que integren un enfoque interseccional, reconociendo cómo factores como el género, la etnicidad y la discapacidad pueden agravar la vulnerabilidad de los ancianos. Esto resulta esencial para abordar las desigualdades estructurales que se enfrentan en la región.

La Convención insta también a los Estados a garantizar la integración de los ancianos en la vida política, social, económica y cultural, asegurando espacios de participación en la toma de decisiones que afectan su bienestar. Esto implica no solo el reconocimiento de sus derechos, sino también el fortalecimiento de su agencia y protagonismo, promoviendo una imagen positiva del envejecimiento como etapa productiva y valiosa.

A la luz de lo anterior, la CtIDH ha establecido en el caso Poblete Vilches et. al. vs. Chile (2018) estándares importantes en materia de protección de los derechos de los ancianos, al declarar la responsabilidad internacional del Estado chileno por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de Sergio Poblete Vilches: un adulto mayor que murió en un hospital público debido a una atención médica negligente y a la falta de medidas adecuadas para proteger su vida y su integridad.

La CtIDH ha subrayado la especial vulnerabilidad de las personas mayores y la necesidad de adoptar medidas diferenciadas y adecuadas para la satisfacción de sus derechos fundamentales. En consecuencia, para la CtIDH, a la hora de diseñar las medidas de reparación para los ancianos es necesario tener en cuenta las necesidades especiales derivadas de su vulnerabilidad por razón de su edad.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, la edad es un factor determinante en la vulnerabilidad de ciertos grupos de víctimas, como los menores y los ancianos, lo que exige un enfoque diferenciado en materia de reparaciones. A pesar de que los instrumentos internacionales han reconocido la necesidad de brindar protección especial a estos grupos, la implementación de medidas efectivas sigue siendo deficiente. En el caso de los menores, la OCDE ha destacado la importancia de adoptar un enfoque integral que considere todos los factores que afectan su bienestar, mientras que la CEPAL ha señalado la precariedad que enfrentan los ancianos debido a la falta de acceso a pensiones adecuadas y servicios esenciales. La desprotección de estos grupos no solo impacta su desarrollo y calidad de vida, sino que perpetúa ciclos de desigualdad que se extienden a lo largo del tiempo.

Sin embargo, en el ámbito de la justicia penal internacional, las necesidades especiales de menores y ancianos han sido sistemáticamente ignoradas en los tribunales híbridos establecidos en la primera década del siglo XXI. Tribunales como la TESL, la SETC y el TEL han carecido de un mandato de reparación efectivo, lo que ha resultado en la ausencia de medidas concretas para estos grupos vulnera-

bles. Incluso en aquellos casos en los que se han reconocido ciertas necesidades de los menores, como en la CVR de Sierra Leona, la aplicación de medidas reparadoras ha sido limitada y restringida a un número reducido de víctimas. En el caso de los ancianos, su situación ha sido aún más marginalizada, ya que ni siquiera se han desarrollado mecanismos específicos para abordar sus necesidades dentro del marco de estos tribunales.

La falta de un enfoque reparador dentro de la justicia penal internacional refleja una brecha significativa entre el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad por edad y la implementación de mecanismos efectivos de reparación. La ausencia de un mandato claro en los tribunales híbridos ha resultado en una relegación de las reparaciones a políticas públicas fragmentadas y limitadas en su alcance. Esto demuestra la necesidad urgente de reformar los enfoques actuales de justicia transicional para garantizar que los menores y los ancianos, como víctimas de crímenes internacionales, reciban la protección y reparación que requieren, de manera integral y efectiva.

La justicia penal internacional ha evolucionado significativamente en cuanto al tratamiento de víctimas vulnerables por razón de edad, empero, este desarrollo ha sido marcadamente desigual. Con respecto a los menores, la CPI ha establecido un marco robusto de reparaciones que considera sus necesidades específicas, particularmente, a través de los casos Lubanga, Ntaganda y Ongwen. Estas decisiones han permitido consolidar principios fundamentales como el interés superior del niño, la importancia de la rehabilitación psicosocial, el acceso a la educación y la necesidad de abordar la estigmatización, creando así un precedente significativo para futuras reparaciones.

No obstante, el contraste relativo a el reconocimiento de las necesidades especiales de los menores entre las órdenes de reparación y los mandatos de asistencia del FFV, es evidente. Lo anterior, se infiere toda vez que es posible observar que la CPI aborda las ordenes de reparación de manera diferenciada al tratar asuntos en los cuales estén directamente involucrados minors, dando pie a que exista una prelación respecto a la implementación de principios que resguarden los derechos de este tipo de víctimas. Siendo así y según se ha citado, el panorama cambia sustancialmente al observar dicho reconocimiento en el mandato asistencial del FFV, puesto que, si bien se presentan

esfuerzos importantes en la materia bajo estudio como la implementación desplegada en República Centroafricana, estos solo se presentan bajo el cumplimiento de condiciones específicas, generado así que la normalidad de estos mandatos sea la ausencia del reconocimiento de las necesidades especiales previamente examinadas.

Hechas las consideraciones anteriores, se observa que el tratamiento de los ancianos como víctimas de crímenes internacionales presenta importantes deficiencias. A pesar del reconocimiento formal de su vulnerabilidad en los instrumentos normativos de la Corte, las órdenes de reparación han fallado consistentemente en desarrollar medidas específicas que atiendan sus necesidades particulares. Esta omisión es especialmente preocupante considerando que los ancianos enfrentan desafíos únicos en contextos post-conflicto, incluyendo la pérdida de redes de apoyo, dificultades de acceso a atención médica especializada y la ausencia de medios de subsistencia sostenibles.

Bajo ese orden de ideas, es importante señalar que ese reconocimiento formal por parte de la CPI no es la normalidad que experimentan los adultos mayores, pues el elemento común entre el actuar del FFV y las ordenes de reparación es la omisión de la identificación de las necesidades especiales de estas víctimas vulnerables. En ese sentido, las situaciones concernientes a la ausencia de medidas de reparación específicas, un asunto severo por sí solo se ve directamente agravado por la deficiencia señalada, provocando que dichas necesidades se incrementen de forma exponencial. Dadas las condiciones que anteceden, es apreciable hacer hincapié en la notable disparidad entre el accionar de la CtIDH y la CPI frente al reconocimiento, pues el sistema interamericano ha si ha detectado ciertas necesidades especiales que son recogidas en instrumentos tales como convenciones, informes de comisión e incluso en las propias decisiones.

La disparidad en el tratamiento entre estos dos grupos etarios refleja una tendencia más amplia en donde la edad como factor de vulnerabilidad se considera principalmente en relación con la niñez, pero no se extiende de manera efectiva a la tercera edad. Esta situación requiere una revisión urgente de los marcos de reparación existentes para garantizar que las necesidades específicas de los ancianos sean debidamente consideradas y atendidas. El desarrollo de

principios y medidas de reparación específicas para este grupo vulnerable es esencial para asegurar una justicia verdaderamente integral y equitativa en el contexto de la justicia penal internacional.

Incluso en los casos en los que existe mayor dedicación a la configuración de un sistema de reparaciones robusto —especialmente con relación a los NNA reclutados forzosamente— hay dificultades en la ejecución práctica de estas medidas. La protección judicial y la reparación es lenta y toma tiempo y esfuerzo para su reconocimiento. Mientras las medidas de reparación judicial son desarrolladas, la mayoría de los daños diferenciales contra la infancia se cementan como daños permanentes. En consecuencia, a pesar de su supuesta dedicación a la reparación y protección de aquellas personas que, por circunstancias etarias, están en especial vulnerabilidad, en práctica estas personas están expuestas a afectaciones graves sin medidas de reparación que se dirijan hacia sus problemas puntuales.

En este sentido y específicamente en materia de reparación a poblaciones vulnerables en razón de la edad, la Corte Penal Internacional debe seguir trabajando en fortalecer el sistema de reparación a menores y empezar a desarrollar consideraciones relativas a los adultos mayores. No basta con dejar el contenido de las ordenes de reparación en casos con víctimas menores al albedrio de la interpretación de los magistrados, pues si bien se han dado valiosas consideraciones, no hay un grupo de principios determinados aplicados obligatoriamente a los casos en donde hay menores victimizados, lo que puede resultar en decisiones que invisibilicen las necesidades básicas de las víctimas, o se enfaticen en ciertas medidas (por ejemplo las de carácter pecuniario) y se dejen de lado alternativas que cubren ámbitos indispensables como la asistencia psicosocial. Es necesario evaluar incluso si los menores cuentan con un entorno familiar seguro en donde verdaderamente se garanticen los derechos del menor, pues en muchas ocasiones son revictimizados en su esfera privada, situaciones que medidas de reparación generalizadas y de alguna manera superficiales no se permiten cubrir. Todos los ámbitos de reparación para los menores son necesarias, desde la asistencia en salud y rehabilitación hasta la posibilidad de acceder a educación y posteriormente a actividades económicamente productivas; sin embargo, cada una de ellas debe ser ajustada al contexto cultural y personal de las víc-

timas, determinando el sentido en el que cada orden de reparación verdaderamente cuente un impacto positivo y duradero en las víctimas.

Por otro lado, cuando se trata de adultos mayores, se encuentra que el desarrollo frente a este grupo vulnerable en materia de reparación ha sido completamente nulo. Las necesidades de los adultos mayores son sustancialmente diferentes que las de los menores, es posible considerar que la asistencia en salud física y mental y un sistema de compensación perdurable en el tiempo es indispensable, pues probablemente padecer crímenes de tal naturaleza a una edad avanzada deja consecuencias permanentes que impiden el desarrollo normal de su vejez, lo que lleva a su vez a contemplar que seguramente no tienen capacidad de trabajo e incluso necesitan cuidados determinados en un tiempo permanente en función de mejorar su calidad de vida. Situaciones como que no cuentan con entornos familiares que se hagan cargo de ellos y sus cuidados, así como la imposibilidad de tener un sustento diario para su supervivencia, los deja en una posición de vulnerabilidad extrema que la Corte tiene el deber de atender cuando se trata del análisis de las victimas beneficiadas de las ordenes de reparación. Los adultos mayores en muchas de sus comunidades representan pilares y fuentes de conocimiento fundamental que nutre el tejido social, por lo que es un error invisibilizar sus necesidades e ignorar las afectaciones que padecen, pues no solo es revictimizante sino que a su vez impacta directamente a las comunidades.

Dentro de las acciones previstas por parte del Fondo Fiduciario para las Victimas bajo su mandato de asistencia, se evidencia que no hay un enfoque diferencial hacia los menores o adultos mayores, toda vez que dentro de sus iniciativas solo se resalta la asistencia prioritaria a los menores en casos donde se ha producido abuso sexual y violencias basadas en género y se desconocen las necesidades de los mayores. Ello podría deberse a que dicho mandato se esté empleando en un sentido de complementariedad a la ejecución de las órdenes de reparación atribuidas a la función del mandato de reparaciones del FFV; sin embargo, en cuanto a los adultos mayores tanto en la CPI como en el FFV no es posible encontrar desarrollo o evidencia de la atención a las necesidades y vulnerabilidades de este tipo de víctima. El mandato de asistencia podría y debería cubrir las

acciones reparadoras que el alcance de la Corte no permite, e ir más allá de las ordenes de reparación en aras de abarcar verdaderamente el bienestar de la comunidad y su recuperación luego de la extensa comisión de crímenes internacionales. Es por ello por lo que es importante desarrollar factores diferenciales diseñados en específico para grupos de víctimas de especial protección y/o vulnerabilidad particular, pues cada menor o adulto mayor, padeció diferentes tipos de victimización que requieren atención particular y es impropio, por un lado, enfocarse en la reparación de cierto tipo de delitos y por otro lado excluir a las demás víctimas. Es menester recordar que hay características propias de las victimas que las convierten en personas específicamente más vulnerables a los daños y las consecuencias de los delitos, no son siempre los delitos en sí mismos los que determinan la imperatividad de brindar iniciativas de reparación.

Todo esto es esencial para la que la Corte Penal Internacional cumpla adecuadamente su función de otorgar reparación desde la perspectiva de las necesidades especiales en materia de reparación de menores y ancianos debido a su vulnerabilidad por razón de edad.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, 2006, *Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest pursuant to article 58, ICC-01/04-02/06-2, Pre-Trial Chamber I,* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_07872.PDF

CPI, 2012, *Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations,* ICC-01/04-01/06-2904, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18078e195.pdf

CPI, 2012, *Decision of 7 August 2012, Trial Chamber I,* ICC-01/04-01/06-2904, § 79. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_07872.PDF

CPI, 2012, *Trial Chamber IX, Submissions of Amicus Curiae Observations by the Acholi Religious Leaders Peace Initiative (ARLPI), The Prosecutor v. Dominic Ongwen,* ICC-02/04-01/15-1925, *30 November.*

CPI, *Trial Chamber II,* 2014, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, The Prosecutor v. Germain Katanga,* ICC-01/04-01/07, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_18046.PDF

CPI, 2015, *Order for reparations*, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA,https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2015_02633.PDF

CPI, 2015, *Trial Chamber I, Reparations Order: Situation in the Democratic Republic of Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,* ICC-01/04-01/06-2904. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2015_02633.PDF

CPI, 2017, *Order for reparations pursuant to article 75 of the Statute,* ICC-01/04-01/07-3728.https://www.icccpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05121.PDF

CPI, 2017, *Trial Chamber IM Reparations Order, The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi,* ICC-01/12-01/15. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05117.PDF

CPI, 2021, *Annex II: Public Registry Submissions on Reparations in the Ongwen Case, The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-1919-AnxII, *6 December.* https://www.icccpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_11314.PDF

CPI, 2021, *Case information sheet: Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,* ICC-01/04-01/06, https://www.icc-cpi.int/

CPI, 2021, *Case information sheet: Situation in the Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,* ICC-01/04-01/06, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf

CPI, 2021, *Order for reparations: situation in Democratic Republic of Congo. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda,* ICC-01/04-02/06-2659, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01889.PDF

CPI, 2021, Trial Chamber IX, *Victims' Preliminary Submissions on Reparations, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, 6 December,* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_11318.PDF

CPI, 2021, *Trial Chamber I, Reparations Order, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15,* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01889.PDF

CPI, *Trial Chamber VI, 2021, Reparations Order, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2659,* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_1889.PDF

CPI, *Trial Chamber IX, Reparations Order, 6 February* 2021, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen,* ICC-02/04-01/15, Report A/00432/16, § 402.

CPI, 2022, *Trial Chamber IX, Registry's Second Report on Reparations, The Prosecutor v. Dominic Ongwen,* ICC-02/04-01/15-2007, *4 February.* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_00846.PDF

CPI, 2022, Trial Chamber IX, Amicus Curiae Observations by the International Center for Transitional Justice and the Uganda Victims Foundation on Reparations, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1974, 7 February. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_00823.PDF

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_11433.PDF

CPI, 2023. *Consolidated response of the Common Legal Representative of the Former Child Soldiers to the VPRS' and TFV's submissions of supplementary information in accordance with Trial Chamber II's First Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations,* ICC-01/04-02/06-2883. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18065e546.pdf

CPI, 2023, *Notification of 832 administrative decisions from the Trust Fund for Victims' Board of Directors pursuant to Trial Chamber II's Ninth Decision on the TFV's administrative decisions on applications for reparations and additional matters,* ICC-01/04-01/06-3558-Red.

CPI, 2024, *Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations*, ICC-02/04-01/15-2074. https://www.icc-cpi.int/sites/de-fault/files/CourtRecords/0902ebd18078e195.pdf, y: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2023_01687.PDFCPI, 2024, *Decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations,* ICC-02/04-01/15-2074, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18078e195.pdf

CPI, 2024, *Trial Chamber IX, Reparations Order, The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-2074, *28 February.* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18078e195.pdf

CPI, 2024, *Second decision on the Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations,* ICC-01/04-02/06-2894-Red. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180908bb6.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CtIDH, Sentencia del 27 de Abril de 2012, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, párr. 212, Recuperado de: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

CtIDH, Sentence del 25 de Octubre de 2012, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C

No. 252, Recuperado de: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 29 de Junio de 1989, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C No. 7, párr. 26, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 1 de Octubre de 2021, Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 439, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 14 de Marzo de 2001, Caso Barrios Altos vs. Perú. San José, Costa Rica: Corte IDH, Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm.

CtIDH, Sentencia del 8 de Julio de 2004, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 110, párr. 168, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 25 de Mayo de 2010, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, párr. 169, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 20 de Enero de 1989, Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Reparaciones y Costas, Serie C No. 8, párrs. 23-24, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 25 de Noviembre de 2006, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 160, párr. 413, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

CtIDH, Sentencia del 30 de Noviembre de 2007, Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 162, párr. 199, Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf

Doctrina

Atim, L. M., Kaggwa, M. M., Mamum, M. A., Kule, M., Ashaba, S., & Maling, S., 2023, *Factors associated with elder abuse and neglect in rural Uganda: A cross-sectional study of community older adults attending an outpatient clinic*, *PLOS ONE,* e0280826. https://doi.org/10.1371/journal.pone.0280826

Bartu, P., & Wilford, N., 2009, *Transitional justice and DDR: The case of Cambodia. International Center for Transitional Justice.* https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-DDR-Cambodia-CaseStudy-2009-English.pdf

Broughton, M., 2016, *Graffiti: A powerful innovative weapon,* en: *Papers presented at the Kampala Conference on the Role of the Arts in Transitional Justice.* https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/50149731/PapersPresentedAtKampalaConference1.pdf

Coulter, C., 2009, *Bush wives and girl soldiers: Women's lives through war and peace in Sierra Leone, Cornell University Press.*

Evans, C., 2012, *Case study: Reparations in Sierra Leone*, en: *The right to reparation in international law for victims of armed conflict, Cambridge University Press.* https://doi.org/10.1017/CBO9781139096171.010

Gade, T., 2021, *Reparation in the Ongwen case: The impact of the International Criminal Court's Access to Justice Project in Uganda. Aarhus University.* https://pure.au.dk/portal/files/219763068/Gade_Reparation_in_the_Ongwen_case.pdf

Gedfew, M., Getie, A., Akalu, T. Y., & Ayenew, T., 2024, *Prevalence and types of elder abuse in Sub-Saharan Africa: A systematic review and meta-analysis. Journal of the National Medical Association.* https://doi.org/10.1016/j.jnma.2024.05.002

McCleary-Sills, J. & Mukasa, S., 2013, *External Evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo: Towards a Perspective for Upcoming Interventions*, International Center for Research on Women.

Jjuuko, D., 2024, *Engaging Survivors in Transnational Justice Governance: Global, National and Local Perspectives From Uganda's Post LRA Insurgency, Doctoral dissertation, University of Massachusetts Boston, ProQuest Dissertations & Theses Global.* https://www.proquest.com/openview/908ec01bbc9600eb3dc21405ceb2d6a2/1.pdf?pq-origsite=gscholar&cbl=18750&diss=y

Langmack, A., 2023, *Reparation in transitional justice: A global perspective, SSOAR.* https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/87393/ssoar-2023-langmack-Reparation_in_Transitional_Justice_A.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Langmack, F.J., 2020, 3 de febrero, *Reparations in Sierra Leone: News from the periphery of transitional justice, JusticeInfo.net.* https://www.justiceinfo.net/en/43710-reparations-in-sierra-leone-news-from-the-periphery-of-transitional-justice.html

Langmack, F.J., 2023, *Reparation in transitional justice: A normative framework, Nomos Verlagsgesellschaft.* https://doi.org/10.5771/9783748938828

Lostal, M., 2021, *Implementing reparations in the Al Mahdi case, Journal of International Criminal Justice.* https://doi.org/10.1093/jicj/mqab064

Kasande, S., 2024, *Amplifying Redress: The Ongwen Reparations Order and Justice for Victims of International Crimes in Uganda*, International Center for Transitional Justice.

Killean, R., & Moffett, L., 2020, *What's in a name? 'Reparations' at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Melbourne Journal of International Law,* 21. https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0004/3577432/04Killean-unpaginated.pdf

Kiyala, J. C. K., 2016, *Utilising a traditional approach to restorative justice in the reintegration of former child soldiers in the North Kivu Province, Democratic Republic of Congo, Africa Insight, 46(3).* https://bit.ly/3NrCTbP

Mazurana, D., & Carlson, K., 2004, *From combat to community: Women and girls of Sierra Leone, Refugees International.*

Massidda, P., Akwenyu, J., & Moffett, L., 2024, *Victims' perspectives on participation in the Ongwen Case: Justice in victims' interests. Journal of International Criminal Justice, Advance online publication.* https://doi.org/10.1093/jicj/mqae035

McCleary-Sills, J., & Mukasa, S., 2013, *External Evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo: Towards a Perspective for Upcoming Interventions*, International Center for Research on Women.

Morgan, L., 2025, *Reparations at the International Criminal Court: Dangled Carrot or Path to Healing?* en: Svaček, Ondřej & Faix, Martin (eds.) Prosecution of War Crimes before the ICC: Achievements and Challenges, Londres: Palgrave|Macmillan

Morrison, H., & Pountney, E., 2014, *Victim participation at the Special Tribunal for Lebanon*, en: A. Alamuddin, N. N. Jurdi & D. Tolbert (Eds.), *The Special Tribunal for Lebanon: Law and practice, Oxford University Press.*

Petit, F., 2021, *ICC Victims Fund: Waiting for Godot in Georgia.* Justiceinfo.

Phan, H. D., 2009, *Reparations to victims of gross human rights violations: The case of Cambodia. East Asia Law Review, 4(2).*https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=ealr

Schulz, P., & Kreft, A.K., 2022, *Accountability for conflict-related sexual violence. United Nations.* https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2022/03/report/accountability-for-conflict-related-sexual-violence/20220224-CRSV-Philipp-Schultz.pdf

Sehmi, A., 2022, *Emphasising socio-economic narratives of truth, justice and reparations in The Prosecutor v. Dominic Ongwen. The International Journal of Human Rights,* 26(6). https://doi.org/10.1080/13642987.2021.2007373

Sperfeldt, C., 2012, *Collective reparations at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. International Criminal Law Review, 12(3).* https://doi.org/10.1163/157181212X648888

Vázquez Aranda, D., 2023, *The hopeful transformative potential of engaging youth voices in transitional justice processes: A case study of Sierra Leone,* Tesis de maestría, Universidad de Utrecht. https://studenttheses.uu.nl/bitstream/handle/20.500.12932/45135/Master%E6%84%80%20Thesis.%20Desiree%20Vazquez%20Aranda.pdf?sequence=1

Williams, S., & Palmer, E., 2016, *Transformative reparations for women and girls at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, The International Journal of Transitional Justice*, 10(2). https://doi.org/10.1093/ijtj/ijw006

Informes, resoluciones y otros documentos

CEDAW, 2014, *Concluding observations on the sixth periodic report of Sierra Leone,* CEDAW/C/SLE/CO/6. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fSLE%2fCO%2f6&Lang=en

CELAP, 2022, Infancias y adolescencias en América Latina y el Caribe: Deudas de derechos y brechas en las políticas. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e345daf3-2e35-4569-a2f8-4e22db139a02/content

CPI, 2023, *Press Release, 6 april 2023, "Trust Fund for Victims to Launch Programme in Georgia".*

FFV, 2004, *Central African Republic.* https://www.trustfundforvictims.org/en/locations/central-african-republic

FFV, 2004, *Mandate.* https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2014_05121.PDF

FFV, 2013, *"Programme Progress Report - Summer 2013 - "Changing Lives: Overcoming Stigma, Vulnerability and Discrimination".*

FFV, 2015, *Assistance & Reparations: Achievements, Lessons Learned, and Transitioning - Programme Progress Report, para. 18.*

FFV, 2024, *First update report on the implementation of reparations for former child soldiers and for victims of the attacks, including for victims in urgent needs, in the Lubanga and the Ntaganda cases,* ICC-01/04-01/06-3568-Red. https://

www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18095ef25.pdf

FFV, 2024, *Second update report on the implementation of reparations for former child soldiers and for victims of the attacks, including for victims in urgent needs, in the Lubanga and the Ntaganda cases,* ICC-01/04-02/06-2907-Red. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180a48d0f.pdf

FFV, s. f., Uganda, *Retrieved April 27, 2025, from* https://www.trustfundforvictims.org/en/locations/uganda

OCDE, 2019, *Changing the odds for vulnerable children: Building opportunities and resilience, OECD Publishing*. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/11/changing-the-odds-for-vulnerable-children_12452b6c/a2e8796c-en.pdf

OIM, s. f., Support to the implementation of the Sierra Leone Reparations Programme, SLRP.

ONU, 1989, *Convention on the Rights of the Child (Art. 3). Cited at para. 24 of the decision on the principles of reparation in the Lubanga case. International Criminal Court.*

ONU, 1989, *Preamble of the Convention on the Rights of the Child.* https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

ONU, 1999, *Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly resolution 52/135*. https://www.legal-tools.org/doc/3da509/pdf

Truth and Reconciliation Commission, s. f., *Volume 2.*

9. Análisis comparado del tratamiento a nivel nacional de las necesidades especiales de los menores en materia de reparación: especial atención a los sistemas nacionales de Argentina, Chile, Colombia, España, Guatemala y Perú[*]

ANDRÉS FELIPE CANIZO RAMÍREZ[*]
MARIANA MOLINA FLÓREZ[*]
LAURA VACCA MOYANO[*]

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos en los que las jurisdicciones nacionales han mostrado un desarrollo más visible en el marco de la justicia transicional ha sido en el diseño e implementación de medidas de reparación. Sin embargo, a pesar de los avances normativos alcanzados, muchas de estas medidas siguen construyéndose sobre una concepción generalizada de las víctimas, sin considerar adecuadamente las particularidades de ciertos grupos poblacionales que presentan condiciones especiales de vulnerabilidad.

Entre estos grupos, los niños, niñas y adolescentes ocupan un lugar central. Los crímenes cometidos en el marco de conflictos armados o contextos de violencia sistemática han demostrado impactar de

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo y con el apoyo de Valentina Ramírez Barrera y Pedro Montaño Vélez.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2024-2025).

forma diferenciada a esta población, pues interrumpen sus trayectorias de desarrollo, comprometen su salud física y mental, y afectan a largo plazo su acceso a derechos fundamentales como la educación, la identidad o el núcleo familiar. A pesar de este impacto particular, el reconocimiento formal de la infancia como categoría especialmente vulnerable no siempre se materializa en medidas reparadoras ajustadas a sus necesidades reales y particulares.

En este contexto, resulta fundamental analizar el alcance de las medidas adoptadas por las jurisdicciones nacionales en materia de reparación a los menores de edad víctimas de crímenes internacionales. Por este motivo, este trabajo realiza un análisis comparado de las políticas y programas implementados en seis países: Argentina, Chile, Colombia, España, Guatemala y Perú. Todos ellos han enfrentado episodios de violencia sistemática o conflictos armados internos, que han servido como fundamento para el diseño de diversos sistemas de reparación en el marco de procesos de justicia transicional, memoria histórica o fortalecimiento institucional.

Este artículo, se centra específicamente en cinco aspectos clave de las medidas de reparación: salud, educación y acceso laboral, compensación económica, medidas simbólicas y reparaciones de carácter colectivo. A partir del análisis de estas categorías, se busca identificar el alcance, las limitaciones estructurales y, en particular, la medida en que dichas medidas responden a un enfoque diferencial que tenga en cuenta las necesidades específicas de los menores de edad.

Este análisis no solo permite evaluar críticamente el impacto de las reparaciones diseñadas hasta el momento, sino que también ofrece insumos clave para reflexionar sobre los desafíos pendientes y las buenas prácticas que podrían replicarse en otros contextos. En última instancia, garantizar reparaciones efectivas y adaptadas para los niños, niñas y adolescentes no es únicamente una obligación jurídica, sino también un imperativo ético y político en la construcción de sociedades más justas, inclusivas y sensibles al daño sufrido por quienes han vivido la violencia desde la infancia.

2. MEDIDAS DE REPARACIÓN EN MATERIA DE SALUD

2.1. Primera aproximación

El derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social[1], constituye un pilar fundamental en la garantía de los derechos humanos y se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales[2]. En el caso particular de los menores, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) refuerza este compromiso al reconocer su derecho al más alto nivel de salud y a los correspondientes servicios de rehabilitación, e instar a los Estados a adoptar medidas que aseguren su plena recuperación física y psicológica en un entorno que fomente su dignidad y autoestima[3].

El impacto de los conflictos armados en la salud de los menores es devastador y multifacético, incluyendo desde heridas físicas permanentes y discapacidades hasta enfermedades de transmisión sexual y afectaciones emocionales profundas[4]. Además, sus consecuencias transcienden el ámbito personal, generando secuelas que repercuten en las familias y comunidades a las que pertenecen los menores afectados. Sin embargo, todos estos efectos suelen quedan en un segundo plano frente a los daños sufridos por los adultos[5].

En este contexto, las medidas de reparación específicas para niñas y niños y adolescentes (NNA) deben enfocarse en garantizar su recuperación integral, garantizando el acceso a servicios de salud física y mental, para lo cual es necesario eliminar las barreras de acceso, particularmente en zonas rurales, y asegurar la disponibilidad

---

1 *Constitution of the World Health Organization,* 1946, 22 julio.

2 Como el artículo XI de la Declaración Americana y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, que enfatizan la obligación de los Estados de preservar la salud a través de medidas sanitarias y sociales.

3 Refworld, La base de datos global de ACNUR sobre legislación y políticas, 2024a, junio 10, Convención sobre los Derechos del Niño.

4 UNICEF, 2022, *Paris Principles, operational handbook,* p. 51

5 UNICEF, 2018, La garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los mecanismos de justicia transicional, p. 49

de atención médica especializada que responda a sus necesidades especiales[6].

2.2. Argentina

En el año 2007, la Secretaría de Derechos Humanos de Argentina aprobó en su Resolución Núm. 003/2007 el Plan Nacional de Acompañamiento y Asistencia integral de las víctimas y testigos de los hechos criminales cometidos por el Estado durante la dictadura militar, lo que condujo a que en 2011 se creara el Centro de Asistencia a víctimas de violaciones de Derechos Humanos "Dr. Fernando Ulloa"[7].

El Centro Ulloa dirige acciones de asistencia integral a víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Así mismo, recibe consultas directas de las víctimas, de sus familiares y de víctimas indirectas en cuyos casos se provee información, orientación y estrategias de contención emocional. Además, ofrece acompañamiento a las víctimas y testigos en los procesos judiciales, articulando acciones con diversos actores estatales con el fin de ofrecer un acompañamiento[8].

La normativa vigente establece prevé el establecimiento de Juntas Médicas destinadas a la evaluación del daño sufrido por las víctimas y a la determinación de si son, o no, admisibles para los tratamientos ofrecidos por el Centro Ulloa. Sin embargo, se han registrado demoras importantes y revictimizantes, que se debe exclusivamente a procedimientos administrativos porque:

> […] de acuerdo al procedimiento de evaluación dispuesto legalmente, consiste básicamente en que las juntas médicas serán conformadas por los servicios de salud estatales del ámbito nacional, provincial o municipal, y que éstos tendrían dificultades para constituir las mismas. Así mismo, existen demoras considerables en la acreditación científico legal de los daños evaluados, derivada de la falta de una supervisión

---

6 Unidad para las Víctimas, 2023, 28 junio, Rehabilitación.

7 Decreto 141 de 2011, 21 enero.

8 Defensor del pueblo de la nación, 2019, Informe al Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, República de Argentina, p. 9.

> detallada por parte del Centro Ulloa, falta de acreditación del nexo causal, del consentimiento informado, de una adecuada ponderación sobre la etiología y el desarrollo de la sintomatología del potencial beneficiario y una marcada diferencia en la calidad de los Informes Interdisciplinarios, dependiendo del efector que lo produzca[9].

2.3. Chile

El Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia de Chile es un organismo encargado de proteger, reparar y restituir los derechos de los NNA (incluyendo sus familiares) que han sido gravemente amenazados o vulnerados[10], por medio de programas de atención enfocados en líneas de acción, es decir, diagnósticos clínicos especializados, seguimiento de casos, pericia, intervenciones ambulatorias de reparación, fortalecimiento y vinculación, cuidados alternativos y adopciones[11].

Los programas descritos implican el uso de hogares y residencias de acogida que funcionan como entidades centralizadas para la infancia, con el fin de interrumpir, y de esa manera, reparar, las violaciones sufridas por los NNA. No obstante, la realidad sociopolítica y económica del país, la falta de empatía y/o apropiación por parte de los funcionarios de la institución y la escasa infraestructura para la sostenibilidad del proyecto, entre otras circunstancias, permiten inferir que los enfoques diferenciales recogidos en la normativa interna para el funcionamiento de la entidad no tienen relevancia política y son insostenibles en la actualidad[12].

---

9 Defensor del Pueblo de la Nación, 2017, Informe anual, p. 35.

10 Fundación Amparo y Justicia, 2024, 29 noviembre, Ley 21.302, Crea el servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia.

11 Del Congreso Nacional, B, s.f, Biblioteca del Congreso Nacional.

12 Lobos, G., Burgos, C., & Ulloa, C., 2023, Percepción de los profesionales interventores de organismos colaboradores del Servicio Mejor Niñez sobre la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en comuna centro-sur de Chile: una mirada desde el contexto de pandemia, *Revista Costarricense de Psicología*, 42(1), 81-96, doi.org/10.22544/rcps.v42i01.05

2.4. Colombia

Al incluirse como parte de las medidas de reparación en salud los diversos mecanismos de acogida de NNA, es posible afirmar que Colombia cuenta con un sistema enfocado en la reintegración familiar, social y laboral de los menores que han sido reclutados forzosamente. En particular, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) desarrolla un programa para los menores de 18 años en el cual no solo se atiende a los "desvinculados" en salud, sino que además se brindan múltiples beneficios económicos y jurídicos que permiten facilitar el reingreso a la vida civil[13].

Sin embargo, cuando el menor cumple los 18 años de edad pasa al programa desplegado por la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN), en el cual ya no se considera al menor como un "desvinculado" sino un como "desmovilizado"[14].

Subrayar la diferencia conceptual entre cada uno de los términos es crucial para entender la desconexión entre el actuar de las entidades, porque aunque en la Agencia se brinde también una atención psicosocial enfocada en generar un espacio seguro de recuperación, todos los individuos, bien sean los responsables de su vinculación o los menores forzados a ser combatientes, reciben el mismo trato y son beneficiarios de las mismas medidas, haciendo así que el enfoque diferencial empleado con los menores por el ICBF desaparezca completamente al alcanzar su mayoría de edad[15].

2.5. España

En España, el mayor desarrollo en materia de medidas de reparación en salud para menores se observa con respecto a las víctimas de diversos tipos de violencia sexual. Este desarrollo se genera a través de tres instrumentos jurídicos esenciales, a saber: (a) el Convenio

---

13 Red de Desarrollo Social de América Latina y el Caribe (ReDeSoc), s.f, Reparación integradora para niños, niñas y jóvenes víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia.

14 Idem.

15 Idem.

del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (2007); (b) la Ley Orgánica 8/2021; y (c) la Ley Orgánica 10/2021. En el primero, también conocido como Convenio de Lanzarote, se establecen dos ejes esenciales en la construcción de un enfoque diferencial en favor de los NNA. Por un lado, se reconoce la existencia de medidas de protección adicionales para los menores por el simple hecho de serlo, las cuales están a cargo de sus familias, el Estado y la sociedad. Por otro lado, se registra el grave peligro que para la salud y el desarrollo psicosocial de los NNA representan todas las formas de abuso sexual infantil[16]. Sin embargo, a pesar de lo anterior, no existe ninguna referencia a reparaciones en el citado instrumento internacional.

La Ley Orgánica 8/2021 sobre la Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI) contiene un enfoque integral para la protección de la infancia, abarcando medidas de sensibilización, prevención, detección precoz y reparación a los NNA víctimas de violencia sexual, y dando además una notable importancia al desarrollo de las capacidades de los profesionales que trabajan con y para los menores, así como a la participación infantil. Particularmente, el Capítulo VI relativo al ámbito sanitario dispone la creación de protocolos específicos para la atención de este tipo de víctimas, desde la detección y prevención de los delitos[17].

Por último, la Ley Orgánica 10/2021 consagra la implementación de un modelo basado en la experiencia estadounidense con los *Children's Advocacy Centers* y en Islandia con la *Barnahus*[18]. Este modelo consiste en tener un espacio coordinado bajo el principio de ventanilla única, es decir, que en un mismo lugar los menores encuentren todos los servicios que como víctima de violencia sexual pueden

---

16 Consejo de Europa, 2007, Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Preámbulo.

17 Ley Orgánica 8, 2021, 4 junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

18 Ley Orgánica 10, 2021, 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

requerir, incluyendo los de policía, protección de la infancia, justicia y salud[19]. De esta manera, como señala *Save The Children* (2019):

> Poniendo al niño o a la niña en el centro de la intervención y teniendo todos los recursos bajo el mismo techo, las Casas de Niños [Barnahus] evitan que el niño o niña tenga que revivir el abuso sexual a través de múltiples declaraciones y, a su vez, ofrecen un entorno amigable y respetuoso con sus necesidades[20].

Si bien no constituyen una forma de reparación, el objetivo de estos espacios es agilizar los procesos judiciales y reducir al máximo los casos de revictimización, para evitar cualquier perjuicio mayor para los menores[21].

2.6. Guatemala

En el año 2003 se creó a iniciativa gubernamental el Programa Nacional de Reparaciones, con el propósito de brindar reparaciones a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos durante el periodo de conflicto armado interno que vivió el país entre 1960 y 1996. En aplicación de este Programa se adoptó una política en la que uno de sus pilares fundamentales son las medidas de Reparación Psicosocial y Rehabilitación, para cuyo diseño es necesario tener en cuenta las circunstancias especiales de las víctimas a la luz de sus condiciones de vulnerabilidad por razón de edad, etnia y género[22].

Las principales medidas adoptadas como parte del Programa son: (a) la realización de diagnósticos de los principales problemas psicosociales de las víctimas (en los cuales se toma en cuenta las respuestas individuales y colectivas desarrolladas por las víctimas de violaciones a los derechos humanos); (b) la atención psicosocial integral con prioridad a los grupos vulnerables; (c) las medidas de educación y recuperación de la historia desde las víctimas; (d) el reconocimiento de los hechos y responsabilidad sobre los mismos; (e) la creación

---

19 *Save The Children*, 2019, Barnahus.

20 *Save The Children*, 2018, Barnahus: bajo el mismo techo.

21 *Save The Children*, 2019, Barnahus.

22 PNR, 2005, Política Nacional de Resarcimiento (libro azul)

de espacios para poder hablar y socializar las experiencias; y (f) la búsqueda de espacios para el acceso a la justicia, la promoción de la salud mental en el ámbito comunitario y la capacitación a personal de salud comunitario e institucional[23].

El Programa pretende también promover la rehabilitación de personas con discapacidad, prestando no solo atención a sus condiciones físicas, sino al aspecto socio-económico de las víctimas en función de fomentar y apoyar su inserción social[24].

Sin embargo, no hay una mención específicamente dirigida a los menores de edad, al incluirse a estos últimos dentro del grupo general de víctimas de determinados delitos a los que se dirige el Programa[25]. Además, los servicios en salud han sido en la práctica muy limitados, sin que en ningún momento se hayan aplicado factores diferenciales entre las víctimas. Así mismo, debido al cada vez más limitado presupuesto, el Programa no cuenta con las instalaciones y el personal sanitario necesario para desarrollar la política inicialmente propuesta, por lo que los expedientes de las víctimas no son con frecuencia tramitados, lo que les impide obtener reparaciones en el ámbito de la salud[26].

Como excepción a esta situación, cabe citar la instalación de una pequeña clínica móvil para la comunidad de Sepur Zarco, la cual se centra especialmente en la atención a mujeres y niñas debido a la naturaleza de los delitos allí cometidos. Todo ello en ejecución de una sentencia de reparación dictada en un proceso penal ordinario por el Tribunal de Mayor Riesgo A de Guatemala[27].

---

23 Ídem.

24 Ídem.

25 PNR, 2010, Política Nacional de Resarcimiento, pp. 31-32.

26 Martínez, D & Gómez, L., 2019, Reparations, *Responsibility & victimhood in Transitional Societies*, Las Reparaciones para víctimas del conflicto armado en Guatemala: Una promesa por cumplir, p. 25

27 Sentencia C-01076-2012-00021 Of. 2º, Guatemala, 2016, 26 febrero.

2.7. Perú

En Perú, el mayor desarrollo de las medidas de reparación en el ámbito de la salud ha tenido lugar a partir de las recomendaciones emitidas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), cuyo informa final prevé la creación de un Programa Integral de Reparaciones (PIR), el cual contiene un apartado específico sobre el programa de reparaciones en salud[28]. La inclusión de este apartado se debe a que, según la CVR, existían entre la población víctima del conflicto armado interno altos índices de problemas psicosomáticos, depresión, adicciones, incremento de la violencia intrafamiliar, pandillaje infantil y juvenil y secuelas físicas (todo ello como consecuencia de los combates durante el conflicto y las medidas que la población civil tenía que adoptar para protegerse de los daños)[29].

Las medidas propuestas por el PIR abarcan principalmente: (a) la recuperación desde una intervención comunitaria basada en las particularidades culturales de las víctimas y sus necesidades específicas (se sugiere que esta medida se articule con otras medidas del PIR para que la reparación sea integral e incluya "las dimensiones psicológica, familiar, física, laboral y de participación social"); (b) la reconstrucción de redes de apoyo comunitario, cuyo eje principal es la reparación del daño emocional causado a las víctimas; (c) la recuperación de la memoria histórica a través del apoyo emocional de las víctimas; y (d) la creación de espacios comunitarios para el trabajo de recuperación integral de la población. Todas estas medidas se desarrollan a la a luz de una nueva perspectiva en el uso del tiempo libre y el desarrollo de artesanías y otras capacidades y recursos de utilidad para la población[30].

Sobre la intervención clínica, la CVR ha sugerido que sería conveniente utilizar los modelos exitosos a nivel nacional e internacional de atención a personas afectadas por la violencia, pero siempre con los ajustes necesarios a la luz de las características de las comunida-

---

28 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003, Informe Final, Tomo IX (2.2), Programa Integral de Reparaciones.

29 Idem.

30 Idem.

des y zonas del país involucradas. Para ello, es necesario extender los programas de atención en salud a zonas rurales y urbanas, por medio de la coordinación de las entidades prestadoras de salud locales, ya sean públicas o privadas[31].

Por su parte, en cuanto a la atención en salud mental, la CVR ha recomendado la atención gratuita para los beneficiarios del PIR[32].

Sin embargo, solo excepcionalmente se ha considerado que, entre los criterios a tener en cuenta para los diagnósticos situacionales de las víctimas, se ha de incluir el relativo a las características de estas últimas y a su relación con el impacto de la violencia (incluyendo entre las categorías a priorizar las relativas a los NNA)[33]. Además, a parte de esta situación excepcional, no existen en Perú medidas diferenciales en favor de los menores, a pesar del amplio desarrollo propuesto en materia de reparación por la CVR.

El Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT) ha afirmado, por su parte, que hasta el 2013 "[…] la implementación de las reparaciones en atención a la salud ha estado mayormente limitada al registro de las víctimas para el Seguro Integral de Salud"[34]. Sin embargo, no se debería considerar como una forma de reparación a víctimas la garantía de un derecho propio de todos los ciudadanos.

Finalmente, en cuanto al cuidado de la salud mental, los avances son significativos pero insuficientes. Así, aunque el Ministerio de Salud ha creado un Plan Integral de Reparaciones en Salud Mental, la contratación de personal capacitado se ha incrementado y la asignación de fondos a los gobiernos regionales sigue en marcha, los esfuerzos siguen siendo insuficientes para el número de víctimas que demandan el servicio[35].

---

31 Idem.
32 Idem.
33 Idem.
34 Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013, Reparaciones en Perú, El largo camino entre las recomendaciones y la implementación.
35 Idem.

2.8. Conclusiones

El análisis desarrollado permite alcanzar dos grandes conclusiones. En primer lugar, todos los países analizados coinciden en la estricta necesidad de brindar una reparación integral a las víctimas del delito que no se limite a compensar económicamente a los menores por los daños sufridos, de modo que se incluyan otro tipo de prestaciones complementarias, y en particular el acceso a servicios de calidad en salud física y mental. Con ello se busca ofrecer una reparación satisfactoria y ajustada a el daño causado a cada una de las víctimas, destacando las medidas previstas en Perú y Guatemala para reparar el daño emocional de las víctimas a través de su cuidado y atención psicológica.

En segundo lugar, ninguno de los países ha adoptado hasta el momento una política de reparación claramente enfocada en atender las necesarias especiales de los menores victimizados. A pesar de ello, cabe destacar la adopción de ciertas medidas como la creación en Chile, Colombia y España de hogares para NNA que han sido víctimas del delito. Si bien su alcance podía ser mucho mayor, lo cierto es que este tipo de medidas han sido específicamente diseñadas para atender las particulares necesidades de los menores, evitando el contacto entre estos últimos y sus victimarios y facilitando el desarrollo de las actuaciones judiciales sin generar una doble victimización (sobre todo a quienes se encuentran en edades tempranas, al ser susceptibles de padecer impactos psicológicos más profundos y duraderos).

3. MEDIDAS DE REPARACIÓN EN MATERIA EDUCATIVA Y DE ACCESO AL ÁMBITO LABORAL

3.1. Primera aproximación

La educación es un derecho fundamental de los NNA que trasciende la instrucción académica para convertirse en un medio esen-

cial de desarrollo social, cultural e intelectual[36]. Sin embargo, cuando se contempla como medida de reparación, adquiere un significado distinto, al reconocerse como una respuesta a los hechos violentos sufridos y a la responsabilidad del Estado por no haber protegido adecuadamente a las víctimas. De esta manera, como señala Correa, la educación como reparación no solo satisface necesidades inmediatas, sino que reconoce explícitamente las violaciones sufridas y busca abordar las aspiraciones específicas de las víctimas[37].

Además de facilitar el acceso a la formación académica a través de becas, subsidios y programas de validación, la educación como reparación puede incluir reformas estructurales, como la reconstrucción de infraestructura educativa o la introducción de currículos que promuevan la reconciliación, la memoria histórica y los valores de paz. Estos esfuerzos no solo contribuyen a la inclusión y cohesión social, sino que también fomentan la resiliencia y las oportunidades de desarrollo socioeconómico para NNA, quienes, a menudo, enfrentan ciclos de pobreza exacerbados por los conflictos[38].

En este contexto, la educación se erige como un puente hacia una vida productiva y digna, fortaleciendo la confianza cívica y la capacidad de los menores victimizados para convertirse en agentes activos de su propio futuro y el de sus comunidades.

3.2. Argentina

Si bien en la normativa específicamente destinada a la reparación a las víctimas de violaciones a derechos humanos durante la dictadura no se prevén medidas dirigidas a la educación e inserción laboral de las víctimas, la situación es distinta en el Programa Nacional de

---

36 UNICEF, 2018, La garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los mecanismos de justicia transicional, p. 48.

37 Correa, C., ICTJ, 2016, *Helping Victims Overcome Human Rights Violations Through Education*.

38 Ramírez-Barat, C. & Duthie, R., International Center for Transitional Justice, 2015, *Education and transitional justice. Opportunities and challenges for peacebuilding*, p. 12.

Reparación y Fortalecimiento de las Competencias Laborales para los afectados por los delitos de Trata y Explotación de Personas.

Este Programa pretende reducir la condición de vulnerabilidad laboral a la que se enfrentan quienes han sido víctimas (muchos de ellos menores) del delito de trata de personas con carácter de explotación sexual o laboral. Para ello, facilita el acceso a programas educativos, becas y capacitaciones con el fin de promover su acceso al ámbito laboral. Además, atribuye una asignación pecuniaria básica de carácter no retributivo[39].

El Programa está dividido en dos instancias principales. La primera busca una articulación y coordinación institucional para dar apoyo, acompañamiento integral y asistencia psicosocial a las víctimas. La segunda busca su vinculación a programas, proyectos o capacitaciones con el fin de que puedan obtener la formación necesaria para que puedan reinsertarse de forma estable en el ámbito laboral[40].

Sin embargo, a pesar de que el nivel de afectación a la capacidad de desarrollo formativo y de participación activa en el ámbito laboral es particularmente alto cuando las víctimas son menores, la normativa argentina no prevé medidas específicamente dirigidas a abordar sus necesidades especiales en materia educativa y de orientación y acceso a la actividad laboral.

3.3. Chile

Pese a que existen ciertas instituciones que pueden ofrecer becas de estudios para las víctimas, y particularmente para sus hijos o nietos, tal como lo es la Beca de Reparación que surge por medio de la Ley Valech[41], no existe en Chile una institución y/o entidad cuyo propósito principal sea impartir cursos, formación o asesorías profe-

---

39 PNR, Gobierno de Argentina, 2024, Reparación de Derechos y de Fortalecimiento de las Competencias Laborales para los afectados por los delitos de Trata y Explotación de Personas.

40 Idem.

41 Ministerio de Desarrollo Social y Familia, s.f., Red de Protección Social: apoyos y beneficios del Estado.

sionales y educativas que faciliten una integración real en la sociedad de los menores que han sufrido las consecuencias del delito.

3.4. Colombia

Colombia cuenta con diversos programas de formación para quienes han sido víctimas del delito cuando eran menores, destacando los ofrecidos por el ICBF a los niños/as soldados desmovilizados y por la ARN para quienes ya han cumplido los 18 años. De esta manera, tanto el programa desplegado por el ICBF como por la ARN, ofrecen esquemas de educación específicos para que los menores (y aquellos que ya cumplieron con la mayoría de edad) puedan retomar sus actividades educativas[42]. Además, ambas entidades cuentan también, de forma complementaria, con programas formación profesional y técnica certificada, lo que facilita la reinserción y reintegración de las víctimas a sus familias, comunidades y a la sociedad en su conjunto[43].

Sin bien, en ocasiones, la oferta académica y profesional de estas instituciones puede ser problemática[44]. Así mismo, los menores que fueron víctimas de reclutamiento forzado no solamente se van a encontrar por encima de la edad recomendada para retomar sus estudios, sino que además van a tener habilidades y capacidades adquiridas durante su experiencia en el conflicto armado muy diferentes a las ofrecidas en los programas de formación profesional de las instituciones mencionadas. Esto supone que los NNA van a tener periodos de aprendizaje más breves para instruirse en labores que hasta entonces les son desconocidas, lo que hace que la inserción económica y social de los menores victimizados sea todavía más difícil si cabe, a la luz de su reducida experiencia[45].

---

42 Desarrollo Social de América Latina y el Caribe (ReDeSoc), s.f., Reparación integradora para niños, niñas y jóvenes víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia.

43 Idem.

44 Idem.

45 Idem.

3.5. España

Las mencionadas Leyes Orgánicas 8/2021 y 10/2021 recogen ciertas medidas en el ámbito de la educación con respecto a los menores que son objeto de violencia sexual. No obstante, no se trata de medidas de reparación, sino de prevención y sensibilización frente a este fenómeno.

De esta manera, la Ley Orgánica 8/2021: (a) busca fomentar la educación accesible, igualitaria, inclusiva, segura, libre de violencia y de calidad, con el fin de garantizar el desarrollo de todos los menores de edad; (b) sugiere que se brinde una educación afectivo-sexual que permita la prevención de cualquier conducta enmarcada en violencia sexual contra los NNA; y (c) insta a las instituciones educativas a vigilar de cerca los procesos de contratación y a adherir los protocolos necesarios para distinguir y tratar casos de violencia sexual[46].

Por su parte, la Ley Orgánica 10/2021 establece que:

> El sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la integración de contenidos basados en la coeducación y en la pedagogía feminista sobre educación sexual e igualdad de género y educación afectivo-sexual para el alumnado[47].

Además, busca la implementación de campañas de información y prevención, en particular con respecto al ámbito digital y de las comunicaciones. Sin embargo, al margen de estas medidas "preventivas" no se recogen disposiciones relativas a la reparación a los menores que han sido víctimas de violencia sexual más allá del reconocimiento general de su derecho a ser reparados[48].

---

46 Ley Orgánica 8, 2021, 4 junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

47 Ley Orgánica 10, 2021, 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

48 Idem.

3.6. Guatemala

El Programa Nacional de Reparaciones (PNR) incluye las medidas educativas como uno de sus pilares. Tal y como estaban diseñadas, estas medidas buscaban facilitar el acceso de las víctimas y sus familiares cercanos a programas de educación formal que estuviesen a su alcance. Para ello, se había previsto expandir los programas de becas existentes, establecer alianzas con instituciones públicas y privadas y facilitar la educación universitaria y superior[49]. Sin embargo, nada de lo anterior ha tenido una incidencia material en las víctimas porque no se han creado los mecanismos previstos[50].

La situación es todavía más grave porque las reparaciones dictadas por los tribunales penales ordinarios guatemaltecos han hecho especial hincapié en este punto. Así, por ejemplo, en el caso Sepur Zarco el juez ordenó que se estableciese un centro de educación media bilingüe que garantizase el derecho a la educación de niñas, adolescentes y mujeres[51]. Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ordenó en el caso Molina Theissen que, entre las medidas de reparación a adoptar por Guatemala, se incluyese la creación por el Ministerio de Educación de una beca con el nombre de Marco Antonio Molina Theissen que permitiese acceder a los distintos niveles educativos existentes en el país[52].

Desafortunadamente, todas estas iniciativas, por valiosas que puedan haber sido en un plano teórico, no han podido llegar a implementarse en la práctica por falta de voluntad política.

Algo similar ha sucedido con el pilar del PNR relativo a la asistencia a las actividades económicas de las víctimas para reparar el daño sufrido a causa del delito. Con este fin, el PNR prevé, en un

---

49 PNR, Guatemala, 2010, Política Nacional de Resarcimiento, p. 21.

50 Martínez, D & Gómez, L., 2019, *Reparations, Responsibility & victimhood in Transitional Societies*, Las Reparaciones para víctimas del conflicto armado en Guatemala: Una promesa por cumplir, p. 31.

51 Sentencia C-01076-2012-00021 Of. 2º, Guatemala, 2016, 26 febrero.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 3 de julio de 2004, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, párr. 82 & 83, p. 43.

principio, la financiación de dichas actividades productivas, siempre y cuando se consideren sostenibles y vengan acompañadas de planes de comercialización a nivel regional, nacional y/o internacional, siendo las personas con discapacidad, y no los menores, el único grupo poblacional para el que se establece una asistencia prioritaria[53].

Sin embargo, en la práctica, este pilar del PNR solo se ha podido llevar a cabo durante un único periodo presidencial debido a la falta de apoyo político y presupuestario. Además, durante dicho periodo, si bien se enfocó en el financiamiento de pequeñas cooperativas formadas por las víctimas para presentar proyectos de microempresas autosostenibles (ofreciendo el PNR asesoría técnica para elaborar el proyecto además de su financiación), lo cierto es que, a pesar de las altas expectativas generadas, solo se acabaron apoyando económicamente 6 proyectos de todos los que habían sido presentados, sin que fueran posteriormente objeto de seguimiento o evaluación de sus resultados[54].

3.7. Perú

Según la CVR, el conflicto armado interno provocó en Perú:

> […] la pérdida de oportunidades educativas para los jóvenes que tuvieron que interrumpir sus estudios debido al clima de inseguridad en sus poblaciones. Algunos […] tuvieron que abandonar sus estudios para apoyar a sus familias ante la muerte o desaparición de los padres, otros debido a la situación de desplazamiento que sufrieron al tener que abandonar sus lugares de origen en búsqueda de seguridad y unos terceros, al dedicarse a la defensa de sus comunidades integrándose a los Comités de Autodefensa[55].

Como resultado, según la CVR, los menores afectados, que al momento de la reparación ya son adultos, se encuentran en una condi-

---

53 PNR, Guatemala, 2010, Política Nacional de Resarcimiento, pp. 16-17.

54 Martínez, D & Gómez, L., 2019, Reparations, *Responsibility & victimhood in Transitional Societies*, Las Reparaciones para víctimas del conflicto armado en Guatemala: Una promesa por cumplir. p. 31.

55 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003, Informe Final, Tomo IX (2.2), Programa Integral de Reparaciones.

ción de desigualdad con respecto a sus pares, razón por la cual el Estado está obligado a proveerles una reparación que debería contener tres elementos siguientes: (a) la exoneración de pagos de matrícula y pensión para todos los niveles educativos, incluyendo los pagos posteriores como los relativos a las constancias de egreso y los grados académicos; (b) la creación de un programa de becas integrales para realizar estudios superiores en instituciones nacionales o internacionales (los menores victimizados concursarían entre sí por las becas disponibles), que debería incluir también las correspondientes preparaciones preuniversitarias en caso de ser necesarias; y (c) la educación para adultos que, en armonización con el Programa Nacional de Alfabetización, debería prever programas especiales y ajustados para permitir la culminación de los estudios primarios y/o secundarios de las víctimas que no los hayan podido terminar por causa del conflicto armado interno[56].

Aunque en un inicio el PIR incluyó estos tres elementos y consideró como beneficiarios de estas medidas a quienes interrumpieron sus estudios y a sus hijos, la modificación realizada al PIR en 2001 excluyó a los hijos de las víctimas directas, a menos que estas últimas estuvieran desaparecidas o hubieran fallecido. Por esta razón, como Guillerot señala, muchas de las víctimas de más de 40 años prefirieron ceder el derecho en favor de sus hijos[57], lo que limitó el impacto positivo que estas medidas pudieron haber tenido en la inserción de las víctimas en el ámbito laboral.

3.8. Conclusión

El principal factor en común entre la mayoría de las jurisdicciones analizadas es la ausencia de oportunidades educativas y de carácter productivo como parte de los programas de reparaciones para las víctimas (incluyendo las víctimas de los crímenes internacionales cometidos en los conflictos armados y en las situaciones de violencia

---

56 Idem.

57 Guillerot, J., 2019, Reparaciones en Perú: 15 años de reparación, *Victimhood In Transitional Societies.*

sistemática o generalizada que han tenido lugar en los países analizados.

Si bien, Argentina, Chile, Colombia y España presentan algunos programas o leyes enfocados en políticas de interés social, estos no se dirigen específicamente a reparar a las víctimas, o cuando lo hacen no se centran en las necesidades especiales de los menores victimizados, sino que, como sucede en Argentina y España, ponen el énfasis en las víctimas de determinados delitos como los delitos de violencia sexual o basada en género, o de trata de personas.

En contraste con los anteriores, Guatemala y Perú, países que han sufrido conflictos armados internos muy prolongados, han adoptado valiosas iniciativas en materia de formación y acceso al ámbito laboral de los menores victimizados. Sin embargo, en ambos casos la falta de voluntad política ha impedido obtener los resultados esperados, lo que muestra la importancia de que las instituciones destinadas a la ejecución de las políticas de reparación a los menores tengan el mayor grado posible de autonomía política y presupuestaria.

Este no ha sido, sin embargo, el caso en ninguno de estos dos países, razón por la cual, a pesar de que teóricamente se han diseñado importantes medidas educativas y de orientación e integración laborar con un enfoque en los menores, la mayor parte no han podido ejecutarse en la práctica, o solo lo han hecho de manera muy limitada, debido a la falta de voluntad política de los dirigentes de turno, que han decidido recortar las partidas presupuestarias asignadas a estos programas y restringir el apoyo a las instituciones encargadas de llevarlos a cabo. Todo ello ya debilitado enormemente su capacidad de acción y ha reducido significativamente la cantidad de víctimas que han podido finalmente acceder a este tipo de reparaciones.

4. MEDIDAS DE COMPENSACIÓN

4.1. Primera aproximación

La compensación como medida de reparación busca reconocer y aliviar el sufrimiento de las víctimas mediante un resarcimiento económico proporcional y adecuado, el cual no sólo debe cubrir las pér-

didas materiales, sino también intentar reparar daños más difíciles de cuantificar, como la interrupción de la vida familiar, la pérdida de oportunidades educativas o el deterioro del estatus social[58].

Este mecanismo, que puede materializarse en pagos en efectivo en una o varias entregas o en pensiones mensuales, tiene el potencial de ofrecer tanto un reconocimiento simbólico del daño sufrido como un alivio económico[59].

Sin embargo, su implementación enfrenta desafíos significativos, como la limitación de recursos, la necesidad de garantizar la confidencialidad y las cuestiones de género y otras tensiones comunitarias que pueden derivarse de su distribución. De esta manera, si bien puede brindar un importante alivio inmediato para las víctimas y sus familias, su impacto varía porque algunas encuentran en ella un apoyo necesario, mientras que otras experimentan consecuencias negativas como reacciones emocionales autodestructivas o conflictos familiares, especialmente cuando no se acompaña de apoyo psicosocial y de una orientación financiera adecuada[60].

4.2. Argentina

Entre las distintas disposiciones que regulan la compensación económica o indemnización en Argentina, destaca a fines de este trabajo lo dispuesto en la Ley 25.914 (2004) en relación con la indemnización para las personas que hubieren nacido durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación a sus padres, siempre que cualquiera de éstos hubiese estado detenido y/o desaparecido por razones políticas, ya sea a disposición del Poder Ejecutivo nacional y/o tribunales militares[61].

---

58 UNICEF, 2018, La garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los mecanismos de justicia transicional, p. 53

59 UNICEF, 2022, *Paris Principles, operational handbook,* p. 374

60 *Queen's University Belfast Human Rights Centre, 2016, Submission by QUB Human Rights Centre on reparations issues pursuant to Article 75 of the Statute, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC.*

61 Ley 25.914, 2004.

La ley dispone además toda una serie de criterios precisos para determinar quienes pueden acceder a las indemnizaciones:

1. Para quienes hayan nacido durante la detención y/o cautiverio de su madre, constancia de la fecha de nacimiento, anterior al 10 de diciembre de 1983, y acreditación, por cualquier medio de prueba, de que su madre se encontraba detenida y/o desaparecida por razones políticas a disposición del Poder Ejecutivo nacional, y/o tribunales militares y/o áreas militares, con independencia de su situación judicial.
2. En el supuesto de menores nacidos fuera de los establecimientos carcelarios y/o de cautiverio, acreditar por cualquier medio de prueba su permanencia en los mismos y las condiciones requeridas en el artículo 1° de la presente ley en alguno de sus padres.
3. Sentencia judicial rectificatoria de la identidad en los casos del segundo párrafo del artículo 1°. Quedan exceptuados de acompañar tal sentencia aquellos que encontrándose en esta situación hayan sido adoptados plenamente y de buena fe, debiendo probar por cualquier medio la desaparición forzada de sus padres[62].

En cuanto al monto de la indemnización, el art. 4 de la propia Ley 25.914 (2004) establece que se realizará un solo pago por una suma igual a veinte (20) veces la remuneración mensual de los agentes nivel a, grado 8, del sistema nacional de la profesión administrativa decreto n° 993/91 t.o. 1995[63]. además, se tienen en cuenta las afectaciones físicas que agravan el sufrimiento de las víctimas, previendo

---

62 Congreso de la Nación de Argentina, 2004, Ley 25.914, por la que se establecen beneficios para las personas que hubieren nacido durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación a sus padres, siempre que cualquiera de éstos hubiese estado detenido y/o desaparecido por razones políticas, ya sea a disposición del Poder Ejecutivo nacional y/o tribunales militares. Alcances a víctimas de sustitución de identidad. Requisitos que se deberán acreditar para acogerse a los beneficios de la ley. Procedimiento para el cálculo de la indemnización, Vid.: en particular, el art. 2.

63 Ibid., art. 4.

que si, en virtud de las circunstancias establecidas en el artículo 1°, el beneficiario hubiese sufrido lesiones graves o gravísimas, según la clasificación del código penal, o hubiese fallecido, el beneficio será incrementado en un cincuenta por ciento (50%), setenta por ciento (70%) y cien por ciento (100%) respectivamente[64]. Finalmente, la cantidad entregada será también contabilizada a efectos jubilatorios de beneficiario.

En principio, parece existir en esta legislación un factor diferenciador en atención a las necesidades especiales de los menores victimizados a los que se aplica la Ley 25.914 (2004), teniendo en cuenta que una parte muy importante de las víctimas de los crímenes cometidos por el Estado durante la dictadura, fueron niños o menores de edad. Sin embargo, al mismo tiempo se observa la aplicación de un mismo monto de indemnización para todas las víctimas, previendo solo la posibilidad de un incremento cuando se pueda probar la existencia de lesiones o las condiciones del fallecimiento del menor durante la detención de sus padres.

4.3. Chile

En Chile se reconoce la importancia de reparar a las víctimas que han sufrido vulneraciones de diversa índole mediante medidas de compensación, habiéndose aprobado legislativamente proyectos que reconocen, por ejemplo, indemnizaciones a los afectados por la violencia estatal durante los estallidos sociales[65].

Así mismo, la Ley 19.123 de 1992, que busca cumplir y hacer seguimiento a las recomendaciones recogidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, prevé la entrega de pensiones a las víctimas de la violencia estatal durante la dictadura de Augusto Pinochet[66].

---

64 Ibid., art. 4, inc 1.

65 Collado, C., 2021, 20 julio, Cámara aprueba proyecto que entrega indemnizaciones a víctimas del "Estallido Social", Cámara Diputados.

66 Refworld, *UNHCR's Global Law and Policy Database*, 2024, 11 febrero, Chile: Ley No. 19123 de 1990, Crea la corporación nacional de reparación y re-

De este modo, se advierte que el Estado reconoce su responsabilidad en las violaciones de derechos humanos y considera que las indemnizaciones deben ser proporcionales y apropiadas en vista de la gravedad de lo acontecido, expandiéndose no solo a las víctimas individuales sino también a quienes se han visto perjudicados colectivamente[67]. Sin embargo, no se observa ningún tratamiento diferencial en materia de compensación para reparar las necesidades especiales de los menores victimizados[68].

4.4. Colombia

La Ley 1448 de 2011, sobre medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado, ha supuesto el reconocimiento por el Estado colombiano de la existencia de un conflicto interno en su territorio y de su responsabilidad en la reparación de los daños ocasionados por el mismo, lo que constituye un avance considerable en materia de elegibilidad de las víctimas y modalidades de reparación[69]. Como parte de la reparación integral prevista para cada víctima, la Ley 1448 prevé una serie de indemnizaciones tarifadas según el tipo de delito (conocidas como indemnizaciones administrativas), donde, por ejemplo, los homicidios y la desaparición forzada conllevan el pago de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes que serán repartidos entre los familiares de las víctimas[70]. Sin embargo, al igual que en el caso chileno, no se recoge

---

conciliación, establece pensión de reparación y otorga otros beneficios en favor de personas que señala.

67 Collado, C., 2021, 20 julio, Cámara aprueba proyecto que entrega indemnizaciones a víctimas del "Estallido Social", Cámara Diputados.

68 Particularmente conocido en esta materia es el caso de Paul Schäfer, quien debido a la comisión de delitos tales como tortura, desaparición y abusos dentro de lo que era conocido como Colonia Dignidad, debió entregar 6 millones de dólares a las víctimas bajo la guía del Consejo de Defensa del Estado. Vid.: Ramírez, P., 2011, 23 mayo, La negociación que entrega US$6 millones para indemnizar a las víctimas de Schäfer, CIPER Chile.

69 Díaz-Gaviria, A. Y., 2016, Ley 1448 de 2011: análisis crítico a la restitución de tierras como mecanismo de reparación integral, Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia, RIUCaC.

70 Unidad para las Víctimas, 2023, 21 junio, Indemnización.

ningún tratamiento diferencial en cuanto al monto indemnizatorio con el fin de reparar las necesidades especiales de los menores victimizados.

4.5. España

Aunque en España existen distintos mecanismos dirigidos a proporcionar compensaciones económicas a las víctimas (tal como lo establece en particular la Ley 35/1995 sobre el sistema de ayudas públicas en favor de las víctimas directas o indirectas de delitos dolosos y violentos cometidos en el país), no existe ni una política integral, ni una entidad pública concreta, dedicadas específicamente a garantizar que estas medidas sean adecuadas, accesibles y ajustadas a las circunstancias particulares de cada caso. Esto afecta sobre todo a los niños, niñas y adolescentes (NNA), puesto que sus necesidades especiales no son tampoco objeto de un tratamiento diferencial[71].

4.6. Guatemala

Aunque la principal medida de reparación a las víctimas en Guatemala es la indemnización económica, no existe en su normativa un tratamiento diferencial para los memores victimizados, siendo solamente objeto de atención prioritaria las personas cuya discapacidad les impida reinsertarse en el ámbito laboral, con independencia de su edad[72].

De esta manera, en el Manual de Procedimientos del PNR (2011) se prevé un monto único de compensación económica dependiendo del tipo de delito. Así, para víctimas de desaparición forzada o ejecución extrajudicial se prevé una cuantía de 3.200 dólares (que se hará

---

71 Ley 35, 1995, 11 diciembre, de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

72 PNR, Guatemala, 2010, Política Nacional de Resarcimiento, pp. 16-17.

efectiva a sus familiares), mientras que en el caso de lesiones graves o delitos por tentativa el monto se reduce a 1.600 dólares[73].

Estas cuantías se entregan por familia cuando se cumplen todos los requisitos administrativo requeridos, por lo que, al tratarse en la mayoría de las ocasiones de familias numerosas, cada uno de los beneficiarios (padres, hijos o hermanos de las víctimas) terminan recibiendo un promedio de 500 dólares por familiar desaparecido o ejecutado extrajudicialmente, lo que para el gobierno guatemalteco tiene una naturaleza reparadora[74].

4.7. Perú

El programa de compensación económica integrado en el PIR se basa en los dos ejes fundamentales propuestos por la CVR: (a) el respeto y garantía a los derechos humanos de las víctimas; y (b) el respeto por su autonomía a la hora de definir y decidir sus necesidades como ciudadanos. Así mismo, como la propia CVR señala, "la necesidad de reparar económicamente se vuelve más apremiante debido al hecho de que las víctimas fueron en su mayor parte los grupos más pobres y excluidos de la sociedad"[75].

Con respecto a los menores en particular, si bien no se prevé un régimen diferencial para calcular la cuantía de su indemnización dadas sus necesidades especiales, sí se les atribuye la condición de beneficiarios en los siguientes casos:

1. Cuando son familiares de víctimas fatales o desaparecidas, en cuyo caso tendrán derecho a una pensión de hasta los 18 años, que será entregada a su tutor legal. El monto, se determinará de acuerdo con el derecho civil en materia de sucesiones, si

---

73 Programa Nacional de Resarcimiento, Guatemala, s.f., Cantidad de beneficiarios por tipo de violación del 2005-2014.

74 Martínez, D & Gómez, L., 2019, *Reparations, Responsibility & victimhood in Transitional Societies,* Las Reparaciones para víctimas del conflicto armado en Guatemala: Una promesa por cumplir. p. 31.

75 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003, Informe Final, Tomo IX (2.2), Programa Integral de Reparaciones.

bien el cónyuge de la víctima tiene prelación sobre sus hijos e hijas.

2. Cuando su nacimiento es resultado de una violación sexual, en cuyo caso son también acreedores de una pensión hasta los 18 años[76].

4.8. Conclusión

El análisis realizado permite distinguir dos grupos de países. Por un lado, Argentina, Colombia y Guatemala han optado por la creación de disposiciones legales que dan lugar a indemnizaciones tarifadas, es decir, compensaciones económicas administrativas que, en virtud de principios como la proporcionalidad, son establecidas por el gobierno.

Por otro lado, Chile, España y Perú no tienen un sistema de reparaciones en vía administrativa, de manera que, si bien con ciertas particularidades en cuanto a la elegibilidad de las víctimas y a las modalidades de acompañamiento estatal, se limitan a las compensaciones económicas decretadas en vía judicial.

Además, todos los sistemas comparten una característica en común: la ausencia de un tratamiento diferencial a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria para hacer frente a las necesidades especiales de los NNA. Incluso en Argentina, que es el único país en el que al menos normativamente se prevé dicho tratamiento diferencial, en la práctica se pierde el impacto del mismo; puesto que la Ley 25.914 (2004), en el que se recoge, se promulgó más de veinte años después de que se cometieran los delitos entre 1976 y 1983.

---

76 Idem.

5. MEDIDAS DE REPARACIÓN DE NATURALEZA SIMBÓLICA

5.1. Primera aproximación

Las reparaciones simbólicas buscan brindarles a menores sentido y reconocimiento, permitiéndoles resignificar su experiencia y proyectarse hacia un futuro con esperanza. La implementación de estas reparaciones debe considerar dimensiones individuales y colectivas, asegurando que las acciones propuestas sean culturalmente pertinentes y que reflejen el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado u otros actores implicados[77]. Ejemplos de estas medidas incluyen ceremonias públicas de reconciliación, la creación de memoriales, rituales tradicionales de purificación, y la asignación de mentores que acompañen a los NNA en su proceso de reintegración. Estas iniciativas no solo contribuyen al proceso de sanación individual, sino también a la reconstrucción del tejido social, promoviendo la cohesión y el entendimiento comunitario[78].

Las medidas de reparación simbólicas pueden adoptar formas judiciales y no judiciales, cada una con sus respectivas ventajas e inconvenientes. Así, mientras los mecanismos judiciales tienen un mayor valor disuasorio y fortalecen las normas internacionales, los enfoques no judiciales suelen centrarse más en las necesidades específicas de las víctimas y en las realidades locales[79]. En cualquier caso, ambos enfoques deben alinearse en aras de proveer justicia a las víctimas y garantizar la rendición de cuentas de los victimarios, fomentando cambios en las actitudes y comportamientos sociales para prevenir futuras violaciones[80].

De esta manera, las reparaciones simbólicas no sólo constituyen un acto de justicia, sino también una importante herramienta para reconstruir la confianza en las instituciones y fortalecer la resiliencia

---

77 UNICEF, 2022, *Paris Principles, operational handbook,* p. 367.
78 UNICEF, 2022, *Paris Principles, operational handbook,* p. 388.
79 Ibid., p. 362.
80 UNICEF, 2022, *Paris Principles, operational handbook.*

de los menores, facilitando su integración y participación en una sociedad que reconoce y valora sus derechos[81].

5.2. Argentina

El Decreto Presidencial 187 del 15 de diciembre de 1983 creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), la cual tuvo vigencia hasta septiembre de 1984. Esta comisión fue creada con el fin de: (a) investigar las graves violaciones a los derechos humanos que habían tenido lugar de manera reiterada entre 1976 y 1983; y (b) recopilar la mayor información posible a través de la búsqueda de testimonios de sobrevivientes, familiares y victimarios y de archivos de las instalaciones utilizadas como centros de detención[82].

En ejecución de su mandato, la CONADEP realizó un inventario de las desapariciones denunciadas y de los centros clandestinos, clasificó los relatos y analizó toda la información recopilada para reconstruir lo sucedido, emitiendo un informe final denominado "Nunca más", que registraba parcialmente el número de desaparecidos y de centros clandestinos de detención[83]. Todo ello se entendió en la sociedad argentina como un medio de reparación porque permitió conocer la verdad de lo sucedido contribuyendo de esta manera a su no repetición. En lo que respecta a los NNA, la divulgación de los hechos permitió conocer los nombres de los estudiantes que habían sido torturados y desaparecidos cuando todavía eran menores de edad. Así mismo, se brindó información acerca de los niños robados y el contexto y propósito de estas prácticas criminales[84].

Con el fin de reestablecer los derechos de los menores y sus familias, se creó en 1992 la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI). Sus actividades se centraron en la búsqueda del

---

81 Idem.

82 Defensor del pueblo de la nación, República de Argentina, 2019, Informe al Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición.

83 Idem.

84 Idem.

paradero de los hijos e hijas de los desaparecidos y de las personas nacidas durante la detención forzada de sus madres, a los efectos de poder restituir de esta manera su identidad[85]. Como resultado, se ha logrado ubicar a numerosas víctimas (hoy adultos), y se las ha podido poner en contacto con sus familias de origen.

Así mismo, se han creado monumentos en diversos puntos del país, como, por ejemplo, el parque de la memoria que "contiene un monumento con cinco paredes con treinta mil placas de las cuales ocho mil setecientas dieciocho tienen nombres, en homenaje a los desaparecidos y asesinados en la dictadura"[86].

Del mismo modo, aquellos lugares que fueron utilizados como centros de tortura, asesinato y violación, se han transformado hoy en lugares de memoria. Dichos lugares tienen, hoy en día, propósitos educativos y de promoción y defensa de los derechos humanos, generando una memoria colectiva. Entre los lugares más emblemáticos que cumplen esta función en la actualidad se encuentra el Espacio de la Memoria en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA). De esta manera, la ESMA, que entre 1976 y 1983 fue un centro de detención clandestino donde se cometieron torturas, desaparición forzada de personas y robo de niños recién nacidos, entre otras violaciones graves de derechos humanos[87], se ha convertido en un patrimonio histórico cultural con contenido reparador para las víctimas y enfocado especialmente a los menores cuya identidad y núcleo familiar se vieron gravemente afectados.

5.3. Chile

Chile presenta un amplio historial de instituciones de justicia transicional que recogen diversas formas de reparación de los daños ocasionados. Además, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CNVR), o la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura

---

85 Defensor del pueblo de la nación, República de Argentina, 2019, Informe al Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, p. 2.

86 Ibid., p. 9.

87 Idem.

(CNPPT) han propuesto en sus informes varias posibles medidas de reparación simbólica (con un inherente carácter colectivo), Sin embargo, a diferencia del caso argentino, la información sobre cómo se han materializado estas propuestas o la manera en que podrían mantenerse en el futuro, o bien no existe o no es fácilmente accesible[88].

5.4. Colombia

En materia de reparaciones simbólicas Colombia ha implementado toda una serie de medidas legislativas y administrativas para reparar a víctimas, entre las que cabe destacar los Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador (TOAR), que están siendo desarrollados en la actualidad por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como formas de sanción a quienes son considerados como máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto armado. De este modo, los TOAR presentan una doble naturaleza retributiva y restauradora.

Además, algunos de los TOAR, tienen también un claro componente simbólico en su diseño, como es el caso, por ejemplo, del Programa "Siembras de Vida", que en su articulación inicial prevé que los máximos responsables de las ejecuciones extrajudiciales realicen labores de siembras de árboles en ciertas zonas geográficas donde se llevaron a cabo los homicidios[89].

En todo caso, es importante subrayar que a día de hoy se han presentado cientos de propuestas de TOAR de índole privada, mixta y pública[90], por lo que, al no existir una estandarización de lo que pueda o no ser considerado como tal, y particularmente, al no existir una guía y/o norma que regule los recursos bajo los cuales se financiaran, se presentan vulnerabilidades de difícil solución.

---

88 López, M. F., s.f., Reparación simbólica, trauma y victimización: la respuesta del Estado chileno a las violaciones de derechos humanos (1973-1990), Íconos, *Revista de Ciencias Sociales*.

89 Sistema Restaurativo de la JEP entra en funcionamiento con el proyecto 'Siembras de Vida' en la localidad de Usme en Bogotá, s.f.

90 Comisión Colombiana de Juristas, s.f., Observatorio sobre la JEP.

5.5. España

España se ha caracterizado por las escasas, parciales e incompletas políticas de reparación y memoria pública adoptadas en la legislación previa a la reciente aprobación de la Ley 20/2022 de Memoria Democrática (19 de octubre de 2022). Un ejemplo paradigmático de esta situación es el mantenimiento durante casi cincuenta años desde el inicio del proceso de transición tras la muerte del dictador Francisco Franco (quien estuvo en el poder entre 1939 y 1975), de los efectos jurídicos de las resoluciones dictadas por los órganos represivos de su dictadura (cuya anulación solo se ha previsto en la mencionada Ley 20/2022)[91].

En este contexto, si bien la Ley 52/2007 sobre Memoria Histórica contenía ciertas iniciativas de reparación simbólica destinadas a reconocer el dolor de las víctimas y a fortalecer dicha memoria, distaba mucho de recoger una política completa ni una entidad específica encargada específicamente de asegurar que estas iniciativas fueran efectivas, accesibles y adecuadas a las particularidades de cada situación[92]. Esto sin duda, ha evitado un tratamiento diferenciado para quienes en el momento de ser victimizados tenían la condición de NNA, respecto de los cuales no se han adoptado medidas simbólicas diseñadas a la luz de sus necesidades especiales.

5.6. Guatemala

En Guatemala es posible encontrar ciertas medidas de reparación simbólicas adoptadas en favor de las víctimas durante ciertos periodos presidenciales. Así, por ejemplo, durante el gobierno de Álvaro Colom (2008-2012), las medidas de compensación ejecutadas por el PNR fueron acompañadas de cartas de perdón dirigidas a las

---

91 Art. 3 de la Ley 52/2007 sobre Memoria Histórica.

92 Nuria, G. M., s.f, Ley de memoria histórica española: Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

víctimas en nombre del Estado[93]. Posteriormente, durante el mandato de Otto Pérez Molina (2012-2015), el PNR puso en marcha un programa de inhumaciones de víctimas del conflicto armado, que se hizo cargo del monto del osario, el nicho del cementerio y la alimentación de quienes participaban en las ceremonias de inhumación, ofreciéndose además acompañamiento psicológico a las familias de las víctimas[94].

Este último programa no debe ser, en todo caso, confundido con el trabajo de la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñez Desaparecida (CNBND) establecida con el propósito de documentar las desapariciones de menores y buscar su paradero[95], la cual ha recopilado una extensa documentación sobre lo acontecido a los menores, resolviendo 119 casos de niñez desaparecida, promoviendo 70 reencuentros de familiares y fomentando 49 exhumaciones en cementerios clandestinos[96]. El trabajo de la CNBND ha sido muy relevante porque

---

93 Del modo, durante este periodo, el PNR entregó viviendas a las esposas e hijos de algunas de las víctimas, si bien muchas de ellas fueron entregadas incompletas, presentándose graves escándalos de corrupción con los fondos presupuestados a estos efectos. Vid.: Prensa Libre,2013, 11 junio, Denuncias en Fonapaz suman Q19 millones.

94 Sin embargo, este programa fue liderado teóricamente por el PNR, lo cierto es que quienes se encargaron de las exhumaciones y el acompañamiento psicosocial a los familiares de las víctimas fueron normalmente organizaciones como la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG), el Centro Maya Saq b´e, el Grupo de Apoyo Mutuo (GAM), el Grupo Utz K'aslemal, el Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial (ECAP), lo que refleja cómo las víctimas del conflicto tiene una mayor confianza en las organizaciones de la sociedad civil, que en las iniciativas estatales. Vid.: *Impunity Watch,* Guatemala, 2014 Monitoreo de la Justicia Transicional en Guatemala, Tomo I, Derecho a la Justicia para las Víctimas del Conflicto Armado Interno.

95 Vid.: Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 2015, Informe de supervisión del Programa Nacional de Resarcimiento.

96 Aunque su labor fue de suma importancia, debido a la falta de apoyo y al recorte abrupto de la financiación del PNR, la CNBND terminó desintegrándose poco después, por lo que las labores de búsqueda recayeron solamente en organizaciones humanitarias de defensa de los derechos humanos, al margen de todo apoyo gubernamental y político. Vid. Misión de las Naciones Unidas para la Verificación de los Acuerdos de Paz en Guatemala

una de las prácticas más comunes durante el conflicto armado fue la desaparición forzada de menores, por lo que ha podido brindar a sus familias la oportunidad de conocer finalmente su paradero, lo que ha acompañado también, en la mayoría de los casos, con el necesario apoyo psicosocial[97].

5.7. Perú

Como señaló la CVR en su informe final, las medidas simbólicas son de suma relevancia toda vez que representan el reconocimiento de la importancia y gravedad de los daños causados a quienes debían ser protegidos por el Estado. Asimismo, presentan una dimensión pedagógica al generar conciencia sobre los sucesos ocurridos, desempeñado una función de bisagra entre la construcción de la verdad y la reconciliación[98].

Entre las medidas de esta naturaleza planteadas por la CVR se pueden destacar las siguientes: (a) el reconocimiento expreso por el Estado peruano del Informe Final de la CVR; (b) las disculpas públicas al país por parte de los altos responsables del Estado; (c) las ceremonias públicas de Explicación y Reconocimiento de la Verdad; y (d) el cambio y resignificación de símbolos de violencia o violación de derechos humanos en los territorios afectados[99].

Sin embargo, de entre todas estas medidas, las que presentan un mayor enfoque en los menores son las acciones institucionales en el sector educativo, como el cambio de nombre de los centros de formación (asignándoles nombres de una o varias víctimas), como forma de reparación moral. Lo anterior, toda vez que se reconoce

---

(MINUGUA), Informe de Verificación, El estado de cumplimiento de las recomendaciones de la comisión para el esclarecimiento histórico.

97 Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 2015, Informe de supervisión del Programa Nacional de Resarcimiento.

98 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003, Informe Final, Tomo IX (2.2), Programa Integral de Reparaciones.

99 Idem.

que los colegios y escuelas hacen parte esencial de la identidad de los NNA[100].

5.8. Conclusión

El análisis realizado muestra un desarrollo muy precario con respecto al diseño de medidas simbólicas de reparación con enfoque diferencial en las necesidades especiales de los NNA. De esta manera, si bien los Estados objeto de estudio han reconocido, en términos generales, la relevancia de las medidas simbólicas en la construcción de la memoria histórica nacional y en la reconstrucción del tejido social impactado por la violencia (si bien, en el caso de España, la existencia de dicho reconocimiento con anterioridad a la reciente adopción de la Ley 22/2022 sobre Memoria Democrática es muy controvertido), solo Guatemala y Perú han diseñado medidas de reparación simbólica con base en un tratamiento diferenciado de las necesidades especiales de los menores (sobre todo mediante la creación de la CNBND y el cambio de nombre a las instituciones educativas, respectivamente). Además, como muestra el abrupto corte presupuestario del PNR que llevó a la paulatina disolución de la CNBND, la implementación de este tipo de medidas presenta la debilidad de estar estrechamente vinculada a la voluntad política de los gobiernos de turno y a su disposición a asignar los recursos necesarios para su mantenimiento a lo largo del tiempo.

6. MEDIDAS DE REPARACIÓN DE NATURALEZA COLECTIVA

6.1. Primera aproximación

Las reparaciones colectivas, que pueden ser tanto materiales como simbólicas, son idóneas para abordar las violaciones que afectan no solo a individuos, sino también a comunidades enteras. La reparación colectiva es un derecho fundamental de grupos, pueblos,

---

100 Idem.

comunidades étnicas e incluso políticas que hayan sido sujetos de violaciones de derechos colectivos, afectaciones a su tejido social y cultural, derechos individuales de los miembros de los colectivos e incluso conlleva la mitigación del impacto colectivo de la violación de derechos individuales[101].

En el caso de los NNA, las reparaciones colectivas deben considerar los ámbitos familiar y comunitario como espacios fundamentales para generar un impacto transformador[102]. Por ejemplo, la educación puede ser una importante herramienta en este contexto, a través de la reconstrucción de infraestructura educativa, la provisión de recursos para la etnoeducación y el fortalecimiento de programas que respondan a las necesidades específicas de las comunidades.

Asimismo, las reparaciones colectivas han de ser concebidas como un proyecto político basado en derechos, a través del cual se transmita un mensaje dignificante tanto en su diseño como en su implementación[103]. Este enfoque implica garantizar la participación activa de los menores y de sus comunidades, promoviendo su empoderamiento, resiliencia y capacidad de toma de decisiones.

6.2. Argentina

Para el Estado argentino, las iniciativas expuestas en la sección anterior sobre reparaciones simbólicas constituyen también medidas de reparación colectiva. Así, la configuración del Espacio de la Memoria en la ESMA, que ha permitido convertir este centro de detención clandestino (donde se cometieron gravísimos crímenes internacionales) en un centro de cultura y reparación de memoria histórica, es considerada una forma de reparación colectiva al apuntar a "la

---

101 Gobierno del Estado Colombiano, Unidad para las Victimas, s,f, ¿Qué es la reparación colectiva?; *International Center of Transitional Justice,* 2009, *The Rabat Report: The concept and Challenges of Collective Reparations.*

102 UNICEF, 2018, La garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los mecanismos de justicia transicional, p. 54.

103 Ibid., p. 44.

trasmisión de la memoria, la educación y la promoción y defensa de los derechos humanos generando memoria colectiva"[104].

Así mismo, considera que todas las medidas de reparación llevadas a cabo conllevan un reconocimiento previo por parte del Estado de su responsabilidad en las violaciones cometidas, de manera que no existe duda en el colectivo social sobre la aceptación por parte del Estado de las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas y su involucramiento en las mismas[105].

Sin embargo, no son pocas las voces que afirman la inactividad del Estado e incluso la decisión deliberada de no incluir en investigaciones penales a actores que necesariamente tuvieron relación con la comisión de los crímenes de lesa humanidad ocurridos (tales como autoridades civiles y políticas e integrantes de la jerarquía de la Iglesia Católica en Argentina)[106].

6.3. Chile

En Chile, la Ley 19.123 de 1992 busca mediante recursos públicos y a través de la gestión de entidades gubernamentales cumplir y hacer seguimiento a las medidas adoptadas para la ejecución de las recomendaciones recogidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación[107]. Sin embargo, ante la ausencia en estas recomendaciones de medidas de reparación colectiva, ciertas organizaciones, como la Fundación de Protección a la Infancia Dañada por los Estados de Emergencia, han tratado de aplicar este tipo de medidas, incluyendo dentro de las mismas a los menores victimizados durante la dictadura de Augusto Pinochet.

---

104 Defensor del pueblo de la nación, República de Argentina, 2019, Informe al Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, p. 5.

105 Idem.

106 Idem.

107 *UNHCR's Global Law and Policy Database*, 2024, 11 febrero, Chile: Ley No. 19123 de 1990, Crea la corporación nacional de reparación y reconciliación, establece pensión de reparación y otorga otros beneficios en favor de personas que señala.

Además, caben mencionar los programas de educación y ayuda psicosocial en zonas de conflicto, o en su defecto, en comunidades que han sido, y siguen siendo, tradicionalmente afectadas, como es el caso, por ejemplo, del Proyecto de la Común de Tirúa dirigido a los NNA de la comunidad Mapuche. A través de este programa se ha logrado involucrar no solo a los menores, sino también a sus familiares, a las escuelas locales, y a todos los integrantes de la comunidad Mapuche Lavkenche, puesto que se desarrolló en tres escuelas donde se ofrecieron becas de estudio, talleres de nivelación escolar, talleres en donde se abordó el enfoque de derechos, campamentos de verano, y capacitaciones dirigidas a fortalecer el tejido social[108].

6.4. Colombia

En Colombia, cabe nuevamente destacar los TOAR desarrollados en la JEP, porque, aunque tengan un contenido sustancialmente simbólico, gran parte de las medidas de reparación desarrolladas a través de los mismos tienen también una naturaleza colectiva. Destaca, en este sentido, el proyecto de Casa Campesina propuesto por la Corporación Colectiva de Abogados Luis Carlos Pérez, y dirigido a la creación de un espacio multipropósito donde victimarios y víctimas puedan convivir.

Según la Corporación, el proyecto de Casa Campesina debe contar con "servicios de alojamiento y alimentación temporal, en un espacio no menor de una hectárea, en el cual también se presenten servicios de capacitación y atención institucional relativa al acopio, transformación y comercialización de productos agropecuarios"[109].

Sin embargo, esta propuesta (al igual que todos los TOAR considerados por la JEP) no puede tener un amplio contenido simbólico e inmaterial o colectivamente reparador, porque, de no ser materialmente suficiente, no sería sostenible en el tiempo y, por ende, la re-

---

108 Educación y apoyo psicosocial en zona de conflicto, Fundación de Protección a la infancia dañada por los Estados de Emergencia, s.f.

109 Propuesta TOAR desde las víctimas, Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, s.f.

paración no podría considerarse integral[110]. Esto genera importantes dificultades porque el proyecto Casa campesina es solo uno de los muchos que actualmente adolecen de este problema, situación que se ve agravada al no existir una guía o norma que regule la forma de financiar su ejecución.

Además, a la hora de diseñar los TOAR u otras medidas de reparación colectiva, no se observa la adopción de un enfoque diferencial en relación con las necesidades especiales de los menores victimizados.

6.5. España

Los aportes a las medidas de reparación colectiva que se pueden encontrar en España son prácticamente inexistentes, dado el rechazo a la inclusión de víctimas colectivas en los procesos de reparación. Esto se debe, entre otras cosas, al estricto seguimiento de la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables en todos los Estados miembros a los mecanismos de reparación colectiva, donde se señala expresamente que los grupos poblacionales no tienen legitimación para actuar como sujetos activos en este tipo procesos[111]. Si bien esta Recomendación no comprende un instrumento jurídico vinculante[112] ha sido esencial para determinar la política nacional en materia de reparaciones.

6.6. Guatemala

Las principales víctimas de los crímenes internacionales cometidos en Guatemala durante el conflicto armado fueron las comunidades indígenas, por lo que era necesario que el PNR tuviera en cuenta la importancia de reparar el tejido social de las comunidades afectadas. En consecuencia, el PNR contempla: (a) la celebración del

---

110 Idem.

111 Recomendación de la Unión Europea 2013/396 de la Comisión, 11 junio.

112 Tipos de legislación, Unión Europea, s.f.

Día Nacional de la Dignidad de la Víctimas (25 de febrero); (b) la creación de museos con el propósito de preservar la memoria histórica y fortalecer la dignidad de las víctimas (en cumplimiento de esta medida, una parte del museo existente en el Palacio de la Cultura fue dedicada a exponer todo los relativo al conflicto armado interno); y (c) la construcción de monumentos para dignificar los lugares donde han sido realizadas las exhumaciones, se ubican las comunidades de víctimas o son sitios de relevancia histórica en el conflicto[113].

Una medida específicamente diseñada para reparar lo daños causados a las comunidades indígenas, es la iniciativa de divulgación de

> "usos, costumbres y tecnología de las diferentes culturas; recopilación y sistematización de los principales rasgos culturales de las comunidades afectadas; recuperación de la historia comunitaria a partir de la experiencia de los ancianos; y acciones que fomenten la multiculturalidad e interculturalidad en Guatemala, así como la recuperación del idioma materno"[114].

Frente a lo anterior, es pertinente mencionar que dentro de las medidas que posiblemente pueden ser consideradas colectivas, no hay ninguna diseñada específicamente en relación con los menores que fueron desaparecidos o violentados, observándose la práctica generalizada de invisibilizar las características específicas de cada víctima, saltarse los factores diferenciadores y tratar de adoptar medidas de reparación comunes[115].

6.7. Perú

Según el PIR, las medidas de reparación colectiva son medidas enfocadas a la "reconstrucción del capital social e institucional, material y económico-productivo de las familias y comunidades rurales y

---

113 Martínez, D & Gómez, L., 2019, *Reparations, Responsibility & victimhood in Transitional Societies*, Las Reparaciones para víctimas del conflicto armado en Guatemala: Una promesa por cumplir.

114 PNR, Guatemala, 2010, Política Nacional de Resarcimiento, pp. 16-17.

115 Idem.

urbanas afectadas por el proceso de violencia"[116]. Sin embargo, llama la atención que los beneficiarios de las medidas de reparación colectiva previstas en el PIR sean únicamente dos tipos grupos: (a) las comunidades campesinas, nativas y otros centros poblados afectados por la violencia y; (b) los grupos organizados de desplazados que no tienen previsto regresar a su territorio. En consecuencia, diversos sectores poblacionales con necesidades especiales (como los NNA) no ha sido tenidos en cuenta en la propuesta de programa de reparaciones realizada por la CVR[117].

Sin embargo, otros sectores poblacionales como las mujeres, si han recibido un trato diferencial, de manera que los principios que informan el funcionamiento del PIR proponen la adopción de un enfoque de género en todas las decisiones de las distintas administraciones territoriales de Perú, a partir del reconocimiento de la situación de desventaja que existe entre hombres y mujeres a la hora de acceder a todo tipo de recursos[118]. Sin embargo, según la Asociación Pro-Derechos Humanos (APRODEH), solo el 15,4% de las mujeres beneficiarias del PIR han percibido sus medidas como una forma de reparación, e incluso se considera que el 47,2% de toda la población de mujeres víctimas no conoce ni siquiera el PIR[119]. En consecuencia, si bien la inclusión de un enfoque de género en el PIR ha supuesto un avance en la protección de los derechos de las mujeres, sigue siendo insuficiente o ineficaz, al no percibirse su impacto entre las víctimas.

---

116 *International Center for Transitional Justice*, 2008, Escuchando las Voces de las Comunidades: Un estudio sobre la implementación de las Reparaciones Colectivas en el Perú.

117 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003, Informe Final, Tomo IX (2.2), Programa Integral de Reparaciones.

118 Idem.

119 *International Center for Transitional Justice*, 2008, Escuchando las Voces de las Comunidades: Un estudio sobre la implementación de las Reparaciones Colectivas en el Perú.

6.8. Conclusión

Las reparaciones colectivas y simbólicas son tratadas como si las primeras fueran consecuencia de las segundas. De este modo, al diseñar las medidas de reparación simbólica se asume que tendrán un impacto colectivo y reparador en el tejido social.

En Colombia, es posible apreciar medidas de reparación dirigidas a un determinado colectivo que ha sido especialmente afectado por el conflicto armado al interior del país, encontrándose, por tanto, en una situación especial vulnerabilidad. Sin embargo, no todos los países comparten esta aproximación.

Así, por un lado, Chile y España ignoran completamente las medidas de reparación colectivas y dejan esta labor en manos de las organizaciones no gubernamentales de carácter humanitario. Por otro lado, Guatemala y Perú proponen diversas iniciativas que podrían tener carácter reparatorio para ciertos colectivos seleccionados en base a sus características étnicas. Sin embargo, se quedan cortos en lo que se refiere a: (a) la identificación de los colectivos victimizados; y (b) la limitación de la reparación a los daños derivados del delito padecido, en lugar de tratar de enfrentar sus consecuencias sobre el tejido social de sus comunidades.

Finalmente, Argentina constituye un puente entre ambas posiciones, puesto que atribuye a las reparaciones simbólicas la responsabilidad de generar un efecto reparador colectivo, sin pretender, al mismo tiempo, establecer reparaciones dirigidas a la reconstrucción del tejido social de los grupos poblacionales afectados.

7. CONCLUSIÓN GENERAL COMPARATIVA DEL ACÁPITE DE MEDIDAS NACIONALES Y RECOMENDACIONES

La infancia se caracteriza por ser un periodo de vida particularmente vulnerable. Esto se incrementa cuando es una etapa que se desarrolla en un contexto de violencia y de graves vulneraciones a los derechos humanos. De este punto han partido las diferentes jurisdicciones nacionales analizadas para la implementación de medi-

das de reparación diferenciadas, particulares y específicas para los menores de edad. No obstante, no se encuentra un estándar claro de protección. Por el contrario, las medidas varían de forma significativa y drástica de acuerdo con las políticas de reparación de cada uno de los países y sus respectivos gobiernos, pecando por su falta de estructuración y su desconocimiento absoluto de las necesidades específicas de la población en cuestión. Para el caso en concreto, el análisis de las medidas de reparación a menores de edad en Argentina, Colombia, España, Chile, Guatemala y Perú permite identificar los cómo se ha planteado la implementación, cuando menos teórica, de estas medidas y cuáles son los desafíos para su implementación.

En primer lugar, los programas de reparación en materia de salud para menores de edad han reflejado un reconocimiento expreso y formal del impacto que el conflicto armado y la violencia tienen en el bienestar físico y mental de los NNA. A pesar de lo anterior, existen diversas barreras administrativas y financieras que obstaculizan su materialización. En Argentina, el Centro Ulloa proporciona asistencia integral a víctimas de violaciones a los derechos humanos, incluyendo apoyo psicosocial, pero enfrenta demoras en los procesos de acreditación. En Chile, el Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia opera programas de atención, pero su impacto es limitado debido a problemas estructurales. Colombia, por su parte, cuenta con mecanismos de acogida a menores desvinculados de grupos armados, pero la transición al programa de la Agencia para la Reincorporación y la Normalización al cumplir 18 años diluye la diferenciación entre víctimas y victimarios.

En segundo lugar, con respecto a las medidas en materia de educación y acceso al mercado laboral los avances son aún más precarios, caracterizándose por su falta de enfoque diferencial a las necesidades propias de los menores de edad. En Colombia, el ICBF y la ARN brindan oportunidades de formación a menores afectados por el conflicto, sin que esto necesariamente se adecúe a sus necesidades particulares. En Argentina se han desarrollado programas de reinserción laboral para víctimas de delitos específicos, sin ninguna diferenciación en virtud de la edad. En Guatemala y Perú, a pesar de que se han desarrollado algunas políticas de becas y acceso educativo, su

implementación no ha sido efectiva, pues evidencia una desconexión entre el diseño normativo y la aplicación práctica.

En tercer lugar, con relación a las medidas de índole indemnizatorio, las limitaciones son prominentes, pues la mayoría de los países prioriza las compensaciones económicas a otros grupos poblacionales. En Argentina, Colombia y Guatemala se han implementado esquemas tarifados de indemnización, que no incluyen, en ninguno de los casos, una diferenciación a los menores de edad. En Perú el avance es más evidente, pues se han reconocido casos particulares en los que los menores de edad son los beneficiarios principales de las compensaciones. No obstante, se trata de casos muy particulares que suceden de forma esporádica, pues al momento de ejecutar la indemnización, muchas de las víctimas ya han abandonado su condición de minoría de edad en virtud del tiempo transcurrido. Finalmente, en países como Chile y España se encuentra la menor proporción de desarrollo de estas medidas, pues lejos de establecer un sistema estandarizado, la indemnización está sujeta a la voluntad del operador judicial, obstaculizando la entrega de estas reparaciones.

Por último, con respecto a las medidas simbólicas y colectivas se observa un enfoque difuso frente a los requerimientos de la población bajo estudio. En Argentina, la ESMA se ha convertido en un espacio de memoria con un componente educativo, mientras que en Colombia los TOAR de la JEP incluyen iniciativas con contenido reparador. Guatemala y Perú han promovido medidas simbólicas como la creación de la CNBND y el cambio de nombres en instituciones educativas, respectivamente, pero su sostenibilidad ha dependido de la voluntad política de los gobiernos de turno. En contraste, Chile y España han mostrado un desarrollo más limitado en este ámbito, con iniciativas simbólicas fragmentadas y sin un plan de largo plazo.

El análisis de estos sistemas nacionales muestra que, si bien existen avances en el reconocimiento de la necesidad de reparar a los NNA víctimas de crímenes internacionales, persisten deficiencias en la implementación de medidas integrales y sostenibles. La falta de un enfoque diferencial en la mayoría de los sistemas estudiados limita la capacidad de respuesta a las necesidades específicas de los menores, lo que perpetúa las barreras al acceso efectivo a la justicia y la reparación. Además, la escasez de mecanismos claros de seguimiento

y evaluación ha dificultado la adaptación de las políticas a las necesidades cambiantes de los NNA. En muchos casos, la implementación de medidas reparatorias se ha visto obstaculizada por la falta de coordinación interinstitucional e internacional, lo que ha generado respuestas fragmentadas y poco efectivas.

Para que las jurisdicciones nacionales sean un modelo replicable en el ámbito internacional, es necesario tomar en consideración los siguientes criterios:

1. La implementación de medidas aisladas y aleatorias no permite alcanzar los objetivos primordiales de las reparaciones a las víctimas, ni satisfacen las necesidades particulares de los menores de edad que han sido victimizados. Por lo tanto, es necesario que se desarrolle un marco normativo sistemático, vinculante, autónomo e integral, en el que se evidencien objetivos claros para la reparación de menores de edad y se cuente con los recursos materiales, financieros y políticos para ejecutarlos. Adicionalmente, estos programas deben tener una vocación de reinserción social, que permita que los menores de edad recuperen lo que más han perdido a causa de la violencia: la posibilidad de desarrollar su futuro.

2. Por su parte, se ha evidenciado que uno de los desafíos generalizados de los países a la hora de reparar menores de edad, es el desconocimiento de las necesidades específicas y particulares de este segmento poblacional. En este sentido, la implementación de mecanismos de participación infantil en la definición e implementación de medidas de reparación es indispensable para garantizar sus derechos y en la satisfacción de sus necesidades.

3. Finalmente, es indispensable reconocer que la efectividad de las medidas está estrechamente relacionada con la capacidad de los Estados de generar una coordinación armónica al interior de sus entidades, entre estas y de estas mismas con los organismos internacionales dispuestos para la protección de los derechos de los NNA. Así, la articulación entre todas las partes intervinientes en este proceso garantiza la coherencia

en la implementación y aplicación de los diferentes programas de reparación.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos humanos

Corte IDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42.

Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 88.

Corte IDH, Resolución del 14 de marzo de 2019, Supervisión Cumplimiento de Sentencia en Caso Molina Theissen vs. Guatemala, párr. 10, p. 5.

Guatemala

Sentencia C-01076-2012-00021 Of. 2º, Guatemala, 26 de febrero de 2016,

Sentencia C-01077-1998-00002 OF. 1ro, Guatemala, 23 de mayo de 2018.

Doctrina

Ball, P., Asher, J., Sulmont, D., & Manrique, D., 2003, ¿Cuántos peruanos murieron? Estimación del total de víctimas causadas por el conflicto armado interno entre 1980 y el 2000, En Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Barrera, L. F., s. f., La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reparación integral a las víctimas, en el marco del conflicto armado en Colombia, *Ratio Juris, 12*(25), 69-87.

Calderón, J., 2013, La evolución de la "reparación integral" en la Jurisprudencia de la Corte IDH, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México: CNHD: 16.

Cruz Ortiz de Landázuri, L. M., 2010, La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Revista española de derecho internacional, 62*(1), 89-117.

Falla, R., 1992, Masacres de la Selva, Guatemala: Editorial Universitaria

Ford Deza, E., 2015, El proceso de transición democrática en el Perú y el liderazgo de Toledo, *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, 2(2), 143-156.

Gil Gandía, C., 2020, La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional, Ed. Aranzadi, ISBN: 978-84-1346-768-9

Julissa, M. F., 2006, La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos.

Le Bot, Y., 1992, Guerra en tierras mayas: comunidad, violencia y modernidad en Guatemala (1970-1992), México: Fondo de cultura económica.

Lobos, G., Burgos, C., & Ulloa, C., 2023, Percepción de los profesionales interventores de organismos colaboradores del Servicio Mejor Niñez sobre la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en comuna centro-sur de Chile: una mirada desde el contexto de pandemia, *Revista Costarricense de Psicología,* 42(1), 81-96.

Nuria, G. M., s. f., Ley de memoria histórica española: Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Mazurana, D. & Carlson, K., 2010, *Children and Reparation: Past Lessons and New Directions, Innocenti Working Paper No. 2010-08, Florence, UNICEF Innocenti Research Centre.* t

Monge, A., 2011, La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de su jurisprudencia en materia de reparaciones, Justicia, 19, 132-150.

Pásara, L., 2003, Paz, ilusión y cambio en Guatemala: el proceso de paz, sus actores, logros y límites, Guatemala: Universidad Rafael Landivar.

Ron Erráez, X., 2022, La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jueves 2(1), 35-55.

Shelton, D., 2010, *Remedies in International Human Rights Law. En Oxford University Press eBooks.*

Steiner, C., & Uribe, P., 2014, Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada.

Ventura, M., 2001, La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente, *Revista IIDH* Número 32-33, Correspondiente Al Periodo Enero-diciembre de 2000, 32-33, 271-310.

Sanez Caballero, S. S. C., (directora), 2017, El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española (1.a ed.), Aranzadi.

Informes, resoluciones y otros documentos

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f., Portal de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Portal International Center of Transitional Justice, 2009, *The Rabat Report: The concept and Challenges of Collective Reparations.*

Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003, Informe Final, Tomo IX (2.2), Programa Integral de Reparaciones.

Comisión Colombiana de Juristas, s.f., Observatorio sobre la JEP.

Congreso de la Nación de Argentina, 2004, Ley 25.914, Estableénse beneficios para las personas que hubieren nacido durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación a sus padres, siempre que cualquiera de éstos hubiese estado detenido y/o desaparecido por razones políticas, ya sea a disposición del Poder Ejecutivo nacional y/o tribunales militares. Alcances a víctimas de sustitución de identidad. Requisitos que se deberán acreditar para acogerse a los beneficios de la ley. Procedimiento para el cálculo de la indemnización, Artículo 2.

Corte Interamericana de Derechos Humanos., 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 5, párr. 60.

Defensor del pueblo de la nación, República de Argentina, 2019, Informe al Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición.

Chernin, A., 2024, 4 septiembre, La promesa rota de Mejor Niñez. La Tercera.

Del Congreso Nacional, B., s.f.a, Biblioteca del Congreso Nacional.

Del Congreso Nacional, B., s.f.a, Biblioteca del Congreso Nacional.

Fundación Amparo y Justicia., 2024, 29 noviembre, Ley 21.302 Crea el servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia.

The office of the prosecutor, 2023, Policy on children. International Criminal Court.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, 2016, Lineamiento técnico de estrategia de acompañamiento psicosocial para el restablecimiento de los derechos y contribución a la reparación integral de niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto armado, Aprobado por Resolución 1523 de febrero 23 de 2016.

Informe Nunca Más, Comisión nacional sobre Desaparición de Personas, Editorial Eudeba, 2ºedición 1984, Buenos Aires; p. 477.

Defensor del Pueblo de la Nación, 2017, Informe anual, p. 35

Procuraduría de los Derechos Humanos, 2015, Informe de supervisión del Programa Nacional de Resarcimiento. Guatemala: PDH

PNR, 2010, Política Nacional de Resarcimiento, Guatemala: PNR. pp. 31-32

Impunity Watch., 2014, Monitoreo de la Justicia Transicional en Guatemala, Tomo I, Derecho a la Justicia para las Víctimas del Conflicto Armado Interno. Guatemala: *Impunity Watch.*

Enfoques diferenciales, Glosario, Comisión de la Verdad Colombia., s.f.

Martínez, D & Gómez, L., 2019, *Reparations, Responsibility & victimhood in Transitional Societies,* Las Reparaciones para víctimas del conflicto armado en Guatemala: Una promesa por cumplir, p. 47

Tipos de legislación, Unión Europea, s.f., *European Union.*

Unidad para las Víctimas, 2023, 28 junio, Rehabilitación.

10. Sobre la facultad de las víctimas de solicitar la revisión judicial por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. Especial atención a la revisión judicial de la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar por considerar que no redundaría en interés de la justicia abrir una investigación[*]

MARÍA JULIANA CONDE ARIAS[*]
PEDRO MONTAÑO VÉLEZ[*]
VALENTINA RAMÍREZ BARRERA[*]
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES[*]

1. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI o Estatuto) incluyó, entre otras propuestas innovadoras, un papel determinante para las víctimas a lo largo del proceso adelantado ante Corte Penal Internacional (CPI o Corte). Lo anterior, marcó un quiebre respecto a los anteriores tribunales penales internacionales, ya fueran los de

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Federico Freydell Mesa.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2023-2024).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2023-2024).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2023-2024).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2023-2024).

Núremberg y Tokio tras la segunda guerra mundial, o los de Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) tras el final de la Guerra Fría en 1989[1].

Sin embargo, si bien el ECPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) contemplan la posibilidad de que las víctimas puedan intervenir en las actuaciones ante la CPI cuando sus intereses puedan llegar a verse afectados, aún subsisten limitaciones a su participación, incluyendo, en la fase de examen preliminar, cuyo objeto es determinar si se cumplen, o no, los requisitos necesarios para abrir una investigación.

La participación de las víctimas en esta etapa depende de distintos factores, uno de ellos es la forma en que se remite la situación a la Corte. El Estatuto prevé tres modalidades procedimentales para activar la jurisdicción de la CPI: (a) la remisión de una situación de un Estado parte (arts. 13(a), 14 y 53 del ECPI); (b) la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad (CSNU) con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (arts. 13(b) y 53 del ECPI); y (c) el Fiscal *motu proprio*, sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte (arts.13(c) y 15 del ECPI). En cualquiera de las tres modalidades, la Fiscalía es el ente encargado de desarrollar el examen preliminar para decidir al final del mismo, si procede o no la apertura de la investigación.

En los casos de inicio del examen preliminar por remisión de un Estado parte, o por el CSNU, la decisión de la Fiscalía de apertura de la investigación es final, dando lugar automáticamente a la notificación prevista en el art. 18(1) a los Estados parte y a aquellos que normalmente ejercerían jurisdicción sobre los delitos cometidos en la situación objeto de la investigación (en los casos de remisión por el CSNU, no se lleva a cabo esta notificación porque el art. 18 del ECPI no es aplicable).

Si la decisión de la Fiscalía es, por el contrario, de no abrir la investigación, existen dos procedimientos de revisión previstos en

---

[1] Vega, P., 2006, El Papel de Las Víctimas en los Procedimientos ante La Corte Penal Internacional: Sus Derechos y las Primeras Decisiones de la Corte, SUR - *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Núm. 5, pp. 19.

los apartados (a) y (b) del art. 53(3). El primero se aplica cuando se rechaza la apertura de la investigación por falta de competencia o admisibilidad, y solo puede ser activado por el Estado parte o el CSNU que remitió la situación inicialmente a la Fiscalía. Las víctimas únicamente pueden participar en este procedimiento, si es iniciado por el Estado parte o el CSNU (regla 107 RPP). En caso contrario, no tienen ningún remedio procesal frente a la decisión de la Fiscalía de no abrir la investigación.

El segundo procedimiento se aplica cuando la decisión de la Fiscalía de rechazar la investigación se basa exclusivamente en razones de oportunidad (razones sustanciales para creer que su apertura no redundaría en los intereses de la justicia), y solo puede ser iniciado de oficio por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). Si la SCP decide abrir el procedimiento, para lo cual tiene 180 días, las víctimas pueden participar de la misma manera que lo pueden hacer en el primero (regla 109 RPP).

Pero ¿qué ocurre si la SCP permanece inactiva o no inicia el procedimiento de revisión? ¿Significa esto que las víctimas no pueden actuar, o existe algún mecanismo al alcance de las víctimas para solicitarle a la SCP que inicie su revisión de oficio?

En el art. 53(3)(b) y la regla 109 no aparece ninguna referencia a esta cuestión. A pesar de este silencio, surge, sin embargo, la cuestión relativa a si existe algún mecanismo procesal para que las víctimas puedan solicitar a la SCP que de inicio a la revisión.

Por otro lado, en los casos de apertura del examen preliminar de oficio por la Fiscalía, conforme a los arts. 13(c) y 15 del ECPI, la Fiscalía no tiene la facultad de adoptar la decisión final de abrir la investigación, sino que requiere pedir la autorización de la SCP para proceder a su apertura. En estas actuaciones ante la Sala, las víctimas tienen reconocido el derecho a participar y presentar observaciones (art. 15(3) del ECPI y regla 47 RPP).

Cuando, por el contrario, la Fiscalía decide no solicitar la apertura de la investigación en aplicación de los criterios previstos en la regla 48 (que son los mismos del art. 53(1) del ECPI), la disposición aplicable es el apartado 6 del art. 15, que establece lo siguiente:

> Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación[2].

Según esta disposición, da la impresión de que la facultad de las víctimas se limita a enviar información y materiales adicionales a la Fiscalía, ya sea sobre competencia, admisibilidad o intereses de la justicia, para que reconsidere su decisión.

El problema con este planteamiento es que, en última instancia, la decisión final quedaría completamente en manos de la Fiscalía, y, por tanto, no sería revisable por ningún otro órgano de la Corte, a diferencia de lo que pasa cuando la situación es remitida por un Estado parte o el CSNU. Ante esta situación, surge una segunda cuestión relativa a si el Estatuto ofrece alguna posibilidad de acción a las víctimas para promover que la decisión de la Fiscalía pueda ser revisada por la SCP, al menos cuando se base exclusivamente en el principio de oportunidad.

En definitiva, el presente trabajo se dirige a responder las siguientes dos preguntas de investigación: (a) ¿es posible que las víctimas puedan acudir a la SCP y solicitar una revisión de oficio en el contexto del art. 53(3)(b)?; y (b) ¿es posible que puedan hacer lo mismo en relación con la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar conforme al art. 15 (3)?

Ambas cuestiones serán analizadas a la luz del sistema de fuentes de la CPI previsto en el art. 21 del Estatuto, y de los criterios de interpretación de los tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abordando primero el procedimiento de revisión del art. 53(3)(b), para posteriormente centrar la atención en la interpretación del art. 15(3) y (6) del ECPI.

---

[2] CPI, 1998, Estatuto de Roma, Art. 15(6).

2. ANÁLISIS SOBRE LA FACULTAD DE LAS VÍCTIMAS PARA SOLICITAR A LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES EL INICIO DE UNA REVISIÓN DE OFICIO CONFORME AL ART. 53(3)(B) DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El análisis de la cuestión planteada ha de partir del art. 21 del ECPI, que recoge el sistema de fuentes aplicable por la CPI. De acuerdo con este:

1. La Corte aplicará:

   a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

   b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

   c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen

nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición[3].

De esta manera, conforme al art. 21(1)(a), en primer lugar la Corte debe remitirse al Estatuto y a las RPP al momento de tomar cualquier determinación judicial, lo que en nuestro caso significa interpretar el art. 53(3)(b) y la regla 109 de las RPP.

2.1. La interpretación del art. 53(3)(b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los art. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Teniendo en cuenta que el Estatuto es un tratado internacional, resulta conveniente acudir a las reglas de interpretación del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena o Convención), el cual recoge tres criterios principales que han de ser aplicados de buena fe: (a) literal; (b) sistemático o contextual; y (c) teleológico.

La interpretación literal es entendida como la forma en la que el tratado debe interpretarse conforme a su sentido ordinario o corriente de sus términos, y no de forma abstracta o general. La interpretación sistemática supone un estudio lógico-contextual del tratado, analizando en su conjunto el preámbulo, articulado y anexos, prestando atención a los distintos títulos o capítulos del mismo[4]. Finalmente, la interpretación teleológica busca dotar de contenido a la disposición de que se trata con base en el objeto y fin que persigue el tratado. Esta forma de interpretación no supone una distorsión o modificación del instrumento, antes bien, busca lograr el fin establecido por las partes[5].

Además, el art. 32 de la Convención de Viena prevé que:

> Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: (a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Con respecto a la interpretación literal del art. 53(3)(b) del ECPI, cabe señalar que el texto establece que la SCP podrá revisar de oficio únicamente las decisiones de la Fiscalía adoptadas con base en los intereses de la justicia (art. 53 (1)(c) del ECPI), sin prever expresamente posibilidad alguna para que las víctimas puedan solicitar la revisión a la SCP.

De igual forma, bajo una interpretación contextual del Estatuto no es claro que las víctimas, en este escenario procesal, puedan tomar la iniciativa de forma autónoma, ya que solo podrán hacerlo cuando otras instancias tomen la iniciativa (bien sea un Estado parte, el CSNU o la SCP), que pueden participar de la revisión.

No obstante, realizando un análisis teleológico, en atención al objeto y fin del Estatuto, la situación puede cambiar. Así, el objeto del art. 53(3)(b) del ECPI es el crear un mecanismo de *checks and balances*, de manera que la SCP pueda fiscalizar el ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, cuando este toma la decisión de cierre del examen preliminar. La efectividad de este mecanismo quedaría, por tanto, fortalecida si, ante el silencio de la SCP, las víctimas pudieran solicitar a la Sala que ejerciera sus facultades de revisión.

Por lo tanto, la actuación de las víctimas no contradice la arquitectura de división de poderes entre Fiscalía y SCP, sino que más bien, fortalece la finalidad de control judicial de la discrecionalidad no reglada atribuida a la Fiscalía por el art. 53(1)(a).

A esto hay que añadir que, favorecer el acceso y la participación efectiva de las víctimas en las actuaciones ante la CPI es otro de los fines a los que se dirige el ECPI, como una forma de contribuir a

poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales más graves que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto[6].

Finalmente, los trabajos preparatorios no aportan nada nuevo porque esta situación no fue abordada por las delegaciones encargadas de la redacción del Estatuto y las RPP, al tratarse de una cuestión muy específica, que, hasta la actualidad, sigue sin haber sido abordada por decisión judicial alguna.

2.2. Interpretación del art. 53(3)(b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz del resto de criterios contenidos en su art. 21: especial atención al criterio general de interpretación del art. 21(3)

Como hemos visto, además del art. 21(1)(a) que se refiere expresamente al Estatuto de la CPI y a las RPP (interpretados conforme a los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), el art. 21(1) recoge dos criterios adicionales: el apartado (b) se remite a los tratados aplicables, los principios y las normas del derecho internacional (incluyendo los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados), y el apartado (c) a los principios generales del derecho que derive la CPI del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo.

Sin embargo, al analizar el art. 53(3)(b) del ECPI y la regla 109 RPP conforme al art. 21(1)(b), se evidencia que no existen tratados internacionales que aborden en sus disposiciones una situación similar a la que se plantea. En este sentido, cabría remitirse dentro los principios y normas de derecho internacional, a la costumbre, como fuente del derecho internacional penal, tal y como ha sido recogida en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, la especificidad del proceso de apertura de una investigación en el Estatuto hace que esto no resulte de gran ayuda.

---

6 CIJT, 2016, *Handbook on complementarity*, pp. 43, https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf.

Del mismo modo, al analizar conforme al art. 21(1)(c) del ECPI, los principios generales del derecho basados en los diversos sistemas de derecho interno, se observa que, si bien existen actuaciones previas en relación con la investigación de delitos, los sistemas nacionales no contemplan, como tal, una fase procesal en la que se decida si se inicia o no una investigación sobre una determinada situación como paso previo a indagar sobre los delitos cometidos en la misma.

El apartado (2) del art. 21 del ECPI, atribuye a las Salas la facultad de aplicar la interpretación de los estándares jurídicos aplicables, desarrollados por la jurisprudencia de la ECPI en decisiones anteriores sobre temas similares. Sin embargo, la cuestión suscitada, no ha sido abordada por la jurisprudencia de la Corte hasta el momento.

Por su parte, conforme al apartado (3) del art. 21, la interpretación del Estatuto y las RPP debe estar en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos (DDHH). Este principio resalta la importancia de asegurar que cualquier decisión tomada en el marco de la CPI esté en consonancia con dichos estándares, garantizando así, la integridad y la legitimidad de sus actuaciones. Como resultado, la facultad de la SCP de revisar de oficio, conforme al art. 53(3)(b) del Estatuto de Roma (ER), la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación tiene que ser interpretada bajo está óptica.

Así, el art. 2(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), dispone que las víctimas de graves violaciones de DDHH deben tener acceso a un recurso efectivo, a la vez que las autoridades judiciales deben promover el desarrollo de las posibilidades del recurso judicial[7].

A nivel regional, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre sobre el derecho a la justicia en su artículo XVIII dispone que:

> Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que vio-

---

7 ONU, 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2(3).

> len, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente[8].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) desarrolla esta disposición en los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial). El primero afirma que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías para la determinación de sus derechos[9], mientras que el art. 25 reconoce el derecho a un recurso sencillo y rápido ante un tribunal competente[10], e impone a los Estados la obligación de desarrollar sus posibilidades.

El art. 25 de la CADH prevé, en particular, el derecho a que las violaciones de los DDHH sean investigadas de manera exhaustiva, que se impongan sanciones a los responsables y que se brinde una reparación adecuada a las víctimas[11]. Todo lo anterior, bajo la premisa que el recurso debe ser idóneo (es decir, que sea posible impugnar ante las autoridades judiciales) y efectivo (que sea imparcial y permita una adecuada respuesta y reparación). Esto implica que las instancias judiciales deben asegurar un proceso que garantice el acceso a la justicia y la plena protección de los DDHH de todas las personas[12].

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha afirmado que el art. 25 (1) de la CADH significa que:

> […] la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante autoridades competentes. Ello implica necesariamente que, a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos a través de los cuales la víctima esté en posibilidad de impugnar la competencia de las autori-

---

8 OEA, 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo XVIII.

9 OEA, 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8.

10 Ibid, Art. 8.

11 Corte IDH, 2021, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Protección Judicial, pp. 82.

12 Idem.

> dades que eventualmente ejerzan jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales se considere que no tienen competencia[13].

La Corte IDH al referirse a la tutela judicial efectiva, ha sostenido también que el derecho a esta exige que los jueces al conceder recursos deben buscar poner fin a la impunidad y a la falta de debida protección judicial de DDHH[14]. Así, según la Corte IDH:

> […] los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad[15].

Para que el recurso disponible para las víctimas pueda ser considerado efectivo, se requiere, en todo caso, que la autoridad analice las razones que alegan y se pronuncie sobre ellas (esto con el fin de ser idóneo para evitar futuras violaciones de DDHH[16]).

Con respecto a los demás sistemas regionales de DDHH, mientras la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos recoge expresamente el derecho a ser oído ante tribunal competente y a apelar ante violaciones a los derechos humanos[17], el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce los derechos a un proceso equitativo, independiente e imparcial por un tribunal competente, donde se determine el contenido de los derechos (art. 6)[18] y a un recurso efectivo (art. 13)[19]. Esto no solamente supone tener la facultad de traer una causa ante un tribunal o tener un juicio imparcial, sino

---

13 Corte IDH, 2010, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Párr. 167.

14 Corte IDH, 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia 25 de noviembre del 2003, Párr. 210.

15 Ibid., Párr. 211.

16 Corte IDH, 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Párr. 109.

17 Organización para la Unión Africana, 1983, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Art. 7.

18 Consejo de Europa, 1950, Convención Europea de Derechos Humanos, Art. 6.

19 Ibid., Art. 13.

que incluye el derecho a tener un proceso con las debidas garantías en todas sus etapas.

En este sentido, el sistema europeo de derechos humanos se ha referido de manera particular a la posibilidad que tienen las víctimas en el marco de un proceso penal a solicitar que se estudie la decisión tomada por un órgano como la Fiscalía. De este modo, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), a petición del Comité de Ministros del Consejo de Europa, emitieron en 2009 un dictamen sobre las relaciones entre jueces y fiscales, conocido como la Declaración de Bordeaux). En su art. 1, la Declaración sostiene:

> Es de interés para la sociedad que el Estado de derecho esté garantizado por una administración de justicia justa, imparcial y eficaz. Los fiscales y los jueces velarán, en todas las fases del proceso, por la garantía de los derechos y libertades individuales y por la protección del orden público. Esto implica el respeto total de los derechos de los acusados y de las víctimas. La decisión del fiscal de no procesar debe estar abierta a revisión judicial. Una opción puede ser permitir a la víctima llevar el caso directamente al tribunal[20].

Al referirse a las relaciones entre fiscales y jueces en el curso de una acusación, la Declaración de Bordeaux destaca lo siguiente: como los fiscales tienen la facultad discrecional de decidir si presentan o no un caso ante un tribunal, es crucial establecer un marco que evite cualquier forma de actuación arbitraria, discriminatoria o influencia indebida de las facultades de la Fiscalía, garantizando al mismo tiempo la protección integral de los derechos de las víctimas involucradas[21]. En consecuencia, es necesario que se implementen medidas para salvaguardar la imparcialidad y la transparencia en el ejercicio de la discrecionalidad de los fiscales.

Para el Consejo de Europa, un ejemplo de esto es asegurar que cualquier persona afectada por la decisión del Fiscal, en particular las víctimas, tengan la posibilidad de solicitar su revisión. Una alternativa viable es también permitir que la víctima lleve el caso directa-

---

20 Consejo de Europa, 2009, Declaración de Bordeaux, Art. 1.

21 Ibid., Art. 53.

mente al tribunal[22], lo cual garantiza un mecanismo de control judicial efectivo sobre las decisiones de la Fiscalía, fortaleciendo así la protección de los derechos de las víctimas y la legitimidad del sistema judicial en su conjunto.

Según el art. 21(3) del ECPI, estos estándares internacionales relativos a los derechos de las víctimas de graves violaciones de DDHH de acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo (que incluyen la revisión de las decisiones tomadas por órganos como la Fiscalía), deben ser tenidos en cuenta a la hora de la interpretar el art. 53 (3) (b) del ECPI y la regla 109 de las RPP, con el fin de garantizar a las víctimas una participación que permita esclarecer la verdad, prevenir la impunidad y cesar las graves violaciones de DDHH. Y ello se dilucida, principalmente, al momento de decidir si los crímenes internacionales cometidos en una determinada situación van a ser objeto o no, de investigación por la Fiscalía de la CPI.

En consecuencia, se puede afirmar que el art. 21 (3) del ECPI requiere una interpretación del art. 53(3)(b) que permita a las víctimas solicitar formalmente ante la SCP proceder con la revisión de las decisiones de la Fiscalía de cierre del examen preliminar por razones de oportunidad, puesto sus intereses se ven directamente afectados al suponer, en última instancia, que los crímenes internacionales que han padecido no serán investigados por la CPI.

2.3. La figura del amicus curiae como alternativa procesal a la posibilidad de las víctimas para solicitar una revisión de oficio conforme al art. 53(3)(b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Si la SCP no acepta la existencia de una vía procesal inherente al art. 53(3)(b) para que las víctimas puedan solicitar la revisión de una decisión basada exclusivamente en los intereses de la justicia, cabe plantear una segunda opción procesal a este respecto. Se trata de la regla 103 (*amicus curiae*) de las RPP, que señala que:

> La Sala […] podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que se

[22] Idem.

> presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere pertinente[23].

De esta manera, conforme a la regla 103, las víctimas tienen, al menos, la facultad de solicitar a la SCP que les autorice a presentar un escrito en el que expliquen las razones por las cuales, ante el cierre de un examen preliminar debido exclusivamente a los intereses de la justicia, la Sala debería proceder a iniciar su revisión de oficio.

Esta posibilidad, que se extrae de la literalidad de la regla 103, no garantiza que la SCP vaya a conceder dicha autorización, ni mucho menos que vaya a activar el proceso de revisión del art. 53 (3)(b). Sin embargo, si el resto de las vías se encuentran cerradas, puede suponer la única forma en la cual las víctimas pueden hacer valer sus intereses ante el cierre de la Fiscalía de un examen preliminar por razones de oportunidad.

3. ANÁLISIS SOBRE LA FACULTAD DE LAS VÍCTIMAS PARA SOLICITAR UNA REVISIÓN DE OFICIO FRENTE A LA DECISIÓN DE LA FISCALÍA DE CERRAR EL EXAMEN PRELIMINAR SIN SOLICITAR LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN A LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES

3.1. Interpretación del art. 15 (3) y (6) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz del arts. 21 (1)(a) del ECPI y 31 y 32 de la Convención de Viena

Una interpretación literal del art. 15 (3) y (6) del ECPI, según lo previsto en el art. 21(1)(a) del ECPI y el art. 31 de la Convención de Viena, parece llevar a la conclusión de que, cuando, tras el examen preliminar, el Fiscal considera que no cabe la apertura de la investigación (art. 15(3)), su decisión de cerrar el examen preliminar no está sometida a ningún tipo de revisión por la SCP (art. 15(6)). Por

---

[23] CPI, 2000, Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 103.1.

lo tanto, las víctimas solo podrían presentar nuevos hechos o pruebas a la Fiscalía, con el fin de que pueda reconsiderar su posición inicial sobre la falta de competencia, la inadmisibilidad o la existencia de razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en los intereses de la justicia.

A la misma conclusión podría, inicialmente, llegarse con una interpretación contextual, dado que ambas disposiciones desarrollan contenidos diversos (el art. 15 se refiere al "Fiscal", mientras que el art. 53 desarrolla "el inicio de una investigación") y se encuentran en partes distintas del Estatuto (el art. 15 se incluye en la parte II sobre "la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable", mientras que el art. 53 se ubica en la parte V sobre "la investigación y el enjuiciamiento"). Sin embargo, la remisión que hace la regla 48 de las RPP (aplicable en las actuaciones del art. 15) al art. 53 (1) evidencia una estrecha interrelación entre ambos artículos, que tensiona inevitablemente la interpretación contextual del primero.

Esta tensión es todavía mayor en relación con la interpretación teleológica del art. 15(3) y (6) del ECPI (también prevista en el art. 31 de la Convención de Viena). Así, por un lado, el fin último del Estatuto no sólo consiste en acabar con la impunidad de los crímenes internacionales más graves, y contribuir con ello a su prevención, sino también reconocer un papel más activo a las víctimas dentro de las actuaciones de la CPI[24] (ambos fines son plenamente compatibles puesto que la mayor participación de las primeras contribuye a la reducción de la impunidad).

Sin embargo, al mismo tiempo, y a diferencia de lo que sucede con el art. 53 (3)(b), donde se prevé expresamente la fiscalización de oficio por la SCP de las decisiones de la Fiscalía de cierre del examen preliminar sin apertura de la investigación porque no redundaría en los intereses de la justicia, la construcción del art. 15 parece recoger otro modelo de distribución de competencias entre Fiscalía y SCP, se-

---

[24] Vega, P., 2006, El Papel de Las Víctimas en los Procedimientos ante La Corte Penal Internacional: Sus Derechos y las Primeras Decisiones de la Corte, SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos, Núm. 5, pp. 19.

gún el cual la intervención de la SCP se limita a autorizar la solicitud de apertura de una investigación por la Fiscalía.

Esto significa que, así como la Fiscalía tiene pleno control sobre la decisión de iniciar un examen preliminar *motu proprio,* lo mismo sucede con respecto a su cierre sin solicitar la autorización para la apertura de una investigación. Ambas decisiones, parecen ser, por tanto, competencia exclusiva de la Fiscalía, sin que se prevea revisión judicial alguna por la SCP.

Esta aproximación es confirmada por los trabajos preparatorios de las RPP, puesto que, durante su negociación, las delegaciones de Francia y Australia sugirieron incluir una regla que recogiese expresamente un control judicial por la SCP de las decisiones de cierre del examen preliminar de la Fiscalía basadas exclusivamente en el principio de oportunidad. En concreto, la delegación francesa propuso lo siguiente:

> Cuando el Fiscal tenga ante sí una situación que se le haya remitido en virtud de los arts. 13 a 15 y su decisión de no proseguir la investigación se base únicamente en la letra c) del párrafo 1 del artículo 53, deberá también informar de ello por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares lo antes posible[25].

De forma similar, la propuesta de la delegación australiana preveía que:

> Cuando el Fiscal decida que no hay fundamento razonable para proceder a una investigación únicamente sobre la base del apartado c) del párrafo 1 del artículo 53, informará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares lo antes posible después de haber adoptado esa decisión. Al hacerlo, el Fiscal expondrá las razones que le han llevado a considerar que una investigación no redundaría en interés de la justicia[26].

Ambas propuestas estaban orientadas a garantizar que las decisiones de la Fiscalía basadas únicamente en el principio de oportunidad pudieran ser revisadas por la SCP, lo que, al mismo tiempo, como se

---

25 CPCPI, 1999, *Proposal by France on Rules of Procedure and Evidence Part 3, section 3, subsection 1,* pp. 2.

26 CPCPI, 1999, *Proposal submitted by Australia. Draft Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court,* pp. 32, Rule 56.

ya se ha analizado con respecto al art. 53(3)(b), podría haber permitido a las víctimas acudir a la SCP para solicitar la activación de la revisión.

Todo ello con el fin de evitar que una decisión políticamente motivada del Fiscal, en virtud de la amplia discrecionalidad no reglada que le atribuye el art. 53(1)(c) y la regla 48 de las RPP, pudiera generar un impacto negativo sobre las víctimas (al impedir que los crímenes internacionales que han sufrido puedan ser investigados por la CPI), las cuales se verían, así mismo, privadas de todo acceso a una instancia judicial en la que se pudiera revisar dicha decisión.

Sin embargo, ambas propuestas fueron descartadas por la mayoría de las delegaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, al considerar que un control tan directo sobre las decisiones del Fiscal afectaría a la distribución de competencias entre la Fiscalía y la SCP prevista en el art. 15 del ECPI. Esto significaba que, para estas delegaciones, preservar la distribución de competencias entre ambos órganos de la CPI era un aspecto central del objeto y fin del Estatuto, y especialmente del art. 15.

Como resultado de lo anterior, es evidente la tensión entre los distintos elementos que hacen parte de la interpretación teleológica del art. 15 (3) y (6): por un lado, la lucha contra la impunidad y la participación procesal de las víctimas; por otro lado, la arquitectura competencial del Estatuto y el equilibrio de "poderes" entre Fiscalía y Salas judiciales. Tensión que, además, es propia de las actuaciones del art. 15, y que, por tanto, no existe en relación con la interpretación teleológica del art. 53(3)(b).

Esto significa, en última instancia, que de los tres criterios interpretativos previstos en los arts. 21(1)(a) del ECPI y 31 de la Convención de Viena, sólo la interpretación literal parece ofrecer una aproximación exenta de tensiones, que, sin embargo, necesita ser contrastada con las otras fuentes del derecho previstas en los apartados (1)(b) y (c), (2) y (3) del art. 21 del ECPI.

3.2. Interpretación del art. 15(3) y (6) por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional conforme al art. 21(2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Al igual que vimos en relación con el art. 53(3)(b) del ECPI, los apartados (b) y (c) y del art. 21(1) no presentan gran utilidad a la hora de interpretar el art. 15(3) y (6) del ECPI, debido a la especificidad del proceso de apertura de una investigación ante la CPI.

Sin embargo, distinta es la situación en relación con el apartado (2) del art. 21, puesto que la jurisprudencia de la Corte sí ha abordado expresamente en su jurisprudencia la cuestión analizada.

3.2.1. La situación en Afganistán

El 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones (SA) aceptó el recurso presentado por la Fiscalía contra la decisión de la SCP II por la que se negaba la solicitud de apertura de una investigación en la situación en la República Islámica de Afganistán, con base en que la misma no serviría a los intereses de la justicia[27].

La apelación presentada por la Fiscalía se centró a dos argumentos principales: (a) el error de derecho cometido por la SCP al momento

---

[27] CPI, *The situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Pre-trial chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan of April 12 2019,* Doc ICC-02/17, pár. 31-32; La SA aceptó el recurso de la Fiscalía y autorizó el inicio de una investigación en Afganistán. En particular, la SA consideró que la SCP erró al decidir que "una investigación de la situación en Afganistán en este momento no serviría a los intereses de la justicia". Consideró por lo tanto que la decisión de la SCP en virtud del art. 15(4) del Estatuto debería haber abordado únicamente si existe fundamento suficiente para que el Fiscal proceda a una investigación, en el sentido de si se han cometido crímenes, y si el caso o los casos potenciales derivados de dicha investigación parecen ser competencia de la Corte. Vid.: CPI, *The situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Appeals Chamber, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan of March 5 2020,* Doc ICC-02/17 OA4, párr. 79.

de determinar los "intereses de la justicia"[28]; y (b) el abuso de poder por parte de la propia SCP al evaluar los "intereses de la justicia"[29]. Sin embargo, al examinar el primer argumento de la apelación, la SA realizó una serie de consideraciones sobre la interrelación de los arts. 15 y 53 del ECPI, que, como la propia SA reconoció expresamente, no eran parte del objeto de la apelación, constituyendo, por tanto, *obiter dicta*.

En este contexto, la SA hizo las siguientes consideraciones:

> El artículo 53(1) del Estatuto refleja así la expectativa de que el Fiscal proceda a investigar las situaciones remitidas, al tiempo que le permite no hacerlo en las circunstancias limitadas establecidas en el artículo 53(1)(a) a (c) del Estatuto […]. El artículo 53(3) del Estatuto prevé el control judicial de la decisión del Fiscal de no investigar y tiene por objeto garantizar que el Fiscal cumpla con su deber de investigar las situaciones remitidas.
> En cambio, el artículo 15 del Estatuto, titulado "El Fiscal", establece el procedimiento para que la Fiscal inicie una investigación de oficio, cuando no se le ha remitido una situación. […] Si la Fiscal llega a la conclusión de que no hay motivos razonables para proceder (hipótesis que no se plantea en este recurso), el artículo 15(6) del Estatuto le exige que informe de su conclusión a quienes hayan facilitado la información. Éstos pueden proporcionar información adicional a la Fiscal, que puede reconsiderar la cuestión; sin embargo, el marco jurídico no prevé la revisión judicial de la conclusión de la Fiscal[30].

En consecuencia, para la SA, permitir una evaluación por parte de la SCP bajo el art. 53 (3) (b) en exámenes preliminares iniciados bajo el art. 15 del ECPI, "[…] es incompatible con la naturaleza del poder discrecional del Fiscal en virtud del art. 15 del Estatuto, con el marco jurídico más amplio y con la historia de la redacción de las Reglas"[31].

---

28 Fiscalía, *Prosecution Appeal Brief of September 30 2019*, párr. 12-59.

29 Ibid., párr. 60-67.

30 CPI, *The situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Appeals Chamber, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan of March 5 2020*, Doc ICC-02/17 OA4, párr. 29-30.

31 Ibid., nota al pie 52.

La SA fundamentó estas consideraciones con base en los siguientes argumentos:

1. La regla 49 de las RPP es clara respecto a que el Fiscal no tiene la obligación de notificar a la SCP sobre su decisión de cerrar el examen preliminar, y, por tanto, solo está obligado a realizar dicha notificación a las víctimas para que, conforme al art. 15 (6), puedan remitirle nuevos hechos o elementos de prueba. Según la SA, esto solo tiene sentido en un sistema en que la SCP no tiene competencia para revisar de oficio la decisión del Fiscal.

2. El hecho de que la regla 105 (relativa a la notificación de la decisión del Fiscal de no proceder con la investigación conforme al art. 53 (1)), se remita expresamente al contenido de la regla 49 cuando el examen preliminar ha sido iniciado de oficio por la Fiscalía conforme art. 13(c) y 15 del ECPI, no hace sino confirmar, en opinión de la SA, esta situación[32].

3. Esta interpretación es confirmada por los trabajos preparatorios de las RPP, al no haber sido aceptadas las mencionadas propuestas de las delegaciones francesa y australiana[33] para que la SCP fuera notificada por la Fiscalía de su decisión de cierre del examen preliminar conforme al art. 15(3)[34].

4. El hecho de que la regla 110, al llevar por título "[d]ecisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 53", deja claro que el mecanismo de revisión de las decisiones del Fiscal de no abrir una investigación por no redundar en interés de la justicia está limitado a las decisiones adoptadas en virtud del art. 53 del ECPI y, por lo tanto, no es posible extenderlo a las actuaciones del art 15[35].

En consecuencia, según la SA, ni el Estatuto, ni las RPP, prevén la aplicación conjunta de los arts. 15 (3) y 53(3)(b) para permitir el

---

32 Ibid., nota al pie 50.

33 Ibid., nota al pie 53.

34 CPCPI, 1999, *Proposal by France on Rules of Procedure and Evidence Part 3, section 3, subsection 1,* pp. 2.

35 Ibid., nota al pie 52.

control judicial de oficio de la decisión de cerrar un examen preliminar iniciado *motu proprio* por la Fiscalía. No existiendo esta posibilidad, las víctimas no pueden estar tampoco legitimadas para solicitar a la SCP que lleve a cabo una revisión judicial de dicha decisión.

3.2.2. La situación en Colombia

El 27 de abril de 2022, la Federación Internacional para los Derechos Humanos (FIDH) y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) presentaron una solicitud, en representación de las víctimas colombianas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, al presidente de la División de Cuestiones Preliminares para que una SCP revisara y revocara la decisión del Fiscal de cerrar el examen preliminar en la situación de Colombia. La petición se fundamentó en el art. 53(3)(b) del ECPI, según el cual la SCP estaba facultada para revisar de oficio la decisión del Fiscal de no continuar con un examen preliminar, si esta se basaba únicamente en el art. 53(1)(c), relativo a los intereses de la justicia[36].

Según los representantes de las víctimas, el cierre del examen preliminar por el Fiscal solo podía estar basado en el principio de oportunidad no reglada, ante la ausencia de toda explicación sustantiva sobre las razones por las cuales se tomó la decisión. Así, aunque al finalizar el examen preliminar se firmó un Acuerdo de Cooperación entre Colombia y la Fiscalía[37] y se hicieron ciertas declaraciones oficiales, no hubo ningún análisis riguroso que explicara la falta de jurisdicción o admisibilidad en relación con la situación en Colombia.

En particular, los solicitantes no pudieron encontrar ningún análisis de complementariedad que hubiera tenido en cuenta los casos potenciales, incluyendo las conductas específicas sobre las cuales existían investigaciones o decisiones judiciales, ni las personas que podían ser objeto de una posible investigación[38].

---

36 CPI, *Situation in Colombia, President of the Pre-Trial Division, Request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia, April 27 2022,* ICC-RoC46(3)-01/22-1-Red, párr. 3-8.

37 Ibid., párr. 36.

38 Ibid., párr. 34.

Ante esta situación, la decisión solo pudo haberse basado en consideraciones políticas, específicamente relacionadas con el Acuerdo Final entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, y la política colombiana con relación a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Todo ello, con el fin de dar tiempo y oportunidad al sistema nacional de avanzar en términos de verdad y reconciliación.

En este contexto, los representantes de las víctimas consideraban que la decisión del Fiscal ameritaba una revisión judicial porque iba en contra del derecho de las víctimas a la verdad, ya que había numerosos casos sobre los que la JEP no tenía jurisdicción y sobre los que, hasta entonces, existía impunidad en la justicia ordinaria[39].

El 6 de mayo de 2022, el presidente de la División de Cuestiones Preliminares, conforme a la Regulación 46(3) del Reglamento de la Corte, asignó la solicitud a la SCP I, que dos meses y medio después emitió su "[d]ecisión sobre la '[s]olicitud de revisión de la decisión del Fiscal del 28 de octubre de 2021 de cerrar el examen preliminar de la situación en Colombia' y solicitudes relacionadas".

Según la SCP I, la SA, en la situación de Afganistán, había distinguido ya entre la aplicación de los arts. 15 y 53 del ECPI, siendo el primero aplicable a investigaciones de la Fiscalía *motu proprio* y el segundo a remisiones de un Estado parte o el CSNU[40]. Como resultado, la SCP se basó exclusivamente en la interpretación hecha por la SA para no revisar la decisión de la Fiscalía. Todo ello, a pesar de que la propia SA en la decisión mencionada, así como la FIDH y el CAJAR en su solicitud, habían subrayado expresamente que las consideraciones de la SA sobre la interrelación entre los arts. 15 y 53 del ECPI eran *obiter dicta*.

---

39 Ibid., párr. 44.

40 CPI, *Situation in Colombia, Pre-Trial Chamber I, Decision on the request for review of the Prosecutor's decision of 28 october 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia and related requests*, 22 de julio de 2022, Doc. No. ICC-RoC46(3)-01/22, pár. 4-6.

3.2.3. La situación en Kenia

En contraste con las dos decisiones mencionadas, que respaldan la completa separación de las actuaciones bajo los arts. 15 y 53 del ECPI, y afirman la ausencia de toda revisión judicial frente a la decisión del Fiscal de cerrar por motivos de oportunidad un examen preliminar iniciado *motu proprio*, la SCP II ha adoptado en la situación de la República de Kenia una posición diversa.

En el marco de esta situación, las víctimas solicitaron a la SCP II que: (a) determinara que la resolución adoptada por el Fiscal de no realizar más actividades de investigación en relación con los crímenes cometidos en la situación constituía una decisión basada en los arts. 53(1)(c) o 53(2)(c); y (b) procediera a su revisión de oficio conforme al art. 53(3)(b) del ECPI. Todo esto, ante el hecho de que la resolución de la Fiscalía no contenía motivación alguna.

En su argumentación, la SCP II subrayó expresamente que[41]:

> […] el artículo 53(3)(a) del Estatuto no es aplicable, considerando que la investigación de la situación en la República de Kenia tuvo lugar tras una autorización de la Sala en virtud del artículo 15. En consecuencia, solo el artículo 53(3)(b) del Estatuto es potencialmente aplicable, ya que es un poder *motu proprio* de la Sala que puede ejercerse independientemente de la forma en que se haya activado la competencia de la Corte en virtud del artículo 13 del Estatuto[42]. En virtud de esta disposición, la Sala podrá, por iniciativa propia, revisar una decisión del Fiscal de no proceder cuando dicha decisión se base únicamente en el artículo 53(1)(c) o (2)(c) del Estatuto, es decir, sobre la base de que una investigación o un enjuiciamiento no serían o no redundaría en interés de la justicia.

Además, la SCP II afirmó que permitir que las víctimas puedan solicitar a la Sala que revise una decisión del Fiscal basada en los arts. 53(1)(c) o (2)(c) constituye una de las formas válidas de participación durante el examen preliminar y la investigación.

---

41 CPI, *The Situation in the Republic of Kenya. Pre-trial Chamber II, Decision on the "Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation, Doc.: ICC-01/09*, pp.9

42 El art. 13 del ECPI se refiere a las tres formas de activar la jurisdicción de la Corte.

Lo anterior significa que la SCP II aceptó expresamente la posibilidad de que: (a) la SCP pueda llevar a cabo una revisión judicial de oficio de la decisión de la Fiscalía de cerrar un examen preliminar iniciado *motu proprio*, siempre y cuando se base exclusivamente en que la apertura de la investigación no redundaría en interés de la justicia; y (b) las víctimas puedan solicitar a la SCP que lleve a cabo dicha revisión. Todo ello con base en la aplicación del mecanismo de revisión previsto en el art. 53(3)(b) a las actuaciones del art. 15.

En todo caso, es importante señalar que, al igual que las consideraciones arriba mencionadas de la SA, esta interpretación de la SCP II tiene que ser también considerada como *obiter dicta*, porque la solicitud de las víctimas tenía como objeto la impugnación de la decisión de la Fiscalía de cerrar las dirigencias de investigación en la situación en Kenia, y por lo tanto no se refería al cierre de un examen preliminar.

3.2.4. La opinión disidente de la jueza Luz del Carmen Ibáñez Carranza

La posición adoptada por la SCP II fue posteriormente acogida en la opinión disidente de la jueza Luz del Carmen Ibáñez Carranza en la decisión de la SA arriba mencionada. Si bien la jueza Ibáñez estuvo de acuerdo con la Mayoría de la SA en autorizar la apertura de la investigación en Afganistán, afirmó, sin embargo, que las consideraciones sobre las que se estructuró el fallo estaban lejos de ser ideales porque no creía cierto que:

> […] el Fiscal tenga discreción absoluta para decidir si abrir o no una investigación *motu proprio* y que los párrafos (1) y (3)(b) del art. 53 se aplican *únicamente* a remisiones[43], ya que "nada en la redacción expresa de dichos artículos indica tal restricción"[44].

---

43 CPI, *Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138-Anx-Corr, párr. 2.

44 Ibid., párr. 3, núm. iii.

Así mismo, subrayó que las consideraciones sobre las que versó la decisión no habían sido objeto de la *causa petendi* de la apelación, por lo que debían ser tomados como *obiter dicta* y no tener incidencia en casos futuros que, de fondo, pudieran relacionarse con la cuestión analizada. De no ser así, la decisión sería *ultra petita*, ya que, al exceder el ámbito de la impugnación, se estaría definiendo una regla jurídica en virtud de una causa inexistente. Como resultado, la jueza señaló que la decisión de la SA debía ser tomada con la máxima cautela.

En particular, la jueza Ibáñez mostró su preocupación con la interpretación del ámbito de aplicación del art. 53(3)(b) realizada por la Mayoría de la SA, porque:

1. Se crearía una burbuja de impunidad en las situaciones que no son remitidas por un Estado parte o el CSNU y el Fiscal decidiera cerrar el examen preliminar de oficio. Al no tener estas decisiones una revisión judicial, se perpetuaría la impunidad, infringiendo con ello el objeto y fin del Estatuto. Así, la justicia dependería en gran medida de cuestiones políticas[45].
2. Los arts. 15 y 53(1) del ECPI no deberían ser entendidos como dos disposiciones separadas sobre el examen preliminar. Por el contrario, deben leerse sistemáticamente en su contexto mutuo, porque la Parte V del Estatuto regula con más detalle cuestiones relativas a la "investigación y el enjuiciamiento" tratadas en la Parte II sobre "competencia, admisibilidad y ley aplicable".
3. El artículo 15 del ECPI no debería ser leído en clave de discrecionalidad absoluta en cabeza de la Fiscalía. Si bien la norma referenciada utiliza la expresión "podrá" al indicar que queda en manos de la Fiscalía abrir o no una investigación, también recoge que esta presentará a la SCP su solicitud de apertura. Por lo tanto, se debería entender que las potestades de investigación de la Fiscalía no son de carácter absoluto, e interpretar

---

45 Ibid., párr. 7, núm. v.

este artículo de esta manera es contrario a lo que indica su lectura holística[46].

4. La correcta administración de justicia requiere de un sistema de *checks and balances*. Aceptar que las decisiones la Fiscalía están blindadas frente a toda revisión judicial resulta anti-garantista[47], pudiendo afectar a los derechos de los involucrados[48]. Incluso, el propio fin del artículo 53(3)(b) parece ser el de evitar este tipo de blindajes frente a las decisiones del Fiscal.
5. Bajo los principios de libertad de acción presunta y legalidad en el derecho internacional, los intérpretes de las normas no pueden limitar o negar el acceso a derechos, a menos de que esta posibilidad esté expresamente reconocida en la ley[49].

En consecuencia, se puede afirmar que la opinión disidente de la jueza Ibáñez sigue la posición adoptada por la SCP II en la situación de Kenia, en contraste con la posición acogida por la Mayoría de la SA en la situación Afganistán y la SCP I en la situación en Colombia. Además, excepto por la escueta explicación dada por esta última, el resto de las interpretaciones constituyen todas ellas *obiter dicta*.

3.3. La interpretación del art. 15(3) y (6) conforme al art. 21(3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Ante una situación tan compleja como la aquí descrita, el criterio general del art. 21(3) del ECPI exige, como hemos visto, que cualquier interpretación adoptada sea conforme a los estándares internaciones de derechos humanos. En particular, en lo que se refiere a la participación de las víctimas en las actuaciones de los arts. 15 y 53 del ECPI, lo que está en juego son sus derechos fundamentales al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo.

---

46 Ibid., párr.7, núm. vi.
47 Ibid., párr. 7, núm. vii.
48 Ibid., párr. 7, núm xi.
49 Ibid., párr. 7, núm. x.

Al interpretar el art. 53(3)(b), afirmamos que, para garantizar a las víctimas una participación que permita esclarecer la verdad, prevenir la impunidad y cesar las graves violaciones de DDHH, es necesario permitir, en primer lugar, su intervención en las actuaciones a través de las cuales se decide si los crímenes internacionales cometidos en una determinada situación van a ser, o no, objeto de investigación por la Fiscalía.

Según la Mayoría de la SA y la SCP I los intereses de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y sus derechos fundamentales al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo, parecerían estar suficiente salvaguardados por el art. 15 (6) del ECPI, que les permite enviar cuantas comunicaciones deseen a la Fiscalía en relación con los hechos padecidos (y otros actos similares cometidos en la misma situación) y los elementos de prueba que los podrían acreditar. No sería, por tanto, necesario proveer una instancia de revisión judicial, externa a la Fiscalía, ni tan siquiera cuando la decisión de cerrar el examen preliminar por esta última no responda a criterios jurídicos, sino que se funde en el tipo de consideraciones políticas que caracterizan el ejercicio del principio de oportunidad, cuando este se basa en criterios de discrecionalidad no reglada como aquellos recogidos en la expresión "intereses de la justicia".

Sin embargo, según el análisis realizado en la sección 2.2, los organismos que forman parte de los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos no parecen estar de acuerdo con esta interpretación, dado el énfasis que ponen en la necesidad de revisión externa, de naturaleza judicial, de las decisiones de las Fiscalía que tienen un impacto tan profundo en los derechos e intereses de las víctimas como la resolución de cierre del examen preliminar sobre una determinada situación conforme al art. 15 (3) del ECPI. Y es, precisamente, esta última interpretación la que es determinante para dotar de contenido, en el caso concreto, al criterio general de interpretación previsto en el art. 21(3).

4. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha tratado de responder las dos preguntas de investigación formuladas en la introducción. La primera, respecto a

si es posible que las víctimas puedan acudir a la SCP y solicitar una revisión de oficio en el contexto del art. 53(3)(b) del ECPI. La segunda, relativa a si esto es también posible en relación con la decisión de la Fiscalía de cerrar el examen preliminar conforme al art. 15 (3) y (6). Para ello, se han analizado las disposiciones estatutarias a la luz de los arts. 21 del ECPI y 31 y 32 de la Convención de Viena.

En relación con la primera cuestión, existen tres factores que llevan a responderla en sentido afirmativo: (a) la interpretación teleológica del art. 53(3)(b) del ECPI a la luz de los fines estatutarios de poner fin a la impunidad y promover la participación de las víctimas en las actuaciones; (b) el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo; y (c) la propia arquitectura de *checks and balances* sobre la que está construida el Estatuto, y en particular, el art. 53(3)(b), según la cual toda decisión de la Fiscalía de no abrir la investigación porque no redundaría en interés de la justicia debería ser sometida a la revisión judicial por la SCP.

La respuesta a la segunda pregunta es ciertamente más compleja por la concurrencia en la interpretación del art. 15 (3) y (6) de dos factores importantes que no son aplicables en relación con el art. 53(3)(b). Por un lado, la jurisprudencia de la Corte, que, si bien es limitada, contradictoria y consistente en gran medida en *obiter dicta*, a raíz de la posición adoptada por la Mayoría de la SA en la situación en Afganistán, parece inclinarse, al menos en cierta medida, por la estricta separación entre las actuaciones de los arts. 15 y 53, de modo que el mecanismo de revisión previsto en el art. 53(3)(b) no sería aplicable a las decisiones de la Fiscalía de cierre del examen preliminar conforme al art. 15 (3).

Por otro lado, la arquitectura de *checks and balances* sobre la que parece estar construido el art. 15 del ECPI, tal y como reflejan los trabajos preparatorios: (a) limitan la intervención de la SCP a las solicitudes de autorización para la apertura de investigación por la Fiscalía; y (b) atribuyen a la Fiscalía el control pleno sobre la decisión de iniciar *motu proprio* un examen preliminar y de cerrarlo sin proceder a la investigación.

Sin embargo, esta construcción entra en franca contradicción con los fines estatutarios de acabar con la impunidad y fomentar la participación de las víctimas y, sobre todo, parece infringir los estándares internacionales relativos al contenido de los derechos fundamentales de las víctimas al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo.

En consecuencia, ni un *obiter dicta* de la Mayoría de la SA, ni una escueta remisión de la SCP I a dicho *obiter dicta*, pueden ser suficientes para decidir una cuestión de naturaleza constitucional, como la relativa a si la arquitectura de *checks and balances* prevista por los redactores del Estatuto puede primar sobre los estándares internacionales de derechos humanos de las víctimas y los fines estatutarios de promover su participación y terminar con la impunidad de los máximos responsables de los crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto.

Esta conclusión se refuerza si tenemos en cuenta la función crucial que el art. 21 (3) del ECPI atribuye a dichos estándares en el sistema de fuentes de la CPI.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *Situation in the Republic of Kenya, Pre-trial Chamber II, Decision on the "Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation*, Doc.: ICC-01/09.

CPI, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Pre-trial chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan of April 12 2019*, Doc ICC-02/17.

CPI, *Prosecution Appeal Brief of September 30 2019*, ICC-02/17.

CPI, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Appeals Chamber, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan of March 5 2020*, Doc ICC-02/17 OA4.

CPI, *Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of*

an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-138-Anx-Corr.

CPI, *Situation in Colombia, President of the Pre-Trial Division, Request for review of the Prosecutor's decision of 28 October 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia, April 27 2022*, ICC-RoC46(3)-01/22-1-Red.

CPI, *Situation in Colombia, Pre-Trial Chamber I, Decision on the request for review of the Prosecutor's decision of 28 october 2021 to close the preliminary examination of the situation in Colombia and related requests, july 22 2022*. Doc. No.ICC-RoC46(3)-01/22.

Corte Internacional de Justicia

CIJ, 1982, *Judgement, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya).*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia 25 de noviembre del 2003.

Corte IDH, 2010, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH, 2019, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador, Sentencia de 4 de febrero de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, 2018, Judgement, *Case of Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal.*

Doctrina

Olasolo, H., 2005, La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional, La Ley, Núm. 6343.

Remiro, A., 2010, Derecho Internacional. Curso General, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 376.

Vega, P., 2006, El Papel de Las Víctimas en los Procedimientos ante La Corte Penal Internacional: Sus Derechos y las Primeras Decisiones de la Corte, SUR - *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Núm. 5, pp. 19.

Informes, resoluciones y otros documentos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, El Acceso a La Justicia Como Garantía de Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales.

Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Consejo de Europa, 1950, Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Consejo de Europa, 2009, Declaración de Bordeaux.

International Center for Transitional Justice, 2016, *Handbook on complementarity*, https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf.

Organización de Estados Americanos, 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Organización de Estados Americanos, 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas, 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Organización para la Unión Africana, 1983, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Corte Penal Internacional, Comisión Preparatoria, 1999, *Proposal by France on Rules of Procedure and Evidence Part 3, section 3, subsection 1*, https://legal-tools.org/doc/0d4ad9/pdf.

Corte Penal Internacional, Comisión Preparatoria, 1999, *"Proposal submitted by Australia. Draft Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court"*.

11. Daño intergeneracional y transgeneracional[*]

ANGGIE PAOLA ABRIL RINCÓN[*]
VALENTINA BOCANEGRA OYOLA[*]
DANIEL CAMILO GUERRERO GUTIÉRREZ[*]
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO[*]
LAURA TOBÓN VÉLEZ[*]

1. INTRODUCCIÓN

El 7 de noviembre de 2019, Bosco Ntaganda, alto mando de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), fue declarado culpable por la Sala de Primera Instancia VI (SPI VI) por cinco delitos de lesa humanidad y trece crímenes de guerra[1] cometidos en

---

* Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Federico Freydell Mesa, Sofía Linares Botero y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler.

* Clínica Jurídica Internacional (2022-2023).

* Clínica Jurídica Internacional (2022-2023).

* Clínica Jurídica Internacional (2022-2023).

* Clínica Jurídica Internacional (2022-2023).

* Clínica Jurídica Internacional (2022-2023).

1 CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Sentencing Judgment,* November 7, 2019, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2442, para. 246.; Bosco Ntaganda fue condenado por: "Como se ha expuesto anteriormente, la Sala determina las siguientes penas con respecto a los crímenes por los que el Sr. Ntaganda ha sido condenado, en el orden en que los crímenes fueron imputados: asesinato e intento de asesinato como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra (Cargos 1 y 2): 30 años de prisión; dirigir intencionadamente ataques contra civiles como crimen de guerra (cargo 3): 14 años de prisión; violación de civiles como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra (Cargos 4 y 5): 28 años de prisión; violación de niños menores de 15 años incorporados a la UPC/FPLC como crimen de guerra (Cargo 6): 17 años de prisión; esclavitud sexual de civiles como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra (Cargos 7 y 8): 12 años

el distrito de Ituri (República Democrática del Congo (RDC)) entre el 6 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003[2].

El 8 de marzo de 2021, la SPI VI emitió una orden de reparación, en la cual, dispuso reparaciones colectivas con componentes individualizados para las víctimas directas e indirectas de los delitos por los que Ntaganda había sido condenado. En dicha orden, la SPI VI estableció que "[…] considera que, dadas las consecuencias a corto y largo plazo de determinados delitos, como se ha expuesto anteriormente, los hijos de las víctimas directas pueden haber sufrido un trauma transgeneracional con independencia de la fecha en que nacieron, si pueden demostrar que su daño es consecuencia de los delitos por los que se declaró culpable al Sr. Ntaganda" [3]. Además, la SPI VI cuantificó los daños e impuso una reparación de 30 millones de dólares[4].

La defensa apeló la orden de reparación y alegó errores en cuanto a cuestiones probatorias específicas, relacionadas con cómo deben evaluarse las solicitudes de reparación de este tipo de daño[5]. La Sala

---

de prisión; esclavitud sexual de niños menores de 15 años incorporados a la UPC/FPLC como crimen de guerra (Cargo 9): 14 años de prisión; persecución como crimen contra la humanidad (cargo 10): 30 años de prisión; pillaje como crimen de guerra (cargo 11): 12 años de prisión; traslado forzoso de la población civil como crimen contra la humanidad (cargo 12): 10 años de prisión; ordenar el desplazamiento de la población civil como crimen de guerra (cargo 13): 8 años de prisión; reclutar y alistar a niños menores de 15 años en un grupo armado y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades como crimen de guerra (Cargos 14, 15 y 16): 18 años de prisión; dirigir intencionadamente ataques contra objetos protegidos como crimen de guerra (cargo 17): 10 años de prisión; y destrucción de la propiedad del adversario como crimen de guerra (cargo 18): 15 años de prisión".

2 Ibid., para. 178.

3 CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Reparations order*, March 08, 2021, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2659, para. 182.

4 Ibid., p. 97.

5 CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VI of 8 March 2021 entitled "Reparations Order"*, September 12, 2022, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2782, para. 141.

de Apelaciones (SA) decidió revocar parcialmente la Orden de Reparaciones en la medida en que entendió que la SPI VI no había:

> "(a) Adoptado una determinación adecuada en relación con el número de víctimas potenciales o reales de la indemnización y/o adoptar una decisión motivada en relación con su conclusión sobre dicho número; (b) proporcionado un cálculo razonable para determinar la cantidad de la multa en contra del Sr. Ntaganda; (c) evaluado y resuelto sobre las solicitudes de reparación de las víctimas; (d) establecer parámetros fundamentales para el procedimiento llevado a cabo por el Fondo Fiduciario en relación con la evaluación de admisibilidad; y (e) no se motivó la acreditación probatoria dentro del concepto de daño transgeneracional, la valoración del daño relativo al centro de Sayo y las rupturas del nexo causal a la hora de acreditar el daño por la destrucción de los centros de salud, y la presunción del daño físico para las víctimas de los atentados" [6].

Además, la SA definió el término "daño transgeneracional" de la siguiente manera:

> "El concepto de daño transgeneracional se refiere a un fenómeno por el que la violencia social se transmite de ascendientes a descendientes con consecuencias traumáticas para estos últimos. Está caracterizado por la existencia de un ciclo intergeneracional de disfunción que los padres traumatizados ponen en marcha, transmitiendo el trauma al actuar como cuidadores violentos y negligentes que deforman la psique y repercuten en la siguiente generación. Los padres traumatizados, que viven con un miedo constante y no resuelto, adoptan inconscientemente un comportamiento atemorizador. Esto afecta al comportamiento emocional, el apego y el bienestar de sus hijos, aumentando el riesgo de que sufran trastornos de estrés postraumático, trastornos del estado de ánimo y problemas de ansiedad. Se argumenta que los efectos nocivos del trauma pueden transmitirse de una generación a la siguiente, con un impacto potencial en la estructura y la salud mental de las familias a través de las generaciones"[7].

De lo anterior, se desprende que la SA señala la importancia del daño transgeneracional y utiliza expresamente los términos "daño transgeneracional" y "ciclo intergeneracional" de manera indistinta y sin hacer mención a que haya una distinción entre ambos.

---

6 Ibid., para. 1.

7 Ibid., para. 458.

Una aproximación similar se puede encontrar también en la sección de definiciones del reciente Informe de la Comisión de la Verdad en Colombia (2022) (órgano creado a raíz del Acuerdo entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia —Ejército Popular (FARC-EP) y el Gobierno colombiano). En esta sección, se afirma que los impactos transgeneracionales "[…] son aquellos que dan cuenta de los efectos o las repercusiones de experiencias traumáticas heredadas, que se manifiestan en las generaciones de los descendientes de quienes las sufrieron de manera directa. Estos impactos dan cuenta de la perpetuación del trauma ante contextos de impunidad, así como de la ineficiencia de los gobiernos frente a su obligación de responder y atender los impactos de la guerra, incluido su deber de reparar integralmente a las víctimas"[8].

A la luz de lo anterior, el presente trabajo analiza si existe, o no, alguna diferencia conceptual entre las expresiones daño "intergeneracional" y "transgeneracional". Con este fin, se examina, en primer lugar, el tratamiento de ambos términos realizado por la doctrina psicológica, para a continuación estudiar lo señalado hasta el momento por la doctrina de Derecho Internacional Penal (DIP) y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y por los pronunciamientos de: (a) la Corte Penal Internacional (CPI); (b) los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR); (c) los tribunales híbridos; (d) los organismos del sistema de protección universal de derechos humanos; y (e) los tribunales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE DAÑO INTERGENERACIONAL Y TRANSGENERACIONAL EN LA DOCTRINA EN PSICOLOGÍA

Autores como Dan Bar-On, Eland, Kleber, Krell, Moore, Sagi, Soriano, Suedfeld y Van der Velden hacen alusión al daño intergeneracional en relación con la teoría del apego, también conocida como

8 Comisión de la Verdad, 2022, *Glosario.*

teoría de la transmisión social. Esta teoría tiene como premisa la existencia de un trauma de los padres que, al no haber sido resuelto en su etapa de desarrollo, es transmitido a los hijos a causa del miedo que pueden percibir y el cual asumen como propio[9].

La teoría del apego surgió a raíz de los estudios sobre el trauma transmitido por los supervivientes del Holocausto a sus hijos, que mostraron como: (a) los primeros no habían superado el miedo generado por los crímenes que habían padecido y presentaban un comportamiento paternal asustadizo; y (b) esta situación había generado un sentimiento de inseguridad y miedo en sus hijos a causa de lo experimentado durante su crianza[10].

Así mismo, diversos estudios e investigaciones psicológicas han estudiado la transmisión del trauma entre abuelos y nietos. Así, en los estudios realizados sobre los hijos y nietos de los sobrevivientes de la era del apartheid (en particular, la investigación Adonis), se explica cómo el daño físico y el trauma psicológico sufrido por las víctimas directas, al afectar su capacidad de crianza, puede impactar negativamente tanto en sus hijos como en las generaciones subsiguientes a través de una posible transmisión del daño psicosocial que puede incluso provocar alteraciones genéticas igualmente transmisibles[11] (el mismo fenómeno se ha observado también en los hijos y nietos de sobrevivientes del Holocausto[12] y del genocidio

---

9 Bar-On, D., Eland, J., Kleber, R. J., Krell, R., Moore, Y., Sagi, A., Soriano, E., Suedfeld, P., Van-der-Velden, P. G. & Van-IJzendoorn, M. H., 1998, *Multigenerational Perspectives on Coping with the Holocaust Experience: An Attachment Perspective for Understanding the Development Sequel of Trauma across Generations, International Journal of Behavioral Development*, pp. 319-320.

10 Ibid., p. 321.

11 Adonis, C.k., 2016, *Exploring the Salience of Intergenerational Trauma Among Children and Grandchildren of Victims of Apartheid-Era Gross Human Rights Violations, Research Specialist Human Sciences Research Council (HSRC) Pretoria, South Africa*, p. 2.

12 Bar-On, D., Eland, J., Kleber, R. J., Krell, R., Moore, Y., Sagi, A., Soriano, E., Suedfeld, P., Van-der-Velden, P. G. & Van-IJzendoorn, M. H., 1998, *Multigenerational Perspectives on Coping with the Holocaust Experience: An Attachment Perspective for Understanding the Development Sequel of Trauma across Generations*, International Journal of Behavioral Development, supra núm. 10, pp. 319-320.

en Ruanda[13]). Dichos hijos y nietos no sólo experimentan privaciones económicas como resultado de la opresión de sus padres y abuelos, sino que también sufren problemas de salud mental como consecuencia del "impacto acumulativo" del trauma sufrido por los padres y abuelos, transmitiéndose a las generaciones posteriores (teoría del apego)[14].

Con base en lo anterior, autores como Lev-Wiesel han considerado que la teoría del apego es aplicable también a la transmisión del trauma entre generaciones sucesivas (abuelo/nieto); es decir, presenta también patrones transgeneracionales. Además, estos autores, subrayan que el rol protector que se le asigna al hijo frente al padre que sufre el trauma directo ocasiona conflictos psicológicos sin resolver debido a la sensación del primero de no haber podido cumplir con su deber de cuidado, todo lo cual es transmitido a la tercera generación[15].

Abraham y Torok confirman la transmisión del daño a través de generaciones sucesivas, debido a los vínculos que ligan a cada persona con las experiencias de generaciones anteriores, lo que hace necesario indagar la posible transmisión del trauma y cómo este afecta a la memoria y al desenvolvimiento familiar[16]. Estos autores distinguen además entre: (a) el daño intergeneracional, que es aquel que se produce entre generaciones contiguas que tienen una relación directa (padres/hijos); y (b) el daño transgeneracional, que es generado por la influencia psicológica transmitida entre generaciones sucesivas (abuelos/nietos[17]) (se trata, en definitiva, de la afectación que

---

13 Rudahindwa, S., Mutesa, L., Rutembesa, E., Mutabaruka, J., Qu, A., Wildman, D., Jansen, S., Uddin, M., 2018, *Transgenerational effects of the genocide against the Tutsi in Rwanda: A post-traumatic stress disorder symptom domain analysis, Open Research Africa*, pp. 3-7.

14 Adonis, C.k., 2016, *Exploring the Salience of Intergenerational Trauma Among Children and Grandchildren of Victims of Apartheid-Era Gross Human Rights Violations*, Research Specialist Human Sciences Research Council (HSRC) Pretoria, South Africa, supra núm. 12, p. 5.

15 Lev-Wiesel, R., 2007, *Intergenerational Transmission of Trauma across Three Generations: A Preliminary Study, Qualitative Social Work,* pp. 77-78.

16 Abraham, N. & Torok, M., 2005, La Corteza y Núcleo, Amorrortu, p. 233.

17 Ibid., p. 53.

pueden tener los nietos por el funcionamiento psíquico de los abuelos porque, si bien no los conocieron, su vida psíquica se encuentra marcada en la de sus padres)[18].

Finalmente, y en contraste con lo anterior, Lacal y Ventura, no fundamentan la diferencia entre el daño intergeneracional y transgeneracional en la teoría del apego, sino que precisan que la misma se da por la herencia epigenética[19]; es decir, a partir de los genes que se transmiten entre padres e hijos, y que pueden ser resultado de una generación anterior, como es la de los abuelos[20].

---

18 Faúndez, X. & Cornejo, M., 2010, Aproximaciones al estudio de la Transmisión Transgeneracional del Trauma Psicosocial, *Revista de Psicología*, Vol. 19, Nº 2, p. 47.

19 Lacal, I. & Ventura, R., 2018, *Epigenetic Inheritance: Concepts, Mechanisms and Perspectives*. Fronier in Molecular Neuroscience, p. 2.; La teoría epigenética se basa en la transmisión de marcas epigenéticas de una generación a la siguiente. o de los abuelos a los nietos. Estos autores establecen unos criterios a partir de los cuales se representa la herencia epigenética transgeneracional: "sólo cuando se cumplen dos criterios: 1. exposición a un evento en la generación F0. 2. Un efecto del evento debe observarse en la tercera o cuarta generación, es decir, F2 o F3, dependiendo de si la madre o el padre fueron los primeros afectados (F0). La exposición femenina a un determinado factor ambiental durante el embarazo podría incluso afectar directamente a las células germinales de la descendencia, por lo que solo la cuarta generación puede considerarse "libre de eventos" e inmaculada. Cuando un determinado evento produce un cambio epigenético en el padre, sólo puede modificar su esperma, efectuando una herencia no genética confiable en la tercera generación.

20 Ibid., pp. 2-3.

3. LA IRRELEVANCIA DE LAS EXPRESIONES DAÑO INTERGENERACIONAL Y TRANSGENERACIONAL PARA LA DOCTRINA EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A diferencia de la doctrina en psicología, la doctrina sobre DIP y DIDH no se ha referido a los términos daño intergeneracional y transgeneracional hasta muy recientemente, destacando en este sentido el estudio de Gacka sobre victimización y causalidad de 2022. En el mismo, el autor solo habla de "daño transgeneracional" sin utilizar en ningún momento la expresión "daño intergeneracional"[21].

Además, a diferencia de las teorías del apego y la epigenética, que se refieren a este último en el marco de la relación entre padres e hijos y lo distinguen del primero que limitan a las generaciones sucesivas, Gacka, siguiendo como veremos en la próxima sección la jurisprudencia de la CPI en el caso Katanga, identifica el "daño transgeneracional" como el trauma que es transmitido por los padres que sufrieron directamente el delito a sus hijos (víctimas indirectas)[22].

Como señala el autor, este tipo de daño es relevante para la jurisprudencia de la CPI en cuanto que puede ser incluido en el concepto de víctima indirecta, el cual está basado en el padecimiento de un daño que no tiene como fuente el acto delictivo, sino el propio daño sufrido por la víctima directa[23].

---

21 Gacka, P., 2022, *Remote Victimisation and the Proximate Cause. Transgenerational Harms before the International Criminal Court, International Criminal Law Review*, pp. 452-455.

22 Idem.

23 Idem.

4. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES E HÍBRIDOS

4.1. Corte Penal Internacional

La jurisprudencia de la CPI no utilizó inicialmente las expresiones daño intergeneracional o daño transgeneracional, sino que recurrió a los conceptos de víctimas directas e indirectas (entre estas últimas se pueden encontrar el cónyuge (misma generación que la víctima directa), los hijos (siguiente generación), e incluso otros familiares (aquí podrían incluirse hipotéticamente miembros de la tercera generación como los nietos), siempre y cuando hayan padecido un daño que tenga un vínculo de causalidad directa con el delito[24].

En el caso Lubanga, la Sala de Primera Instancia I (SPI I), en su Decisión sobre Víctimas Indirectas (2009), afirmó que las personas pueden ser víctimas directas o indirectas de un delito[25]. Esto es debido a que el daño sufrido por una víctima puede generar alguna afectación en otras personas cuando existe una relación cercana entre ellas. Un claro ejemplo es la relación entre un niño soldado y sus padres porque el reclutamiento del primero puede generar sufrimiento personal para todos ellos[26].

En relación con el alcance del concepto de víctima indirecta, la Sala de Primera Instancia III (SPI III) (2016), en su Sentencia de Primera Instancia en el caso Bemba, se refirió expresamente a las investigaciones que sostienen que los efectos nocivos del daño pueden transmitirse psicológicamente de una generación a otra (padres/hijos; abuelos/nietos), poniendo como ejemplo los desórdenes menta-

---

24 CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, July 11*, 2008, Case ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, para. 32.

25 CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Redacted version of "Decision on indirect victims", Abril 8,* 2009, Case 01/04/-01/06-1813, para. 41.

26 Ibid., para 42.

les de ansiedad y depresión encontrados en los hijos y nietos de los sobrevivientes del Holocausto[27].

Al año siguiente, en el caso Lubanga antes mencionado, la SPI II (2017), en su Orden de Reparaciones, desarrolló la distinción entre víctimas directas e indirectas, subrayando que los daños causados a las víctimas no necesitan ser directos, sino que, simplemente, se requiere que la víctima haya sufrido personalmente el daño. Ahora bien, para determinar la elegibilidad de una víctima indirecta (ya sea el cónyuge, un/a hermano/a o un descendiente) es necesario que esta haya tenido previamente una relación cercana con la víctima directa[28].

Solamente en la Orden de Reparaciones dictada por la SPI II en el caso Katanga (2017), se observa por primera vez en la jurisprudencia de la CPI la referencia a la expresión daño transgeneracional (hasta entonces, como hemos visto, la CPI utilizaba exclusivamente las expresiones víctimas directas e indirectas). Según la Orden de Reparaciones, "Aún cuando los demandantes sufren, con toda probabilidad, un daño psicológico transgeneracional, debe señalarse, como ha hecho la defensa, que no se ha presentado ante la Sala ninguna prueba que establezca el nexo causal entre el trauma sufrido y el ataque a Bogoro"[29].

Al resolver la apelación frente a la orden de la SPI II, la SA (2018) afirmó, siempre en el marco del debate sobre el alcance del concepto de víctima indirecta, que el daño psicológico entre generaciones (al que denominó "daño transgeneracional") es entendido como un "fenómeno por el que la violencia social se transmite de

---

27 CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Submission by QUB Human Rights Centre on reparations issues pursuant to Article 75 of the Statute*, October 17, 2016, Case 01/05-01/08-3444, para. 28.

28 CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber II, Corrected version of the "Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable"*, December 21, 2017, Case 01/04-01/06-3379, para. 41.

29 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, March 24, 2017, ICC-01/04-01/07-3728-tENG, para. 134.

ascendientes a descendientes con consecuencias traumáticas para los descendientes"[30].

Además, en su Decisión sobre la Cuestión del Daño Transgeneracional, la SPI II (2018), justificó la existencia de este último con base en: (a) la teoría epigenética, que como hemos visto consiste en la *"parent-to-child transmission of epigenetic marks that retain a memory of traumatic events experienced by the parents"*[31]; y (b) la teoría del apego o de la transmisión social, que afirma el vínculo entre el trauma padecido por los padres y el desarrollo por los hijos de estrés postraumático a causa del papel jugado por los primeros como principales cuidadores emocionales de estos últimos[32].

Más recientemente, y tal como vimos en la Introducción, la SPI VI, en su Orden de Reparaciones en el caso Ntaganda (2021), siguió la misma aproximación de la SPI II en el caso Katanga[33]. Sin embargo, ante la apelación de la defensa, la SA (2022) revocó parcialmente la Orden al considerar que la SPI VI no había, *inter alia* "[…] *(v) provide[d] reasons in relation to the concept of transgenerational harm* […]"[34]. Así mismo, la SA (2022) procedió a definir el concepto de daño transgeneracional utilizando expresamente los términos "daño transgeneracional" y "ciclo intergeneracional" de manera indistinta, y sin hacer mención a que hubiera algún tipo de diferencia entre ambos[35].

---

30 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute"* March 8, 2018, ICC-01/04-01-3778, para. 223.

31 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Decision on the Matter of the Transgenerational Harm Alleged by Some Applicants for Reparations Remanded by the Appeals Chamber in its Judgment of 8 March 2018*, July 19, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3804, para. 11.

32 Ibid., para. 13.

33 CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI*, *Reparations order*, March 08, 2021, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2659, para. 182.

34 CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, The Appeals Chamber*, *Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VI of 8 March 2021 entitled "Reparations Order"*, September 12, 2022, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2782, Para. 1.

35 Ibid., para. 458.

A la luz de lo anterior, se puede concluir que la jurisprudencia de la CPI no utilizó las expresiones daño intergeneracional o transgeneracional hasta la Orden de Reparaciones del caso Katanga en 2017, aplicando hasta entonces únicamente los conceptos de víctima directa e indirecta. Por su parte, en la mencionada Orden, y siempre dentro de la discusión sobre el alcance del concepto de víctima indirecta, la SPI II abordó el daño psicológico transmitido en el marco de la relación entre padres e hijos, al que denominó con la expresión daño transgeneracional. La SPI VI siguió en 2021 en el caso Ntaganda esta misma aproximación, que ha sido confirmada por la SA en 2022, con la única especificidad de usar los términos daño intergeneracional y transgeneracional de manera indistinta para referirse a la transmisión por los padres a los hijos del trauma directamente experimentado por los primeros.

4.2. Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

A pesar de que Rudahindwa, Mutesa, Rutembesa, Mutabaruka, Qu, Wildman, Jansen y Uddin (2018) han estudiado los efectos que el trauma sufrido por los sobrevivientes del genocidio ruandés ha generado en sus hijos y nietos[36], ni el TPIY[37], ni el TPIR[38], se han referido al concepto de víctima indirecta, o han utilizado las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional.

Esto es debido, en gran medida, a que los Estatutos de ambos tribunales no recogen un sistema de reparaciones como el estable-

---

36 Rudahindwa, S., Mutesa, L., Rutembesa, E., Mutabaruka, J., Qu, A., Wildman, D., Jansen, S., Uddin, M., 2018, *Transgenerational effects of the genocide against the Tutsi in Rwanda: A post-traumatic stress disorder symptom domain analysis*, Open Research Africa, supra núm. 14, pp. 3-7.

37 Se revisaron los casos Aleksovski, Babić, Banović, Blagojević & Jokić, Blaskic, Bobetko y Boškoski & Tarčulovski, sin que se encontrará información respecto del daño transgeneracional y daño intergeneracional. Vid.: Tabla de referencias.

38 Se revisaron los casos Jean Paul Akayesu, Michel Bagaragaza, Ignace Bagilishma, Simon Bikindi, sin que se encontrara información respecto del daño transgeneracional y daño intergeneracional. Vid.: Tabla de referencias.

cido en Estatuto de la CPI, limitándose únicamente a referirse de manera general a la restitución de la propiedad "a sus poseedores por derecho"[39], sin considerar las reparaciones por daños personales de naturaleza física o mental[40]. Por esta razón, la regla 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de los dos tribunales sólo prevé la indemnización a las víctimas por vía del acceso individual a los tribunales nacionales.

4.3. Tribunales híbridos

La situación en el estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) es similar a la que acabamos de analizar para el TPIY y el TPIR. En consecuencia, ni se ha referido al concepto de víctima indirecta, ni ha utilizado las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional. Esto se debe a que la regla 105(B) de las RPP del TESL establece que "[…] de conformidad con la legislación nacional pertinente, la víctima o sus derechohabientes podrán interponer una acción ante un tribunal nacional u otro órgano competente para obtener una indemnización"[41].

La situación es distinta en las Salas Extraordinarias de África (SEA), las cuales han aplicado el concepto de víctima indirecta, entendiendo por tal "*any person who has suffered direct harm caused to a member of his family by the commission of one or more crimes for which Hissein*

---

39 *United Nations*, 2009, *Updated Statute Of the International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia*, art. 24 (3); United Nations, 1994, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994*, art. 23 (3).

40 Bassiouni, M. C., 2006, *International Recognition of Victims' Rights*. Human Rights Law Review, pp. 242-243.

41 Perez, J., Acevedo, L., 2007, Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, *American University International Law Review* 23, no.1, pp. 23-25.

Habré [was] convicted"[42]. Según las SEA, las víctimas indirectas (que pueden incluir también a hijos y nietos) sufren un daño a causa de ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, muertes tras tortura o masacres de uno o varios miembros de sus familias, y, por ello, requieren reparaciones[43]. Sin embargo, las SEA no han utilizado en ningún momento las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional, ni se ha referido al daño transmitido de padres a hijos, o de abuelos a nietos, a través de la crianza o la transmisión genética.

En el Tribunal Especial para el Líbano (TEL), la SPI en el caso de la Fiscalía v. Ayyash et. al. ha aplicado también el concepto de víctima indirecta, al afirmar que "La regla 2 define a las víctimas como una persona natural que ha sufrido daño físico, material o mental resultante de un ataque del que concierna la jurisdicción del tribunal. Esta definición abraza tanto la noción de víctima directa como la de víctima indirecta que hayan sufrido personalmente una consecuencia como resultado de la coyuntura"[44]. La SPI reconoce que hijos y nietos pueden sufrir un daño que justifique su reconocimiento como víctimas indirectas, sin embargo, al igual que las SEA, tampoco utiliza las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional, ni se refiere a la transmisión social o genética del daño entre generaciones. Esto mismo sucede con la SA del TEL, la cual ha puesto particular énfasis en el hecho de que "[…] De acuerdo al artículo 25 del Estatuto, una víctima, haya sido o no identificada como tal por el Tribunal, podrá presentar una demanda de indemnización ante un tribunal nacional u otro órgano competente"[45].

---

42 CAE, *Ministère Public v. Hissein Habré, Trial Chamber, Judgment*, 30 May, 2016, paras. 66-68.

43 Idem.

44 STL, *The Prosecutor v. Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi & Hussein Hassan Oneissi, Hassan Sabra, The Trial Chamber, Judgment*, 18 August, 2020, STL-11-01/T/TC, para. 794.

45 STL, *The Prosecutor v. Hassan Habib Merhi & Hussein Hassan Oneissi, The Appeals Chamber, Sentencing Judgment*, 16 June, 2022, STL-11-01/T/TC, para. 72.

Finalmente, las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya[46] (SETC) y Salas Especializadas de Kósovo (SEK)[47] tampoco se han referido al daño transmitido entre generaciones, ya sea como parte del concepto de víctima indirecta, o utilizando las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional.

5. LA PERSPECTIVA DE LOS SISTEMAS UNIVERSAL Y REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

5.1. Sistema universal

Los nueve comités de las Naciones Unidas, a saber; el Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Comité contra la Tortura; Comité de los Derechos del Niño; Comité sobre Trabajadores Migratorios; Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad; Comité contra la Desaparición Forzada de Personas, no contienen en su decisiones reparaciones específicamente relacionadas con el daño transmitido entre generaciones y por lo tanto no utilizan la expresiones daño intergeneracional y transgeneracional[48].

---

46 En los casos 001, 002, 002/1, 002/2, 003, 004, 004/1, 004/2 de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya no se hace mención ni al daño transgeneracional, ni al daño intergeneracional, como un tipo de daño que pudiera justificar el reconocimiento de la condición de víctima a efectos de las reparaciones. Vid.: Tabla de referencias.

47 En los documentos de los casos de Salih Mustafa, Hysni Gucati y Nasim Haradinaj, Pjetër Shala, y Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Selimi y Jakup Krasniqi, no se menciona el daño transgeneracional y el daño intergeneracional como un tipo de daño que pudiera justificar el reconocimiento de la condición de víctima a efectos de las reparaciones. Vid.: Tabla de referencias.

48 En las búsquedas realizadas no se menciona el concepto de víctima indirecta o trauma transmitido entre generaciones (trans/intergeneracional) al no considerar este tipo de reparaciones en los comites del sistema univer-

5.2. Sistemas regionales

5.2.1. El sistema interamericano

El artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prevé que se garantice a quien se le conculca un derecho o libertad (parte lesionada) su efectivo goce y el pago de una indemnización. Esta disposición es desarrollada por la regla 23 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), que establece que los potenciales beneficiarios de las reparaciones son tanto las víctimas directas, como sus familiares más cercanos. Hasta 2009, se consideraba que estos últimos eran quienes podían ser incluidos dentro del concepto "familiares", que la regla 2 (15) definía de la siguiente manera: "[…] la familia directa, es decir, los ascendientes y descendientes directos, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o los que determine el Tribunal, en su caso"[49]. Sin embargo, al suprimirse esta regla en 2009[50], la jurisprudencia de la CtIDH ha utilizado desde entonces con mayor frecuencia el concepto de "víctima indirecta".

Con base en lo anterior, la jurisprudencia de la CtIDH, si bien no ha utilizado nunca las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional, sí ha reparado el daño psicológico causado a hijos y nietos en diversos escenarios, en particular en los casos de desaparición forzosa.

En primer lugar, en el caso Movilla Galarcio y otros v. Colombia (2022), relativo a la desaparición forzada del Sr. Pedro Movilla (cuyo paradero se desconoce todavía en la actualidad), la CtIDH consideró a sus hijos como víctimas indirectas con base en el daño psicológico derivado de la desaparición de su padre. Según la CtIDH,"En las específicas circunstancias de este caso, por ser niños y niña al momento

---

sal. No obstante, si se utiliza el término equidad intergeneracional al referirse a los derechos de los niños con respecto a la problemática del cambio climático, tema que se aleja de lo estudiado en el presente memorial, ya que no contempla el trauma adquirido entre generaciones.

49 Burgorgue, L., & Amaya, L., 2011, *The Inter-American Court Of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, p. 225.

50 Ibid., p. 227.

de la desaparición forzada de su padre, sufrieron una especial afectación, dadas sus vivencias en un entorno que padecía el sufrimiento y la incertidumbre por la falta de determinación del paradero de su padre. La desaparición forzada de Pedro Movilla generó en sus hijos e hija sentimientos de pérdida, intenso temor, incertidumbre, angustia y dolor, los cuales variaron y se intensificaron en función de la edad y las circunstancias particulares de cada uno"[51].

De esta manera, para la CtIDH, la desaparición forzosa del padre causó directamente un daño psicológico en los hijos, sin que por tanto nos encontremos en un escenario de transmisión del daño padecido por la víctima directa (el Sr. Movilla) a sus descendientes (hijos), ya sea a raíz de las experiencias vividas por estos últimos durante su infancia (teoría del apego o de la transmisión social), ya sea debido a una transmisión genética (teoría epigenética).

En segundo lugar, en el caso Rocha Hernández et. al. v. El Salvador (2014), la CtIDH se refirió expresamente al testimonio de la perito Martha de la Concepción Cabrera Cruz sobre las "[s]ecuelas transgeneracionales de las desapariciones forzadas" en los siguientes términos:

> Asimismo, la Corte toma nota del peritaje recibido (supra párrs. 38 y 43), según el cual la desaparición forzada puede generar secuelas transgeneracionales. La perito Martha de la Concepción Cabrera Cruz afirmó que "[c]uando se combina el concepto de trauma y el de vínculo se puede formular un principio —que es un principio de la psicotraumatología sistémica y transgeneracional—, que una madre que ha sufrido un trauma y no lo ha sanado le traslada inevitablemente esa experiencia a su hijo o hija de una forma u otra. Por consiguiente, una Declaración rendida ante la Corte Interamericana por María Juliana Rocha Hernández durante la audiencia pública celebrada el 1 de abril de 2014. Declaración rendida ante la Corte Interamericana por José Arístides Bonilla Osorio durante la audiencia pública celebrada el 1 de abril de 2014. Por consiguiente, la experiencia traumática continúa teniendo efecto en las siguientes generaciones". Más aún, sostuvo que "[l]as familias de desaparecidos sienten que han vivido solas las pérdidas de sus hijos/as pero en realidad en un problema colectivo" y expresó que "[u]n trauma de guerra colectivo que sufrieron miles de personas está almacenado y congelado en el inconsciente colectivo"

---

51 CtIDH, *Movilla Galarcio and others v. Colombia*, *Judgment of 22 june 2022 (Merits, Reparations and Costs)*, June 22, 2022, para. 186.

> Finalmente, estimó que "la sanación debe ser para la familia, o sea, que es la familia la que fue afectada y es la familia la que debe permitirse tener ese espacio de sanación y, a su vez, es para la comunidad, porque si vemos de que esto fue producto de la guerra, la guerra afectó a la comunidad donde vivía esa familia[52].

Sin embargo, tampoco en este caso la CtIDH afirmó la existencia de un daño psicológico transmitido por las víctimas (directas) que padecieron el daño originario a las siguientes generaciones de sus descendientes (hijos y nietos). De hecho, esto no era posible porque el caso versó sobre las desapariciones forzosas de cinco niños y la consideración de víctimas indirectas de sus hermanos, madres, padres, abuelas, abuelos, tías y tíos, debido, entre otras, al daño psicológico sufrido. Así, según la CtIDH, "La Corte estableció que, a raíz de los hechos del presente caso, los familiares de las víctimas sufrieron afectaciones psíquicas y alteraciones irreversibles a sus núcleos familiares, incertidumbre por el paradero de las víctimas y un sentimiento de impotencia por la falta de colaboración de las autoridades estatales y por la impunidad generada por más de tres décadas"[53].

El único caso en el que la CtIDH parece reconocer el sufrimiento por hijos y nietos (víctimas indirectas) de un daño psicológico transmitido durante la crianza por sus padres y abuelos (que padecieron el daño originario), es el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) v. Guatemala (2012). Este caso tiene como objeto la desaparición forzosa de 26 personas que tenían un nieto y varios hijos y sobrinos (dos de los hijos no habían todavía nacido al momento de la desaparición). La CtIDH atribuyó a todos ellos la condición de víctimas indirectas, afirmando, en particular, en relación con estos últimos lo siguiente:

> Además, la Corte observa que dos de los hijos de los desaparecidos aún no habían nacido cuando sus padres fueron desaparecidos. En este sentido, como lo ha hecho en otros Casos y tomando en consideración los términos del reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte considera que también sufrieron una violación a su integridad psíquica y moral, pues el hecho de tener que vivir en un ambiente de

---

52 CtIDH, Rocha Hernández et. al. v. El Salvador, *Judgment of 14 October 2014 (Merits, Reparations and Costs)*, October 14, 2014, para. 114.

53 Ibid., para. 258.

> sufrimiento e incertidumbre debido a la falta de determinación del paradero de las víctimas desaparecidas perjudicó la integridad de los niños que nacieron y vivieron en esta situación[54].

5.2.2. El sistema europeo

En el caso Vallianatos y otros vs. Grecia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) señaló lo siguiente en relación con la condición de víctima:

> […] El Tribunal recuerda que, para invocar el artículo 34 del Convenio, un demandante debe cumplir dos requisitos: debe entrar en una de las categorías de demandantes mencionadas en esa disposición del Convenio y debe poder afirmar haber sido víctima de una vulneración del Convenio. En cuanto al concepto de "víctima", según la jurisprudencia establecida del Tribunal, debe interpretarse de modo autónomo e independiente de las reglas del derecho interno tales como las relativas al interés o la condición de parte. El artículo 34 del Convenio entiende como "víctima" a la víctima o víctimas directas o indirectas de la vulneración alegada[55].

Por lo tanto, el TEDH hace referencia a las víctimas indirectas, en el sentido del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual "[…] por tanto, el artículo 34 no se refiere únicamente a la víctima o víctimas directas de la vulneración alegada, sino además a cualquier víctima indirecta a quien dicha vulneración haya podido causar un perjuicio o que tenga un interés personal válido en lograr que se ponga fin a la misma"[56].

Sin embargo, para que el TEDH reconozca la condición de víctima (directa o indirecta), y por tanto se tenga derecho a una reparación, es necesario que el daño padecido haya sido (a) personal; (b) directo; y (c) cierto[57]. Según el TEDH, esto incluye solamente a los que sufrieron personalmente la violación de los derechos estableci-

---

54 CtIDH, Gudiel Alvarez et. al., ("Diario Militar") v. Guatemala, *Judgment of 20 November 2012 (Merits, Reparations and Costs)*, November 20, 2012, para. 287.

55 ECtHR, *Vallianatos and others v. Greece*, *Judgment*, November 7, 2013, para. 47.

56 Idem.

57 ECtHR, Colozza v. Italy, *Judgment*, February 12, 1985, para. 38.

dos en el CEDH[58]. Como resultado, si bien el TEDH no se ha pronunciado expresamente al respecto, esta estricta interpretación del requisito del daño personal (que limita notablemente el alcance del concepto de víctima indirecta) parece excluir los supuestos de daño intergeneracional y transgeneracional objeto de este trabajo.

6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos analizado la cuestión relativa a si existe, o no, alguna diferencia conceptual entre las expresiones daño "intergeneracional" y "transgeneracional". El estudio realizado nos ha permitido comprender que las teorías psicológicas del apego (o de la transmisión social) y epigenética afirman la existencia de una auténtica diferencia conceptual entre ambas expresiones.

Así, para estas teorías, por daño intergeneracional se entiende el daño transmitido por los padres (víctimas directas de los delitos o las graves violaciones de derechos humanos) a los hijos, ya sea a raíz de la convivencia durante la infancia y la adolescencia, o como consecuencia de la herencia genética. Por su parte, estas mismas teorías afirman que el daño transgeneracional es el transmitido, desde quienes lo sufrieron originalmente (los padres), a través de los hijos, a sucesivas generaciones (los nietos), por cualquier de estas dos modalidades.

A diferencia de la doctrina en psicología, la jurisprudencia y la doctrina sobre DIP y DIDH no se ha referido a los términos daño intergeneracional y transgeneracional hasta el estudio de Gacka en 2022 sobre victimización y causalidad. En su estudio, el autor habla exclusivamente de "daño transgeneracional" (sin utilizar en ningún momento la expresión "daño intergeneracional"), al que, siguiendo la jurisprudencia de la CPI en el caso Katanga, identifica con el daño psicológico transmitido por los padres que sufrieron directamente el delito a los hijos (víctimas indirectas).

---

58 Burgorgue, L., Amaya, L., 2011, supra núm. 50, p. 225.

En cuanto a los tribunales internacionales penales e híbridos, la jurisprudencia de la CPI no utilizó las expresiones daño intergeneracional o transgeneracional hasta la Orden de Reparaciones de la SPI II en el caso Katanga en 2017 (hasta entonces se limitaba a aplicar los conceptos de víctima directa e indirecta). Como parte del debate sobre el alcance del concepto de víctima indirecta, la SPI II se refiere en su Orden de Reparaciones al daño psicológico transmitido por los padres (víctimas directas) a los hijos durante la crianza, denominándolo "daño transgeneracional". La SPI VI ha seguido en 2021 en el caso Ntaganda esta misma aproximación, que ha sido confirmada en 2022 por la SA. Sin embargo, la SPI VI ha introducido como especificidad el uso de los términos daño intergeneracional y transgeneracional de manera indistinta para referirse a la transmisión a los hijos del trauma directamente experimentado por los padres.

En cuanto al TPIY y al TPIR, a pesar de los estudios sobre los efectos que el trauma sufrido por los sobrevivientes del genocidio ruandés ha generado en los hijos y nietos de las víctimas directas, no han utilizado en ningún momento las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional. Además, tampoco se han referido al concepto de víctima indirecta (esto es, en gran medida, debido a que los Estatutos de ambos tribunales no recogen un sistema de reparaciones como el establecido en el Estatuto de la CPI). Esta misma situación se encuentra en el TESL.

Con respecto al resto de los tribunales híbridos analizados, las SEA, el TEL, las SETC y las SEK, si bien aplican el concepto de "víctima indirecta", y bajo ciertas circunstancias reconocen como tales a los hijos y nietos de las víctimas directas, ninguno de ellos ha utilizado las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional, ni han abordado la cuestión relativa a la transmisión del daño entre generaciones inmediatas (padres/hijos) o sucesivas (abuelos/nietos).

En los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, ni los distintos comités del sistema universal, ni el TEDH han emitido hasta el momento decisiones de reparación específicamente relacionadas con el daño transmitido entre generaciones, y por lo tanto no han utilizado tampoco las expresiones daño intergeneracional y transgeneracional. Además, en el marco del sistema europeo de protección, y mientras se mantenga la estric-

ta interpretación realizada por el TEDH del requisito del daño personal (que limita notablemente el alcance del concepto de víctima indirecta), no parece posible que se pueda reconocer esta condición a los hijos y nietos a los que las víctimas directas transmiten el daño psicológico padecido según las teorías del apego y epigenética.

Finalmente, en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el único caso en el que la CtIDH parece que pudiera haber reconocido la condición de víctimas indirectas a los hijos y nietos a los que se les transmitió a través de la crianza el daño psicológico sufrido por sus padres y abuelos, es el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) v. Guatemala (2012). Si bien, también resulta relevante a estos efectos la expresa mención por la CtIDH de amplios pasajes del testimonio de la perito Martha de la Concepción Cabrera Cruz sobre las secuelas transgeneracionales de las desapariciones forzadas en el caso Rocha Hernández et. al. vs El Salvador (2014).

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Corte Europea de Derechos Humanos

CEDH, *Colozza v Italy*, *Judgment*, february 12, 1985.

CEDH, *D.P. & J.C. v. The United Kingdom*, *Judgment, October 10, 2002, First Section*. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60673.

CEDH, *Vallianatos and others v. Greece*, *Judgment*, November 7, 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CtIDH, Gudiel Alvarez et. al. ("Diario Militar") v. Guatemala, *Judgment of 20 november* 2012 (Merits, Reparations and Costs), November, 20, 2012.

CtIDH, Movilla Galarcio et. al. vs. Colombia, *Judgment of 22 june 2022 (Merits, Reparations and Costs)*, June 22, 2022.

CtIDH, Rocha Hernández et. al. v. El Salvador, *Judgment of 14 october 2014 (Merits, Reparations and Costs), October 14*, 2014.

Corte Penal Internacional

CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber IV, Sentencing Judgment, November* 7, 2019, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2442.

CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber IV, Reparations order, March 08*, 2021, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2659.

CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VI of 8 March 2021 entitled "Reparations Order"*, September 12, 2022, Doc. No.: ICC-01/04-02/06-2782.

CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, March 24, 2017, ICC-01/04-01/07-3728-tENG.

CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute"*, March 8, 2018, ICC-01/04-01-3778.

CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Matter of the Transgenerational Harm Alleged by Some Applicants for Reparations Remanded by the Appeals Chamber in its Judgment of 8 March 2018*, July 19, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3804.

CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, June 15, 2009, Doc. No.: ICC-01/05-01/08.

CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Submission by QUB Human Rights Centre on reparations issues pursuant to Article 75 of the Statute*, October 17, 2016, Case 01/05-01/08-3444.

CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, The Appeals Chamber*, J*udgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*, Julio 11, 2008, Case ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10.

CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Redacted version of "Decision on indirect victims", April* 8, 2009, Case 01/04/-01/06-1813.

CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, August 7, 2012, ICC-01/04-01/06.

CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga, Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012, March* 3, 2015, ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3.

CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber II, Corrected version of the "Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable", December* 21, 2017, Case 01/04-01/06-3379.

Salas Africanas Extraordinarias

SAE, *Ministère Public v. Hissein Habré, Trial Chamber, Judgment*, 30 *May*, 2016.

Salas Especializadas de Kósovo

SEK, *The Prosecutor v. Salih Mustafa, related documents*, Case No. KSC-BC-2020-05. https://repository.scpks.org/details.php?doc_id=091ec6e9804cb0fa&doc_type=stl_filing&lang=eng

SEK, *The Prosecutor v. Hysni Gucati & Nasim Haradinaj, related documents*, Case No. KSC-BC-2020-07/KSC-CA-2022-01. https://www.scp-ks.org/en/cases/hysni-gucati-nasim-haradinaj/en

SEK, *The Prosecutor v. Pjetër Shala, related documents*, Case No. KSC-BC-2020-04. https://www.scp-ks.org/en/cases/pjeter-shala

SEK, *The Prosecutor v. Hashim Thaci* et. al., Case No KSC-BC-2020-06. https://www.scp-ks.org/en/cases/hashim-thaci-et-al

Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

SETC, *The Prosecutor v. KAING Guek Eav, court documents,* Case File 001. https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/90

SETC, *The Prosecutor v. Leng Sary, Leng Thirith, Khieu Samphan & Nuon Chea, court documents,* Case File No 002. https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/119

SETC, *The Prosecutor v. Khieu Samphan & Nuon Chea, court documents*, Case File No 002/1. https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1295

SETC, *The Prosecutor v. Khieu Samphan & Nuon Chea, court documents*, Case File No 002/2. https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1298

SETC, *The Prosecutor v. Meas Muth, court documents,* Case File No 003. https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/287

SETC, *The Prosecutor v. Ao An, Im Chaem & Yim Tith, court documents,* Case File No 004. https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/120

SETC, *The Prosecutor v. Im Chaem, court documents*, Case File No 004/1 https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1661

SETC, *The Prosecutor v. Ao An, court documents*, Case File No 004/2 https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1661https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1691

Tribunal Especial para el Líbano

TEL, *The Prosecutor v. Hassan Habib Merhi & Hussein Hassan Oneissi, The Appeals Chamber, Sentencing Judgment*, 16 *June*, 2022, STL-11-01/T/TC.

TEL, *The Prosecutor v. Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi & Hussein Hassan Oneissi, Hassan Sabra, The Trial Chamber, Judgment*, 18 *August*, 2020, STL-11-01/T/TC.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *The Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, Judgement, May* 18, 20l, SCSL-03-0 1-T (405 88-43 126).

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Documents*, Case No. ICTR-96-04. https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-04

TPIR, *The Prosecutor v. Michel Bagaragaza, Documents*, Case No. ICTR-05-86. https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-05-86

TPIR, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Documents*, Case No. ICTR-95-01A. https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-95-01a

TPIR, *The Prosecutor v. Bagosora* et. al., *Documents*, Case No. ICTR-98-41. https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-98-41

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, case information sheet,* Case No.: IT-95-14/1. https://www.icty.org/en/case/aleksovski

TPIY, *The Prosecutor v. Milan Babi ć, case information sheet,* Case No.: IT-03-72. https://www.icty.org/en/case/babic/

TPIY, *The Prosecutor v. Predrag Banovi ć, case information sheet,* Case No.: IT-02-65/1. https://www.icty.org/en/case/banovic/

TPIY, *the Prosecutor v. Vidoje Blagojevi ć & Joki ć Dragan, case information sheet,* Case No.: IT-02-60. https://www.icty.org/en/case/blagojevic_jokic/

TPIY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, case information sheet,* Case No.: IT-95-14. https://www.icty.org/en/case/blaskic/

TPIY, *The Prosecutor v. Bobetko, case information sheet,* Case No.:IT-02-62 https://www.icty.org/en/case/bobetko/

TPIY, *The Prosecutor v. Ljube Boškoski & Johan Tarčulovski, case information sheet,* Case No.: IT-04-82. https://www.icty.org/en/case/boskoski_tarculovski/

TPIY, *The Prosecutor v. Miroslav Bralo, case information sheet,* Case No.:IT-95-17. https://www.icty.org/en/case/bralo/

TPIY, *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, case information sheet,* Case No.: IT-99-36. https://www.icty.org/en/case/brdanin/

Doctrina

Abraham, N. & Torok, M., 2005, La Corteza y Núcleo, Buenos Aires: Amorrortu.

Adonis, C.k., 2016, *Exploring the Salience of Intergenerational Trauma Among Children and Grandchildren of Victims of Apartheid-Era Gross Human Rights Violations, Research Specialist Human Sciences Research Council (HSRC) Pretoria, South Africa.*

Bachvarova, T., 2011, *Victims' Eligibility before the International Criminal Court in Historical and Comparative Context, International Criminal Law Review.*

Bar-On, D., Eland, J., Kleber, R. J., Krell, R., Moore, Y., Sagi, A., Soriano, E., Suedfeld, P., van-der-Velden, P. G. & van-IJzendoorn, M. H., 1998, *Multigenerational Perspectives on Coping with the Holocaust Experience: An Attachment Perspective for Understanding the Development Sequel of Trauma across Generations, International Journal of Behavioral Development.*

Bassiouni, M. C., 2006, *International Recognition of Victims' Rights, Human Rights Law Review.*

Bovino, A., 2005, *Evidential issues before the Inter-american court of human rights, Sur-International journal on Human Rights*, Vol. 2, N°3.

Burgorgue, L. & Amaya, L., 2011, *The Inter-American Court Of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford.

Díaz, A.P., 2015, *General theory of the evaluation of evidence performed by the inter-american court of human rights, Revista Chilena de Derecho*, vol 42 N°1.

Faúndez, X. & Cornejo, M., 2010, Aproximaciones al estudio de la Transmisión Transgeneracional del Trauma Psicosocial, *Revista de Psicología*, Vol. 19, Nº 2.

Gacka, P., 2022, *Remote Victimisation and the Proximate Cause, Transgenerational Harms before the International Criminal Court, International Criminal Law Review.*

Lev-Wiesel, R., 2007, *Intergenerational Transmission of Trauma across Three Generations: A Preliminary Study, Qualitative Social Work.*

Perez, J. & Acevedo, L., 2007, Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Dere-

cho Penal Internacional, *American University International Law Review* 23, no.1.

Rudahindwa, S., Mutesa, L., Rutembesa, E., Mutabaruka, J., Qu, A., Wildman, D., Jansen, S. & Uddin, M., 2018, *Transgenerational effects of the genocide against the Tutsi in Rwanda: A post-traumatic stress disorder symptom domain analysis, Open Research Africa.*

Schabas, W., 2016, *Jurisdiction, Admissibility, and Applicable Law: Compétence, Recevabilité, Et Droit Applicable, Art.7 Crimes against humanity/Crimes contre l'humanité.* Oxford Public International Law.

UNIRMCT, *Legacy website of the International Criminal Tribunal for Rwanda, The cases.*

Reportes, resoluciones y otros documentos

CPI, *Rules of Procedure and Evidence, The official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, New York, 10 *of September,* 2002, ICC-ASP/1/3 and Corr.1, part II.A.

United Nations, 1994, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994.*

United Nations, 2009, *Updated Statute Of the International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia.*

12. El matrimonio forzado y su caracterización jurídica como crimen contra la humanidad: ¿esclavitud sexual, otros actos inhumanos o ambos?[*]

MARÍA JULIANA BONILLA TOVAR[*]
SOL CRISTINA BUSTAMANTE CHAVEZ[*]
VALENTINA GÓMEZ[*]
LAURA DANIELA GUZMÁN SALINAS[*]
ANDREA JIMENA HURTADO FONSECA[*]
DAYANNA MARGOT PETRONILA CRUZ QUISPE[*]
DANIELA VELÁSQUEZ APONTE[*]

1. INTRODUCCIÓN

La práctica del matrimonio forzado ha sido particularmente recurrente en los conflictos armados de Uganda, Sierra Leona, República Democrática del Congo (RDC) y Camboya. Un ejemplo de esta situación es la práctica sistemática y generalizada del Ejército de Resistencia del Señor (ERS) conforme a la cual sus miembros han tomado durante décadas como "esposas" a mujeres que posteriormente han sometido a tratos crueles como la esclavitud, la violación, el trabajo y embarazo forzado.

---

[*] Escrito por el Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Sofía Linares Botero y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2021-2022).

A pesar de que existen diferentes definiciones de este fenómeno, todas ellas giran en torno al núcleo del problema: la falta de consentimiento libre y pleno[1]. En este sentido, la definición propuesta por Gill y Anitha refleja con particular claridad esta situación al considerar como matrimonio forzado todo "[…] matrimonio en el cual alguno o ambos cónyuges no están en esa relación de forma voluntaria y existe coacción. Dicha coacción puede ser física, psicológica, financiera o emocional"[2].

Ya que esta práctica no se encuentra expresamente recogida en ninguna de las categorías de crímenes de lesa humanidad (CLH) existentes en el Derecho Internacional Penal (DIP), existen distintas posiciones sobre su posible inclusión en alguna de estas. Este debate se remonta a los casos relativos al *Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC) y al ex presidente de Liberia, Charles Taylor, ante el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), y ha continuado en el caso 002 ante las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC) y en la Corte Penal Internacional (CPI).

Con respecto a esta última, ha sido necesario esperar a la sentencia de primera instancia en el caso contra Dominic Ongwen (6 de mayo de 2021) para que la CPI lo abordara en profundidad, lo que se corresponde con el hecho de que, en los casi veinte años de vida de la CPI, la jurisprudencia sobre crímenes de género y sexuales ha sido la que menos ha presentado un desarrollo. En esta sentencia, la Sala de Primera Instancia (SPI) calificó el matrimonio forzado como un CLH de otros actos inhumanos (previsto en el artículo 7(1)(k) del ECPI), sentando así un precedente respecto a la gravedad de las consecuencias físicas y psicológicas que esta práctica genera en las víctimas.

Sin embargo, en el proceso de apelación, la defensa ha argumentado que el crimen de matrimonio forzado no se encuentra expresamente previsto en el ECPI y, por tanto, ninguna de las Salas de la

---

1 Borowska, M., 2013, *The Phenomenon of Forced Marriage, Review of Comparative Law,* Vol. 18, p. 24.

2 Gill, A., Sundari, A., 2011, *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, London, Zed Books, p. 26. (Traducción de los autores)

CPI tiene jurisdicción para crear un nuevo crimen[3]. Además, para la defensa, la SPI cometió un error al condenar a Ongwen por dos CLH diferentes (esclavitud sexual y otros actos inhumanos) que emanan de una misma conducta (matrimonio forzado), sin analizar si el segundo puede ser subsumido en el primero[4].

En sentido contrario, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la CPI (OPDV) ha afirmado que la decisión de la SPI es correcta al entender que para que una cierta forma de violencia pueda ser constitutiva de un CLH de otros actos inhumanos basta con que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 7(1)(k) del ECPI, lo que sucede en el presente caso[5].

Sin embargo, una tercera posición parece ser también posible, consistente en que una misma conducta (en nuestro caso el matrimonio forzado) pueda ser constitutiva de dos o más tipos penales, lo que justificaría una condena por varios crímenes (*cumulative convictions*) conforme a la figura del concurso ideal de delitos.

A la luz de lo anterior, el presente trabajo analiza si se puede calificar el matrimonio forzado como un CLH de esclavitud sexual o de otros actos inhumanos. Así mismo se estudia si es posible aplicar, bajo ciertas circunstancias, la figura de las *cumulative convictions*, para condenar simultáneamente por ambos delitos, debido a que el matrimonio forzado excede el contenido del tipo penal del CLH de esclavitud sexual porque no todas las afectaciones sufridas por las víctimas son de naturaleza sexual.

Para poder analizar esta figura, en el presente trabajo se realizará un estudio jurisprudencial y doctrinal prestando particular atención a los tribunales penales internacionales e híbridos que han conocido

---

3 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Appeals Chamber, Defense Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February 2021, October 19, 2021*, Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 148.

4 Ibid., para. 296.

5 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Appeals Chamber, Public redacted version of CLRV Observations on the Defence Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February 2021, October 28, 2021*, Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 175.

de situaciones en las que se ha presentado la práctica del matrimonio forzado.

2. EL MATRIMONIO FORZADO COMO UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE ESCLAVITUD SEXUAL

2.1. La jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona

El conflicto armado en Sierra Leona en la década de 1990 se caracterizó por su extrema brutalidad[6] y la práctica sistemática y generalizada del matrimonio forzado. Cientos de mujeres y niñas fueron secuestradas y obligadas a convertirse en "esposas" de sus captores. Tanto las fuerzas rebeldes del AFRC y del *Revolutionary United Front* (RUF), como las fuerzas gubernamentales y sus aliados, incluidas las *Civil Defence Forces* (CDF), incurrieron en esta práctica. El informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona destacó que "las mujeres y las niñas fueron detenidas en condiciones de extrema crueldad con la intención deliberada de violarlas y perpetrar otros actos de violencia sexual contra ellas"[7].

Dado que el matrimonio forzado no tiene tipificación autónoma en el Estatuto del TESL (ETESL), existen dos posiciones en relación con la consideración de esta conducta como un CLH. Por un lado, las sentencias de primera instancia en los casos AFRC y Charles Taylor

---

6 TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008. Case No.:* TESL-04-16-T.

7 *Sierra Leone, Truth & Reconciliation Commission Report,* 2004, *'Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission', Graphic Packaging Ltd. GCGL, Vol. 1, Chapter 4, p. 101.* Especialmente grave fue la situación de los *West Side Boys*, un grupo de soldados renegados vinculados al AFRC y al RUF, quienes "secuestraron a mujeres y niñas, las retuvieron contra su voluntad, las obligaron a casarse, las violaron, las utilizaron como esclavas sexuales y perpetraron una serie de actos brutales e inhumanos contra ellas". Este hecho fue ampliamente denunciado y documentado en múltiples ocasiones y por distintas entidades y organizaciones internacionales. Vid. *Human Rights Watch*, 2003, "*We'll kill you if you cry" sexual violence in the Sierra Leone conflict, Human Rights Watch,* Vol. 15, No. 1 (A), p. 17.

lo han considerado, conforme al artículo 2(g) del ETESL, como un CLH de esclavitud sexual. Por otro lado, la sentencia de apelación en el caso AFRC ha considerado el matrimonio forzado como un CLH de otros actos inhumanos, en aplicación del artículo 2(1) del ETESL.

Con respecto a la primera posición, la sentencia de primera instancia del caso AFRC consideró que el matrimonio forzado no podía ser constitutivo de un CLH de otros actos inhumanos, previsto en el artículo 2(i) del ETESL[8], porque el material probatorio presentado por la Fiscalía no mostraba que incluyese conductas independientes de aquellas de índole sexual que podían subsumirse en el CLH de esclavitud sexual[9].

De esta manera, la SPI asumió la postura de la Fiscalía en la cual alegaba que ésta práctica era subsumible en el CLH de esclavitud sexual porque los acusados utilizaban el término "esposa" con la intención de ejercitar el derecho de propiedad sobre la víctima en vez de asumir una relación marital o un estatus cuasimarital[10]. En el mismo sentido, la jueza Sebutinde, en su Opinión Separada Concurrente concluyó que, en los matrimonios forzados en Sierra Leona, y en particular en el fenómeno de las *"bush wives*", el elemento sexual inherente a los mismos tiende a primar sobre otros aspectos como el trabajo forzoso, presentando todas las características del CLH de esclavitud sexual, tal y como es definido en el artículo 7 del ECPI[11].

---

8 Art. 2(g) del ETESL.

9 TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Judgment, June 20, 2007, Case No.:* TESL-04-16-T, paras. 703, 713.

10 Ibid., para. 711.

11 TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Separate Opinion of Judge Sebutinde, June 20, 2007 Case No.*: TESL-04-16, para. 576. Según la magistrada: "Los elementos generales y específicos del CLH de esclavitud sexual se satisfacen en el hecho de que el "matrimonio" forzado se produjo invariablemente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de Sierra Leona. Adicionalmente, el *"bush husband"* ejerció alguno o todos los poderes vinculados al derecho de propiedad sobre su *"bush wife"*, por lo que esta última no solo estaba en cautiverio y no tenía la libertad de irse, sino que, además, se veía obligada a realizar formas específicas de trabajo (deberes conyugales) que incluían cocinar, limpiar, lavar la ropa y transportar cargas sin una

La sentencia de primera instancia en el caso Charles Taylor, también calificó el matrimonio forzado como un CLH de esclavitud sexual. Citando la sentencia de primera instancia en el caso AFRC, la SPI concluyó que los matrimonios forzados que ocurrieron durante la guerra civil en Sierra Leona fueron una forma específica de esclavitud sexual (mejor definida como "esclavitud conyugal") porque las mujeres y las niñas fueron en realidad esclavas para el propósito dual de violación sexual continua y trabajo doméstico forzado[12]. La SPI precisó que la "esclavitud conyugal" no era por tanto un crimen nuevo, sino una práctica con ciertos rasgos adicionales y distintivos que se relacionan con los aspectos conyugales de la relación entre el autor y la víctima, como el reclamo de su condición de "esposa", el ejercicio de un control sexual exclusivo (prohibiendo a otros el acceso sexual a la víctima) y la coerción para la realización de tareas domésticas como cocinar y limpiar[13].

2.2. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

El matrimonio forzado y la esclavitud sexual no fueron cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) en el caso Lubanga porque el escrito de acusación de la Fiscalía se limitó a los crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de 15 años en las hostilidades. Sin embargo, durante el juicio oral, se consideraron pruebas de violencia sexual y prácticas de matrimonio forzado contra las menores reclutadas, lo que llevó a la SCP a afirmar que las mismas constituían formas de esclavitud sexual

---

recompensa genuina. Así mismo, el *"bush husband"* sometía regularmente a su *"bush wife"* a relaciones sexuales, a menudo sin su consentimiento genuino y con exclusión de todas las demás personas; las mujeres fueron secuestradas y mantenidas por la fuerza en cautiverio y servidumbre sexual con la intención de retenerlas indefinidamente en ese estado".

12 TESL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 18, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T, paras. 425-426, 2035.

13 TESL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 18, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T, paras. 428–430.

(si bien no hubo condena por este último delito al no haber sido imputado por la Fiscalía)[14].

En el caso Katanga tampoco se incluyó la práctica del matrimonio forzado en los cargos confirmados por la SCP, los cuales se circunscribieron al CLH de asesinato y a los crímenes de guerra de ataque a la población civil, destrucción de propiedad y pillaje. Esto se debió a que la Fiscalía no imputó esta práctica en su escrito de acusación. Aun así, la SCP tuvo la oportunidad de señalar que "[…] la esclavitud sexual también abarca situaciones donde mujeres y niñas son forzadas al matrimonio, servitud doméstica u otra (práctica) de trabajo forzado que incluye actividad sexual bajo coerción, incluyendo la violación, por sus captores. Las formas de esclavitud sexual pueden, por ejemplo, ser prácticas como la detención de mujeres en campamentos de violación, estaciones de confort, matrimonios temporales forzados con soldados y otras prácticas que incluyen el tratamiento de mujeres como propiedad y, por tanto, violaciones a la norma que prohíbe la esclavitud"[15].

Además, a pesar de la falta de imputación de la Fiscalía, la SCP subrayó que los elementos de prueba presentados durante la audiencia de confirmación de cargos eran suficientes para afirmar que las mujeres secuestradas durante el ataque al municipio de Bogoro (RDC) y mantenidas como "esposas", fueron obligadas bajo amenaza a mantener relaciones sexuales con sus captores, cuya intención fue esclavizarlas sexualmente[16].

2.3. Doctrina

Mazurana destaca las similitudes existentes entre los matrimonios forzados en conflictos como los de Uganda y en la RDC, y aquellos

---

14 CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Judgment, March 14, 2012*, Doc. No.: CPI-01/04-01/06, para. 629

15 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, September 30, 2008,* Doc. No.: CPI-01/04-01/07, para. 43l.

16 Ibid., para. 435.

que tuvieron lugar en Sierra Leona[17]. Este autor recuerda lo afirmado por el ex-Fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, en su declaración sobre las órdenes de arresto en Uganda, en la que se refirió al secuestro, distribución y uso de niñas como esposas, subrayando que el ERS corrompió el lenguaje para encubrir sus actos delictivos utilizando la palabra "esposa", mientras que las niñas eran en realidad utilizadas como esclavas sexuales[18]. Del mismo modo, Haenen concuerda en que las prácticas de matrimonio forzado en los casos de Sierra Leona y Uganda han de ser consideradas como esclavitud sexual pues los fines reales de los autores tenían esta naturaleza[19].

En el mismo sentido, Gong-Gershowitz sostiene que, con respecto al elemento intencional de la práctica de matrimonio forzado, el uso del término "esposa" por parte del autor podría considerarse como prueba de su intención de participar en actos de esclavitud sexual. Asimismo, las afirmaciones de exclusividad pueden considerarse como evidencia de propiedad y/o control. De esta manera, el matrimonio forzado en el contexto de un conflicto armado representa el ejercicio de propiedad por parte del autor sobre su esposa, y cuando el ejercicio de propiedad implica la realización de actos sexuales, constituye esclavitud sexual. En consecuencia, Gong-Gershowitz opina que no es pertinente que se considere el matrimonio forzado como un CLH de otros actos inhumanos porque esa categorización puede minimizar el ejercicio del derecho de propiedad sobre la víctima, y los actos de violencia sexual que conlleva ese ejercicio, a través de la apariencia de matrimonio, comprendida como una institución social legítima[20].

---

17 Carlson, K. & Mazurana, D., 2008, *Forced marriage within the Lord's Resistance Army, Uganda, Feinstein International Center, Tufts University*, p. 22.

18 CPI, *Office of the Prosecutor, 2005, Statement of the ICC Prosecutor, Luis Moreno Campo, on the Uganda Arrest Warrants, October 14, p. 6.*

19 Haenen, I. E. M. M., 2013, *The parameters of enslavement and the act of forced marriage, International Criminal Law Review,* Vol. 13, No. 4, p. 914, 915.

20 Gong-Gershowitz, J., 2009, *Forced Marriage: A "new" crime against humanity?, Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 8, No.1, p. 72, para. 55.

3. EL MATRIMONIO FORZADO COMO UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE OTROS ACTOS INHUMANOS

3.1. Introducción al crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos

La categoría de CLH recoge una cláusula residual que tiene como propósito incluir aquellas conductas que no están expresamente previstas en los demás tipos penales de CLH. Esto se debe a que las atrocidades cometidas por los victimarios exceden la imaginación[21]. Con ello se busca castigar las conductas victimizantes que de otra manera quedarían impunes, satisfaciendo así varios de los fines del DIP, como preservar la paz y la seguridad internacionales y la dignidad humana.

La jurisprudencia del TPIY[22], el TPIR[23], el TESL[24], el SETC[25] y la CPI[26] permite concluir que dentro del CLH de otros actos inhumanos se encuentran, en todo caso, las acciones u omisiones que: (a) causan un sufrimiento o un daño mental o físico grave, o constituyen un grave atentado contra la dignidad humana; (b) tienen una gravedad similar a las conductas recogidas en los otros CLH; y (c) el autor es consciente de las circunstancias de hecho que establecen su gravedad.

---

21 Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E., 2010, *An Introduction to Criminal Law and Procedure, New York, Cambridge University Press & ICRC*, p. 265.

22 TPIY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber, Judgment, March* 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, para. 241.

23 TPIR, *The Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana, Trial Chamber II, Judgment, May 21, 1999, Case No.:* TPIR-95-1-T, paras. 150-151.

24 TESL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 18, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T, para. 436.

25 SECC, *The Prosecutor v. Lim Suy-Hong, Matteo Crippa, Se Kolvuthy, Natacha Wexels-Riser, & Duch Phary, Trial Chamber, Judgment, July 26, 2010, Case No.*: 001/18-07-2007/ECCC/TC, paras. 367- 369.

26 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, September 30, 2008*, Doc. No.: CPI-01/04-01/07, paras. 446-447.

Como esta cláusula no puede ser interpretada de forma que infrinja el principio *nullum crimen, nulla poena sine iure,* es necesario tener en cuenta los siguientes criterios para determinar si se cumple con la gravedad requerida para que una conducta pueda ser considerada como "otro acto inhumano": su naturaleza, el contexto en el que ocurrió, las circunstancias personales de la víctima (edad, sexo y salud) y las consecuencias físicas, mentales y morales que causó[27]. Algunos de las conductas calificadas como CLH de otros actos inhumanos por los mencionados tribunales son las siguientes: destrucción de bienes religiosos y culturales, detención en condiciones inhumanas, raciones de comida pensadas para generar la desnutrición de los detenidos, condiciones de vida antihigiénicas[28], aislamiento del exterior, golpizas, tratos crueles[29], actos de violencia física encaminados a causar la muerte[30] y actos de coerción dirigidos a obligar a las víctimas a ver como asesinaban o lastimaban a sus familiares o amigos[31].

Para Chakrabarty, el artículo 7(1)(k) permite adaptar el ECPI a las nuevas (u olvidadas) conductas violentas crueles, de forma tal que se evite la limitación indebida de la jurisdicción de la CPI, y se envíe un mensaje claro a la comunidad afectada sobre la naturaleza delictiva de dichas conductas. La autora recalca que el CLH de otros actos inhumanos protege los derechos a la vida, la dignidad, la salud y la libertad, que deben ser garantizados debido a su consagración en normas internacionales consuetudinarias de carácter imperativo y principios generales del derecho, ya que el ECPI faculta a la CPI para

---

27 TPIY, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic, Appeals Chamber, Judgment, February 25, 2004, Case No.:* IT-98-32-A, para. 165.

28 TPIY, *The Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber I, Judgment Volume 2 of 3, March 27, 2013, Case No.:* IT-08-91-T, paras. 776,778.

29 TPIY, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No*: IT-97-25-T, paras 134.

30 CPI, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, December 11, 2014,* Doc. No.: CPI-02/11-02/11, para 121.

31 TPIR, *The Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana, Trial Chamber II, Judgment, May 21, 1999, Case No.:* TPIR-95-1-T, para. 153.

que aplique y fundamente sus decisiones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)[32].

Con respecto al requisito de la gravedad comparable a la de otras conductas constitutivas de CLH, Chakrabarty advierte que su evaluación debe darse de acuerdo a los siguientes cuatro factores: escala, naturaleza, forma de comisión e impacto. Además, afirma que la evaluación de la gravedad debe partir del contexto, priorizando el análisis cualitativo (incluyendo la alarma general provocada en la comunidad) sobre el cuantitativo[33].

Por su parte, Ambos y Triffterer subrayan que el CLH de otros actos inhumanos previsto en el artículo 7 (1) (k) del ECPI ofrece un reducido margen de maniobra para castigar conductas que de otro modo no se recogen en el ECPI. Para estos autores, su alcance es más limitado que en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, porque requiere, en particular, que la conducta de que se trate tenga un "carácter" similar al de las otras conductas constitutivas de CLH (lo que, según estos autores, va más allá de exigir una "gravedad" similar)[34].

---

32 Chakrabarty, I., 2018, *Finding a way through: The possible inclusion of labour trafficking as an 'other inhumane act under the rome statute', Penn Undergraduate Law Journal*, Vol. 6, pp. 15-20.

33 Ibid., p. 21.

34 Ambos, K. & Triffterer, O., 2016, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary,* Oxford University Press, pp. 235-242. Así, al analizar la conducta para saber si se trata de un acto inhumano, se debe dar particular consideración al término "otro", lo que requiere entrar en un proceso de exclusión. Por lo tanto, es necesario investigar si la conducta se encuentra incluida en los actos expresamente recogidos como CLH en el artículo 7 del ECPI. A esto hay que unir el requerimiento de la similitud, lo que complejiza la evaluación de la CPI, especialmente si se considera que su catálogo es más amplio que el de sus predecesores. Ibid., pp. 236-237.

3.2. La calificación del matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos

3.2.1. La jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona

En febrero de 2008, la Sala de Apelaciones (SA) del TESL revocó en el caso AFRC la interpretación de la SPI, al establecer que el matrimonio forzado no era un crimen encasillable dentro de la esclavitud sexual, sino que debía ser clasificado como un CLH de otros actos inhumanos[35].

La SA indicó que la categoría de otros actos inhumanos no puede ser limitada sólo a actos que no tengan una connotación sexual y que, en consecuencia, la SPI erró al argumentar que dentro de esta categoría residual no se pueden incluir los actos inhumanos que tengan una implicación de carácter sexual[36].

3.2.2. La jurisprudencia de las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya

Con base en la jurisprudencia de la SA del TESL en el caso AFRC, la práctica de matrimonio forzado fue considerada por las SETC como un crimen independiente al de esclavitud sexual, siendo calificada como un CLH de otros actos inhumanos. Particularmente relevante para estos efectos es el caso 002, iniciado el 15 de septiembre de 2010 contra los cuatro miembros supervivientes del Comité Central de los Jemeres Rojos - Nuon Chea, Khieu Samphan, Ieng Sary e Ieng Thirith[37].

---

35 TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008, Case No.:* TESL-04-16-A, paras. 195-202.

36 *TESL, The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008, Case No.: TESL-04-16-A párrafo 195.*

37 SECC, *The Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan, Ieng Sary & Ieng Thirith, Trial Chamber, Judgment,* August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/TC, para. 128.

La mayoría de los matrimonios forzados en Camboya tuvieron lugar a partir de 1975, cuando el Partido Comunista de Kampuchea (CPK), conocido como Jemeres Rojos, ganó la guerra civil en Camboya y tomó el poder. El objetivo del régimen liderado por Pol Pot, era lograr una revolución comunista y regular la forma de constitución de las familias[38]. Los Jemeres Rojos, en palabras de Neha Jain, despreciaron la vida humana y produjeron represión y masacres a gran escala. Convirtieron al país en un enorme centro de detención, que más tarde se transformó en un cementerio para casi tres millones de personas, incluidos sus propios miembros e incluso algunos altos dirigentes[39].

Durante este régimen, se celebraron matrimonios entre personas que no se conocían previamente en ceremonias públicas masivas. Estas uniones se caracterizaron por ser impersonales, y porque las mujeres accedían a los matrimonios por la violencia o el miedo, o para evitar ser enviadas a realizar trabajos forzados. Además, la consumación del matrimonio era obligatoria porque negarse a ello conllevaba a palizas, prisión o incluso la muerte. Según la opinión de algunos testigos, los matrimonios en Camboya eran una cuestión de política de Estado[40].

LeVine menciona el hecho de que en las bodas de los Jemeres Rojos, las mujeres y los hombres eran emparejados a veces a petición de los jefes de los campos de trabajo, arbitrariamente, o según la proximidad del lugar en el que crecieron; además se les ordenaba que se amaran, que tuvieran relaciones sexuales en algunos casos, que vivieran juntos en la misma comuna, o que por el contrario, se

---

38 *International Federation for Human Rights*, 2018, *Cambodia: In landmark verdict, the Khmer Rouge Tribunal recognizes forced marriage as a crime against humanity and convicts former Khmer Rouge leaders for genocide*, *International Federation For Human Rights,* p. 1; ECCC, *The Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan, Ieng Sary & Ieng Thirith, Trial Chamber, Summary of judgment in case 002/02*, November, 16, 2018, Case File No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 39.

39 Jain, N., 2008, *Forced Marriage as a Crime against Humanity, Problems of Definition and Prosecution, Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, pp. 1022–1023.

40 Ibid., p. 1026

separaran[41]. Inclusive, de Langis señala cómo, en algunos casos, el matrimonio forzado provocó la exclusión social y la discriminación, especialmente en el escenario de las mujeres abandonadas, divorciadas, involucradas en un matrimonio polígamo o viudas. Esta marginación se transmitía con frecuencia a sus hijos, que no eran generalmente incluidos en las ceremonias de boda de sus comunidades. Adicionalmente, en ocasiones las víctimas preferían guardar silencio y no compartir sus experiencias, por miedo a la estigmatización[42].

3.2.3. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

En el caso Ongwen, la Fiscalía imputó al acusado como autor directo e indirecto de la práctica de matrimonio forzado como un CLH de otros actos inhumanos. Sin embargo, la defensa consideró que esta imputación debió haberse subsumido dentro del CLH de esclavitud sexual por el que también fue acusado[43].

En su Decisión de Confirmación de Cargos, la SCP concluyó que el elemento central del matrimonio forzado es la imposición del vínculo matrimonial en la víctima sin que se tenga en cuenta su voluntariedad (situación que, a su vez, deriva en un estigma social para la víctima y en la exclusividad forzada de la relación), por lo que no es un crimen de carácter predominantemente sexual[44].

La SCP se basó en el precedente de la SA del TESL en el caso AFRC para concluir que el matrimonio forzado puede constituir un CLH de otros actos inhumanos, porque esto es posible cuando "el acusado, mediante fuerza, amenaza de fuerza o coacción, o aprovechando circunstancias coercitivas, hace que una o más personas sirvan de pareja conyugal, y los actos del autor son, a sabiendas, parte

---

41 LeVine, P., 2010, *Love and Dread in Cambodia: Weddings, Births, and Ritual Harm Under the Khmer Rouge,*† *National University of Singapore Press*, p. 31.

42 de Langis, T., Strasser, J, Kim, T. & Taing, S., 2014, *Like Ghost Changes Body: A Study on the Impact of Forced Marriage under the Khmer Rouge Regime, Transcultural Phychosocial Organisation,* pp.57, 61.

43 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges, March 23, 2016,* Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 87.

44 Ibid., para. 93.

de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y equivalen a infligir grandes sufrimientos, o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física suficientemente similares en gravedad a los CLH enumerados."[45]. Además, la SCP utilizó la jurisprudencia de las SETC, para afirmar que el matrimonio forzado tiene una gravedad equiparable a los demás CLH, debido a que las víctimas son forzadas a una relación conyugal en circunstancias coercitivas[46].

En su Decisión de Primera Instancia, la SPI afirmó que el CLH de otros actos inhumanos, recogido en el artículo 7 (1) (k) del ECPI, debe ser interpretado de forma conservadora para preservar el principio *nullum crimen, nulla poena, sine iure*[47]. Sin embargo, al mismo tiempo y siguiendo lo señalado por la SCP: (a) diferenció entre el CLH de esclavitud sexual y el matrimonio forzado como un CLH de otros actos inhumanos, porque, mientras el primero sanciona la restricción o el control por parte del autor de la autonomía sexual de la víctima[48], el segundo supone la imposición de la asociación conyugal a la víctima[49]; (b) afirmó que el matrimonio forzado no requiere el ejercicio del derecho de propiedad sobre la víctima (elemento esencial para la existencia del CLH de esclavitud sexual)[50], si bien provoca el ostracismo de las víctimas frente a sus comunidades, traumas mentales, un grave daño a su dignidad y la privación de sus derechos fundamentales a elegir a su cónyuge[51].

3.3. Doctrina

Frulli señala que la práctica del matrimonio forzado no está descrita adecuadamente en crímenes internacionales de naturaleza se-

---

45 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges, March 23, 2016,* Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 89. (Traducción de los autores)

46 Ibid., para. 90.

47 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February 4, 2021,* Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 2741.

48 Ibid., paras. 3082-3084.

49 Ibid., para. 3070.

50 Ibid., para. 2750.

51 Ibid., para. 2749.

xual (incluido el CLH de esclavitud sexual), porque la conyugalidad forzada provoca un especial sufrimiento psicológico y moral en las víctimas[52]. Por esta razón, afirma que esta conducta atroz puede perseguirse más adecuadamente como un delito independiente, bajo una definición que describa la totalidad y la complejidad del matrimonio forzado[53]. En el mismo sentido, Scharf y Mattler consideran que la condición de "*bush wife*"[54] implica algo más que soportar la violencia sexual, dado que las mujeres y las niñas también son obligadas a cocinar, limpiar y criar a los hijos de sus captores, a no tener relaciones sexuales o sentimentales con alguien distinto a su "esposo"[55], además de sufrir diferentes tipos de agresiones físicas como el ser golpeadas, marcadas y cortadas.

También para Kalra el matrimonio forzado es mucho más que la simple suma de sus partes. Esta clase de unión forzada degrada y distorsiona la institución del matrimonio porque las víctimas no sólo son obligadas a soportar abusos atroces constitutivos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzado, esclavitud y tortura (todos ellos reconocidos como CLH)[56], sino que además están indefinida e inexorablemente casadas con los hombres que las victimizan, lo que vulnera su derecho a elegir libremente a su esposo. Por ello, es inconcebible que los horrores infligidos a las mujeres en los matrimonios forzados sean considerados como violaciones menos graves del DIDH o del Derecho Internacional Humanitario (DIH) por el mero hecho de que se perpetúen repetidamente sobre una mujer bajo la apariencia de un matrimonio[57].

---

52 Frulli, M., 2008, *Advancing International Criminal Law. The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' crime against humanity*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, p. 1037.

53 Idem.

54 Término comúnmente utilizado en Sierra Leona para describir a las víctimas del crimen de matrimonio forzado.

55 Scharf, M & Mattler, S., 2005, *Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity, Case Research Paper Series in Legal Studies, Case Western Reserve University, Working Paper* 05-35, pp. 4-5.

56 Art. 1(1) del ETESL.

57 Kalra, M., 2001, *Forced Marriage: Rwanda's Secret Revealed, U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 7, No. 2, pp.17-19.

Desde otra perspectiva, Kerr llega a la misma conclusión al afirmar que no es posible equiparar el matrimonio forzado al CLH de esclavitud sexual, tal y como este último es definido en el DIP. Esto se debe a que, para poder hacer esta equiparación, el principio de legalidad requeriría que el matrimonio forzado se limitase solamente a conductas de naturaleza sexual. Sin embargo, la realidad es muy distinta porque el matrimonio forzado incluye, como hemos visto, múltiples conductas de distinta naturaleza, incluyendo el trabajo forzado[58]. Por ello, desde la perspectiva del principio *nullum crimen, nulla poena, sine iure*, no parece correcto afirmar que el matrimonio forzado pueda constituir un CLH de esclavitud sexual[59]. Según Kerr, este problema no existe, sin embargo, en relación con el CLH de otros actos inhumanos porque "[…] se diseñó con el fin de evitar lagunas de impunidad"[60].

Finalmente, Mettraux subraya que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI en el caso Katanga y del TESL en el caso AFRC, cuando se imputa un acto inhumano, a diferencia de la esclavitud sexual, "[…] es legalmente irrelevante si la conducta subyacente es de carácter sexual o no sexual, aunque sí es relevante evaluar la gravedad del acto"[61]. Además, se debe evaluar también que el daño resultado del matrimonio forzado no se limite a las secuelas físicas, sino que se extienda también a otros aspectos, como el impacto social para las víctimas[62]. Dicho de otro modo, "el concepto de matrimonio forzado como un acto inhumano, o como un acto de terror subyacente, podría resultar particularmente útil como mecanismo de enjuiciamiento en el sentido de que el concepto es capaz de capturar el aspecto de secuestro del crimen, que de otro modo podría ser difícil de encajar en otras categorías existentes de CLH o crímenes de guerra"[63].

---

58 Kerr, V., 2020, *Should forced marriages be categorized as "Sexual Slavery" or "Other inhumane acts" in the International Criminal Law?, Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 35, p. 2.

59 Ibid., pp. 16-17.

60 Ibid., p. 15. (Traducción de los autores)

61 Ibid., p. 795. (Traducción de los autores)

62 Idem.

63 Idem. (Traducción de los autores)

4. ¿ES POSIBLE RECURRIR A LA FIGURA DE LAS *CUMULATIVE CONVICTIONS* PARA IMPONER CONDENAS POR ESCLAVITUD SEXUAL Y POR OTROS ACTOS INHUMANOS CON BASE EN UNOS MISMOS HECHOS DE MATRIMONIO FORZADO?

4.1. Introducción

Para abordar esta pregunta, es importante comprender a qué se refiere la figura de *cumulative convictions*. Esta hace referencia al concurso de delitos, que según plantea Ambos, se puede dividir entre situaciones de concurso ideal y de concurso real. El concurso ideal, es aquel que es relevante para el presente trabajo, y se produce cuando "con una misma conducta se generan diferentes ilícitos, o en el que bajo una misma conducta se genera un ilícito de forma repetitiva"[64]. Por otro lado, el concurso real ocurre cuando "diferentes conductas configuran diferentes delitos, es decir hay una acumulación de delitos"[65].

En el ámbito de los concursos ideales podemos distinguir dos tipos, a los que nos referiremos en este trabajo como "inter-categorías" e "intra-categoría". El primero se presenta cuando una misma conducta, por ejemplo, el asesinato, se encuentra vinculada a los elementos contextuales de más de una categoría de crímenes internacionales, como sería el caso si estuviese vinculada a un conflicto armado (crimen de guerra de asesinato) y a un ataque sistemático o generalizado contra una población civil (CLH de asesinato)[66]. El segundo se produce cuando una misma conducta puede constituir al mismo tiempo dos o más crímenes dentro de una misma categoría (por ejemplo, los CLH de violación y esclavitud sexual).

En el caso Ongwen ante la CPI, la defensa, en su escrito de apelación, ha afirmado que en casos de concurso ideal (ya sean intercategorías o intra-categoría), el DIP no permite que se impongan

---

64 Ambos, K., 2014, *Treatise on International Criminal Law Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press,* Vol. 2, p. 246.

65 Idem.

66 Idem.

condenas por más de un delito (lo cual busca negar la figura comúnmente conocida como *cumulative convictions*). Como resultado, para la defensa, si una misma conducta (por ejemplo, el asesinato) puede ser calificada como un crimen de guerra y como un CLH es necesario que la Sala opte por condenar por uno u otro delito, pero no puede condenar por ambos porque existe "una superposición total de los hechos"[67]. De lo contrario, se afectarían directamente los derechos fundamentales del condenado porque estaría siendo juzgado dos veces por un mismo hecho. En consecuencia, como se mencionó anteriormente, para la defensa, se trata de un problema que involucra aspectos centrales del DIP como la distinción entre los delitos, el concepto de "conducta relevante" y el principio *ne bis in ídem* que protege como contra la doble incriminación[68].

Así mismo, según la defensa, si una misma conducta constituye dos crímenes distintos dentro de una misma categoría (como los CLH de violación y esclavitud sexual), el DIP tampoco permite condenar por ambos delitos, sino que es necesario optar por uno u otro.

La OPDV se ha opuesto a la posición de la defensa, afirmando que la posición sostenida por la SCP y la SPI en la Decisión de Confirmación de Cargos[69] y en la Sentencia de Primera Instancia[70] es correcta. En consecuencia, para la OPDV, la aplicación de la figura de las *cu-*

---

67 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Appeals Chamber, Defence Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February, 2021, October 19, 2021,* Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 148. (Traducción de los autores)

68 Fernández, C., 2017, '*The International Criminal Court and the Celebici Test', Journal of International Criminal Justice,* Vol.15, No. 4, pp. 689-712. (Traducción de los autores).

69 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen of 23 March, 2016, March 23, 2016,* Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 32. La SCP, en su Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Ongwen, mencionó que la defensa ha basado su posición en la jurisprudencia minoritaria de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, por lo que la rechaza, y afirma que los crímenes que requieran la prueba de un elemento materialmente distinto, o que ofendan bienes jurídicos diversos, permiten aplicar la figura de *cumulative convictions.*

70 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February 4, 2021*, Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras. 2792, 2797.

mulative convictions requiere analizar si los delitos en cuestión requieren la prueba de, al menos, un elemento materialmente distinto, u ofenden bienes jurídicos diversos. Además, al realizar este análisis no deben nunca excluirse sus elementos contextuales. Esto, debido a la importancia de expresar de manera comprehensiva la conducta real del acusado y el sufrimiento de las víctimas[71].

Así mismo, para la OPDV, las *cumulative convictions* no afectan a los derechos de la defensa porque la jurisprudencia de la CPI y de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda hace una clara diferenciación entre la práctica de *cumulative charging* (o imputación acumulativa), la figura de las *cumulative convictions* (o concurso ideal de delitos) y la determinación de la pena. En consecuencia, esta figura no tiene ningún impacto en la pena final impuesta al condenado porque, como ha hecho la SPI en el caso Ongwen, siempre es posible imponer una *joint sentence* (esto significa que se impone primero una pena individual para cada uno de los delitos objeto de la condena, procediendo a continuación a imponer una pena conjunta con base en la gravedad de todos ellos y en la situación personal del condenado, entre otras circunstancias)[72].

De esta manera, como ha señalado la Fiscalía de la CPI, la figura de las *cumulative convictions*,

> "[…] si bien no tiene impacto en sí mismo en la determinación de las penas individuales por los crímenes en cuestión, sin embargo, se tendrá en cuenta como parte de la determinación de la condena conjunta con miras a asegurar que, en este sentido, Dominic Ongwen no sea castigado más de una vez por la misma conducta subyacente y las consecuencias relacionadas"[73].

A la luz de lo anterior, se realiza a continuación un análisis jurisprudencial sobre el tratamiento en el DIP de la figura de las *cumulative convictions* en los casos de concurso ideal de delitos, tanto cuando

---

71 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, CLRV Response to Defence "Motion for Immediate Ruling on Standard to Assess Multiple Charging and Convictions", December 20, 2019,* Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 22.

72 Ibid., para. 16. (Traducción de los autores)

73 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Sentence, May 6, 2021,* Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 149. (Traducción de los autores)

presentan inter-categorías (sección 4.2.) como cuando se dan intra-categoría (sección 4.3.), prestando particular atención a: (a) el/los criterio(s) determinante(s) para poder aplicar esta figura; y (b) si se han, o no, de tener en cuenta los elementos contextuales de los crímenes internacionales de que se trate.

4.2. La jurisprudencia sobre cumulative convictions en casos de concursos ideales de delitos inter-categorías

4.2.1. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

En los casos Akayesu, Kayishema y Ruzindana ante el TPIR se observan los primeros vestigios de aplicación de la figura de las *cumulative convictions* a nivel internacional. Así, en el caso Akayesu, la SPI afirmó que su aplicación está sujeta a ciertas limitaciones basadas en el potencial perjuicio que se pueda llegar a causar al imputado, y que, por tanto, sólo es admisible condenar al acusado por dos delitos relacionados con el mismo conjunto de hechos en las siguientes circunstancias:

> "[…] (1) cuando los crímenes tengan elementos distintos; (2) cuando protejan bienes jurídicos diferentes; y (3) finalmente cuando se requiera para mostrar de forma completa su actuar delictivo. Las *cumulative convictions* no podrán ser aplicadas cuando uno de los crímenes sea de menor gravedad que el otro (por ejemplo, asesinato y lesiones corporales graves, o violación y agresión sexual pudiendo ser subsumido uno dentro del otro; o cuando el acusado sea hallado responsable a título de autor y participe por el mismo delito)"[74].

Así mismo, a la hora de aplicar las *cumulative convictions* en relación con las categorías de CLH e infracciones graves a los Convenios de Ginebra, la SPI afirmó "[…] que los crímenes contemplados en el Estatuto (genocidio, CLH y violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II) tienen di-

---

74 TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Chamber I, Judgment, September 2, 1998*, Case. No.: TPIR-96-4-T, para. 468.

ferentes elementos y, además, están destinados a proteger distintos intereses"[75].

Con base en lo anterior, y a la luz de la expresión "en las siguientes circunstancias", se puede afirmar que los criterios en los que se basa este test inicial son alternativos y no acumulativos; es decir, para poder aplicar esta figura bastaría con que se diera alguno de los criterios presentados por la SPI. Además, si bien en su definición teórica la SPI presenta tres criterios que justificarían las *cumulative convictions*, lo cierto es que a la hora de aplicar este concepto a los hechos del caso omite el tercer criterio, centrándose únicamente en los dos primeros.

En el caso de Kayishema y Ruzindana, la SPI analizó el denominado "test de concurrencia del delito", según el cual, el genocidio y los CLH son categorías de delitos que contienen elementos que deben ser probados de manera distinta, y, por tanto, se pueden aplicar las *cumulative convictions*. En particular, la SPI señaló que: "los crímenes tipificados como CLH no se llevan a cabo con el objetivo de destruir total o parcialmente a un grupo; el requisito principal para el genocidio. Por ejemplo, los CLH de deportación o encarcelamiento generalmente no conducirían a la destrucción de un grupo protegido "[76]. Además, los "CLH enumerados deben ser cometidos específicamente contra una "población civil", mientras que para cometer el crimen de genocidio se deben cometer actos para destruir a los "miembros de un grupo "[77]. Finalmente, "los motivos discriminatorios de los CLH incluyen un tipo de discriminación no incluido en el genocidio, que es la convicción política"[78].

En el caso Semanza se afirmó también que los elementos contextuales son una herramienta necesaria para determinar si un crimen es materialmente distinto a otro. En este caso, la SA del TPIR subrayó que "una condena por genocidio en virtud del artículo 2 del Estatuto requiere prueba de una intención de destruir, total o parcialmente,

---

75 Ibid., para. 469.

76 TPIR, *The Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana, Chamber II, Judgment, May 21, 1991*, Case No.: TPIR-95-1-T, para. 630.

77 Ibid., para. 631.

78 Ibid., para. 632.

un grupo nacional, étnico, racial o religioso"[79]. Esto es completamente diferente de lo que se requiere para sustentar una condena por CLH: la existencia de un "ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos"[80]. Sobre esta base, para la SA, son admisibles las condenas por genocidio y por CLH, basadas en los mismos hechos[81].

4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

En el TPIY, la práctica de *cumulative charging* se mencionó por primera vez en el caso Tadić, aunque no se desarrolló más allá de lo señalado por la Fiscalía cuando argumentó que "[e]l imputado puede ser acusado y condenado por tantos crímenes como hechos del caso existan si hay una concurrencia"[82]. Fue solo en el caso Kupreškić que esta figura tuvo un desarrollo mucho más profundo. La SPI aplicó el "*Blockburger test*", creado en el caso *Blockburger v United States of America,* estableciendo que "[l]a regla aplicable es tal que cuando el mismo acto constituye una infracción de dos disposiciones legales distintas, la prueba que se aplicará para determinar si hay dos delitos o solo uno, es si cada disposición requiere prueba de un hecho adicional no exigido en la otra"[83].

---

79 TPIR, *The Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, Judgment, May 20, 2005, Case No.*: TPIR-97-20-A, para. 318.

80 Idem.

81 Idem.

82 TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Judgment. February 20, 2001, Case* No.: IT-96-21-A, para. 397. (Traducción de los autores)

83 Scotus, Blockburger v. United States. *Judgment of the Circuit Court of Appeals*, January 4, 1932, para 12. En TPIY, Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, Kupreskic et. al. Trial Chamber, *Judgment*, January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T, para 681. (Traducción de los autores). El test Blockburger fue establecido a partir de casos como el de Morey v. Commonwealth en 1871 en la Corte Suprema de Massachusetts, en donde se dijo que "[u]n solo acto puede constituir una infracción contra dos estatutos; y si cada estatuto requiere prueba de un hecho adicional que el otro no requiere, una ab-

Posteriormente, en el Caso Celebici, la SA aplicó el denominado "test de especialidad recíproca" o "test de Celebici". Conforme al mismo, "por razones de equidad para el acusado y bajo la consideración de que sólo distintos delitos pueden justificar múltiples condenas, se llega a la conclusión de que múltiples condenas penales dictadas bajo diferentes disposiciones legales, pero basadas en la misma conducta, son permisibles sólo si cada disposición legal involucrada contiene un elemento materialmente distinto no contenido en la otra. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere la prueba de un hecho no exigido por el otro"[84].

Al aplicar este test, la SA subrayó que no está permitido condenar, con respecto a un mismo acto de violencia, por crímenes de guerra en virtud del artículo 3 del Estatuto del TPIY y por infracciones graves de los Convenios de Ginebra en virtud del artículo 2, porque no tienen elementos contextuales materialmente distintos[85]. En ambos casos, el elemento contextual es el vínculo del hecho individual con la existencia de un conflicto armado de carácter internacional. Sin embargo, la SA llegó a una conclusión contraria cuando de lo que se trataba era de una concurrencia entre los CLH y los crímenes guerra[86].

---

solución o condena bajo cualquiera de los estatutos, no exime al acusado de enjuiciamiento y castigo bajo el otro"; SJC, Maurice Morey v. *The Commonwealth Supreme Court of Massachusetts, November, 1871, p 435* (Traducción de los autores). Cassese advierte que "[…] si no se cumple la prueba de Blockburger y un crimen cae dentro del otro ámbito del crimen, entonces son cargos acumulativos. El Tribunal debe dictar sentencia sobre el más específico reflejando el principio de *lex specialis derogat generali*. Cuando se cumplen todos los requisitos legales para un crimen menor, en la comisión de un crimen más grave, una condena por el cargo más grave consume el crimen menor y describe completamente la conducta delictiva del acusado"; en Cassese, A., 2009, '*The Oxford companion to international criminal justice*', *Oxford University Press*, Acquaviva, G., Akande, D., Baig, L., Bing, J. B., Cryer, R. & Zappalà, S. p. 257.

84 TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Judgment. February 20, 2001, Case No.*: IT-96-21-A, para. 412. (Traducción de los autores)

85 Ibid., paras. 414, 421, 427.

86 Según la SA, "artículo 3 (crímenes de guerra) requiere un estrecho vínculo entre los actos del acusado y el conflicto armado; este elemento no es

Así mismo, para la SA, cuando no es posible encontrar un elemento materialmente distinto en los delitos imputados, "[d]ebe mantenerse la condena con arreglo a la disposición más específica. Por lo tanto, si un conjunto de hechos está regulado por dos disposiciones, una de las cuales contiene un elemento adicional materialmente distinto, entonces una condena debe ingresarse únicamente en virtud de esa disposición"[87].

Dos de los cinco jueces de la SA, Hunt y Bennouna, consideraron, sin embargo, que el test de Celebici era conflictivo porque causaba perjuicios al acusado debido a que "no tiene en cuenta el castigo y la estigmatización social inherentes a la condena por un crimen. Además, el número de delitos por los que se condena a una persona puede tener algún impacto en la pena que finalmente se cumplirá cuando se apliquen las leyes nacionales, por ejemplo, la puesta en libertad anticipada de diversos tipos"[88]. Así mismo, estos dos magistrados afirmaron que dicho test no debía tener como base de estudio los elementos contextuales de cada delito porque al aplicar este requisito lo más probable es que la conducta siempre encaje en las dos categorías de crímenes[89]. En consecuencia, propusieron comparar únicamente el *actus reus* y el *mens rea* de los crímenes afectados, desechando la comparación de sus elementos contextuales[90].

---

requerido por el artículo 5. Por otro lado, el artículo 5 ([CLH]) requiere prueba de que el acto ocurrió como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; ese elemento no es requerido por el artículo 3. Así, cada artículo tiene un elemento que requiere prueba de un hecho no requerido por el otro. Como resultado, las condenas acumulativas en virtud de los artículos 3 y 5 son admisibles" (Traducción de los autores) en TPIY, *the Prosecutor v. Goran Jelisic, Appeals Chamber, Judgment, 5 July, 2001, Case No.*: IT-95-10-A, para. 82.

87 TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Judgment, February* 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A, para. 413. (Traducción de los autores)

88 TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion Of Judge David Hunt And Judge Mohamed Bennouna, February 20, 2001, Case No.* IT-96-21-A, para. 23. (Traducción de los autores)

89 Ibid., para. 31. (Traducción de los autores)

90 Ibid., paras 26, 31. (Traducción de los autores)

4.2.3. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La SPI en el caso Bemba ha aceptado la aplicación de la figura de las *cumulative convictions*, siempre y cuando cada uno de los delitos contenga un elemento materialmente distinto[91]. Esta distinción no puede ser aparente, sino que ha de ser clara y concreta[92]. Así mismo, para la SPI, los elementos contextuales son parte constitutiva de los elementos de los crímenes por lo que deben ser tomados en cuenta a la hora de aplicar esta figura[93]. Además, en caso de utilizarse este mecanismo, los delitos objeto de *cumulative convictions* deberían tener la misma pena[94].

En el mismo sentido, la SPI en el caso Ntaganda ha subrayado recientemente que los CLH contienen elementos materialmente distintos a los recogidos en los crímenes de guerra. Lo anterior debido a que los primeros requieren probar un ataque sistemático o gene-

---

91 Al hablar de un elemento materialmente distinto al de otro crimen se aplica el test que fue inicialmente usado en el caso "*Blockburger v USA"*, posteriormente usado en el Caso Akayesu y continuamente en el caso Celebici. (Traducción de los autores)

92 CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al, Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", March 8, 2018,* Doc. No.: ICC-01/05-01/13-2275-Red, para. 740. (Traducción de los autores)

93 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Prosecution's Response to Defence's "Motion for Immediate Ruling on Standard to Assess Multiple Charging and Convictions ", December 20, 2019, Doc. No.*: CPI-02/04-01/15, paras. 33, 35; CPI, *The Prosecutor v. Jean- Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", June 8, 2018,* Doc. No.: CPI-01/05-01/08 A, para. 117; CPI, *The Prosecutor v. Jean- Pierre Bemba Gombo, Pre-trial Chamber, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, June 15, 2009,* Doc. No.: CPI-01/05-01/08, paras. 84-85.

94 CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June 21, 2016,* Doc. No.: CPI-01/05-01/08-3399, para. 94.

ralizado contra la población civil, mientras que en los segundos es necesario probar que estos se dan dentro de un conflicto armado[95].

4.2.4. La jurisprudencia de los tribunales híbridos

Con respecto al TESL, en el caso relativo a las *Civil Defence Forces* (CDF), los jueces recibieron propuestas tanto de la Fiscalía como de la defensa de Fofana (uno de los acusados) para imponer una pena conjunta (*joint sentence*) sin mencionar en detalle cada uno de los delitos cometidos. La SPI rechazó, sin embargo, estas propuestas porque, si bien el marco estatutario las permite, es preferible mencionar cada uno de los crímenes objeto de la condena para exponer con toda claridad las conductas punibles de los acusados[96]. Además, según la SPI, esto no incrementó la pena a cumplir por los condenados gracias a la imposición de una pena conjunta. De esta manera, en el propio caso CDF, Fofana solo tuvo que cumplir 6 años de prisión y Kondewa 8[97].

El Tribunal Especial para el Líbano (TEL) ha analizado también la figura de las *cumulative convictions* en el caso Ayyash. Para la SPI, "[l]a práctica de las cortes libanesas está en consonancia con los artículos 181 y 205 del código, al imponer *cumulative convictions*. Las decisiones revisadas por la SPI también ilustran que las cortes libanesas han impuesto una única pena por condenas por homicidio intencional (o tentativa de homicidio intencional) de múltiples personas"[98]. En consecuencia,

> "[h]abiendo considerado la práctica libanesa de determinación de la pena y la jurisprudencia internacional, la Sala ejerc[e] su discrecionalidad de imponer penas para cada cargo por separado. Este enfoque

---

95 CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Judgment, July 8, 2019,* Doc. No.: CPI-01/04-02/06-2359, para. 1203. (Traducción de los autores)

96 TESL, *The Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, Judgment on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa, October 9, 2007, Case No.*: TESL-04-14-T-796, para. 97.

97 Ibid., p. 33.

98 TEL, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, The Trial Chamber, Sentencing Judgment, December 11, 2020, Case No.:* STL-11-01/S/TC, para. 226. (Traducción de los autores)

> es coherente con las prácticas de las Cortes libanesas. Esto le permite a la Sala evitar las dobles imputaciones, y así exponer claramente sus evaluaciones y descubrimientos respecto de la gravedad de cada delito por el cual se condenó al señor Ayyash, e imponer penas diferenciadas para cada uno, con el fin de reflejar su culpabilidad de una forma precisa"[99].

Finalmente, la SPI de las SETC ha adoptado la misma interpretación, aplicando el test de Celebici en el caso Kaing Guek Eav alias Duch (caso 001). Como resultado, ha afirmado que los elementos materialmente distintos son determinantes para poder aplicar la figura de las *cumulative convictions*[100].

4.3. La jurisprudencia sobre cumulative convictions en casos de concursos ideales de delitos intra-categoría

Como se estableció anteriormente, la figura de las *cumulative convictions* intra-categoría es aplicable cuando a través de una cierta conducta se cometen dos delitos pertenecientes a una misma categoría (por ejemplo, CLH). En los siguientes apartados se expondrá la aplicación de esta figura en el TPIR, el TPIY, el TESL, las SECC y la doctrina; sin embargo, no se abordará la jurisprudencia de la CPI debido a que ha desarrollado esta figura[101].

---

99 Ibid., 238. La condena de Ayyash se basó en las penas previstas en el Código Penal del Líbano, imponiéndose cadena perpetua para cada uno de los crímenes objeto de la condena y de esta manera, cumpliéndose las distintas cadenas perpetuas de manera concurrente. (Traducción de los autores)

100 SECC, *The Prosecutor v Kaing Guek Eav alias Duch, Trial Chamber, Judgment, July 26, 2010, Case No.:* 001/18-07-2007/ECCC/TC, para. 560. En este caso, la SPI afirma, con base en la jurisprudencia del TPIY, que "[d]onde la conducta del acusado cumpla los elementos de diferentes crímenes, la Sala evaluará el impacto de las condenas múltiples. La jurisprudencia del Tribunal ad-hoc ha reconocido que las condenas múltiples sirven para "describir la culpabilidad completa de un acusado en particular, o proveer una imagen completa de su conducta criminal".

101 En un *amicus curiae* presentado por "La Iniciativa de Mujeres por la Justicia de Género" sobre el Caso Bemba, se consideró que se analizó de forma muy superficial la existencia de los crímenes sexuales. Esta afirmó que la Sala falló por lo menos en tres casos en cuanto que los elementos de tortura como

4.3.1. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

En el caso Rutaganda, la SPI afirmó que los CLH de asesinato y extermino sólo se diferencian en que "el asesinato es el homicidio de una o más personas, mientras que el exterminio es un crimen que se dirige contra un grupo de individuos"[102]. En consecuencia, la SPI optó por no aplicar la figura de las *cumulative convictions*.

Esta misma posición fue también adoptada en el caso Ntakirutimana, donde la SPI y la SA han considerado que las *cumulative convictions* no pueden ser aplicadas al asesinato y al exterminio, porque "[e]l asesinato como CLH no contiene un elemento materialmente distinto del exterminio como CLH; […] el único elemento que distingue estos delitos es el requisito del crimen de exterminio de que los asesinatos ocurran en una escala masiva"[103]. El mismo razonamiento fue adoptado posteriormente en otros casos como el de Ntabakuze[104].

4.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

La figura de las *cumulative convictions* en concursos ideales de delitos intra-categoría fue desarrollada por la jurisprudencia del TPIY

---

se encuentran subsumidos dentro de los elementos de la violación sexual y que la Sala pudo haberse referido a la jurisprudencia existente como la del Fiscal v. Furundzija, donde el Testigo D, quien se vio obligado a vigilar las repetidas violaciones de la Testigo A, fue considerado como víctima de tortura. En CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Amicus Curiae Observations of the Women's Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, July 31, 2009*, para. 28.

102 TPIR, *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Trial Chamber I, Judgment and sentence, December 6, 1999, Case No.:* TPIR-96-3-T, para. 422.

103 TPIR, *The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana & Gérard Ntakirutimana, Appeals Chamber, December 13, 2004, Cases* Nos.: TPIR-96-10-A & ICTR-96-17-A, para 542. (Traducción de los autores)

104 TPIR, *The Prosecutor v. Aloyz Ntabakuze, Appeals Chamber. Judgment, May 8, 2012, Case No.*: TPIR-98-41A-A, paras. 259-261.

en el caso Kunarac. En este caso, la defensa afirmó que no debía aplicarse esta figura en relación con los delitos de tortura y violación (ya sea como crímenes de guerra o como CLH) porque sólo se había configurado un crimen (el de violación), puesto que la intención con la que se produjeron las violaciones fue obtener una satisfacción sexual (y no infligir dolor). Sin embargo, la SPI rechazó esta posición al afirmar que

> "[…] comparando los elementos de violación y tortura bajo el Artículo 3 o artículo 5, un elemento materialmente distinto de la violación con respecto a la tortura es el elemento de penetración. Y un elemento materialmente distinto de la tortura en relación con la violación, es el infligir un dolor o sufrimiento grave con el fin de obtener información o una confesión, castigar, intimidar, coaccionar o discriminar a la víctima o a una tercera persona."[105].

En consecuencia, para la SPI era posible imponer una condena por cada delito debido a que ambos contaban con elementos propios que los distinguían. La SA acogió esta posición y confirmó la aplicación por la SPI de la figura de las *cumulative convictions* intra-categoría[106], porque "[n]o esta[ba] de acuerdo con la visión limitada de los apelantes sobre el delito de tortura, y rechaza[ba] el argumento de que se requiera una especie de intención específica al cometerlo"[107].

En el mismo caso Kunarac, la SPI y la SA afirmaron también la posibilidad de aplicar la figura de las *cumulative convictions* a los CLH

---

105 TPIY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Appeals Chamber, Judgment, 12 June, 2002, Case. No.:* IT-96-23/1-A, para. 180. (Traducción de los autores)

106 Ibid., para. 185.

107 Ibid., para. 180. Esta jurisprudencia se asienta en precedentes y opiniones del sistema interamericano y europeo como los de Fernando y Raquel Mejía v Perú, donde la CIDH señaló que la violación de Raquel constituía tortura, y el de Aydin v Turquía en el que la CEDH consideró que Aydin fue víctima de violación, malos tratos, graves y crueles lo cual debe considerarse tortura; IACHR, Fernando & Raquel Mejía v. Peru, *Judgment*, March 1, 1996, Case No.: 10,970, Report No. 5/96, Inter American Yearbook on Human Rights, p. 1120; ECtHR, Aydin v. Turkey, *Opinion of the European Commission of Human Rights*, March 7, 1996, paras. 186, 189; TIPY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Appeals chamber, Judgment, June 12, 2002, Case No.*: IT-96-23 & IT-96-23/1-A, paras. 183-184.

de esclavitud y de violación. En particular, la SA consideró que "la esclavitud, incluso si se basa en la explotación sexual es un crimen distinto al de la violación"[108], por lo que cabía aplicar las *cumulative convictions* al tener elementos materialmente distintos.

Con posterioridad, la SA del TPIY analizó en los casos Krnojelac[109], Vasiljevic[110], y Krstic[111], los CLH de persecución y asesinato, negando la aplicación de las *cumulative convictions*. La SA decidió subsumir el CLH de asesinato dentro del CLH de persecución (mediante asesinato)[112], porque al requerir la intención de discriminar contra las víctimas, la persecución constituye un tipo penal más específico[113].

Del mismo modo, en el caso Krstic[114], la SPI rechazó también la posibilidad de que una misma conducta pudiera dar lugar a los CLH de persecución y de traslado forzoso como otros actos inhumanos, porque la tipificación del primero es mucho más específica, por lo que el acto inhumano de traslado forzoso se subsume dentro de la persecución[115].

Apenas unos meses después de esta última decisión, la SA volvió a cambiar su aproximación en el caso Kordic y Cerkez afirmando la posibilidad de aplicar la figura de las *cumulative convictions* a los CLH de persecución y encarcelamiento. Como subrayó la SA, "[l]a definición de persecución contiene elementos materialmente distintos que no se requieren en la definición de encarcelamiento del artículo 5 del Estatuto: la prueba de que una acción u omisión discriminatoria y la prueba de que el acto u omisión se cometió con intención específica de discriminar. Por otro lado, el crimen de encarcelamiento requiere

---

108 Ibid., para. 186. (Traducción de los autores)

109 TPIY, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Appeals Chamber, Judgment, September 17, 2003; Case No.*: IT-97-25-A, para. 188.

110 TPIY, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic, Appeals Chamber, Judgment, February 25, 2004, Case No.*: IT-98-32-A, para. 146.

111 TPIY, *The Prosecutor v. Radislav Krstic, Appeals Chamber, Judgment, April 19, 2004, Case No.:* IT-98-33-A, paras. 231-232.

112 Ibid., 230.

113 Ibid., paras. 231- 233.

114 Ibid., para. 230.

115 Ibid., para. 231.

prueba de la privación de la libertad de una persona sin el debido proceso legal, independientemente de si la privación de libertad discrimina o tiene la intención específica de ser discriminatoria, lo que no es requerido para la persecución"[116].

Con posterioridad, en el caso Stakic, la SA reafirmó su jurisprudencia del caso Kordic y Cerkez al afirmar que los CLH de persecución y asesinato requieren de elementos materialmente distintos. Así, según la SA, en el CLH de persecución se debe acreditar que una acción u omisión se lleva a cabo con la intención específica de discriminar, mientras que en el CLH de asesinato se requiere que el acusado cause la muerte de una o más personas[117].

La SA estudió también en el caso Stakic la factibilidad de aplicar las *cumulative convictions* a los CLH de deportación y persecución[118], frente a lo cual concluyó que sí era posible hacer uso de esta figura porque la deportación requiere de un elemento materialmente distinto (traslado no voluntario de la población a través de una frontera internacional) que no es necesario demostrar para la persecución. La SA llegó a la misma conclusión con respecto a los CLH de persecución y exterminio, y de persecución y traslado forzoso como otro acto inhumano (este último tiene lugar dentro del territorio de un Estado sin cruzar ninguna frontera)[119].

4.3.3. La jurisprudencia de los tribunales híbridos

En el caso 002 ante las SECC, la SPI encontró que los imputados eran responsables por los CLH de exterminio, persecución y otros actos inhumanos. En este caso, la SPI consideró que cada uno de estos delitos tiene al menos un elemento materialmente distinto. El primero, requiere la intención discriminatoria, el segundo, requiere

---

116 TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, Judgment, December 18, 2004, Case No.:* IT-95-14/2-A, para. 1043. (Traducción de los autores)

117 TPIY, *The Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals chamber, Judgment, March 22, 2006, Case No.:* IT-97-24-A, para. 359.

118 Ibid., para, 360.

119 Ibid., paras. 360-364.

los asesinatos en masa y, el tercero, las lesiones graves a la integridad física, psíquica o que constituyan un ataque grave a la dignidad humana. En consecuencia, la SPI aplicó las *cumulative convictions* en relación con los tres delitos[120].

Por su parte, el TESL, en el caso CDF[121], favoreció también la aplicación de las *cumulative convictions* (junto con una pena conjunta) dentro de la categoría de crímenes de guerra por infracciones al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II. Esto se observa en el estudio realizado por la SPI del TESL con respecto a los crímenes de guerra de castigos colectivos (previsto en el artículo 3(a) del ETESL) y de saqueo (recogido en el artículo 3(f) del ETESL). Este análisis es importante porque demuestra que, aunque agrupados dentro de una misma categoría de delitos, tienen elementos materialmente distintos que hacen posible la aplicación de la figura de las *cumulative convictions*[122].

4.4. Doctrina

El debate sobre la figura de las *cumulative convictions* no se ha circunscrito únicamente a los pronunciamientos de los tribunales penales internacionales e híbridos, sino que también ha sido objeto de estudio por diversos autores.

Por otro lado, la doctrina también trata el tema del uso de las *cumulative convictions* en los concursos ideales de delitos inter-categorías. Según Van den Herik esta figura permite demostrar de una manera adecuada y completa todo lo ocurrido en situaciones tan violentas como por ejemplo la de Ruanda. Así, la autora afirma que las *cumulative convictions* por genocidio y CLH "desempeña[n] un papel importante en la reivindicación de los crímenes cometidos contra

---

120 SECC, *The Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, Judgment,* November 16, 2018, Case No.: 002/02, paras., 1059-1060.

121 TESL, *The Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, Judgment on the sentencing, October 9, 2007, Case No.:* TESL-04-14-T-796. para. 97.

122 TEL, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, The Trial Chamber, Sentencing Judgment, December 11, 2020, Case No.:* STL-11-01/S/TC, paras. 235-238.

personas hutu", permitiendo "describir completamente la conducta delictiva de un acusado"[123]. Esto es posible debido a que ambas categorías de delitos tienen elementos materiales distintos[124]. En particular, como subrayan Ambos y Wirth en relación con el caso Kayishema y Ruzindana, "el genocidio es un crimen cometido contra un grupo de personas, mientras que los CLH tienen como objetivo los derechos básicos de las personas en gran escala."[125].

Por su parte, en relación con el recurso a las *cumulative convictions* en casos de concurso ideal de delitos intra-categoría, Boas, Bischoff y Reid reafirman su aplicación cuando unos mismos hechos configuran dos o más CLH (por ejemplo, asesinato y persecución) donde cada uno contiene al menos un elemento materialmente distinto[126]. Sin embargo, otras autoras como Erdei prefieren poner el acento en que la aplicación del test de Celebici ha dejado resultados en gran medida inconsistentes en la jurisprudencia de la SA del TPIY[127].

---

123 Lo anterior está recogido en el criterio número tres del test que se propone en el caso Akayesu, que indica que las *cumulative convictions* pueden darse en el escenario en el que contribuyan a entender de forma completa el actuar delictivo del imputado. Van den Herik, L., 2005, *'The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law', Developments in International Law,* Vol 53, p. 255.

124 Así, "en el caso de genocidio, sólo pueden ser considerados víctimas quienes pertenecen al grupo o se perciben como pertenecientes al grupo, mientras que cualquier individuo puede ser víctima de un CLH independientemente de su origen, con la condición de que el individuo forme parte de la población civil. Desde esta perspectiva, es importante que el genocidio y los CLH sean imputados acumulativamente, y que sean posibles *cumulative convictions.*" Van den Herik, L., 2005, *'The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law', Developments in International Law,* Vol 53, p. 255.

125 Idem.

126 Boas, G., Bischoff, J. L. & Reid, N. L., 2011, *International Criminal Law Practitioner Library: Volume 2, Elements of Crimes under International Law. Cambridge University Press,* pp. 334-335.

127 Erdei, I., 2011, *Cumulative Convictions in International Criminal Law: Reconsideration of a Seemingly Settled Issue, Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, No. 2, p. 335; TPIY, t*he Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeals Chamber, Judgment, April 19, 2004, Case No.:* IT-98-33-A, para. 231.

4.5. La aplicación de la figura de las cumulative convictions en los casos de concurso ideal de delitos intra-categoría entre los crímenes de lesa humanidad de esclavitud sexual y de otros actos inhumanos por unos mismos hechos de matrimonio forzado

Como hemos visto en las secciones anteriores, el matrimonio forzado es considerado por la jurisprudencia y la doctrina internacional como un CLH, si bien en ocasiones es calificado como esclavitud sexual, y otras veces como otros actos inhumanos.

Sin embargo, a la luz del desarrollo de la figura de las *cumulative convictions* en casos de concurso ideal de delitos intra-categoría, surge la pregunta relativa a por qué no se ha recurrido a la misma para condenar simultáneamente por los CLH de esclavitud sexual y de otros actos inhumanos cuando se incurre en la práctica de matrimonio forzado.

Para responder a esta cuestión, conviene señalar desde un principio que al referirse a crímenes pertenecientes a una misma categoría no es necesario analizar sus elementos contextuales (los cuales solo son relevantes en los análisis inter-categorías). Así mismo, como bien señala reiteradamente la jurisprudencia internacional, el CLH de otros actos inhumanos "[…] sirve como una categoría residual diseñada para castigar acciones u omisiones no enumerados específicamente como CLH siempre que cumplan con los siguientes requisitos: (i) infligir un gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física; (ii) ser suficientemente similares en gravedad a los hechos a que se refieren los artículos 2(a) a 2(h) del Estatuto; y (iii) que el autor tuviera conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían su gravedad"[128].

---

[128] TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008, Case No.:* TESL-2004-16-A, para. 198; TPIY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Santić, Kupreskic et. al., Trial chamber Judgment, January 14, 2000, Case No.:* IT-95-16-T, para. 653; TPIY, *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals chamber, Judgment, December 17, 2004, Case No.*: IT-95-14/2-A, para. 117; CPI, *The Prosecutor v. Alfred Rombhot Yekatom & Patrice-Edouard Ngaïssona, Public Redacted Version of Yeka-*

Esto quiere decir que los actos inherentes a la práctica de matrimonio forzado que sean constitutivos de un CLH de esclavitud sexual serán preferentemente objeto de condena por este delito, mientras que aquellos que no puedan encuadrarse en este último podrían dar lugar a una condena por el CLH de otros actos inhumanos. Esto permitiría reflejar de la manera más completa posible la conducta punible del acusado, gracias a la figura de las *cumulative convictions*.

Como hemos visto, el CLH de esclavitud sexual presenta dos requisitos principales en el artículo 7 (1)(g) del ECPI y en los EC: (a) ejercer uno de los atributos del derecho de propiedad (como la compra, la venta, el préstamo, el trueque, o todos ellos) sobre las víctimas, o la imposición sobre estas últimas de algún tipo similar de privación de libertad[129]; y (b) hacer que las víctimas realicen uno o más actos de naturaleza sexual[130]. En consecuencia, como señalan Ambos y Triffterer, los bienes jurídicos protegidos en este tipo penal son el derecho a ejercer la propia autonomía sexual, así como la autonomía personal para modificar o salir de esta situación[131].

Según la SPI de la CPI en el caso Katanga, desde una perspectiva objetiva, el acusado debe haber ejercitado "[l]as facultades asociadas al derecho de propiedad que deben interpretarse como el uso, disfrute y disposición de una persona considerada como propiedad, colocándola en una situación de dependencia que conlleva su privación de cualquier forma de autonomía"[132]. Además, debe haber obligado a la víctima a participar en uno o más actos de naturaleza sexual. Por su parte, desde una perspectiva subjetiva, esto supone que el acusado "debe haber sido consciente de ejercer individual o

---

tom Defence Reply to Prosecution Response to Defence Confirmation Submissions, October 10, 2009, Doc. No.: ICC-01/14-01/18, 10, para 44. (Traducción de los autores)

129 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, March 7, 2014,* Doc. No.: ICC-01/04-01/07, para. 975.

130 Ibid., para. 978.

131 Ambos, K. & Triffterer, O., 2016, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Oxford University Press,* pp. 212 y 214.

132 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, March 7, 2014,* Doc. No.: CPI-01/04-01/07, para. 975. (Traducción de los autores)

colectivamente uno de los atributos de los derechos de propiedad sobre una persona y obligar a dicha persona a participar en uno o más actos de naturaleza sexual"[133]. El testigo P-132 del caso Katanga refleja con claridad esta situación al afirmar lo siguiente: "[…] sabes muy bien que cuando alguien te toma por esposa, puede tener relaciones sexuales cuando y como quiera. Me dijo que me había convertido en su esposa. Yo no pude negarme"[134].

Más recientemente, la SPI de la CPI en el caso Ongwen ha considerado como probado que tanto el acusado, como Joseph Kony (líder supremo del ERS), designaban a las mujeres y las niñas secuestradas como esposas de los miembros masculinos de la brigada Sinia. En particular, la SPI subraya cómo Dominic Ongwen utilizaba su autoridad como comandante de esta brigada para imponer el matrimonio. Además, según la SPI, si bien en ocasiones se celebraban ceremonias para marcar el supuesto matrimonio, esto no era frecuente, por lo que las mujeres y las niñas secuestradas eran consideradas esposas desde el momento en que se las obligaba a mantener relaciones sexuales con el hombre al que se las había asignado (a las cuales no tenían permitido negarse bajo amenaza de muerte)[135].

En contraste con el CLH de esclavitud sexual, el CLH de otros actos inhumanos no solo abarca actos sexuales, sino actos de otra naturaleza que generan graves sufrimientos, como la servidumbre doméstica[136], el criar a los hijos de sus captores[137] o el cuidado de

---

133 CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, March 7, 2014,* Doc. No.: CPI-01/04-01/07, para 981. (Traducción de los autores)

134 Ibid., para 1000. (Traducción de los autores)

135 CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February 4, 2021*, Doc. No.: CPI-02/04-01/15, para. 216.

136 TESL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 18, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T, para. 425.

137 Scharf, M. & Mattler, S., 2005, *Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity, Case Legal Studies Research Paper* No. 05-35, *African Perspectives on International Criminal Justice,* p. 4.

estos últimos, entre otros trabajos forzados[138]. Así mismo, las víctimas sufren daños físicos al ser golpeadas, marcadas y cortadas. Además, estos actos afectan también a la comunidad, porque estas uniones provocan el quebrantamiento de importantes lazos sociales, el debilitamiento de las estructuras emocionales, familiares, culturales y espirituales de las personas, y la afectación de la manera en que éstas se relacionan con los espíritus y sus antepasados, cercenando así su sensación de previsibilidad y seguridad[139].

Aunado a lo anterior, la institución del matrimonio es degradada y distorsionada en sí misma, porque las víctimas no sólo son obligadas a soportar los actos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzado y tortura (todos ellos reconocidos como CLH), sino que además están indefinida e inexorablemente casadas con los hombres que las victimizan, lo que vulnera su derecho a elegir libremente a su esposo provocándoles un sufrimiento psicológico y moral especialmente intenso[140]. Además, provoca la estigmatización de todas las víctimas porque las mujeres abandonadas, divorciadas, en un matrimonio polígamo o viudas son discriminadas y excluidas de los círculos sociales de sus comunidades, lo que afecta también a sus hijos[141]. Como resultado de lo anterior, la doctrina considera que el matrimonio forzado es una práctica que afecta a múltiples bienes jurídicos, incluyendo los derechos a la vida, la dignidad, la salud y la libertad[142].

---

138 Kerr, V., 2020, *Should forced marriages be categorized as "Sexual Slavery" or "Other inhumane acts" in the International Criminal Law?, Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 35, No. 1, p. 5.

139 LeVine, P., 2010, *Love and Dread in Cambodia: Weddings, Births, and Ritual Harm Under the Khmer Rouge, National University of Singapore Press,* pp. xvii-xviii.

140 Frulli, M., 2008, *Advancing International Criminal Law. The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' crime against humanity, Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, p. 1037.

141 de Langis, T., Strasser, J, Kim, T. & Taing, S., 2014, *Like Ghost Changes Body: A Study on the Impact of Forced Marriage under the Khmer Rouge Regime, Transcultural Phsychosocial Organisation*, pp. 97-98

142 Chakrabarty, I., 2018, *Finding a way through: The possible inclusion of labor trafficking as an 'other inhumane act' under the rome statute, Penn Undergraduate Law Journal*, Vol. 6, p. 8.

En conclusión, no parece existir ningún obstáculo para recurrir a la figura de las *cumulative convictions* en los casos de matrimonio forzado con el fin de condenar simultáneamente al acusado por los CLH de esclavitud sexual y de otros actos inhumanos. Esto, sin duda, permite describir de forma más comprehensiva los distintos aspectos del comportamiento punible del acusado.

5. CONCLUSIONES FINALES

La cuestión estudiada en este trabajo surge a partir de la apelación recientemente presentada por la defensa de Dominic Ongwen ante la SA de la CPI, al considerar que la aplicación de la figura de las *cumulative convictions* por la SPI fue errada. Lo anterior, basado en el argumento de que se están imponiendo varias condenas a partir de los mismos hechos, lo cual, para la defensa, implica una violación al principio *non bis in idem*. En consecuencia, la defensa propone que el matrimonio forzado sea subsumido dentro del CLH de esclavitud sexual. Por su parte, para la OPDV las conductas de matrimonio forzado se verían reflejadas de una manera más completa bajo la categoría del CLH de otros actos inhumanos.

La posición de la defensa está respaldada por la jurisprudencia inicial del TESL y por autores como Mazurana y Gong-Gershowitz, al entender que el elemento sexual del matrimonio forzado prima sobre otros aspectos como los trabajos forzados y los maltratos físicos y psicológicos. Esto se debe a que estos últimos se derivan de la coerción natural de un matrimonio forzado (todos los actos de maltrato no sexual y trabajo forzado son normalmente considerados como propios de la función de esposa).

Por otro lado, la posición de la OPDV es apoyada por la jurisprudencia de la SA del TESL en el caso AFRC y de las SETC en el caso 002. Así mismo, encuentra también sustento en autores como Frulli, Scharf y Mattler y Mettraux quienes consideran que los maltratos de naturaleza no sexual están siendo minimizados al condenar solo por el CLH de esclavitud sexual, cuando en realidad, el matrimonio forzado presenta una complejidad mucho mayor. Al no tener en cuenta la continuidad de las demás transgresiones se pone un velo sobre es-

tas otras formas de maltrato que van mucho más allá del mero hecho de ser tomadas como esposas, y que afectan bienes jurídicos distintos a aquellos que son protegidos por el CLH de esclavitud sexual.

Tras el estudio realizado en el presente trabajo, se considera que la mejor manera de resolver la cuestión planteada es integrando ambas visiones, tal y como lo sugiere el TEL. Esto se puede llevar a cabo mediante el uso de la figura de las *cumulative convictions* en relación con los concursos ideales de delitos intra-categoría, lo que permitiría condenar a Dominic Ongwen por los CLH de esclavitud sexual y de otros actos inhumanos, con base en unos mismos hechos de matrimonio forzado. Esto haría posible abarcar con mayor especificidad todas las conductas que conforman el matrimonio forzado sin invisibilizar los actos de maltrato no sexual y trabajo forzado padecidos por las víctimas.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

IACHR, Fernando and Raquel Mejía v. Peru, *Judgment, March 1, 1996, Case No.: 10,970, Report No. 5/96, Inter American Yearbook on Human Rights.*

Corte Europea de Derechos Humanos

ECtHR, Aydin v. Turkey, *Opinion of the European Commission of Human Rights, March 7, 1996.*

Corte Penal Internacional

CPI, *The Prosecutor v. Alfred Rombhot Yekatom & Patrice-Edouard Ngaïssona. Public Redacted Version of Yekatom Defence Reply to Prosecution Response to Defence Confirmation Submissions, October 10, 2009, Doc. No.: ICC-01/14-01/18.*

CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Judgment, July 8, 2019, Doc. No.:* CPI-01/04-02/06-2359.

CPI, *The Prosecutor V. Charles Blé Goudé, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, December 11, 2014, Doc. No.:* CPI-02/11-02/11.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Appeals Chamber, Defense Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February 2021, October 19, 2021, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Appeals Chamber, Public redacted version of CLRV Observations on the Defence Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February 2021, October 28, 2021, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen of 23 March, 2016, 23 March, 2016, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, CLRV Response to Defence "Motion for Immediate Ruling on Standard to Assess Multiple Charging and Convictions", 20 December, 2019, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Prosecution's Response to Defence's "Motion for Immediate Ruling on Standard to Assess Multiple Charging and Convictions", December 20, 2019, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Sentence, May 6, 2021, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February 4, 2021, Doc. No.:* CPI-02/04-01/15.

CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, September 30, 2008, Doc. No.:* CPI-01/04-01/07.

CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, March 7, 2014, Doc. No.:* CPI-01/04-01/07.

CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Amicus Curiae Observations of the Women's Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, July 31, 2009.*

CPI, *The Prosecutor v. Jean- Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", June 8, 2018, Doc. No.:* CPI-01/05-01/08 A.

CPI, *The Prosecutor v. Jean- Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, June 15, 2009, Doc. No.*: CPI-01/05-01/08.

CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016, Doc. No.:* CPI-01/05-01/08-3399.

CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Judgment, March 14, 2012, Doc. No.:* CPI-01/04-01/06.

Salas Extraordinarias para las Cortes de Camboya

SECC, *The Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch, Trial Chamber, Judgment, July 26, 2010, Case No.:* 001/18-07-2007/ECCC/TC.

SECC, *The Prosecutor v. Lim Suy-Hong, Matteo Crippa, Se Kolvuthy, Natacha Wexels-Riser, & Duch Phary, Trial Chamber, Judgment, July 26, 2010, Case No.:* 001/18-07-2007/ECCC/TC.

SECC, *The Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Ieng Sary & Ieng Thirith, Trial Chamber, Judgment, August 7, 2014, Case No.:* 002/19-09-2007-ECCC/TC.

SECC, *The Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, Judgment, November 16, 2018, Case No.:* 002/02.

SECC, *The Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan, Ieng Sary & Ieng Thirith, Trial Chamber, Summary of judgment in case 002/02, November, 16, 2018, Case No.* 002/19-09-2007/ECCC/TC.

Tribunal Especial para el Líbano

TEL, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, The Trial Chamber, Sentencing Judgment, December 11, 2020, Case No.:* STL-11-01/S/TC.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008. Case No.:* TESL-04-16-T.

TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Sentencing Judgment, February 22, 2008, Case No.:* TESL-04-16-A.

TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Judgment, June 20, 2007, Case No.:* TESL-04-16-T.

TESL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Separate Opinion of Judge Sebutinde, June 20, 2007, Case No.:* TESL-04-16.

TESL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 18, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T.

TESL, *The Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, Judgment on the sentencing, October 9, 2007, Case No.:* TESL -04-14-T-796.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *The Prosecutor v. Aloyz Ntabakuze, Appeals Chamber, Judgment. May 8, 2012, Case No.:* TPIR-98-41A-A.

TPIR, *The Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana, Trial Chamber II, Judgment, May 21, 1999, Case No.:* TPIR-95-1-T.

TPIR, *The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana & Gérard Ntakirutimana, Appeals Chamber, Judgment, December 13, 2004, Cases Nos.:* TPIR-96-10-A & ICTR-96-17-A.

TPIR, *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Trial Chamber I, Judgment and sentence, December 6, 1999, Case No.:* TPIR-96-3-T.

TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Chamber I, Judgment, September 2, 1998, Case No.:* TPIR-96-4-T.

TPIR, *The Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, Judgment, May 20, 2005, Case No.:* TPIR-97-20-A.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, Judgment. December 18, 2004, Case No.* IT-95-14/2-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Appeals Chamber, Judgment. June 12, 2002, Case No.:* IT-96-23 & IT-96-23/1-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Goran Jelisic, Appeals Chamber, Judgment, July 5, 2001, Case No.:* IT-95-10-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Mićo Stanišić & Stojan Zupljanin, Trial Chamber I, Judgment Volume 2 of 3, March 27, 2013, Case No.:* IT-08-91-T.

TPIY, *The Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, Judgment, March 22, 2006, Case No.:* IT-97-24-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Appeals Chamber, Judgment, September 17, 2003; Case No.:* IT-97-25-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.:* IT-97-25-T, Para 134.

TPIY, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic, Appeals Chamber, Judgment, February 25, 2004, Case No.:* IT-98-32-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeals Chamber, Judgment, April 19, 2004, Case No.:* IT-98-33-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber, Judgment, March 3, 2000, Case No.:* IT-95-14-T.

TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Judgment. 20 February, 2001, Case No.:* IT-96-21-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion Of Judge David Hunt And Judge Mohamed Bennouna, February 20, 2001, Case No.* IT-96-21-A.

TPIY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Santić, Kupreskic et al., Trial chamber, Judgment, January 14, 2000, Case No.:* IT-95-16-T.

Jurisprudencia nacional

Estados Unidos

SCOTUS, *Blockburger v. United States, Judgment of the Circuit Court of Appeals, January 4, 1932.*

SJC, *Maurice Morey v. The Commonwealth Supreme Court of Massachusetts, November 1871.*

Doctrina

Ambos, K., 2014, *Treatise On International Criminal Law. Volume 2: The Crimes and sentencing, Oxford University Press, Vol. 2.*

Ambos, K. & Triffterer, O., 2016, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary. Oxford University Press.*

Boas, G., Bischoff, J. L. & Reid, N. L., 2011, *International Criminal Law Practitioner Library: Volume 2, Elements of Crimes under International Law, Cambridge University Press.*

Borowska, M., 2013, *The Phenomenon of Forced Marriage, Review of Comparative Law, Vol. 18.*

Carlson, K. & Mazurana, D., 2008, *Forced marriage within the Lord's Resistance Army, Uganda, Feinstein International Center, Tufts University.*

Cassese, A., 2009, *The Oxford Companion to International Criminal Justice, Oxford University Press.*

Chakrabarty, I., 2018, *Finding a way through: The possible inclusion of labour trafficking as an 'other inhumane act' under the rome statute,* Penn Undergraduate Law Journal, Vol. 6.

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E., 2010, *An Introduction to Criminal Law and Procedure, New York, Cambridge University Press & ICRC.*

Erdei, I., 2011, *Cumulative Convictions in International Criminal Law: Reconsideration of a Seemingly Settled Issue, Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, No. 2.

de Langis, T., Strasser, J, Kim, T. & Taing, S., 2014, *Like Ghost Changes Body: A Study on the Impact of Forced Marriage under the Khmer Rouge Regime, Transcultural Phychosocial Organisation.*

Fernandez, C., 2017, *The International Criminal Court and the Celebici Test, Journal of International Criminal Justice,* Vol.15, No. 4.

Frulli, M., 2008, *Advancing International Criminal Law. The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' crime against humanity, Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6.

Gill, A., Sundari, A., 2011, *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, London, Zed Books.

Gong-Gershowitz, J., 2009, *Forced Marriage: A "new" crime against humanity?, Northwestern Journal of International Human Rights.*

Green, L., 2011, *Cumulative Charges for Gender Based-Crimes at the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers.

Haenen, I. E. M. M., 2013, *The parameters of enslavement and the act of forced marriage, International Criminal Law Review,* Vol. 13, No. 4.

Hola, B., 2012, *Sentencing of International Crimes at the ICTY and ICTR Consistency of Sentencing Case Law, Amsterdam Law Forum*, Vol: 4:4.

International Federation for Human Rights, 2018, Cambodia: In landmark verdict, the Khmer Rouge Tribunal recognizes forced marriage as a crime against humanity and convicts former Khmer Rouge leaders for genocide, International Federation For Human Rights.

Jain, N., 2008, *Forced Marriage as a Crime against Humanity, Problems of Definition and Prosecution, Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6.

Kalra, M., 2001, *Forced Marriage: Rwanda's Secret Revealed, U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 7, No. 2.

Kerr, V., 2020, *Should forced marriages be categorized as "Sexual Slavery" or "Other inhumane acts" in the International Criminal Law?, Utrecht Journal of International and European Law, Vol. 35, No. 1.*

LeVine, P., 2010, *Love and Dread in Cambodia: Weddings, Births, and Ritual Harm Under the Khmer Rouge,' National University of Singapore Press.*

Mettraux, G., 2020, *International Crimes: Law and Practice. Volume II: Crimes Against Humanity. Oxford University Press. Vol 2.*

Mokhtarzadeh, L., 2013, *Ending War Rape: A Matter of Cumulative Convictions, Fordham International Law Journal, Vol. 36, Issue 4.*

Scharf, M & Mattler, S., 2005, *Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity, Case Research Paper Series in Legal Studies, Case Western Reserve University, Working Paper 05-35.*

Van den Herik, L., 2005, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law, Developments in International Law, Vol. 53.*

War Crimes research office, 2010, The practice of cumulative charging at the international criminal court, International Criminal Court Legal Analysis and Education Project.

Informes, resoluciones y otros documentos

Human Rights Watch, 2003, "We'll kill you if you cry" sexual violence in the Sierra Leone conflict, Human Rights Watch, Vol. 15, No. 1 (A).

CPI, *Office of the Prosecutor, 2005, Statement of the ICC Prosecutor, Luis Moreno Campo, on the Uganda Arrest Warrants, October 14, 2005.*

Sierra Leone, Truth & Reconciliation Commission Report, 2004, 'Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission', Graphic Packaging Ltd. GCGL, Vol 1, Chapter 4.

*13. La responsabilidad penal de quienes son o han sido niños soldados menores de 15 años como consecuencia de su reclutamiento forzoso**

DANIELA BOHÓRQUEZ MURCIA*
DANIELA CORRADINE CHARRY*
FEDERICO FREYDELL MESA*
ANDRÉS FELIPE LEMA GONZÁLEZ*
SOFÍA LINARES BOTERO*
GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza dos cuestiones investigativas relativas al caso de la CPI en contra de Dominic Ongwen, el antiguo comandante de la Brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (un grupo armado organizado que desde 1985 ha estado involucrado en un conflicto armado de carácter no internacional, en contra del gobierno ugandés)[1]. La primera cuestión investigativa aborda el tipo

---

* Escrito bajo la supervision del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Andrés Sánchez Sarmiento y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler.

* Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).
* Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).
* Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).
* Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).
* Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).
* Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

1 Dominic Ongwen nació en el norte de Uganda en 1975. En 1987, siendo un niño, fue secuestrado por el Ejército de Resistencia del Señor (ERS). Ascendió al interior del grupo armado y, gracias a su desempeño operacional, adquirió posiciones de mando mucho más poderosas. Como resultado, en 2002, se convirtió en el comandante del batallón Oka. En septiembre

de penalidades que existen para niños soldados menores de 15 años en jurisdicciones nacionales específicas, en las que pueden ser responsabilizados penalmente por los crímenes cometidos durante su periodo de reclutamiento. La segunda cuestión investigativa analiza la relevancia que puede llegar a tener el haber sido un niño soldado menor de 15 años en la imposición de una sentencia, especialmente cuando un ex niño soldado es condenado por crímenes cometidos posteriormente, siendo adulto. En relación con ambas cuestiones investigativas, el enfoque investigativo está centrado en niños que fueron reclutados forzosamente siendo menores de 15 años.

Con el fin de responder estas cuestiones, un número determinado de jurisdicciones domésticas de África (Egipto, Kenia, Sudáfrica y Uganda), América (Colombia, El Salvador, Perú y Estados Unidos de América) y Europa (Alemania, Hungría, España y el Reino Unido) fueron analizadas. Así, se utilizaron cuatro criterios específicos para determinar las jurisdicciones nacionales a investigar: (a) la necesidad de abarcar jurisdicciones nacionales de diferentes áreas geográficas y culturales y, por lo tanto, ampliando el alcance de la investigación, enriqueciéndola con diversidad legislativa y judicial; (b) el vínculo entre las jurisdicciones nacionales relevantes con Uganda, el Estado en el cual fueron cometidos los crímenes imputados en el caso Ongwen (el Reino Unido y sus tres elementos constitutivos (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte) fueron analizados en una subsección separada debido a su estrecho vínculo con Uganda); (c) la existencia de un conflicto armado que diera lugar a que niños menores de 15 años de edad (o adultos que fueron reclutados forzosamente cuando tenían menos de 15 años) cometieran crímenes en masa; y

---

de 2003, escaló a la posición de segundo al mando de la brigada Sinia y, en marzo de 2004, fue nombrado comandante de toda la brigada. Múltiples ataques fueron perpetrados por el ERS contra la población civil en el periodo de 2002 a 2005, de ahí que la Sala de Cuestiones Preliminares II haya expedido una orden de arresto contra Dominic Ongwen en 2005. Los cargos por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra regulados bajo los artículos 7 y 8 del ECPI fueron confirmados y el juicio inicio el 6 de diciembre de 2016. El 4 de febrero de 2021, Dominic Ongwen fue declarado culpable por la Sala IX de la CPI de acuerdo con el artículo 78 (1) del ECPI.

(d) la posibilidad de acceder información oficial en inglés y/o en español.

En el proceso investigativo, se hizo un especial énfasis en las jurisdicciones nacionales en las cuales se han implementado sistemas de justicia transicional, como resultado de negociaciones de paz (Colombia, Uganda y las Filipinas). Esto, debido a que los mencionados sistemas de justicia transicional han dispuesto medidas especiales para menores reclutados.

Como resultado, este trabajo está dividido en tres partes principales. En las primeras dos partes, será analizada la responsabilidad criminal de los actuales y antiguos niños soldados menores de 15 años y reclutados forzadamente, distinguiendo entre sistemas de justicia nacional ordinaria (sección 8.2) y transicional (8.3). Finalmente, en la tercera parte se presentarán las principales conclusiones de la investigación (sección 8.4).

2. SISTEMAS DE JUSTICIA NACIONAL ORDINARIA

Según el *Child Rights International Network*, solo diez países (Argentina, Cabo Verde, Cuba, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Luxemburgo, Mozambique, Portugal, Santo Tomé y Príncipe y Timor Oriental) han establecido la edad mínima de responsabilidad criminal por encima de los quince años. Como consecuencia, en la mayoría de las jurisdicciones nacionales, los niños soldados menores de 15 años pueden incurrir en responsabilidad criminal, a pesar de que usualmente reciben penalidades menores a las que recibiría un adulto. Además, cuando individuos que fueron niños soldados menores de 15 años son condenados por crímenes cometidos en su adultez, las jurisdicciones nacionales no tienden a darles un tratamiento especial en la sentencia.

2.1. Sistemas Judiciales Nacionales en África: Egipto, Kenia y Sudáfrica

Tres sistemas judiciales nacionales fueron seleccionados en África: Egipto, Kenia y Sudáfrica. En Egipto, la delincuencia juvenil es

abordada con un enfoque de cuatro niveles[2], dependiendo de la edad del menor al momento de la comisión del crimen: (a) los niños menores de 7 años de edad son totalmente inimputables[3]; (b) los niños entre 7 y 12 años de edad pueden estar sujetos a circunstancias excepcionales dentro del sistema de justicia juvenil (a pesar de que la edad mínima para ser penalmente responsable es de 12); (c) los menores entre los 12 y los 15 años de edad pueden incurrir en responsabilidad penal bajo el sistema de justicia juvenil; y (d) los niños mayores de 15 años de edad son tratados como adultos ante la ley. En Egipto, no se encontró ninguna disposición legislativa ni jurisprudencial sobre la existencia de algún tipo de tratamiento especial que se le da a adultos que cometieron crímenes después de haber sido inicialmente reclutados dentro de una organización armada (ya sea esta criminal[4], terrorista[5], o cualquier otro tipo de categoría) siendo menores de edad.

En Kenia, se ha establecido que la edad mínima para poder ser penalmente responsable es ocho años. Si bien existe la presunción de que los menores entre los ocho y los doce años no comprenden las consecuencias de sus propias acciones, es una presunción que puede refutar la autoridad fiscal (en estos casos, los menores podrían ser penalmente responsables)[6]. Sin embargo, las penas que se disponen para los menores de 18 años (incluyendo los niños entre los 8 y los 12) están limitadas por la ley juvenil. Como resultado, la pena de muerte esta prohibida en Kenia y se han dictaminado disposiciones especiales para el tratamiento en centros de rehabilitación[7]. En este contexto, el Caso Criminal No. 239/2004 de la Alta Corte de Kenia[8] es relevante. En este caso, fueron juzgados los miembros de una pandilla armada criminal compuesta por, entre otros, Swaleh Kambi Chai (quien tenía 15 años para el momento del robo, pero alcanzó

---

2 Egipto, Ley No. 12, 1996, *Child Law Amended*, arts. 96 y 101.
3 Idem.
4 Egipto, Ley No. 58, 1937, Código Penal.
5 Egipto, Ley No. 88, 2015, *Terrorist Entities Law.*
6 Kenia, Código Penal, 2012, art. 14, pp. 6-21.
7 Kenia, *Children Act,* 2001, art. 190, pp. 91.
8 *High Court of Kenya (Mombasa), Kazungu Kasiwa Mkunzo* et. al. *v. Republic, Appeal Judgment, June 21, 2006, Case No.: 239/2004.*

la mayoría de edad para el momento en el que la sentencia fue emitida). El Sr. Kambi Chai y todos los otros acusados fueron sentenciados a muerte. Consecuentemente, esto lo llevó a apelar la decisión, argumentando que la Alta Corte de Kenia había cometido un error de derecho, pues no tomó en consideración la edad del segundo apelante (el sr. Kambi Chai) para el momento en el que se cometió la supuesta ofensa. Sin embargo, la Corte de Apelación rechazó la solicitud; el argumento que sustentó esta decisión fue que los eventos del caso ocurrieron antes de que la Ley de los Niños (*Children Act*) de 2001 (en donde se prohibía la sentencia de muerte para menores de edad) entrara en vigor. Consecuentemente, la edad del apelante no fue un asunto discutido en el proceso de apelación.

Con respecto a la reincidencia de ex niños soldados menores de 15 años, es importante resaltar que la ley keniana no regula las circunstancias agravantes y mitigantes en su Código Penal. En lugar de esto, las únicas leyes aplicables para la determinación de la sentencia son aquellas contenidas en las guías de la rama judicial de la nación, las cuales no tienen en cuenta el reclutamiento forzado como un factor mitigante o agravante. No obstante, y teniendo en cuenta que estas guías no son vinculantes, los jueces kenianos tienen un amplio margen de apreciación para decidir sobre las circunstancias mitigantes y agravantes del caso.

Finalmente, en Sudáfrica, la Ley de Justicia Juvenil (*South Africa's Child Justice Act*)[9] establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de diez años. En este orden de ideas, se considera que los niños entre los 10 y 14 años carecen el grado mínimo de conciencia (un elemento *mens rea* necesario para la configuración de todos los crímenes). Ahora bien, esta presunción puede ser refutada por la autoridad fiscal. Por otro lado, existen algunas disposiciones generales relacionadas con la ley criminal juvenil que son aplicables también a los niños soldados menores de 15 años, sin embargo, no se encontró ninguna medida especial aplicable a ellos en la legislación o jurisprudencia sudafricana. Con respecto a la reincidencia, y seme-

---

9 Sudáfrica, *Child Justice Act* 75, 2008, art. 7(1).

jante al sistema en Kenia, la Alta Corte de Sudáfrica[10] ha afirmado que no existe un sistema de *numerus clausus* de circunstancias agravantes o mitigantes, pues el juez que preside el caso es quien decide si concederlas o no haciendo un análisis casuístico. Por lo tanto, la ley sudafricana no excluye expresamente el reclutamiento forzado como una posible circunstancia mitigante o agravante. No obstante, no se encontró jurisprudencia sudafricana que tratara este asunto.

2.2. Sistemas Judiciales Nacionales en América: El Salvador, Perú y Estados Unidos

Tres sistemas judiciales nacionales fueron seleccionados en América: El Salvador, Perú y Estados Unidos. Al analizar legislaciones nacionales en América, es importante tener en cuenta que la piedra angular de la mayoría de sus sistemas legales nacionales es el principio del *nullum crimen sine legem,* el cual establece que todos los factores relevantes para la imposición de la sentencia deben haber sido previamente establecidos en la ley. Adicionalmente, se puede denotar un patrón general, indicando que las legislaciones nacionales en América tienden a no tener ninguna disposición legal específica que trate la responsabilidad penal de niños soldados.

En El Salvador[11], se ha establecido que la edad mínima para poder ser penalmente responsable es doce años. Si bien El Salvador tiene una legislación penal específica para niños entre los 12 y los 18 años[12], no provee ningún tratamiento especial para niños soldados menores de 15 años. En efecto, la ley salvadoreña entiende a los niños soldados sólo como víctimas, y no le atribuye a esta circunstancia ningún tipo de peso en la sentencia. Adicionalmente, no se encontró jurisprudencia salvadoreña que lidiara con menores de edad reclutados forzosamente que hayan cometido crímenes. Además, los adultos reclutados forzosamente cuando eran niños menores de 15,

---

10 *High Court of South Africa, S v. Soni, Judgment, October 26, 2018, Case No.: CC 29/14P, ZAKZPHC 74, paras. 14-15.*

11 El Salvador, Decreto No. 1030, 1997, Código Penal, art. 17.

12 El Salvador, Decreto Legislativo No. 863, 1994, Ley Penal Juvenil, art. 22.

y quienes posteriormente participaron en conductas criminales, no son tratados de manera diferente por la ley salvadoreña[13].

El Código Penal peruano tiene un sistema de tres niveles en cuanto a los menores de edad que cometen crímenes: (a) los niños menores de 12 años no pueden ser penalmente responsables[14]; (b) los niños entre los 12 y los 13 años de edad están sujetos a medidas especiales de protección; y (c) los niños entre los 14 y los 18 años de edad están sujetos a "medidas socioeducativas" bajo la ley juvenil[15] (cuando se trata de crímenes serios, como por ejemplo, la violencia sexual, estas medidas consisten usualmente en el internamiento del menor por un período de tiempo de seis a diez años)[16]. Además, Perú no tiene ninguna provisión legal relacionada con circunstancias específicas de mitigación o agravación para individuos que fueron reclutados forzadamente siendo niños y que posteriormente cometieron crímenes siendo adultos. Asimismo, no se encontró jurisprudencia peruana que estuviera relacionada con las cuestiones investigadas en este trabajo.

Finalmente, el Código Penal Modelo de EU aplica únicamente para delincuentes mayores de 16 años[17]. Así pues, el Código Penal Modelo de EU no lidia con circunstancias mitigantes o agravantes; excepcionalmente trata este tema en la Sección 210-4, en relación con el crimen de asesinato y sin hacer ninguna referencia al reclutamiento infantil. Aun así, esto no impide que las leyes penales de los Estados (a) regulen la responsabilidad penal de menores (incluyendo niños soldados menores de 15 años); y (b) establezcan circunstancias mitigantes y agravantes para casos que lidien con sujetos que fueron niños soldados menores de 15 años y que cometieron crímenes posteriormente, siendo adultos.

---

13 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, Sentencia, febrero 22, 2019, Caso No.: 364C2018; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Cámara Especializada de lo Penal, *Sentencia,* mayo 20, 2019, Caso No.: 889-890-APE-2018.

14 Perú, Ley No. 27337, 2000, Código de los Niños y Adolescentes, art. 184.

15 Perú, Decreto Legislativo No. 1348, 2017, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes de Perú, art. 1.

16 Ibid., art. 163.4.

17 Estados Unidos de América, *Model Penal Code,* 1971, secciones 4-10 y 210-4.

2.3. Sistemas Judiciales Nacionales en Europa: Alemania, Hungría y España

Tres sistemas judiciales nacionales fueron seleccionados en Europa: Alemania, Hungría y España. Así como en la mayoría de las jurisdicciones europeas, los códigos penales de estos tres países incluyen reglamentaciones para menores de edad, pero no para menores reclutados. Esto es especialmente relevante, ya que la mayoría de las jurisdicciones nacionales europeas son jurisdicciones basadas en derecho civil, procedentes de una tradición centroeuropea de fuerte apego al principio de legalidad. Consecuentemente, el patrón encontrado en jurisdicciones nacionales africanas y americanas es consistente con las jurisdicciones domésticas europeas: los menores reclutados forzosamente (incluyendo niños soldados menores de 15 años) son tratados como delincuentes juveniles en los Estados que no tienen legislación de justicia transicional.

En Alemania, el Código Penal alemán establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 14 años[18]. Adicionalmente, la Ley de Tribunales de Menores de Alemania, en la sección 3, dictamina que se requiere otra condición para que se configure la responsabilidad penal de menores entre los 14 y los 18 años: que, para el momento en que se llevó a cabo el acto criminal, [la persona que cometió el crimen] haya alcanzado un nivel de madurez moral e intelectual suficiente como para permitirle comprender la ilicitud de sus actos y comportarse en concordancia a dicha comprensión[19]. Sin embargo, la ley penal alemana no contiene ninguna disposición legal específica relativa a menores reclutados forzosamente. Además, el Código Penal alemán no hace referencia directa a si el ser víctima de reclutamiento forzado pueda constituir o no una circunstancia mitigante o agravante en relación con crímenes cometidos posteriormente, siendo adultos. No obstante, esta circunstancia puede ser relevante para la reducción de la pena bajo las "características personales especiales" establecidas en la sección 28 del Código Penal alemán.

---

18 Alemania, Código Penal, 1998, sección 19.

19 Alemania, Ley de tribunales de menores, 1972, sección 3.

El Código Penal húngaro establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 14 años. A pesar de ello, los niños entre los 12 y 14 años que cometen crímenes graves y que son conscientes de sus actos pueden también incurrir en responsabilidad penal[20]. Adicionalmente, y con respecto a la posibilidad de que el reclutamiento forzado del menor sea tenido en cuenta como una circunstancia mitigante o agravante para la determinación de la pena, es importante resaltar que en la Sección 15 del Código Penal húngaro no se hace ninguna referencia directa a este factor para la determinación de circunstancias mitigantes y agravantes[21]. Además, el Código Penal húngaro no define circunstancias agravantes de aplicación general, pues sólo establece ciertas circunstancias agravantes relativas a los crímenes específicos cometidos (de las cuales, ninguna está relacionada con el reclutamiento forzado). Sin embargo, los principios generales para determinar la pena de la Sección 80 del Código Penal húngaro establecen que la condena debe ser determinada con base en su objetividad, asegurando que el castigo sea apropiado y esté en concordancia con la gravedad material de la conducta criminal, el grado de culpabilidad, el grado de peligro que el perpetrador representa para la sociedad, y otras circunstancias mitigantes y agravantes. Así, esta provisión legal puede abrir la puerta para que se considere el hecho de ser reclutado forzosamente siendo menor de 15, como un factor agravante o mitigante[22].

Finalmente, en España, el Código penal español establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 14 años[23]. Establece también que los menores de 15 años sólo pueden ser sentenciados a una pena máxima de 3 años de prisión[24]. Adicionalmente, y como fue demostrado en el caso de Claudio, los menores de 18 años que fueron reclutados dentro de organizaciones armadas usualmente evitan un castigo; Claudio fue reclutado por el Estado Islámico y capturado mientras estaba en Marruecos intentando unirse a la organiza-

---

20 Hungría, Código Penal, 2012, sección 16.

21 Ibid., sección 15.

22 Ibid., sección 80.

23 España, Ley Orgánica 10, 1995, Código Penal, art. 19.

24 España, Ley Orgánica 5, 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

ción armada (no se presentaron cargos en contra de él)[25]. Aún así, penalidades con tiempo significativo en prisión también han sido establecidas ocasionalmente[26]. Esto sucedió, por ejemplo, en la sentencia 973/2018 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional española, en donde un menor español fue capturado en Irak, después de haberse unido al Estado Islámico y de haber reclutado a otros niños dentro de la organización armada[27]. Finalmente, el Código Penal español no contiene ninguna disposición legal que establezca una circunstancia agravante o mitigante para individuos que fueron reclutados forzosamente cuando eran niños, y que luego, siendo adultos, cometieron crímenes[28]. No obstante, se pueden aplicar circunstancias generales de agravación y mitigación, tales como la edad de la persona condenada, o la grave alteración de situaciones personales.

2.4. Especial atención al Reino Unido, considerando sus fuertes lazos con Uganda

Debido a los cercanos lazos que existen entre el Reino Unido y Uganda (el Estado en el cual presuntamente se cometieron los crímenes imputados en el caso Ongwen), en esta subsección se analizará de manera específica la legislación y jurisprudencia del Reino Unido. Asimismo, y debido a la existencia de tres jurisdicciones autónomas dentro del Reino Unido (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte), se analizará de manera separada cada una de estas jurisdicciones.

En Inglaterra y Gales, los niños menores de 10 años no pueden ser penalmente enjuiciados. Cuando infringen la ley, se les pueden aplicar otros tipos de sanciones, como, por ejemplo, presentando

---

25 Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Sentencia, octubre 20, 2020, Sentencia No.: 525/2020.

26 Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sentencia, 9 de abril de 2018, Caso No.: SAN 973/2018.

27 Idem.

28 Art. 19 del Código Penal Español, supra no. 25. Ver también: Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sentencia, 25 de septiembre de 2018, Caso No.: SAN 3462/2018.

cargos en contra de sus padres, o expidiendo órdenes de protección al niño (las cuales deben seguir sus tutores legales). Los niños entre los 10 y los 17 años pueden ser enjuiciados por crímenes cometidos siguiendo medidas especiales diseñadas para ellos, como, por ejemplo, el ser juzgados por cortes especializadas de menores o el ser sentenciados al cumplimiento de medidas pedagógicas y servicio comunitario. Adicionalmente, en los casos de mayor complejidad, los menores entre los 10 y los 17 años pueden ser enviados a centros especiales de seguridad para jóvenes.

En Escocia, se establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 12 años[29]. Por consiguiente, los menores de 12 años no pueden ser enjuiciados por un delito, como lo indica el *Criminal Justice and Licensing Act* de 2010[30]. En lo que respecta a los niños mayores de 12 años y el problema de su participación en conflictos armados, no hay legislación ni jurisprudencia escocesa que abordara el asunto. Además, el *International Criminal Court Act* de 2001[31] (la provisión legal más relevante en cuanto a crímenes internacionales) no hace ninguna referencia a menores que puedan cometerlos.

Pese a ello, existe jurisprudencia que puede esclarecer la práctica de los tribunales escoceses al sentenciar a convictos menores de edad. Sobre este asunto, la Alta Corte de la Rama Judicial ha declarado que su consideración primaria al sentenciar a menores debe ser del interés superior del menor. De este modo, el fin de cualquier tipo de condena debe ser la reintegración y rehabilitación del niño convicto[32].

La Alta Corte de la Rama Judicial también ha establecido en varias ocasiones que la juventud del niño convicto es una circunstancia mitigante, incluyendo aquellos casos en los cuales la persona condenada es un adulto juzgado por crímenes cometidos cuando era menor. En particular, en el caso de *Paul William Greig vs. Her Majesty's*

---

29 Escocia, *Age of Criminal Responsibility Act,* 2019.

30 Escocia, *Criminal Justice and Licensing Act,* 2010.

31 Escocia, *International Criminal Court Act,* 2001.

32 *Scotland's Appeal Court, Adam McCormick Against Her Majesty's Advocate, High Court of the Judiciary, Appeal Against Sentence, April 12, 2016, Case No.:* HCJAC 50, para. 4.

Advocate, la Sala de Primera Instancia concluyó que ser un menor de edad para el momento en el cual los crímenes ocurrieron, es un factor relevante para la determinación de la condena. Por lo tanto, la penalidad no puede ser igual a como sería en caso de que la persona condenada fuera un adulto[33].

Una excepción a este caso fue aplicada por las cortes escocesas en situaciones de "corrupción irreparable" del acusado, como se puede evidenciar en el caso de *Aaron Thomas Campbell.* En este caso, la Sala de Apelaciones subrayó que, si el apelante hubiera sido sentenciado cuando aún era un niño, cualquier condena por estos delitos habría sido significativamente menor a la condena que hubiera recibido si los delitos hubieran sido cometidos por un adulto. La Sala prosiguió indicando que, al sentenciar a una persona menor de edad, se debe tener como consideración primaria el interés superior del niño[34]. Este hallazgo fue presentado por Lady Hale, quien insistió que los delincuentes juveniles son generalmente menos reprochables y más dignos de perdón que los delincuentes adultos, a pesar de que cada caso debe depender en de sus propias circunstancias: existe una diferencia entre delincuentes juveniles cuyos crímenes reflejan una infortunada y transitoria inmadurez, y el raro delincuente juvenil cuyo crimen refleja una corrupción irreparable[35]. Lady Hale prosiguió, declarando que dicha situación de corrupción irreparable del acusado, la naturaleza de sus actos desdeñables y lo que ella misma había leído en el expediente del caso le dejaban claro que la reintegración y rehabilitación del acusado eran, a pesar de importantes, posibilidades remotas. Además, indicó que la reintegración y rehabilitación no serían beneficiosas ni para el menor ni para nadie más, pues nadie se vería beneficiado en un rápido retorno del menor a la comunidad[36].

---

33 *Scotland's Appeal Court, Paul William Greig v. Her Majesty's Advocate, High Court of the Judiciary, Judgment, October 5, 2012, Case No.: HCJAC 127, para. 7.*

34 *Scotland's Appeal Court, Adam McCormick Against Her Majesty's Advocate,* supra no. 34, para. 4.

35 *Scotland's Appeal Court, Aaron Thomas Campbell against Her Majesty's Advocate, High Court of the Judiciary, Appeal Against Sentence, September 10, 2019, Case No.: HCJAC 58,* para. 9.

36 Ibid., para. 7.

Finalmente, en Irlanda del Norte, se establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 10 años. Debido a que no hay legislación o jurisprudencia relacionada con el involucramiento de menores en conflictos armados, la disposición legal más relevante es la *Criminal Justice (Children) (Northern Ireland) Order* de 1998, que regula los crímenes graves que cometen los niños. La Orden determina que, cuando se perpetran graves crímenes, no se le impondrá una condena de prisión perpetua al niño. En cambio, el niño será sentenciado a detención por el tiempo que el Ministro de Justicia considere apropiado[37].

El propósito de la justicia juvenil en Irlanda del Norte es fomentar que los niños reconozcan los efectos del crimen que cometieron y que asuman responsabilidad de sus actos, con especial atención al bienestar del niño. Aun así, al cumplir 17 años, los niños pueden ser llevados a centros de detención juvenil o prisiones.

Con respecto a circunstancias mitigantes y agravantes, es importante destacar que la edad del delincuente es un factor mitigante importante[38], así como lo es la capacidad de comprender y responder de manera socialmente apropiada. El entendimiento reducido de la realidad implica un proceso más indulgente[39]. Adicionalmente, los tribunales de Irlanda del Norte han aceptado que los efectos del sufrimiento psicológico experimentado de niño pueden ser también considerado como una circunstancia mitigante[40]. No obstante, el reclutamiento forzoso dentro de un grupo armado, o una organización criminal análoga, no ha sido considerada hasta ahora como una circunstancia relevante para determinar la condena.

---

37 Irlanda del Norte, *The Criminal Justice (Children) Order,* 2008.

38 *Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. Darren Larmour, Decision on Tariff, May 24, 2005, Case No.: [2004]NICC 4, paras. 11, 17; Court of Appeals of Northern Ireland, The Queen v. Trevor McCandless (and others), Judgement, January 9, 2004, Case No.:* CARF4076, paras. 2-8, 13, 17.

39 *Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. A and B, Judgement, November 21, 2008, Case No.:* GIL7324, paras. 23-31.

40 *Court of Appeals in Northern Ireland, Attorney General's Reference: Michael John Gilbert, Appeals Judgement, September 15, 2006, Case No.:* [2006]NICA 36, paras. 10, 15. La Corte determinó que la juventud no podía ser considerada per se como un factor mitigante relevante.

2.5. Consideraciones Finales

Si bien todos los sistemas de justicia nacional analizados establecen la edad mínima para la responsabilidad penal por debajo de los 15 años, los niños menores de quince generalmente están protegidos por disposiciones legales y legislación de justicia juvenil, las cuales proveen condiciones mucho más favorables para ellos. En casos excepcionales, algunas jurisdicciones han abandonado un sistema de justicia retributivo, en favor de la adopción de medidas de rehabilitación para niños menores de 15. Como consecuencia, las condenas son reemplazadas usualmente por detención preventiva temporal o "medidas correctivas".

El derecho internacional ha respaldado y apoyado este enfoque, teniendo en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[41] reconoce que cuando un menor comete delitos, su entrega al sistema de justicia penal debería ser el último recurso o mecanismo que use un Estado.

Consecuentemente, las jurisdicciones nacionales no parecen otorgar un tratamiento especial (ya sea legal o procesal) a niños soldados menores de 15 años en razón a su reclutamiento forzado. Por el contrario, estos se benefician usualmente de provisiones legales generales de justicia juvenil.

Asimismo, ninguna jurisdicción nacional otorga tratamiento especial (ya sea legal o procesal) a niños soldados menores de 15 años que posteriormente cometen crímenes siendo adultos. Los sistemas de justicia nacionales que fueron analizados tienden a considerar la edad del acusado o convicto como un posible factor mitigante, sin embargo, ninguna de estas jurisdicciones ha considerado específicamente, que el reclutamiento forzado del niño pueda ser considerado como tal.

---

41 *United Nations, General Assembly, Resolution 44/25, Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, UN Doc. No.:* A/RES/44/25, artículo 40.

3. SISTEMAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Como lo demuestra el caso de Colombia y Filipinas, los Estados con sistemas de justicia transicional tienden a tratar de manera específica a los menores que han sido reclutados por grupos armados organizados (incluyendo a niños soldados menores de 15 años reclutados forzosamente) a través de leyes de amnistía, aprobadas al final de un conflicto armado. Excepcionalmente, la Ley de Amnistía de Uganda no hace referencia al tema específico de niños soldados pertenecientes al LRA.

3.1. Colombia

En Colombia, la Corte Constitucional ha establecido que no es relevante si los menores reclutados se unieron voluntariamente o no al grupo armado organizado, pues, según la Corte, los menores de edad no pueden ser totalmente conscientes de las consecuencias que pueden derivar de su alistamiento dentro de dichos grupos, especialmente considerando su trasfondo social, económico y cultural[42]. De este modo, para la Corte Constitucional de Colombia, los niños menores de dieciocho años son incapaces de tomar una decisión bien informada cuando entran a hacer parte de grupos armados organizados y, por lo tanto, su consentimiento nunca es válido[43]. Por consiguiente, los niños reclutados forzosamente son siempre víctimas del conflicto armado, generando a su vez diversas consecuencias judiciales.

La Ley de Justicia y Paz (2005) estableció un primer sistema de justicia transicional para miembros desmovilizados de grupos armados organizados colombianos (especialmente, las Autodefensas Unidas

---

42 Corte Constitucional Colombiana, Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones" y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal", abril 1, 2009, Sentencia No.: C-240/09.

43 Idem.

de Colombia o AUC). Aún así, dicha ley solo habla de la desmovilización de menores reclutados, y no hace ninguna mención a su responsabilidad penal por los crímenes (internacionales) que hubieran podido cometer[44].

La Ley 1448 (2011) estableció un segundo sistema de justicia transicional en Colombia, bajo el cual los menores reclutados forzosamente que tomaban la decisión de desmovilizarse de algún grupo armado organizado colombiano eran considerados como víctimas del conflicto armado. Sin embargo, esta ley no se refirió de manera específica a que los menores de edad gozaran de algún eximente o mitigante de responsabilidad penal por los crímenes (internacionales) que hubieran podido cometer mientras eran miembros del grupo armado organizado que los reclutó forzosamente[45].

El Acuerdo de Paz del 2016 entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) estableció un tercer sistema de justicia transicional. La Ley de Amnistía que emanó de éste ha abordado el asunto de cómo tratar a niños soldados desmovilizados de las FARC que cometieron crímenes internacionales.

La reglamentación de este asunto tiene dos caras. Por un lado, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley de Amnistía[46], a aquellos responsables de la comisión de crímenes internacionales durante el conflicto armado no se les puede conceder amnistía. Por otro lado, la Ley de Amnistía encomendó a una de las salas de la Jurisdicción Especial para la Paz —JEP— (la Sala de Definición de Situaciones Judiciales) que decidiera si se imputarán cargos en contra de niños soldados desmovilizados de las FARC que cometieron crímenes internacionales. Según la Corte Constitucional de Colombia, el Congreso tiene el poder de otorgarle un mandato a la Jurisdicción Especial para la Paz, para que esta pueda determinar qué tratamiento se le debería dar a los niños soldados desmovilizados de las FARC. Además, en caso de

---

44 Colombia, Ley 975, 2005, art. 10(3).

45 Colombia, Ley 1448, 2011, Ley de víctimas, art. 3; González Ortiz, J. & Carrasquilla Baza, D**.,** 2017, "Niños, niñas y adolescentes ¿víctimas o victimarios del conflicto armado en Colombia?", *Justicia Juris*, Vol. 13, No. 1, pp. 56-62.

46 Colombia, Ley 1820, 2016, Ley de Amnistía, art. 28.

que la Sala competente de la JEP decidiera imputar cargos en contra de ellos, la Corte Constitucional de Colombia ha dejado en claro que debe entonces la Sala considerar los principios que guían la función de la pena en el sistema juvenil de justicia penal, y el enfoque restaurativo y prospectivo en las sanciones de la JEP[47].

Si bien es una parte importante de la ley de Amnistía, de los más de 200 casos analizados por la Sala de Definición de Situaciones Judiciales, solamente 5 de estos casos ha tratado con niños soldados desmovilizados que tomaron parte activa en el conflicto. En cada uno de estos cinco casos, la Sala desestimó sus peticiones y les denegó la posibilidad de ser exonerados de responsabilidad, con base en el artículo 28 de la Ley 1820 de 2016[48].

Para todos aquellos casos de reclutamiento forzado de niños menores de 15 dentro de grupos armados organizados u organizaciones criminales, que están fuera del alcance de aplicación de los tres sistemas de justicia transicional mencionados arriba, se aplicará el Código Penal colombiano. Este código establece que la edad mínima para responsabilidad penal es de 14 años. A pesar de ello, no existe ninguna disposición dentro de este código en donde se considere el reclutamiento forzado del menor como una circunstancia eximente, mitigante o agravante (independientemente de la edad de desmovilización)[49]. Esto, es consistente en lo que respecta a la falta de jurisprudencia colombiana sobre este asunto.

Finalmente, es menester mencionar que el artículo 188D del Código Penal colombiano criminaliza el uso e instrumentalización de menores para la comisión de delitos[50]. El creciente número de niños y adolescentes pertenecientes a pandillas y carteles urbanos ha lleva-

---

47 Corte Constitucional de Colombia, Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz", agosto 15, 2018, Sentencia No.: C-080/18.

48 Jurisdicción Especial para la Paz, 2020, Relato JEP Buscador Especializado de la JEP, disponible en: https://relatoria.jep.gov.co.

49 Colombia, Ley 599, 2000, Código Penal, arts. 32, 54.

50 Uganda, *Penal Code Act* (1950), art. 188D.

do a que se incluya este tipo de delito en el Código Penal colombiano[51].

3.2. Uganda

El Código Penal ugandés establece que la edad mínima para la responsabilidad penal es de 12 años[52]. Aún así, bajo el *Children Act* (2001)[53], las condenas para menores de edad que cometen crímenes son entendidas como detenciones preventivas u órdenes (en contraposición a castigos)[54], y no pueden exceder un período de tres años[55]. Adicionalmente, el *Amnesty Act* (2000)[56], cuya aplicación fue extendida hasta el 2017[57] (a pesar de una fuerte oposición[58]) incluye provisiones legales de amplio rango para aquellos que depusieron sus armas[59].

La aplicación del *Amnesty Act* dependía de la C omisión de Amnistía ugandés, y en casos en los cuales se configuraban crímenes graves y se presentaban ante el Fiscal General de Uganda, usualmente sucedía lo siguiente: (a) le concedían amnistía a los miembros desmovilizados del LRA, o eran detenidos por las fuerzas armadas ugandesas,

---

51 Según el reporte presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 2002, citado en la Sentencia SP15870-2016 con archivo 44931 y MP Luis Antonio Hernández Barbosa, las estimaciones indican que, para ese momento, el número de menores que hacían parte de grupos armados ilegales en territorios nacionales oscilaba entre los 11,000 a 14,000 menores. Ver: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, MP Luis Antonio Hernández Barbosa, *Sentencia*, noviembre 2, 2016, Sentencia No.: SP15870-2016.

52 Uganda, *The Penal Code Act*, supra no. 52.

53 Uganda, *Children Act,* 1997, arts. 88, p. 66.

54 Uganda, *Children (Amendment) Act,* 2016, art. 19, p. 42.

55 Ibid., art. 91(5).

56 Uganda, *Amnesty Act*, 2000, art. 2.

57 Uganda, *Amnesty Act (Extension of Expiry Period) Instrument*, 2017.

58 *Ugandan Law Reform Commission, Development of a model law on Amnesty for Uganda*, 2016.

59 Leibig, A., 2005, "*Girl Child Soldiers in Northern Uganda: Do Current Legal Frameworks Offer Sufficient Protection", Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 3, No. 1.*

incluyendo aquellos que fueron reclutados forzosamente por el LRA cuando eran niños menores de 15 (independientemente de su edad y momento en el cual se desmovilizaron); y (b) los referían al sistema de justicia comunitario tradicional Acholi de *Mato Oput*[60].

Sin embargo, ha habido instancias ocasionales de aplicación arbitraria del *Amnesty Act*. Por ejemplo, en 2002, el Fiscal General de Uganda enjuició dos menores de edad, ex niños soldado, llamados Igama Charles y Oyoo David, en los casos penales JA004 y JA006[61]. Si bien ellos eran elegibles para ser amnistiados, fueron judicializados. Esta investigación provocó un escándalo internacional y fue rescindida eventualmente. Según James Awundo, funcionario de la Comisión de Amnistía, la investigación fue detenida porque: (a) ellos no pudieron encontrar diferencia alguna entre la historia de los imputados, a la historia de los otros secuestrados (quienes sí fueron amnistiados); y (b) negarles la amnistía en este caso, hubiera generado un incentivo a otros combatientes del LRA a no buscar la desmovilización. Como consecuencia, en abril de 2003, ambos niños aplicaron a la amnistía, la cual parece que les fue concedida[62].

Un caso particularmente polémico fue el que llevó en contra de Thomas Kwoyelo, quien presuntamente fue reclutado forzosamente por el LRA siendo menor de 15 años[63]. Él ascendió a través de las filas del LRA, alcanzando un nivel bastante alto de comando, hasta que fue capturado por las fuerzas armadas ugandesas en la República

---

60 Acirokop, P., 2010, *Addressing the Potential and Limits of the "Mato Oput" Process as a Basis for Accountability, Justice and Reconciliation for Children in Northern Uganda, Innocenti Research Centre,* UNICEF; Odongo, O.G., 2004, *"Child justice law reform developments in Africa and international standards on the rights of the child", African Human Rights Law Journal*, Vol. 6, No. 2, art. 40, p. 8-12.

61 *Human Rights Watch, 2003, Uganda: Letter to Minister of Justice.* Los casos penales no fueron analizados, pues no fueron accesibles ni estaban disponibles en el Uganda Legal Information Institute (ULII), o en cualquier otra base de datos.

62 Weber, A., 2003, *"Abducted and Abused: Renewed War in Northern Uganda", Human Rights Watch*, Vol. 15, No. 12 (A). El reporte no deja claro si Uganda realmente implementó las amnistías que prometió, pues el documento de Amnistía de Uganda no pudo ser retirado.

63 La edad en la que Kwoyelo fue reclutado ha sido objeto de debate, sin embargo, el ICD determinó que fue reclutado a los 17.

Democrática del Congo. Después de ser capturado, Kwoyelo solicitó ante el Fiscal General, que le concedieran amnistía bajo las disposiciones contenidas en el Amnesty Act, sin embargo, su solicitud fue rechazada[64]. Una disputa judicial contenciosa en la Corte Constitucional de Uganda llevó a que inicialmente, se reconociera este como un acto de discriminación. No obstante, esta decisión fue eventualmente anulada[65], y el juicio se llevó a cabo en 2018. El caso sigue en curso, y a lo largo de este, la Defensa ha argumentado de manera recurrente que Kwoyelo fue secuestrado forzosamente y retenido en contra de su voluntad[66]. Aún así, ningún testigo, ni la Fiscalía, han respondido ante esta teoría. Por el contrario, se han enfocado en los crímenes perpetrados por el LRA bajo el liderazgo y mando de Kwoyelo[67]. No existen otras decisiones judiciales emitidas por el *International Crimes Division* de la Alta Corte de Uganda que traten con niños-soldado-menores-de-15, o con individuos reclutados forzadamente por el LRA cuando tenían menos de 15 años[68] (a pesar de que

---

64 *Constitutional Court of Uganda, Thomas Kwoyelo alias Latoni v. Uganda, Judgement, September 22, 2011, Case No.: UGCC10.*

65 *African Commission on Human and People's Rights, Kwoyelo v. Uganda, Communication No.431/12, October 17, 2018, Doc. No.: ACHPR 129.*

66 Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Continues in Gulu; Prosecution to Call 130 Witnesses, International Justice Monitor.*

67 Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Update: Trial Resumes; Court Denies New Investigations into Assault Claims*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Resumes After a Two Month Break; Two Prosecution Witnesses Testify, International Justice Monitor;* Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Adjourned to January; Victims' Lawyer in Ongwen Case Dies in Gulu,* International Justice Monitor; Owor Ogora, L., 2020, *Judges Question Witness's Use of Voice Recognition to Identify Kwoyelo; Proceedings Adjourned Due to Presidential Decree on COVID-19*, International Justice Monitor; Owor Ogora, L., 2020, *Civil Society in Uganda Express Mixed Reactions Over Kwoyelo Trial as Proceedings Remain on Hold, International Justice Monitor.*

68 *High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Hussein Hassan Agade & 12 others, Judgment, May 26, 2016, Criminal Session Case No.: 2010/1; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Kamoga Siraje & 13 others, Judgment, August 21, 2017, Case No.:* HCT-00-ICD-CR-SC-2015/4; *High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Ahmad Ssebuwufu, Judgment, January 8, 2020, Case No.: HCT-OO-ICD-CM-2019/21; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Musijjo Asuman, Judgment, December 30, 2019, Case*

la mayoría de los miembros del LRA fueron reclutados forzosamente cuando tenían menos de 15)[69].

En importante resaltar que la grande impopularidad del LRA en Acholiland, y el gran estigma social colocado sobre aquellos que fueron secuestrados por el LRA cuando eran niños menores de 15, ha generado enormes dificultades a ex miembros del LRA para reintegrarse en la sociedad[70]. Los expertos en Uganda consideran que cerca del 70% de los encarcelados en Gulu son ex niños soldado[71] (a pesar de que otros estudios no encuentran diferencias entre los comportamientos agresivos de ex niños soldado y otros miembros de la comunidad Acholi)[72].

Este problema ha sido tratado muy pocas veces por las altas cortes de Uganda. El único caso relevante encontrado al respecto es el caso de Alfred Onen Kamdulu y otros[73]. Kamdulu había sido reclutado forzosamente cuando era un niño menor de 15 años. Después de ser capturado por por las fuerzas armadas de Uganda, se le concedió la amnistía. Un año después de su indulto, Kamdulu se unió a una

---

No.: HCT-OO-ICD-CM-2018/19; *High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Kalule, Judgment, April 10, 2018, Case No.: Miscellaneous Criminal Application-2018/; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division Kololo, Uganda v. Umutoni, Judgement, October 16, 2014, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3; High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Attorney General v. Gabula, Judgement, March 6, 2012, Case No.:* HCT-00-CV-CS-2008/54.

69 Allen, T., Atingo, J., Atim, D., Ocitti, J., Brown, C., Torre, C., Fergus, C.A. & Parker, M., 2020, *"What Happened to Children Who Returned from the Lord's Resistance Army in Uganda?", Journal of Refugee Studies*, Vol. 33, No. 4, pp. 663–683.

70 Haer, R. & Böhmelt, T., 2016, *"Child soldiers as time bombs? Adolescents' participation in rebel groups and the recurrence of armed conflict", European Journal of International Relations*, Vol. 22, No. 2, pp. 408-436.

71 Akello, G., Richters, A. & Reis, R., 2006, *"Reintegration of former child soldiers in northern Uganda: coming to terms with children's agency and accountability", Intervention Journal*, Vol. 4, No. 3, pp. 229-243.

72 Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D. & Carlson, K., 2011, "*Civil War, Reintegration, and Gender in Northern Uganda", Journal of Conflict Resolution*, Vol. 55, No. 6, pp. 877–908.

73 *High Court of Uganda at Gulu, Col. Onen Kamdulu & Alfred Ayella v. Uganda, Judgement, May 22, 2008, Case No.: AA 243/2007.*

organización criminal y llevó a cabo varios robos a mano armada, en contra de personas en Gulu. Después de que lo capturaron, Kamdulu fue sentenciado a 9 años en prisión (bajo el Código Penal de Uganda, la pena para robo a mano armada está entre 10 años o la muerte).

Kamdulu fue tratado como primer delincuente, lo que significa que su condición previa como niño soldado del LRA no fue usada ni en favor ni en contra de él. Para el tribunal ugandés que lo juzgo, esta condición fue irrelevante. Esto demuestra cómo a los individuos que fueron reclutados forzosamente por el LRA cuando eran niños menores de 15: (a) se les concedió amnistía después de su desmovilización o fueron detenidos por las fuerzas armadas de Uganda; y (b) fueron "reintegrados" a la sociedad ugandesa. Posteriormente, cuando cometieron un crimen, fueron tratados como es tratado cualquier otro acusado ugandés, ya que su reclutamiento forzado siendo menores y membresía dentro del LRA no jugó ningún papel en la determinación de la sentencia.

3.3. Filipinas

Cuando finalizó el conflicto entre el Ejército Filipino y el Frente de Liberación Moro Islámico (MNLF), las Filipinas aprobaron el Acto 11188 el 10 de enero de 2019, en donde se establecía la especial protección para niños en situaciones de conflicto armado (CIAC), y se dictaminaban las penas por violar el mismo[74]. En virtud de la Sección 28 relativa a la desestimación de casos penales, los casos penales en contra de niños involucrados en el conflicto armado serán desestimados inmediatamente y los niños serán referidos al LSWDO. Dicha oficina, después de hacer una evaluación y análisis meticuloso del niño, determinará si liberarlo para que esté en custodia de sus padres, o referirlo a un programa de prevención, rehabilitación y reintegración establecidos en el Acto. El Acto estableció además que, aquellos con penas suspendidas y que están siendo sometidos a rehabilitación en un centro de rehabilitación juvenil, serán asimismo

---

74 Filipinas, *Republic Act 11188,* 2008, *An Act Providing for the Special Protection of Children in Situations of Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof*, sección 28.

liberados: supeditados a que la Corte de Familia, después de haber consultado con las agencias concernientes, determine y ordene los programas de prevención, rehabilitación y reintegración apropiada a la que la persona debe someterse.

Como resultado de la aplicación de la Sección 28, todos los procesos concernientes a menores que fueron reclutados forzosamente por alguna de las partes involucradas en el conflicto fueron desestimados y los menores fueron enviados a la Oficina de *Local Social Welfare and Development* (LSWDO), la cual adoptó las medidas más apropiadas para su reintegración y rehabilitación. No obstante, la Sección 28 no aplicó para los individuos que fueron reclutados forzosamente cuando tenían menos de 15 años de edad y solo se desmovilizaron o fueron detenidos, cuando ya tenían más de 18 años.

Adicionalmente, la Sección 28 del Acto 11188 es una provisión transitoria, y por lo tanto no aplica para individuos reclutados forzosamente cuando tenían menos de 15 años por grupos armados organizados u organizaciones criminales diferentes a aquellas involucradas en el conflicto armado entre Filipinas y el MILF. En cuanto a ex niños soldado que son judicializados siendo adultos, el CIAC solo trata la situación cuando los niños soldados fueron condenados antes de cumplir los 18 años. Ante esta posibilidad, la ley establece que la sentencia y penalidad impuesta a ellos, debería suspenderse[75]. En este sentido, ni el CIAC ni ninguna otra disposición legal determina el tratamiento que deberían recibir adultos que fueron niños soldados menores de 15, y que son juzgados por crímenes cometidos posteriormente.

En lo que respecta a crímenes cometidos por estos últimos, la Sección 10 del Código Penal filipino es aplicable[76]. En virtud de esta sección, los niños mayores de 13 pueden ser judicializados y sentenciados como si fueran adultos, por crímenes particularmente graves. Además, ellos tienen el derecho a no ser sometidos a un tratamiento especial en razón a su estatus de reclutados forzosamente cuando eran niños menores de 15, puesto que las circunstancias mitigantes

---

75 Ibid., sección 31.

76 Filipinas, Código Penal, 2014, sección 10.

establecidas en el Artículo 19(2) de Código Penal filipino están basadas en discapacidades mentales o rendición voluntaria ante ciertas autoridades judiciales[77].

Además, ser reclutado forzosamente dentro de una organización criminal o un grupo armado organizado siendo menor de 15 años de edad, no es considerado por la ley filipina como una circunstancia agravante, en la medida en que la Sección 19 del Código Penal filipino limita todos los factores agravantes a circunstancias que están directamente relacionadas con los crímenes, y no con las circunstancias especiales de las personas culpables[78].

4. CONCLUSIÓN

En las jurisdicciones nacionales sin legislación de justicia transicional, hay una falta de disposiciones legales y jurisprudencia relacionada con niños soldado que fueron reclutados forzosamente siendo menores de 15. Estos casos son procesados en el sistema penal de justicia juvenil sin alguna diferencia notable con el resto de los casos penales de menores de edad. Asimismo, no hay disposiciones legales establecidas (ya sea en legislación o jurisprudencia nacional) para adultos que cometen crímenes después de haber sido inicialmente reclutados forzosamente cuando eran niños menores de 15 años. En efecto, ninguna jurisdicción nacional estudiada, considera el reclutamiento forzado como una circunstancia digna de exoneración, mitigación o agravación.

Como fue demostrado en el caso de Colombia y Filipinas, los Estados con sistemas de justicia transicional tienden a lidiar de manera específica con menores que fueron reclutados por grupos armados organizados (incluyendo niños reclutados forzosamente menores de 15 años de edad) a través de leyes de amnistía aprobadas al final de un conflicto armado. No obstante, y como se puede evidenciar arriba, las consecuencias que se derivan de esto son bastante diferentes en Colombia y las Filipinas. Además, Uganda es una excep-

---

77 Idem.

78 Ibid., Sección 19.

ción a la tendencia generalizada, pues no hay ninguna referencia específica en las leyes de amnistía ugandesas a los niños soldado del LRA. Finalmente, ninguna de las tres jurisdicciones nacionales con sistemas de justicia transicional que fueron analizadas, establecen un tratamiento especial para adultos que cometen crímenes después de haber sido inicialmente reclutados forzosamente cuando eran niños menores de 15 años.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia Internacional

African Commission on Human and People's Rights, Kwoyelo v. Uganda, Communication No.431/12, October 17, 2018, Doc. No.: ACHPR 129.

Jurisprudencia Nacional

Colombia

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 14 (parcial) de la Ley 418 de 1997, "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones" y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal", abril 1, 2009, Sentencia No.: C-240/09.

Corte Constitucional de Colombia, Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz", agosto 15, 2018, Sentencia No.: C-080/18.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, MP Luis Antonio Hernández Barbosa, Sentencia, noviembre 2, 2016, Sentencia No.: SP15870-2016.

Jurisdicción Especial para la Paz, 2020, Relati JEP Buscador Especializado de la JEP.

El Salvador

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, Sentencia, febrero 22, 2019, Caso No.: 364C2018.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Cámara Especializada de lo Penal, Sentencia, mayo 20, 2019, Caso No.: 889-890-APE-2018.

Kenia

High Court of Kenya (Mombasa), Kazungu Kasiwa Mkunzo et. al. *v. Republic, Appeal Judgment, June 21, 2006, Case No.: 239/2004.*

Sudáfrica

High Court of South Africa, S v. Soni, Judgment, October 26, 2018, Case No.: CC 29/14P, ZAKZPHC 74.

España

Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sentencia, 9 de abril de 2018, Caso No.: SAN 973/2018.

Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sentencia, 25 de septiembre de 2018, Caso No.: SAN 3462/2018.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Sentencia, octubre 20, 2020, Sentencia No.: 525/2020.

Reino Unido

Appeal Court, High Court of the Justiciary of Scotland, Aaron Thomas Campbell v. Her Majesty's Advocate, Appeal Against Sentence, July 11, 2019, Case No.: [2019]HCJAC 58.

Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. Darren Larmour, Decision on Tariff, May 24, 2005, Case No.: [2004]NICC 4.

Court of Appeals of Northern Ireland, The Queen v. Trevor McCandless (and others), Judgement, January 9, 2004, Case No.: CARF4076.

Crown Court for Northern Ireland, The Queen v. A and B, Judgement, November 21, 2008, Case No.: GIL7324.

Court of Appeals in Northern Ireland, Attorney General's Reference: Michael John Gilbert, Appeals Judgement, September 15, 2006, Case No.: [2006]NICA 36.

Uganda

Constitutional Court of Uganda, Thomas Kwoyelo alias Latoni v. Uganda, Judgement, September 22, 2011, Case No.: UGCC10.

High Court of Uganda at Gulu, Col. Onen Kamdulu & Alfred Ayella v. Uganda, Appeals Judgement, May 22, 2008, Case No.: AA 243/2007.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Hussein Hassan Agade & 12 others, Judgment, May 26, 2016, Criminal Session Case No.: 2010/1

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Kamoga Siraje & 13 others, Judgment, August 21, 2017, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2015/4.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Ahmad Ssebuwufu, Judgment, January 8, 2020, Case No.: HCT-OO-ICD-CM-2019/21.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Uganda v. Musijjo Asuman, Judgment, December 30, 2019, Case No.: HCT-OO-ICD-CM-2018/19.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Kalule, Judgment, April 10, 2018, Case No.: Miscellaneous Criminal Application-2018.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division at Kololo, Uganda v. Umutoni, Judgement, October 16, 2014, Case No.: HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3.

High Court of Uganda at Kampala-International Crimes Division, Attorney General v. Gabula, Judgement, March 6, 2012, Case No.: HCT-00-CV-CS-2008/54.

Legislación

Tratados Internacionales

United Nations, General Assembly, Resolution 44/25, Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, UN Doc. No.: A/RES/44/25.

Legislación Nacional

Alemania

Alemania, Código Penal, 1998.

Alemania, Ley de tribunales de menores, 1972.

Colombia

Colombia, Ley 599, 2000, Código Penal.

Colombia, Ley 975, 2005.

Colombia, Ley 1448 de 2011, Ley de víctimas.

Colombia, Ley 1820 de 2016, Ley de Amnistía.

Egipto

Egipto, Ley No. 58, 1937, Código Penal.

Egipto, Ley No. 12, 1996, *Child Law Amended*.

Egipto, Ley No. 88, 2015, *Terrorist Entities Law*.

El Salvador

El Salvador, Decreto No. 1030, 1997, Código Penal.

El Salvador, Decreto Legislativo No. 863, 1994, Ley Penal Juvenil.

España

España, Ley Orgánica 10, 1995, Código Penal.

España, Ley Orgánica 5, 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Estados Unidos de América

Estados Unidos de América, *Model Penal Code*, 1971.

Filipinas

Filipinas, Código Penal, 2014.

Filipinas, *Republic Act 11188*, 2018, *An Act Providing for the Special Protection of Children in Situations of Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof*.

Hungría

Hungría, Código Penal, 2012.

Kenia

Kenia, Código Penal, 2012.

Kenia, *Children Act*, 2001.

Perú

Perú, Decreto Legislativo No. 1348, 2017, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Perú, Ley No. 27337, 2000, Código de los Niños y Adolescentes.

Reino Unido

Escocia, *Age of Criminal Responsibility Act*, 2019.

Escocia, *Criminal Justice and Licensing Act*, 2010.

Escocia, *International Criminal Court Act*, 2001.

Irlanda del Norte, *The Criminal Justice (Children) Order*, 1998.

Sudáfrica

Sudáfrica, *Child Justice Act 75*, 2008.

Uganda

Uganda, *Penal Code Act*,1950.

Uganda, *Children Act*, 1997.

Uganda, *Children (Amendment) Act,* 2016.

Uganda, *Amnesty Act*, 2000.

Uganda, *Amnesty Act (Extension of Expiry Period) Instrument*, 2017.

Doctrina

Acirokop, P., 2010, *Addressing the Potential and Limits of the "Mato Oput" Process as a Basis for Accountability, Justice and Reconciliation for Children in Northern Uganda, Innocenti Research Centre*, UNICEF.

Akello, G., Richters, A. & Reis, R., 2006, *Reintegration of Former Child Soldiers in Northern Uganda: Coming to Terms with Children's Agency and Accountability, Intervention Journal, Vol. 4, No. 3, pp. 229-243.*

Allen, T., Atingo, J., Atim, D., Ocitti, J., Brown, C., Torre, C., Fergus, C.A. & Parker, M., 2020, *What Happened to Children Who Returned from the Lord's Resistance Army in Uganda?, Journal of Refugee Studies,* Vol. 33, No. 4, pp. 663-683.

Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D. & Carlson, K., 2011, *"Civil War, Reintegration, and Gender in Northern Uganda", Journal of Conflict Resolution,* Vol. 55, No. 6, pp. 877-908.

González Ortiz, J & Carrasquilla Baza, D., 2017, Niños, niñas y adolescentes ¿víctimas o victimarios del conflicto armado en Colombia, *Justicia Juris*, Vol. 13, No. 1, pp. 56-62.

Haer, R. & Böhmelt, T., 2016, *Child Soldiers as Time Bombs? Adolescents' Participation in Rebel Groups and the Recurrence of Armed Conflict, European Journal of International Relations,* Vol. 22, No. 2, pp. 408-436.

Leibig, A., 2005, *Girl Child Soldiers in Northern Uganda: Do Current Legal Frameworks Offer Sufficient Protection, Northwestern Journal of International Human Rights,* Vol. 3, No. 1.

Odongo O, G., 2004, *Child Justice Law Reform Developments in Africa and International Standards on the Rights of the Child, African Human Rights Law Journal,* Vol. 6, No. 2, art. 40, pp. 8-12.

Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Continues in Gulu; Prosecution to Call 130 Witnesses, International Justice Monitor.*

Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Update: Trial Resumes; Court Denies New Investigations into Assault Claims, International Justice Monitor.*

Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Resumes After a Two Month Break; Two Prosecution Witnesses Testify, International Justice Monitor.*

Owor Ogora, L., 2019, *Kwoyelo Trial Adjourned to January; Victims' Lawyer in Ongwen Case Dies in Gulu, International Justice Monitor.*

Owor Ogora, L., 2020, *Judges Question Witness's Use of Voice Recognition to Identify Kwoyelo; Proceedings Adjourned Due to Presidential Decree on COVID-19, International Justice Monitor.*

Owor Ogora, L., 2020, *Civil Society in Uganda Express Mixed Reactions Over Kwoyelo Trial as Proceedings Remain on Hold,* International Justice Monitor.

Richard J. Wilson., 2012, *Omar Khadr: Domestic and International Litigation Strategies for a Child in Armed Conflict Held at Guantanamo, Santa Clara Journal of International Law,* Vol. 11, No. 1, pp. 29-80.

Weber, A., 2003, *Abducted and Abused: Renewed War in Northern Uganda, Human Rights Watch, V*ol. 15, No. 12 (A).

Informes, resoluciones y otros documentos

Child Rights International Network, s.f., Minimum ages of criminal responsbility around the world, disponible en: https://archive.crin.org/en/home/ages.html

Human Rights Watch, 2003*, Uganda: Drop Treason Charges Against Child Abductees,* Disponible en: https://www.hrw.org/news/2003/03/04/uganda-drop-treason-charges-against-child-abductees

14. ¿Es ser un ex niño soldado una circunstancia relevante para la determinación de la pena? Especial atención al caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional[*]

DANIELA BOHÓRQUEZ MURCIA[*]
DANIELA CORRADINE CHARRY[*]
FEDERICO FREYDELL MESA[*]
ANDRÉS FELIPE LEMA GONZÁLEZ[*]
SOFÍA LINARES BOTERO[*]
GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA[*]

1. INTRODUCCIÓN

Dominic Ongwen nació en el norte de Uganda en 1975. En 1987, cuando todavía era un niño, fue reclutado por el Ejército de Resistencia del Señor (LRA) en 1987[1]. Ascendió en las filas del LRA y adquirió puestos de mando más poderosos gracias a su rendimiento operativo. Así, en 2002, se convirtió en el comandante del batallón

---

[*] Escrito por el Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Andrés Sánchez Sarmiento y Luisa Fernanda Villarraga Zschommler.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2020-2021).

[1] CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing", filed on January 18, 2016, August* 7, 2020, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 1.

Oka. En septiembre de 2003, ascendió al puesto de segundo jefe de la brigada Sinia, y en marzo de 2004 se convirtió en el comandante de la brigada Sinia[2].

Dado que el ERS llevó a cabo múltiples ataques contra la población civil entre 2002 y 2005 en el territorio de Uganda, la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) II emitió, a petición de la Fiscalía de la CPI, una orden de detención contra Dominic Ongwen en 2005[3]. La Fiscalía de la CPI acusó a Ongwen de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en virtud de los artículos 7 y 8 del Estatuto de la CPI (ECPI). Los cargos fueron confirmados y el juicio comenzó el 6 de diciembre de 2016. Los alegatos finales se presentaron el 12 de marzo de 2020. La Sala de Primera Instancia (SPI) IX emitió su veredicto a principios de 2021[4] y se espera que expida una sentencia condenatoria de conformidad con el artículo 78 (1) del ECPI en abril de 2021.

En este contexto, y con el objetivo de exonerar a Ongwen de responsabilidad penal, la defensa ha argumentado que, dado que el acusado fue reclutado por el LRA a una edad temprana y fue obligado a convertirse en un niño soldado, debería beneficiarse de las protecciones legales internacionales previstas para los niños en los conflictos armados. Según la defensa, legalmente estas protecciones incluyen la exoneración de responsabilidad penal de Ongwen por los crímenes contemplados en el ECPI. Asimismo, la defensa también podría sostener que el hecho de ser un ex niño soldado debería considerarse, al menos, como un factor atenuante[5].

A la luz de lo anterior, este escrito pretende responder las siguientes tres preguntas, especialmente relevantes para el caso Ongwen: (a) ¿Cómo afecta el hecho de ser un ex niño soldado la gravedad del crimen?; (b) ¿Debe la CPI considerar el hecho de ser

---

2 CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, March* 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, para. 58.

3 Idem.

4 CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February* 4, 2021, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-1762-Red.

5 CPI, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, para. 58.

un ex niño soldado como una circunstancia eximente, atenuante o agravante?; y (c) ¿Cuál es la forma más adecuada de tratar en la determinación de la pena, el hecho de que el condenado sea un ex niño soldado?

Para responder a estas preguntas, se ha realizado un análisis de la jurisprudencia internacional disponible sobre el reclutamiento de niños y su relevancia para la imposición de penas. El alcance de este análisis se limita principalmente a la jurisprudencia de la CPI y del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), ya que son los dos únicos tribunales penales internacionales que cuentan con jurisprudencia relacionada de algún modo con esta cuestión.

2. ¿CÓMO AFECTA A LA GRAVEDAD DEL CRIMEN EL HECHO DE SER UN EX NIÑO SOLDADO?

2.1. La Corte Penal Internacional

El artículo 78 (1) del ECPI establece dos factores importantes que las SPI deben tener en cuenta a la hora de determinar una sentencia: (i) la gravedad del crimen; y (ii) las circunstancias individuales del condenado. Además, la regla 145 (1) (c) de las reglas de procedimiento y prueba (RPP) de la CPI establece una serie de elementos adicionales que pueden ser analizados a la luz del artículo 78 (1), incluyendo la naturaleza del comportamiento ilícito, los medios empleados para ejecutar el crimen y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, entre otras[6].

A partir de ahí, la jurisprudencia de la CPI ha interpretado la noción de "gravedad del delito", tal como se puede entrever en la Sentencia del caso Ntaganda[7], a pesar de que el análisis de la gravedad que realizó la SPI VI se hizo crimen por crimen[8]. La SPI VI señaló

---

6 Esto, de acuerdo con el Estatuto y las RPP de la CPI.

7 CPI, *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Sentencing Judgement, November* 7, 2019, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06, para. 16.

8 La SPI VI analizó crimen por crimen, respectivamente: (a) asesinato y tentativa de asesinato; (b) violación y esclacitud sexual; (c) pillaje, ataque a

que la evaluación de la gravedad por parte de las Salas debe contemplar las circunstancias particulares de los actos que constituyen los elementos del crimen y el modo de responsabilidad. Además, deben evaluar la magnitud del daño causado, el perjuicio ocasionado a las víctimas y sus familiares, la naturaleza del comportamiento ilícito, los medios empleados para ejecutar el delito, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la naturaleza y el grado de participación del condenado en la comisión del delito y su grado de intencionalidad[9]. Un enfoque similar se adoptó también en la sentencia del caso Al-Mahdi[10].

Además, según la jurisprudencia de la CPI, la valoración de la gravedad por parte de las Salas debe hacerse *in concreto* a la luz de las circunstancias particulares de cada caso y tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo[11]. En síntesis, la jurisprudencia de la CPI no ha sido totalmente consistente en relación al peso que le ha atribuido a dichos factores relevantes a la hora de evaluar la gravedad del crimen, ya que las Salas, en sus análisis, han considerado las

---

objetos protegidos y destruccion de propiedad del adversario; (d) desplazaniento forzado de la población; (e) persecución; y (f) reclutamiento y enlistamiento de niños menores de 15 dentro de fuerzas o grupos armados.

9 La SPI VI concluyó, por ejemplo, en los paras. 44-52 y en relación con el crimen de asesinato, que los dos factores más importantes en el caso Ntaganda fueron el daño causado a las víctimas y sus familiares y los medios empleados por el sr. Ntaganda para ejecutar el crimen. Según la SPI, los testimonios de los testigos demostraron la crueldad y brutalidad usada en la comisión de los crímenes, la cual a su vez afectó la salud de las víctimas y sus familiares, pues sufrieron un trauma psicológico severo y problemas físicos devastadores como resultado del ataque. Con base en lo anterior, y según el análisis de la SPI VI para este crimen en específico, los dos factores que pesaron más fueron aquellos que expusieron la crueldad empleada por el sr. Ntaganda en la comisión de los asesinatos en el territorio de la República Democrática del Congo durante los ataques del UPC/FPLC.

10 CPI, *the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, Judgment and Sentence, September* 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15, para. 76.

11 Idem.

circunstancias específicas de cada caso[12], lo que les otorga un cierto margen de apreciación para estos fines[13].

Por último, es preciso hacer hincapié en que, antes del caso Ongwen, la CPI nunca había juzgado a un ex niño soldado (independientemente de si fue reclutado por la fuerza). En consecuencia, la jurisprudencia de la CPI no ha tenido aún la oportunidad de analizar si el hecho de ser un ex niño soldado podría ser un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del delito.

2.2. El Tribunal Especial para Sierra Leona

Al igual que la CPI, el Estatuto del TESL establece dos factores importantes que las Salas deben considerar a la hora de imponer una sentencia: (a) la gravedad del crimen; y (b) las circunstancias individuales del condenado[14].

En la Sentencia del caso Frente Revolucionario Unido (RUF), la Sala I estableció que la evaluación de la gravedad requiere que se consideran las circunstancias específicas del caso, así como la forma y el grado de participación del acusado en el crimen. Así mismo, la Sala I enumeró varios elementos/circunstancias que pueden ser considerados al determinar la gravedad del crimen: (a) la magnitud y brutalidad de los delitos cometidos; (b) el papel desempeñado por el acusado en su comisión; (c) el grado de sufrimiento o impacto del delito en las víctimas directas y en sus familiares; y (d) la vulnerabilidad y el número de víctimas[15]. También afirmó que un factor clave para el análisis de la gravedad de los crímenes cometidos por Sesay,

---

12 CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Sentencing Judgement, May* 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07, para. 61; CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June* 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, para. 16.

13 Idem.

14 Esto, de acuerdo con el Estatuto del TESL, artículo 19(2).

15 TESL, *the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, Sentencing Judgement, April* 8, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, para. 19.

Kallon y Gbao era la brutalidad de los crímenes y el alto grado de sufrimiento de las víctimas[16].

Es importante aclarar que la lista mencionada anteriormente no es exhaustiva y las Salas del TESL pueden considerar otros elementos relacionados con el crimen[17]. Por ejemplo, la Sala I en el caso CDF hizo hincapié en el papel desempeñado por el acusado, afirmando que la evaluación de la gravedad está vinculada a su grado de responsabilidad, así como a la naturaleza y grado de su participación[18].

En el caso de la Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC), la Sala II del TESL destacó que la gravedad del crimen debe evaluarse caso por caso, y que las Salas podrían examinar varios tipos de circunstancias, incluyendo: (a) la naturaleza general de la conducta criminal subyacente; (b) la forma y el grado de participación del acusado; (c) el grado de impacto en las víctimas directas y en sus familiares; (d) la vulnerabilidad de las víctimas; y (e) el número de víctimas, entre otras[19]. La Sala II analizó cada circunstancia específica y concluyó que los crímenes cometidos por los acusados fueron atroces y de la máxima gravedad, ya que la conducta criminal de Brima, Kamara y Kanu no solo fue brutal, sino que, además, tuvo como objeto un número muy grande de civiles desarmados y generó un impacto catastrófico e irreversible en las vidas de las víctimas y sus familias. Para la Sala, la conducta de los condenados fue deliberada, ya que eran los principales autores y tenían el control efectivo. La Sala

---

16 Ibid., paras. 103-106.

17 Consecuentemente, la SPI I concluyó en el caso CDF que, para realizar el análisis de la gravedad del crimen, se requiere prestar especial atención a estos factores. Ver: TESL, *the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondwa, October* 9, 2007, Case No.: SCSL-04-14-T, para. 33: "the scale and brutality of the offences committed, the role played by the accused in their commission, the degree of suffering or impact of the crime on the immediate victim, as well as its effect on relatives of the victim, and the vulnerability and number of victims".

18 Esto, de acuerdo con el Estatuto del TESL, artículo 6.3.

19 TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Sentencing Judgement, July* 19, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T, para. 19.

prestó especial atención al impacto directo en la vida de las víctimas y su vulnerabilidad[20].

Por último, es importante destacar que, al igual que en la CPI, el TESL nunca ha juzgado a un ex niño soldado (independientemente de si fue reclutado a la fuerza). Por ello, la jurisprudencia del TESL no ha tenido la oportunidad de abordar la cuestión específica respecto de si ser un ex niño soldado puede ser un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del delito.

3. ¿DEBERÍA LA CPI CONSIDERAR EL HECHO DE SER EX NIÑO SOLDADO COMO UNA CIRCUNSTANCIA EXIMENTE, ATENUANTE O AGRAVANTE?

3.1. La Corte Penal Internacional

Ni el ECPI, ni el RPP de la CPI, establecen explícitamente que ser un ex niño soldado constituye una circunstancia eximente, atenuante o agravante. Además, la jurisprudencia de la CPI no ha examinado en detalle esta cuestión porque nunca ha juzgado a un ex niño soldado. De hecho, Ongwen es el primer acusado que solicita a la CPI que considere este hecho como una circunstancia eximente de responsabilidad[21].

En este sentido, es importante destacar que Ongwen ya hizo esta petición en las diligencias previas al juicio oral, tal como lo evidencia su escrito de instrucción para la audiencia de confirmación de cargos. En dicho documento, la defensa argumentó ante la SCP II que, dado que el acusado fue reclutado por el LRA y fue obligado a convertirse en un niño soldado, debería ser exonerado de cualquier crimen que pudiera haber cometido mientras era miembro del LRA,

---

20 Ibid., paras. 40-47, 68, 77.

21 CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-trial Chamber II, Further Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing", filed on 18 January 2016*, and *March* 3, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15, paras 36-49.

como resultado de la aplicación de la protección legal internacional prevista para los niños en los conflictos armados[22].

Sin embargo, la SCP II desestimó el argumento de la defensa porque, a su juicio, dicha protección jurídica internacional no incluye el tipo de exoneración de responsabilidad penal solicitada por la defensa[23]. En consecuencia, para esta Sala, el reclutamiento forzoso de Ongwen en el LRA cuando era un niño, no podía exonerarlo automáticamente de los crímenes que pudiera haber cometido posteriormente como parte del mismo grupo[24].

Dado que la solicitud de Ongwen en los procedimientos previos al juicio se limitó a la consideración de su condición de ex niño soldado como circunstancia eximente, no existe jurisprudencia de la CPI sobre si esta circunstancia pudiese considerarse como atenuante.

Por último, en relación con la posible consideración de esta circunstancia como agravante de la pena, la regla 145 (2) (b) del RPP de la CPI contiene una lista no exhaustiva de circunstancias que pueden ser consideradas como agravantes, entre ellas (i) víctimas indefensas; (ii) crueldad especial en la comisión del crimen; (iii) intención discriminatoria; y (iv) abuso de poder o de capacidad oficial.

Al interpretar esta disposición, la SPI VIII en el caso Al-Mahdi declaró que las Salas pueden tomar en consideración ciertas circunstancias agravantes, sólo si están convencidas de su existencia más allá de toda duda razonable[25]. Además, la SPI VI en el caso Ntaganda destacó que las circunstancias agravantes deben estar relacionadas con el acusado en sí mismo o con los crímenes por los que se le está procesando[26] y que, aunque ciertos factores pueden ser razonablemente considerados bajo más de una categoría, no es posible basarse en el mismo factor más de una vez; cualquier factor que se tome en consideración para valorar la gravedad del delito no puede em-

---

22 CPI, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, para.150.
23 Idem.
24 Idem.
25 CPI, *Al Mahdi's Judgment and Sentence*, supra n. 10, para. 73.
26 CPI, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, supra n. 7, para. 18.

plearse paralelamente como circunstancia agravante, y viceversa[27]. Finalmente, la SPI III en el caso contra Jean-Pierre Bemba afirmó que la ausencia de una circunstancia atenuante, no constituye una circunstancia agravante[28].

Por lo tanto, es tarea de las Salas identificar todos los factores relevantes y darles el peso adecuado para determinar la sentencia[29]. Al hacerlo, ninguna Sala de la CPI ha encontrado, hasta el momento, que ser un ex niño soldado pueda constituir *per se* una circunstancia agravante. En este sentido, es importante destacar que, aunque en el caso Lubanga la SPI I consideró el trato cruel de los niños que habían sido reclutados por la fuerza en el Fuerzas por la Liberación del Congo (FPLC) como una circunstancia agravante, la razón de esta conclusión no fue el reclutamiento forzoso de los niños, sino la intensa violencia a la que fueron sometidos posteriormente[30].

3.2. El Tribunal Especial para Sierra Leona

Ni el Estatuto del TESL ni las RPP del TESL declaran explícitamente que ser un ex niño soldado pueda constituir una circunstancia eximente, atenuante o agravante. Además, la jurisprudencia del TESL no se ha ocupado de esta cuestión, ya que nunca ha juzgado a ex niños soldados, ni ha judicializado a un acusado que haya solicitado que se considere dicha circunstancia como eximente o atenuante.

No obstante, en la sentencia del caso RUF (que implicaba a tres acusados: Sesay, Kallon y Gbao), la Sala I observó que Sesay fue reclutado a la fuerza a la edad de diecinueve años por el RUF y analizó si

---

27 Ibid., para. 13.

28 CPI, *Bemba's Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, supra n. 12, para. 18; ICC, *Katanga Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, supra n. 12, para. 34; CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July* 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06- 2901, para. 33.

29 CPI, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, supra n. 7, para. 13.

30 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July* 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06- 2901, para. 33.

dicha circunstancia podía constituir un factor atenuante[31]. Además, la Sala también estudió si el reclutamiento forzoso de Kallon en el RUF, cuando era adulto, atenuaba los crímenes que posteriormente cometió[32].

Como se muestra en el alegato de fallo de Sesay, la defensa solicitó que se consideraran como atenuantes la edad de Sesay, su reclutamiento forzoso y su falta de formación. Según la defensa, el acusado (que sólo tenía 19 años en el momento de su reclutamiento forzoso, lo que le hizo entrar en una guerra contra su voluntad) sufrió las consecuencias del reclutamiento y la esclavitud. Como resultado, su falta de libre albedrío, la pérdida de su juventud por la guerra y los efectos brutales del conflicto armado lo convirtieron en una víctima. La defensa también sostuvo que esta pérdida ruinosa e irremediable de la oportunidad de llevar una vida normal y pacífica debería atenuar la condena. El argumento principal era que, una vez que Sesay fue reclutado, las opciones que tenía disponibles se limitaron irremediablemente, convirtiéndolo en un joven de 19/20 años empobrecido e inexperto, que no fue educado en un entorno adecuado[33].

En su alegato de fallo, la fiscalía afirmó que, aunque Sesay era relativamente joven en el momento en que se cometieron los delitos, de todos modos, había tenido una educación y una formación razonables y había adquirido experiencia. Por lo tanto, según la fiscalía, la Sala I no debía atenuar la condena de Sesay[34].

Tras analizar los argumentos planteados por el equipo de la defensa y de la fiscalía, la Sala I sostuvo que el hecho de haber sido reclutado a la fuerza en el RUF no podía atenuar *per se* los crímenes que Sesay cometió posteriormente, pues para la Sala, el acusado bien podría haber elegido no cometerlos. En consecuencia, a juicio de la

---

31 TESL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, supra n. 15, para. 220.

32 Ibid., para. 250.

33 TESL, *the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, Sesay Defence Sentencing Brief, March* 17, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, paras. 89-90.

34 TESL, *the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and & Augustine Gbao, Trial Chamber I, Public Prosecution Sentencing Brief, March* 10, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T, paras. 204-205.

Sala I, ser reclutado a la fuerza (incluso a una edad temprana, como los diecinueve años) no constituye un factor atenuante[35].

Por último, la jurisprudencia del TESL también ha llegado a varias conclusiones relevantes sobre las circunstancias agravantes: (a) la fiscalía debe probar, más allá de toda duda razonable, todos los factores agravantes, de acuerdo con la regla 101 del RPP del TESL[36]; (b) sólo las circunstancias que están directamente relacionadas con la comisión del crimen por el que el acusado fue condenado pueden ser consideradas como factores agravantes[37]; (c) cuando una circunstancia ya ha sido considerada al evaluar la gravedad del delito, no puede ser considerada como un factor agravante[38]; y (d) cuando un factor es un elemento del crimen, no puede ser considerado adicionalmente como un factor agravante[39].

Sobre la base de lo anterior, y a pesar de que la jurisprudencia del TESL no se ha ocupado de casos relacionados con ex niños soldados, es razonable concluir que esta situación no constituiría *per se* una circunstancia eximente, atenuante o agravante.

4. ¿CUÁL ES LA FORMA MÁS ADECUADA PARA QUE LA CPI TRATE EN LA SENTENCIA EL HECHO DE QUE EL CONDENADO HAYA SIDO UN ANTIGUO NIÑO SOLDADO?

Ni el ECPI, ni el RPP de la CPI, ni las normas de ningún tribunal penal internacional establecen explícitamente que ser un ex niño

---

35 TESL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, supra n. 15, paras. 220, 250.

36 TESL, *the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, May* 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, para. 24; TPIY, *the Prosecutor v. Mucić et al., Appeals Chamber, Judgment, February* 20, 2001, Case No.: IT-96-21, para. 763.

37 TESL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, supra n. 15, para. 24.

38 TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Appeals Chamber, Judgment, July* 20, 2005, Case No.: IT-02-61, paras. 106-107.

39 TPIY, *the Prosecutor v. Thomir Blaškić, Appeals Chamber, Judgment, July* 29, 2004, Case No.: IT-95-14, para. 69.

soldado sea una circunstancia eximente, atenuante o agravante. Además, no existe jurisprudencia sobre esta cuestión, ya que la mayoría de los tribunales penales internacionales no han juzgado a ex niños soldados[40], ni han tratado con acusados que solicitan que se considere dicha circunstancia como un factor eximente o atenuante. Además, ni la CPI ni el TESL han tenido hasta ahora la oportunidad de analizar si el hecho de ser un antiguo niño soldado podría ser un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del delito.

A la luz de esto, sería difícil llegar a una conclusión sobre si el hecho de ser un ex niño soldado podría afectar la gravedad del delito, especialmente si, como Ongwen, el condenado fue reclutado por la fuerza cuando tenía menos de quince años. Además, a la hora de evaluar si esta circunstancia pudiese considerarse un factor eximente, atenuante o agravante, es prudente extraer únicamente conclusiones de las dos decisiones que guardan cierta relación con esta cuestión: (a) la decisión de la SCP II sobre la confirmación de los cargos contra Dominic Ongwen (2016)[41]; y (b) el fallo de condena emitido por la Sala I del TESL en el caso del RUF (2009)[42].

Ahora bien, ambas decisiones coinciden en un elemento relevante para abordar la cuestión que nos ocupa: la protección jurídica internacional que pueda existir para los niños soldados en los conflictos armados no les exime automáticamente de la responsabilidad penal por cualquier crimen internacional que puedan cometer posteriormente[43]. Además, según la Sala I del TESL, el hecho de haber sido reclutado a la fuerza siendo un adulto joven (diecinueve años) no constituye *per se* una circunstancia eximente o atenuante[44]. Con base en lo anterior, y considerando que ser un ex niño soldado (especialmente, un niño soldado reclutado por la fuerza) difícilmente puede constituir una circunstancia agravante, el artículo 78 del ECPI

---

40 Pananjung, D.P. & Poerana S.A., 2019, *'Former Child Soldiers Status: How the International Criminal Court Considers Its Significance in the Sentencing Process'*, *Padjadjaran Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, p. 4.

41 CPI, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, para. 1.

42 TESL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, supra n. 15, paras. 220, 250.

43 CPI, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, para. 150.

44 TESL, *Sesay, Morris & Gbao Sentencing Judgment*, supra n. 15, para. 220.

y la regla 145 de las RPP de la CPI sólo prevén dos alternativas razonables para tratar este factor en la sentencia: considerarlo como un factor atenuante, o como una circunstancia individual del condenado.

En el caso Ntaganda, la SPI VI aplicó un enfoque de dos niveles a la hora de dictar sentencia. Según éste, primero se aborda la gravedad de los crímenes (crimen por crimen) y, posteriormente, se estudian las circunstancias agravantes y atenuantes. Como resultado, todas las circunstancias individuales se analizan a la luz de los factores agravantes o atenuantes para el análisis de la sentencia[45]. En este contexto, la Sala ha señalado que tener entre 28 y 30 años en el momento en que se produjeron los crímenes no puede considerarse una circunstancia personal atenuante. Además, para la SPI VI, las experiencias de Ntaganda en el genocidio de Ruanda no constituyen una circunstancia atenuante. A juicio de la Sala "la supuesta protección de un grupo mediante actos dirigidos a la destrucción y desintegración de otro no puede constituir bajo ningún concepto una circunstancia atenuante"[46].

Por otro lado, el caso Katanga no sigue el enfoque de dos niveles de condena señalado previamente. Esto se muestra claramente en la forma en que la SPI II trató el alegato de la defensa de Katanga donde esgrimía que el acusado debería tener una sentencia reducida porque era joven, tenía una vida familiar complicada, una historia personal traumática, y tenía "una reputación de hombre valiente que ayudaba a su comunidad"[47]. La Sala, aunque rechazó la solicitud de la defensa de tratar estas circunstancias como atenuantes independientes, tuvo en cuenta la joven edad de Katanga, sus circunstancias familiares y su disposición hacia la comunidad para reducir la condena, aunque de forma "muy limitada"[48].

Por último, en el caso Al Mahdi, la SPI VIII adoptó un enfoque de tres niveles para la sentencia, distinguiendo entre: (a) la gravedad

---

45 Ibid., para. 199.

46 CPI, *Ntaganda's Sentencing Judgement*, supra n. 7, para. 210.

47 CPI, *Katanga Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, supra n. 12, para.78.

48 Ibid., para. 87; En este caso, la Sala se justificó con base en el caso Rugambarara del TPIR.

de los delitos; (b) las circunstancias atenuantes y agravantes[49]; y (c) las circunstancias individuales[50]. Al aplicar este enfoque, la sala sólo consideró como circunstancias atenuantes relevantes (i) la conducta de Al Mahdi durante su detención; (ii) su demostración de arrepentimiento; y (iii) su admisión de culpabilidad. Así, la edad, la educación y los antecedentes de Al Mahdi no se consideraron factores atenuantes y se trataron exclusivamente como circunstancias personales[51]. Así pues, la SPI VIII consideró que este tipo de circunstancias (edad, educación y antecedentes) no tenían ningún valor a efectos de reducir la condena[52].

A la luz de lo anterior, considerar el hecho de ser un ex niño soldado como una circunstancia individual del condenado es coherente con el marco estatutario de la CPI para la imposición de penas, ya que la normativa no contiene una lista exhaustiva de las circunstancias individuales relevantes del condenado. Además, también es coherente con la amplia discreción otorgada por la jurisprudencia de la CPI para determinar el peso que debe atribuirse a dichas circunstancias individuales. Sin embargo, es importante resaltar que los casos Al-Mahdi y Katanga muestran que a la fecha, las Salas le han otorgado valor muy limitado a estas circunstancias al estudiar la reducción de la condena.

En consecuencia, queda la duda de si el hecho de que el condenado haya sido reclutado por la fuerza cuando tenía menos de quince años (como sucedió con Ongwen) podría eventualmente requerir una reducción de pena más importante si se trata como un factor atenuante. No obstante, la decisión de la SCP II sobre la confirmación de los cargos contra Dominic Ongwen (2016)[53] y el fallo de condena

---

49 La SPI también define el proceso para admitir circunstancias agravantes y mitigantes; mientras que las circunstancias agravantes tienen que ser probadas más allá de toda duda razonable, las circunstancias mitigantes tienen que ser probadas "en un balance de las posibilidades".

50 CPI, *Al Mahdi's Judgment and Sentence,* supra n. 10, para. 96.

51 Las cuales son, en el caso Al Mahdi, su renuencia a cometer los crímenes, así como los métodos de ejecución, a través de los cuales Al Mahdi buscó proteger de la destrucción de los santuarios las tumbas aledañas.

52 CPI, *Al Mahdi's Judgment and Sentence,* supra n. 10, para. 96.

53 CPI, *Ongwen's Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, para. 1.

emitido por la Sala I del TESL en el caso del RUF (2009) indican, preliminarmente, que no es probable que se siga este enfoque.

5. CONCLUSIÓN

La defensa en el caso Ongwen ha argumentado que el hecho de ser un ex niño soldado debe considerarse como una circunstancia eximente. La CPI y el TESL son los dos únicos tribunales penales internacionales que cuentan con una jurisprudencia que guarda cierta relación con la cuestión que nos ocupa. Sin embargo, ni la CPI ni el TESL han tenido aún la oportunidad de abordar las cuestiones específicas de si ser un ex niño soldado (independientemente de si fue reclutado a la fuerza) podría ser (a) un factor relevante a la hora de analizar la gravedad del crimen; o (b) una circunstancia eximente, atenuante o agravante.

A la luz de esta situación, y considerando el artículo 78 del ECPI, la regla 145 del RPP de la CPI y la jurisprudencia de la CPI y del TESL, sólo hay dos alternativas razonables para tratar este factor en la sentencia: considerarlo como un factor atenuante, o como una circunstancia individual del condenado. La primera opción es coherente tanto con el marco estatutario de la CPI para la imposición de penas, como con la amplia discreción que tienen las Salas para determinar el peso que debe atribuirse a tales circunstancias individuales. Sin embargo, tal como se señaló previamente, la jurisprudencia indica que el valor que las Salas le han otorgado a estas circunstancias al estudiar la reducción de la condena es, en el mejor de los casos, muy limitado.

En consecuencia, el hecho de que el condenado haya sido reclutado por la fuerza cuando tenía menos de quince años (como ocurrió con Ongwen) podría suponer una reducción más importante de la pena si se trata como un factor atenuante. Sin embargo, hay algunos indicios en los casos de Ongwen y del RUF que sugieren que es poco probable que se siga este enfoque.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia Internacional

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July* 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290.

CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, May* 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-trial Chamber II, Further Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing", filed on 18 January 2016, March* 3, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, March* 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June* 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.

CPI, *the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, Judgment and Sentence, September* 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15.

CPI, *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, Sentencing Judgement, November 7, 2019*, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing", filed on January 18,* 2016, *August* 7, 2020, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Chamber IX, Trial Judgment, February* 4, 2021, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-1762-Red.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, Trial Chamber I, Sentencing Judgement, April* 8, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.

TESL, *the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, Trial Chamber I, Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondwa, October* 9, 2007, Case No.: SCSL-04-14-T.

TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzt Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Sentencing Judgement, July* 19, 2007, Case No.: SCSL-04-16-T.

TESL, *the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, Sesay Defence Sentencing Brief, March* 17, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.

TESL, *the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Trial Chamber I, Prosecution Sentencing Brief, March* 10, 2009, Case No.: SCSL-04-15-T.

TESL, *the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, May* 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TIPY, *the Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Appeals Chamber, Judgment, July* 20, 2005, Case No.: IT-02-61.

TIPY, *the Prosecutor v. Thomir Blaškić, Appeals Chamber, Judgment, July* 29, 2004, Case No.: IT-95-14.

TIPY, *the Prosecutor v. Mucić et al., Appeals Chamber, Judgment, February* 20, 2001, Case No.: IT-96-21.

Doctrina

Pananjung, D.P. & Poerana S.A., 2019, *Former Child Soldiers Status: How the International Criminal Court Considers Its Significance in the Sentencing Process, Padjadjaran Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2.

15. Cuestiones procesales relativas a la decisión de la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional de sobreseer el caso contra Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé[*]

SOFÍA CAMPOS SÁNCHEZ[*]
MARÍA FERNANDA JARAMILLO GÓMEZ[*]
SOFÍA LINARES BOTERO[*]
SARA PAULA MOSQUERA LÓPEZ[*]

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza toda una serie de cuestiones procesales surgidas a raíz de la decisión de la Sala de Primera Instancia (SPI) I de la Corte Penal Internacional (CPI), por la que, al finalizar la presentación de los elementos de prueba de la Fiscalía en el juicio oral, se decretó el sobreseimiento del caso contra el ex presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbabgo, y su ex ministro de la juventud, Charles Blé Goudé ("decisión de sobreseimiento"). Todas estas cuestiones son particularmente relevantes en el proceso de apelación contra dicha decisión que sigue en curso a la fecha de finalización de este trabajo.

---

[*] Escrito bajo la supervición del Prof. Héctor con el apoyo de Clara Esperanza Hernández Cortés.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

Entre las cuestiones analizadas, destaca, en primer lugar, la relativa a si las SPIs tienen el poder de definir el estándar de prueba aplicable después de emitir sus decisiones, o si la SPI I incurrió en un error de derecho y/o de procedimiento por no haber articulado de manera precisa el estándar de prueba aplicado para adoptar la decisión de sobreseimiento[1]. De esta manera, el problema planteado por la Fiscalía no se refiere a la posible aplicación por la SPI de un estándar de prueba equivocado, sino a que esta última no articuló un estándar de prueba claramente definido en dicha decisión[2].

En este sentido, es importante aclarar desde un inicio que la SPI I emitió oralmente la decisión de sobreseimiento el 15 de enero de 2019, y sólo seis meses más tarde, el 16 de julio del 2019, presentó su decisión por escrito, afirmando que el estándar de prueba aplicado fue el de "*No Case to Answer Motions*" o "estándar NCTAM", porque no hay ningún caso de la Fiscalía al que responder. Con posterioridad, el 17 de septiembre de 2019, la Fiscalía de la CPI presentó su apelación.

Junto a esta primera cuestión, el trabajo aborda otras dos cuestiones procesales adicionales relativas a si los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones son solo en beneficio del acusado, así como a la determinación de los casos en los que puede ser apropiada la declaración de la nulidad del juicio oral o *mistrial*. Para responder a estas tres cuestiones se ha realizado, conforme a lo dispuesto en el art. 21 del ECPI, un amplio análisis de jurisprudencia internacional, que presta particular atención a la CPI, el TPIY, el TPIR, las SETC, el TEL, la CESL, el TEDH y la CtIDH.

---

1 CPI, *the Prosecutor v. Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé, Appeals Chamber, Public redacted version of "Prosecution Document in Support of Appeal"*, October 17, 2019, ICC Doc. No.: ICC-02/11-01/15, para. 122.

2 Ibid., para. 126.

2. ¿TIENEN LAS SPIS EL PODER DE DEFINIR EL ESTÁNDAR DE PRUEBA APLICABLE DESPUÉS DE EMITIR SUS DECISIONES?

2.1. La Corte Penal Internacional

La CPI no ha desarrollado un marco jurisprudencial claro que responda de manera directa a la cuestión planteada. La CPI sólo cuenta hasta el momento con un pronunciamiento referente al contenido del estándar de prueba: el fallo de la Sala de Apelaciones (SA) de 8 de junio de 2018 en el caso contra Jean-Pierre Bemba[3]. Sin embargo, este fallo no aborda el problema relativo al establecimiento *ex post facto* por las SPIs del estándar de prueba aplicado, sino que se centra en la indebida aplicación de este en el caso concreto.

De esta manera, la SA analizó en su fallo el contenido y aplicación del estándar de prueba por la SPI, verificando si se dio una aplicación correcta y expedita del mismo. En este contexto, la SA afirmó que puede revisar de manera independiente el razonamiento de la SPI sobre el contenido y aplicación del estándar de prueba siempre que el acusado identifique alguna falencia al respecto. Además, en estos casos la SA debe, de manera independiente y sin ningún tipo de sesgo en relación con la interpretación adoptada por la SPI, aportar las razones por las cuales considera que la decisión de la SPI contiene un error en la definición y/o aplicación de dicho estándar[4].

2.2. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) no ha desarrollado un marco jurisprudencial relevante en cuanto a la pregunta objeto de análisis, si bien se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con la indebida aplicación del estándar de prueba.

---

3 CPI, *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber*, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, *June* 8, 2018, ICC Doc No.: ICC-01/05-01/08-3636.

4 Ibid., paras. 41-46.

Según la SA, cuando esto sucede, la SA debe utilizar el estándar correcto y realizar una evaluación del material probatorio para establecer si el mismo permite afirmar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado[5].

De la misma manera, la SA se ha pronunciado sobre la evaluación de los elementos de prueba. Así, ha subrayado que la subregla 89 (c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) del TPIY prevé que las SPIs pueden admitir cualquier elemento de prueba relevante que tenga un cierto valor probatorio[6]. Igualmente, ha señalado que la subregla 89 (d) establece que las SPIs pueden excluir aquellos elementos de prueba cuyo valor probatorio es sustancialmente menor que la necesidad de garantizar un juicio justo.

La manera en cómo una SPI establece el valor probatorio de los diferentes elementos de prueba depende de varios factores, los cuales van de la mano con las circunstancias de cada caso. En particular, la SA ha establecido que las SPIs tienen la facultad de decidir cuándo un testigo, o cualquier otro elemento probatorio, es o no creíble. En consecuencia, la SA debe otorgar un margen amplio a las SPI para evaluar los elementos de prueba presentados en el juicio oral[7].

Con base en lo anterior, no se ha identificado ninguna decisión del TPIY que responda de manera directa a la cuestión analizada, porque el TPIY no se ha ocupado de resolver casos donde el estándar de prueba haya sido establecido por las SPIs después de emitir sus decisiones. Las decisiones de la SA se limitan, por tanto, a establecer cómo se debe corregir el estándar de prueba cuando ha sido incorrectamente aplicado por las SPIs, y establece reglas para determinar la culpa del acusado, la cual debe ser probada más allá de duda razonable y establece reglas con relación a cuándo se deben admitir o inadmitir los elementos de prueba presentados por las partes en el juicio oral.

---

5 TPIY, *the Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic, Appeals Chamber, Judgment, December* 4, 2012, Case No.: IT-98-32/1, para. 12.

6 Ibid., para. 566.

7 TPIY, *the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, Judgment, March* 24, 2000, Case No.: IT-95-14/1, paras. 62-63.

2.3. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Al igual que el TPIY, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) no ha desarrollado un marco jurisprudencial relevante en cuanto a la pregunta objeto de análisis. Sin embargo, existen diferentes pronunciamientos de la SA del TPIR respecto a la indebida aplicación por las SPIs del estándar de prueba. En este sentido, la SA ha subrayado que cuando existe un error de derecho generado por la indebida aplicación del estándar de prueba, la SA debe articular la interpretación jurídica correcta y revisar los elementos probatorios relevantes a la luz del estándar "más allá de toda duda razonable". Al hacer esto, la SA no solo corrige el error de derecho, sino que además aplica de manera correcta el estándar de prueba[8].

De la misma manera, las decisiones emitidas por la SA establecen parámetros respecto a cómo las SPIs deben actuar teniendo en cuenta los lineamientos establecidos en la regla 87 (a) de las RPP del TPIR[9], la cual determina que, para declarar al acusado culpable, es necesario que la mayoría de los miembros de la SPI estén de acuerdo en que la culpabilidad del acusado ha sido demostrada más allá de toda duda razonable.

A la luz de lo anterior, no se ha identificado ninguna decisión del TPIR que responda de manera directa a la pregunta analizada, porque el TPIR no se ha ocupado de resolver casos donde las SPIs hayan establecido *ex post facto* el estándar de prueba aplicado. De esta manera, las decisiones de la SA se limitan a establecer cómo se debe corregir el estándar de prueba cuando ha sido incorrectamente aplicado por las SPIs, subrayando la necesidad de que la culpabilidad del acusado sea probada por la Fiscalía más allá de toda duda razonable.

---

8 TPIR, *the Prosecutor v. Simon Bikindi, Appeals Chamber, Judgment, March* 18, 2010, Case No.: ICTR-01-72, para. 11.

9 TPIR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Appeals Chamber, Judgment, June* 1, 2001, Case No.: ICTR-96-4, para. 219.

2.4. Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y la Corte Especial para Sierra Leona

Mientras que en las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (SETC) y en la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) no se han encontrado disposiciones jurídicas o jurisprudencia relativas a la temática objeto de estudio, la situación es particularmente distinta en el Tribunal Especial para el Líbano (TEL), puesto que este es el único tribunal internacional penal donde, en el caso Ayyash y otros (2016), se ha abordado la cuestión relativa a la definición *ex post facto* por la SPI del estándar de prueba aplicable.

En este caso, la SPI dictaminó oralmente el 1 de junio de 2016 que el acusado, el Sr. Mustafa Amine Badreddine, no había fallecido, y que por ende los procedimientos en su contra no podían darse por concluidos. Posteriormente, el 7 de junio del mismo año, la SPI expidió de forma escrita el fundamento de su decisión, estableciendo cuál fue el estándar de prueba aplicado[10]. Ante esta situación, la Defensa argumentó en apelación que la SPI había errado al no determinar en la decisión oral cuál fue el estándar de prueba aplicado, y que únicamente lo hizo por medio de la decisión escrita, casi una semana después. En consecuencia, para la Defensa se había generado un vacío normativo sobre cómo fue tomada la decisión[11].

La SA del TEL, tras estudiar la decisión de la SPI y los argumentos de la Defensa, determinó que el estándar de prueba no puede establecerse con posterioridad a la emisión de la decisión, so pena de que se configure un error de derecho. Por lo tanto, para la SA, la SPI cometió un error de derecho, el cual invalidaba su decisión[12].

---

10 TEL, *the Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra (The Prosecutor v. Ayyash and Others), Appeals Chamber, Decision on the Interlocutory Appeal of the Defense of Badreddine on the* "*Provisional Decision on the Death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and the Possible Termination of Proceedings*", July 11, 2016, Case No.: STL-11-01/T/AC/AR126.11.

11 Ibid., para. 28.

12 Ibid., para. 41.

En consecuencia, la jurisprudencia del TEL establece claramente que las SPIs no tienen la facultad para determinar el estándar de prueba aplicable *ex post facto,* es decir, después de emitir sus decisiones. De esta manera, el estándar de prueba aplicable debe establecerse en todo caso con anterioridad a que se tome cualquier decisión, ya se trate de una decisión interlocutoria o de un fallo de fondo. De no hacerlo, no habría una base confiable sobre la cual se entienda tomada la decisión, y las SPIs podrán tomar decisiones arbitrarias en un momento dado, y tratar de argumentarlas con posterioridad.

2.5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no ha desarrollado jurisprudencia que aborde de manera concreta la cuestión objeto de nuestro estudio, porque ha subrayado que la normativa procesal, probatoria y toda aquella concerniente al estándar de prueba es, en principio, un asunto que define cada Estado. De este modo, según el TEDH, cada Estado tiene autonomía para determinar internamente cuáles son sus reglas probatorias, procesales y todas aquellas concernientes al estándar de prueba[13]. Esta autonomía está, sin embargo, limitada por los mínimos establecidos por el art. 6 del CEDH, relativo a un juicio justo. En consecuencia, si bien los Estados tienen autonomía para configurar sus reglas, estas no pueden infringir lo previsto en esta última disposición.

Esto significa en última instancia que el TEDH, que en ningún caso se configura como una instancia de apelación de resoluciones de las jurisdicciones internas[14], sólo puede conocer de asuntos relativos a la aplicación de la normativa procesal y probatoria, incluyendo las normas sobre el estándar de prueba, cuando los Estados, a través de la aplicación de sus leyes internas, violan el art. 6 del Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH)[15]. Esto sucedió, por ejemplo, en el caso Nachova y otros c. Bulgaria (2005), donde el TEDH esta-

---

13 ECtHR, Garcia Ruiz v. Spain, *Judgment, January* 21, 1999, para. 28.

14 ECtHR, Melnychuk v. Ukraine, *Decision on inadmissibility, July* 5, 2005, para. 1.

15 ECtHR, *Garcia Ruiz v. Spain*, supra n. 13, paras. 27-28.

bleció que, en procesos de naturaleza penal, el estándar de prueba aplicable por las jurisdicciones nacionales deber ser el de "más allá de toda duda razonable"[16].

2.6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) tampoco ha desarrollado un marco jurisprudencial relevante con respecto a la cuestión objeto de análisis. Sin embargo, en cuanto a la definición del estándar de prueba, la CtIDH, al igual que el TEDH, ha señalado reiteradamente que no se ocupa de este tema por considerarlo como un asunto "interno" de cada Estado. Así mismo, CtIDH ha establecido que sólo conocerá de este tipo de asuntos cuando los Estados hayan presuntamente violado las garantías procesales recogidas expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

De esta manera, la CtIDH ha sido clara al establecer que no es un tribunal que desempeñe funciones de tribunal de "cuarta instancia". Por lo tanto, la CtIDH no lleva a cabo funciones de apelación para dirimir los desacuerdos que puedan existir entre las partes sobre la valoración de los elementos de prueba o la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de las obligaciones estatales recogidas en la CADH[17].

El caso Noriega de Carvalho y otros c. Brasil (2006)[18] es un ejemplo paradigmático de esa línea jurisprudencial, puesto que, en el mismo, la CtIDH recuerda que corresponde a los tribunales nacionales el examen de los hechos y los elementos de prueba presentados en los casos particulares, y que no compete a la CtIDH sustituir las funciones de los tribunales nacionales.

---

16 ECtHR, Nachova and others v. Bulgaria, *Judgment*, *July* 6, 2005, para. 147.

17 CtIDH, Mémoli v. Argentina, *Judgment*, August 22, 2013 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para 140.

18 CtIDH, Nogueira de Carvalho *et al.* v. Brazil, *Judgment*, *November* 28, 2006 (Preliminary Objections and Merits), para. 80.

3. ¿SON SOLO EN BENEFICIO DEL ACUSADO LOS PRINCIPIOS RELATIVOS AL JUICIO JUSTO Y LA CELERIDAD EN LAS ACTUACIONES?

3.1. La Corte Penal Internacional

El art. 64(2) del ECPI prevé que un juicio justo supone que cada una de las partes tenga la posibilidad de presentar adecuadamente su caso, con el fin de influir la decisión de la Corte[19]. En el caso Lubanga, la SA consideró que este principio constituye un derecho fundamental que debe estar siempre presente durante el juicio oral[20], y afirmó que el mismo se puede satisfacer mediante la interpretación extensiva de ciertos derechos (como, por ejemplo, la igualdad de armas[21]), o por medio de la regulación del desarrollo de las actuaciones por SPIs[22].

Teniendo en cuenta lo anterior, Stewart, vicefiscal de la CPI, afirma que las garantías de un juicio justo no son sólo en favor del acusado, sino que beneficia a las distintas partes en las actuaciones, jugando además todas ellas un papel importante para su satisfacción. Para este autor, el concepto de juicio justo trasciende el marco de los derechos de los acusados porque busca cubrir diferentes aspectos procesales como los intereses de las víctimas, los testigos y la Fiscalía[23]. En su opinión, esto aparece claramente reflejado en la definición de la

---

19 CPI, *Situation in Uganda, Pre-Trial Chamber II, Decision on Prosecutor's Application for Leave to Appeal in Part Pre-trial Chamber II's Decision on the Prosecutor's Applications for Warrants of Arrest Under Article 58*, August 19, 2005, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-20, para. 30.

20 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, June 13, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-1401, para. 77.

21 Ibid., paras. 77-79.

22 Ibid., para. 77.

23 Stewart, J.K., 2014, *Fair Trial Rights under the Rome Statute from a Prosecution Perspective ICTR Symposium - Arusha, Tanzania, Compendium on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law, United Nations - International Residual Mechanism for Criminal Tribunals,* p. 14-16.

SCP I sobre el concepto "justo", que está compuesta por dos principios básicos: (i) equilibrio; y (ii) equidad, que son aplicables a todas las partes y participantes en el proceso[24].

Según Stewart, esto significa que: (a) las víctimas y los testigos[25] deben tener la posibilidad de testificar libremente, y así contribuir a una decisión acertada por parte de las SPIs; (b) la Fiscalía[26] tiene que poder presentar sus elementos de prueba libre de toda interferencia; y; (c) la Defensa[27] debe poder responder a las alegaciones vertidas contra el acusado y presentar elementos de prueba que respalden su posición. Solo si se salvaguardan estas garantías, las SPIs podrán tener todo lo necesario para alcanzar a través de un juicio justo una decisión precisa y creíble[28].

Con respecto al principio de celeridad, la jurisprudencia de la CPI ha señalado que, al igual que sucede con las garantías del juicio justo, ha de ser respetado y debe estar presente en todos los procesos ante

---

24 CPI, *Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the Chamber's Decision of 17 January 2006 on the Applications for Participation in the Proceedings of Vprs1, Vprs 2, Vprs 3, Vprs 4, Vprs5 and Vprs6, March* 31, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-135-tEN, para. 38.

25 CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled "Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings", July* 12, 2010, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07OA10, para. 45.

26 TPIY, *the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, Decision on the Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence*, February 16, 1999, Case No.: IT-95-14/1, para. 25; I, the TPIY *Prosecutor v. Jadranko Prlic* et. al., *Appeals Chamber, Decision on the Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case, February* 6, 2007, Case No.: IT-04-74-AR73.4, para. 24; TPIY, *the Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Chamber, Decision on Appeal against the Trial Chamber's Decision on the Evidence of Witness Milan Babić*, September 14, 2006, Case No.: IT-95-11-AR73.2, para. 13; ICTY, *the Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, Judgment*, July 15, 1999, Case No.: IT-94-1-A, para. 48.

27 Artículo 67 del ECPI.

28 Stewart, J.K., 2014, supra n. 23, p. 16-17.

la CPI[29]. Este principio, que según la SA, es aplicable al conjunto de actuaciones procesales en su totalidad, trasciende los derechos del acusado, abarcando también los intereses de las víctimas, los testigos y la Fiscalía[30].

3.2. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Para el Tribual Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se pueden entender como parte del art. 20 del ETPIY. Esta disposición establece que las SPIs deben asegurar que los juicios sean justos y expeditos, y que los procesos sean desarrollados con respeto absoluto a los derechos del acusado, protegiendo a las víctimas y a los testigos, y en concordancia con las RPP del TPIY. De la misma manera, el art. 21 del ETPIY, que recoge los derechos del acusado[31], prevé cómo la observancia de éstos es esencial para garantizar un juicio justo.

Así mismo, el TPIY ha determinado que el contenido del art. 23 del ETIPY se encuentra relacionado de manera directa con el principio del juicio justo[32], porque este artículo establece la necesidad de justificar las decisiones adoptadas dentro del proceso. De la misma forma, ha existido un desarrollo jurisprudencial con relación a los elementos que componen este principio, como lo es el derecho fundamental que tiene el acusado a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial[33].

---

29 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the challenge of the defense before the jurisdiction of the Court, December* 13, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-772, para. 37.

30 CPI, *Decision on Prosecutor's Application for Leave to Appeal in Part Pre-trial Chamber II's Decision on the Prosecutor's Applications for Warrants of Arrest Under Article 58*, supra n. 19, para. 31.

31 Según el artículo 21 del ETPIY.

32 TPIY, *the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, Judgment,* July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A, para. 69.

33 Ibid., para. 177.

La jurisprudencia del TPIY ha subrayado también que para garantizar un juicio justo es necesario que las SPI protejan de manera efectiva a los testigos, pues dicho principio opera también en su favor. Así pues, en caso de existir intimidación a los testigos, se deben tomar todas las medidas necesarias y razonablemente disponibles para protegerlos, ya sea a petición de parte o de oficio[34].

Para la protección efectiva de los testigos, las SPIs cuentan con amplios poderes, que se recogen en la regla 54 de las RPP. Entre estos, se encuentra la capacidad de expedir órdenes, convocatorias y citaciones necesarias para llevar a cabo la investigación y el desarrollo del proceso. Así mismo, tiene el poder de adoptar medidas para la protección de los testigos y la presentación por videoconferencia de sus testimonios. Además, en caso de que estas medidas lleguen a fallar, las SPIs tienen la facultad de aplazar o suspender el juicio a petición de parte o de oficio[35].

Con respecto al principio de celeridad, el TPIY ha señalado que este se refiere a que el proceso no sufra ninguna demora injustificada y se desarrolle en un tiempo razonable. Sin embargo, el TPIY ha establecido también que no se aplica de manera inmutable porque hay casos con un alto grado de complejidad que requieren buscar un equilibrio entre los principios del juicio justo y de la celeridad en las actuaciones[36]. A este respecto, la SA ha subrayado que las consideraciones logísticas y de economía procesal no pueden estar por encima del principio a un proceso justo, lo que implica cumplir con los procedimientos y las reglas establecidas[37].

El análisis jurisprudencial del TPIY permite observar como el principal beneficiario de los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones es el acusado. Sin embargo, autores como Tochi-

---

34 TPIY, *the Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj & Lahi Brahimaj, Appeals Chamber, Judgment, July* 19, 2010, Case No.: IT-04-84, para. 35.

35 Ibid., para. 36.

36 TPIY, *the Prosecutor v. Nikola Sainovic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic & Sreten Lukic, Appeals Chamber, Judgment, January* 23, 2014, Case No.: IT-05-87, para. 101.

37 TPIY, *the Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Appeals Chamber, Judgment, April* 8, 2015, Case No.:IT-05-88/2, para. 23.

lovsky consideran que el TPIY ha establecido que las garantías recogidas en estos principios son también aplicables a la Fiscalía. Así mismo, el TPIY ha establecido que, a través de la protección de los testigos, se garantiza la existencia de un juicio justo en el desarrollo de los procedimientos[38].

En este sentido, Tochilovsky afirma que, si bien las SPIs tienen la obligación de garantizar el pleno respeto de los principios relativos al juicio justo y a la celeridad en las actuaciones, respetando plenamente los derechos del acusado[39], para este autor el acusado no es la única parte procesal que tiene el derecho a un trato justo y equitativo[40]. La obligación de las SPIs de proteger la integridad del proceso implica, asimismo, asegurar la aplicación de los mencionados principios, y garantizar que la conducta de ambas partes se ajuste a los mismos[41]. Para Tochilovsky, es muy difícil pensar que un juicio pueda ser considerado justo cuando el acusado es favorecido en detrimento de la Fiscalía (que actúa en representación de los intereses de la comunidad internacional y de las víctimas[42]), más allá del estricto cumplimiento de las protecciones estatutarias[43].

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que estos principios cuentan con un mayor desarrollo en relación con el acusado, porque sus derechos tienen mayor probabilidad de ser transgredidos, pero no se le aplican al mismo de forma exclusiva, sino que también son aplicables a la Fiscalía, a las víctimas y a los testigos.

---

38 Mcdermott, Y., 2012, 'Rights in reverse: A critical analysis of fair trial rights under international criminal law', En Schabas, W, Mcdermott, Y & Hayes, N. (Ed.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Routledge, p. 4.

39 Tochilovsky, V., 2008, *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights: Procedure and Evidence*, Leiden, Brill, Nijhoff, p. 276.

40 TPIY, *the Prosecutor v. Milan Milutinović, Trial Chamber III, Decision on Prosecution's Request for Certification of Rule 73 bis Issue for Appeal, August* 30, 2006, Case No.: IT-05-87-T, para. 10.

41 Tochilovsky, V., 2008, supra n. 39, p. 276.

42 Idem.

43 TPIY, *Aleksovski Decision on the appeal of the Prosecutor on the admissibility of the evidence*, supra n. 26, paras. 24-25.

Finalmente, es posible observar cómo las SPIs tienen la obligación de proteger a las víctimas y los testigos para garantizar con ello la integridad del proceso.

3.3. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

En el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TPIR), los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se han desarrollado a partir de lo previsto en el art. 19 del ETPIR. En esta disposición se establece que las SPIs deben asegurar que los juicios sean justos y expeditos, que los procedimientos se encuentren en concordancia con las RPP del TPIY, que haya respeto absoluto hacia los derechos del acusado y se garantice la protección efectiva de las víctimas y los testigos. Todo ello se encuentra en concordancia con lo previsto en el art. 20 del ETPIR, donde recogen los derechos del acusado.

Según SA del TPIR, un juicio justo está conformado, entre otras, por las siguientes garantías: (i) la obligación de la Fiscalía de revelar a la Defensa el material probatorio exculpatorio en su posesión[44]; (ii) el derecho del acusado a asistencia jurídica gratuita (lo que no implica necesariamente la posibilidad de elegir abogado defensor)[45]; (iii) la obligación de las Salas a emitir un fallo razonado[46]; (iv) el derecho a contrainterrogar a los testigos[47]; (v) el establecimiento de unos procedimientos que garanticen la igualdad entre las partes[48]; (vi) la independencia e imparcialidad de los jueces[49]; (vii) el dere-

---

44 TPIR, *the Prosecutor v. Calixte Kalimanzira, Appeals Chamber, Judgment, October* 20, 2010, Case No.: ICTR-05-88-A, para. 18.

45 TPIR, *the Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeals Chamber, Judgment, October* 19, 2000, Case No.: ICTR-97-23-A, para. 33.

46 TPIR, *the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse & Joseph Nzirorera, Appeals Chamber, Judgment, September* 29, 2014, Case No.: ICTR-98-44, para. 26; TPIR, *the Prosecutor v. Gregoire Ndhaimana, Appeals Chamber, Judgment, December* 16, 2013, Case No.: ICTR-01-68, para. 14.

47 TPIR, *Kalimanriza Appeals Judgment*, supra n. 44, para. 40.

48 Ibid., para. 34.

49 TPIR, *the Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana, Appeals Chamber, Judgment, June* 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1, para. 55.

cho del acusado a que la Fiscalía le transmita información clara y precisa sobre la acusación[50]; y (viii) la aplicación del mismo estándar de prueba para valorar los elementos de prueba presentados por la Fiscalía y la Defensa[51].

La SA ha señalado también que la obligación de las SPIs de garantizar los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones conlleva un delicado equilibrio de intereses, particularmente en casos donde se encuentra más de un acusado[52]. Teniendo esto en cuenta, al momento de garantizar que un proceso no tenga ningún retraso injustificado, es necesario analizar los elementos del caso y su complejidad. Por ello, la SA ha reconocido que los casos ante el TPIR no se pueden desarrollar a la misma velocidad que los tramitados por los tribunales domésticos, toda vez que su gravedad y complejidad no lo permiten[53]. De igual forma, pueden existir también diferencias en el tratamiento dado a los distintos casos enjuiciados ante el TPIR, siempre y cuando estén justificadas por sus respectivas particularidades[54].

A pesar de que el desarrollo jurisprudencial de estos principios por el TPIR se centra en el acusado, Tochilovsky aclara que el principio del juicio justo aplica tanto para la Defensa como para la Fiscalía[55], como se refleja en la jurisprudencia emanada del caso Karemera[56]. Es, por tanto, fundamental comprender que la Fiscalía tiene también derecho a una justa oportunidad para presentar su teoría del caso y sus elementos de prueba.

---

50 Artículo 20 del Estatuto del TPIR.

51 TPIR, *the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Appeals Chamber, Judgment, April* 1, 2011, Case No.: ICTR-97-31-A, para. 540.

52 TPIR, *the Prosecutor v. Aloys Ntabakuze, Appeals Chamber, Judgment, May* 8, 2012, Case No.: 98-41A-A, para. 21.

53 TPIR, *the Prosecutor v. Justin Mugenzi & Prosper Mugiranzea, Appeals Chamber, Judgment*, February 4, 2013, Case No.: ICTR-99-50-A, para. 32.

54 Idem.

55 Tochilovsky, V., 2008, supra n. 39, p. 276.

56 TPIR, *The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera & Andre Rwamakuba, Trial Chamber III, Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment, December* 7, 2003, Case No.: ICTR–98–44–PT, para. 26.

Con respecto a la celeridad en las actuaciones, Mcdermott subraya que, teniendo en cuenta los diferentes pronunciamientos que ha tenido el TPIR, es muy difícil para el acusado exigir de manera efectiva que el juicio se realice sin dilaciones, porque las SPIs tienden a primar el interés en un juicio justo y así justificar la dilación del proceso por la complejidad de sus elementos[57].

En conclusión, la jurisprudencia del TPIR y la doctrina concuerdan en que, si bien los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones buscan principalmente salvaguardar los derechos del acusado, no se puede excluir su aplicación en favor de la Fiscalía, las víctimas y los testigos.

3.4. Las Sala Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y la Corte Especial para Sierra Leona

En las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (SETC), los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se recogen en el art. 33 de Ley que establece las SETC y las regula[58]. Según esta disposición, la SETC tienen que garantizar que los juicios sean justos, que se lleven a cabo con celeridad y que se desarrollen en concordancia con los procedimientos preexistentes. Así mismo, el propio art. 33 prevé que los juicios deben desarrollarse con pleno respeto a los derechos del acusado, y protegiendo a las víctimas y a los testigos. Además, dispone que el ejercicio jurisdiccional de las SETC debe respetar los estándares internacionales del juicio justo, la equidad y el debido proceso, tal y como se regula en los arts. 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El desarrollo jurisprudencial de estos principios por las SETC se ha centrado en su obligación de garantizar un juicio justo y la cele-

---

57 Mcdermott, Y., 2011, supra n. 38, p. 12.

58 SETC, 2011, *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, August* 10, 2011.

ridad en las actuaciones[59]. Así, en la sentencia de apelación del caso Khieu Samphân & Nuon Chea (2016), la Sala de Apelaciones estableció que los mencionados principios hacen parte del debido proceso, el cual está compuesto por dos elementos principales: el primero, el derecho del acusado a ser juzgado sin ningún retraso injustificado, y el segundo, el derecho a obtener la asistencia y la evaluación del testimonio de los testigos propuestos por la Defensa[60].

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible observar que los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se han desarrollado jurisprudencialmente alrededor del acusado, si bien la Ley que crea y regula las SETC establece también que las víctimas y los testigos deben ser protegidos durante el desarrollo de las actuaciones.

En lo que se refiere al Tribunal Especial para el Líbano (TEL), el principio del juicio justo se recoge en los arts. 16(2)[61] y 17[62] del Estatuto del TEL (ETEL), entendiéndose como parte esencial de los derechos con los que cuentan tanto el acusado como las víctimas, además de un deber de las Salas del TEL asegurar y garantizar que el juicio sea justo para todas las partes procesales. En cuanto al principio de celeridad en las actuaciones, este se recoge en el art. 28 del ETEL[63], que establece que los jueces deben guiarse en todas las etapas del proceso por las reglas de procedimiento y prueba (RPP) del TEL, para poder así tener un juicio expedito que respete y garantice el derecho de las partes a un juicio justo.

Finalmente, en la Corte Especial para Sierra Leona (CESL), los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones se consideran garantías del acusado recogidas en el art. 17 de su Estatuto, que exige expresamente la igualdad de las partes ante la CESL, un procedimiento justo y público, la presunción de inocencia y la salvaguarda

---

59 SETC, *the Prosecutor v. Khieu Samphân & Nuon Chea, Supreme Court Chamber, Appeal Judgment, November* 23, 2016, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/SC, para. 162.

60 Idem.

61 Security Council, 2007, *Resolution 1757, Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, *May* 30, 2007, UN Doc. No.: S/RES/1757, artículo 16(2).

62 Ibid., artículo 17.

63 Ibid., artículo 28.

de ciertas garantías mínimas del acusado (como el ser informado oportunamente de los hechos y delitos que se le imputan en un lenguaje que entienda, el tener el tiempo adecuado para la preparación de su Defensa y el poder comunicarse con su abogado).

McDermott ha compilado los argumentos a favor de que el principio del juicio justo no se aplique exclusivamente en favor del acusado, sino que, con base en el principio de igualdad y los artículos 18, 20 y 21 del Estatuto de la CESL, se extienda a las demás partes en las actuaciones[64].

Con respecto al principio de celeridad en las actuaciones, este es recogido en el art. 17 del Estatuto de la CESL (ECESL), como parte de las garantías mínimas del acusado. Allí se establece que el acusado debe ser juzgado sin retrasos indebidos. Una lectura estricta del Estatuto parece indicar que el mismo está sólo dirigido a proteger al acusado. Sin embargo, en la decisión en caso Norman y otros (2004), la Sala de Apelaciones estableció que el principio de celeridad también favorece a las víctimas y sus familiares, porque de no tomarse una decisión con celeridad no será posible que las víctimas puedan superar la violencia padecida[65].

3.5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones han sido desarrollados jurisprudencialmente por el Tribual Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en el que se establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, de manera pública y dentro de un plazo razonable por un tribunal imparcial establecido por ley.

---

64 Mcdermott, Y., 2011, supra n. 38, p. 4.

65 TESL, *the Prosecutor v. Norman et. al., Appeals Chamber, Decision on the applications for a stay of proceedings and denial of right to appeal*, November 4, 2003, Case No.: SCSL-2003-09-PT, para. 8.

El TEDH ha desarrollado el principio del juicio justo afirmando que está íntimamente relacionado con las siguientes garantías procesales conexas: (i) la participación efectiva en las actuaciones[66]; (ii) la naturaleza acusatoria del proceso y la igualdad de armas[67]; (iii) la fundamentación de las decisiones judiciales[68]; (iv) la apropiada administración de los elementos de prueba[69]; y (v) el principio de inmediación[70], entre otras. Si bien es cierto que la mayor parte de estas garantías han sido desarrolladas por el TEDH en relación con el acusado, no es menos cierto que el TEDH ha declarado expresamente que algunas de ellas, como el principio de igualdad de armas y la naturaleza acusatoria de las actuaciones, opera en favor de todas las partes en el proceso.

En este sentido, el TEDH ha subrayado en el caso Dombo Beheer BV c. los Países Bajos (1993)[71] que: (a) es necesario que tanto la Fiscalía como el acusado hayan tenido una oportunidad razonable durante el proceso para presentar su caso bajo igualdad de condiciones; y (b) las autoridades nacionales tienen la obligación de asegurarse que cada caso individual cumpla con los criterios recogidos previstos en el CEDH sobre la administración de una justicia equitativa y el respeto de todos los derechos y garantías de las partes que intervienen en el proceso[72].

En este sentido, Rainey, Wicks y Obey afirman que el análisis de este caso permite afirmar que el TEDH requiere que, para que se cumpla con el principio de igualdad de armas, exista un justo equilibrio entre las partes (tanto en los casos civiles como penales). De esta manera, lo más importante es que se haya ofrecido a las partes una oportunidad razonable para presentar su caso, incluyendo los elementos de prueba propuestos por las mismas, bajo condiciones que no les generen una desventaja sustancial con respecto a sus con-

---

66 ECtHR, Murtazaliyeva v. Russia, *Judgment*, *December* 18, 2018.
67 ECtHR, Dombo Beheer BV v. The Netherlands, *Judgment*, *October* 27, 1993.
68 ECtHR, Hadjianastassiou v. Greece, *Judgment*, *December* 16, 1992.
69 ECtHR, Khan v. United Kingdom, *Judgment*, *May* 12, 2000.
70 Idem.
71 ECtHR, *Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, supra n. 67.
72 Ibid., para. 33.

trapartes[73]. Además, según Tochilovsky, el principio de la igualdad de armas y la naturaleza acusatoria de las actuaciones implican que tanto la Fiscalía como la Defensa deben tener la oportunidad de conocer y comentar sobre las observaciones y elementos de prueba aducidos por la contraparte, con el propósito de influenciar la decisión del tribunal competente[74].

Con respecto al principio de celeridad en las actuaciones, este ha sido desarrollado en varios casos por el TEDH como parte del principio de la apropiada administración de justicia. Entre ellos, destaca el caso Zimmermann y Steiner c. Suiza (1992)[75], en el que el TEDH estableció que es necesario analizar las circunstancias específicas de cada caso para determinar si un proceso se ha llevado a cabo cumpliendo con las exigencias del principio de celeridad. De este modo, para el TEDH, no hay una duración o tiempo específico bajo el cual se cumpla este principio, pues es necesario hacer una evaluación integral de cada proceso a la luz de sus circunstancias específicas (incluyendo, entre otras cosas, la complejidad del caso y la cantidad de elementos de prueba a evaluar).

A este respecto, Tochilovsky subraya cómo el TEDH ha afirmado que la razonabilidad de la duración de las actuaciones debe evaluarse siempre a la luz de las circunstancias particulares del caso en su totalidad. De esta manera, el enfoque del TEDH consiste en examinar la duración del procedimiento en su conjunto, cubriendo así todas las etapas procesales[76].

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el TEDH, si bien ha hecho particular énfasis en la interpretación de las garantías de los solicitantes de su amparo (normalmente los acusados en los procesos penales nacionales), ha dado también lineamientos claros en

---

73 Rainey, B., Wicks, E. & Ovey, C., 2017, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 7a Ed., p. 291-292.

74 Tochilovsky, V., 2008, supra n. 39, p. 275-276.

75 ECtHR, Zimmermann & Steiner v. Switzerland, *Judgment*, July 13, 1983, para. 24.

76 Tochilovsky, V., 2008, supra n. 39, p. 296.

el sentido de que los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones benefician a todas las partes procesales.

3.6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha desarrollado el principio del juicio justo a través de una extensa interpretación de los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH. De esta manera, para la CtIDH[77], el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) recoge, entre otros, los siguientes derechos, que emanan del principio del juicio justo: (i) el derecho a ser oído[78]; (ii) el derecho a una investigación judicial efectiva[79]; (iii) el derecho a la debida diligencia[80]; y (iv) el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente[81]. Según la CtIDH, los tres primeros derechos de los cuatro mencionados se encuentran también incluidos en el art. 25 de la CADH.

Las garantías procesales que forman parte del principio del juicio justo han sido interpretadas jurisprudencialmente por la CtIDH desde la perspectiva de quienes han solicitado su amparo (normalmente, víctimas de graves actos de violencia). El caso Barrios Altos c. Perú

---

77 CtIDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°12: Debido Proceso, https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf

78 CtIDH, Apitz Barbera et. al. *("First Court of the Contested Administratif")* v. Venezuela, *Judgment*, *August* 5, 2008 (Preliminar Exception, Case, Reparations and Costs), para. 75; CtIDH, Barrios Altos v. Peru, *Judgment*, *March* 14, 2001 (merits), para. 42.

79 CtIDH, "Niños de la Calle" (Villagrán Morales et. al.) v. Guatemala, *Judgment, November* 19, 1999 (merits), paras. 230-233; CtIDH, Durand & Ugarte v. Peru, *Judgment*, *August* 16, 2000 (merits), para. 130.

80 CtIDH, Anzualdo Castro v. Perú, *Judgment*, September 22, 2009 *(Preliminary Exceptions, Case, Reparations and Costs),* paras. 135, 154; CtIDH, Favela Nova Brasília v. Brasil, *Judgment, February* 16, 2017 *(Preliminary Exceptions, Case, Reparations y Costs),* para. 174.

81 CtIDH, Las Palmeras v. Colombia, *Judgment*, *December* 6, 2001 (merits), paras. 53-54.

(2001)[82], en el que la CtIDH afirmó que el derecho de las víctimas y de sus familiares a ser oídos había sido violado por el Estado, es un ejemplo paradigmático de esta situación. Lo mismo sucede en el caso Durand y Ugarte c. Perú (2000)[83], donde el derecho de los familiares de las víctimas a una investigación judicial efectiva fue infringido por el Estado al no investigar su desaparición. Un tercer ejemplo puede encontrarse en el caso Favela Nova Brasília c. Brasil (2017)[84], en el que la CtIDH recordó a los Estados Parte que están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso.

En cuanto al principio de celeridad en las actuaciones, la CtIDH lo ha interpretado también como parte de los arts. 8 y 25. Así, en el caso Favela Nova Brasília c. Brasil (2017)[85], la CtIDH señaló que la solución de una controversia debe producirse dentro de un tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir una violación de las garantías judiciales previstas en el art. 8 de la CADH. Por su parte, en el caso Claude Reyes y otros c. Chile (2006)[86] afirmó que los Estados deben garantizar recursos judiciales sencillos, rápidos y efectivos, para así cumplir con la celeridad necesaria en la entrega de información indispensable, so pena de infringir las protecciones judiciales previstas en el art. 25 de la CADH.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que, a diferencia del TEDH, la CtIDH ha desarrollado los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones en favor únicamente de los solicitantes (víctimas de graves actos de violencia) que buscaban su amparo[87].

---

82 CtIDH, Barrios Altos v. Peru, supra n. 78, para. 42.

83 CtIDH, Durand & Ugarte v. Perú, supra n. 79, para. 130.

84 CtIDH, *Favela Nova Brasília v. Brasil*, supra n. 80, para. 174.

85 Ibid., para. 217.

86 CtIDH, Claude Reyes et. al. v. Chile, *Judgment, September* 19, 2006 (Merits, Reparations and Costs), para. 137.

87 Autoras como Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Ubeda de Torres subrayan, sin embargo, que las garantías procesales de aplicantes y Estados parte deben ser siempre interpretadas a la luz del principio del juicio justo. Ver: Burgorgue-Larsen, L. & Ubeda de Torres, A., 2011, *Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, p. 656.

4. ¿EN QUÉ CASOS ES APROPIADA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL JUICIO ORAL O *MISTRIAL*?

4.1. La Corte Penal Internacional

Ni el ECPI, ni las RPP de la CPI, recogen la figura del *mistrial*, que consiste en la terminación del proceso antes de la finalización del juicio oral porque un error en las actuaciones lo convierte en nulo.

Sin embargo, esto no ha impedido que en el caso contra William Ruto (ex vicepresidente de Kenia y ex secretario general del Movimiento Democrático Naranja) y Joshua Sang (ex director de operaciones de la emisora Kass FM), la mayoría de la SPI V decidiera anular los cargos contra los acusados a la mitad del juicio oral porque se había producido un *mistrial*[88], debido a que a lo largo del proceso se constataron: (i) intentos inapropiados a nivel político para interferir en el juicio oral y afectar su resultado; (ii) falta de cooperación de varios testigos a causa de un ambiente de intimidación y presión generalizada contra ellos por la hostilidad contra el proceso existente tanto a nivel comunitario como a nivel nacional en Kenia; y (iii) limitación de la capacidad de la Fiscalía para presentar elementos de prueba suficientes para continuar con el juicio oral (debido a las circunstancias mencionadas).

Con base en lo anterior, y a la luz del art. 64(2) del ECPI, la SPI V afirmó que, en cumplimiento de su obligación de velar por un juicio justo y expedito, adoptaba la decisión de anular los cargos impuestos a los imputados, sin que esto significara que la Fiscalía no podía volver a formular cargos por los mismos hechos si las circunstancias cambiaban[89]. Esta decisión se argumentó partiendo de la base de que las conductas realizadas en contra de los testigos (intimidación y pre-

---

88 CPI, *Public Information and Communication Section,* 2016, *ICC Press Release: Ruto and Sang case: ICC Trial Chamber V(A) terminates the case without prejudice to re-prosecution in future, April* 5, 2016, available at: https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1205.

89 CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), Scheduling Order for Oral Hearings on the Defence 'No Case to Answer' Motions, November* 6, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1999.

sión), no permitían a la Sala concluir que los testigos eran libres para presentar sus testimonios de manera voluntaria.

En consecuencia, del caso Ruto y Sang se deduce que el fundamento para que la CPI pueda declarar un *mistrial* es la imposibilidad de poder desarrollar el juicio oral con pleno respeto a las garantías salvaguardadas por el principio del juicio justo, previsto en el art. 64(2) del ECPI.

4.2. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Al igual que el ECPI, el ETPIY tampoco contiene normas explícitas que regulen las declaraciones de *mistrial*. Sin embargo, tanto la SPI como la SA del TPIY pueden adoptarlas de acuerdo con los previsto en las reglas 54 y 107 de las RPP del TIPY[90]. En este sentido, la jurisprudencia del TPIY ha subrayado que la declaración de *mistrial* es un remedio que se tiene que dar durante la primera instancia, toda vez que es una decisión interlocutoria que declara terminado el juicio oral de forma anticipada, al existir un error de derecho que lo invalida[91]. En consecuencia, debe solicitarse mientras se desarrolla el juicio oral y no durante el procedimiento de apelación[92]. Esto es así porque durante el juicio oral es un remedio procesal justo, apropiado e imprescindible para evitar que aquél siga adelante a pesar de la existencia de errores que lo han convertido en nulo. Sin embargo, en el procedimiento de apelación no es un remedio indispensable porque los errores que anulan las actuaciones pueden ser declarados en la sentencia de apelación.

A diferencia de la CPI y el TPIY, en el TPIR no existe ni legislación ni jurisprudencia que analice específicamente la figura del *mistrial*.

---

90 TPIY, *Furundzija Appeals Judgment*, supra n. 32, para. 20.

91 Ibid., para. 19; TPIY, *the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landžo, Appeals Chamber, Judgment*, *February* 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A, para. 645.

92 TPIY, *Furundzija Appeals Judgment*, supra n. 32, para. 33.

4.3. Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y la Corte Especial para Sierra Leona

En lo que se refiere a las SETC, el TEL y la CESL cabe señalar que la cuestión relativa a cuándo podría ser apropiada una declaración de *mistrial* no ha sido abordada hasta el momento ni en su legislación aplicable, ni en su jurisprudencia.

4.4. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, con respecto a la TEDH, conviene recordar lo señalado al abordar la primera pregunta de este trabajo con respecto a que el TEDH no se ocupa de resolver problemas procesales o probatorios internos, como son las declaraciones de *mistrial*. En consecuencia, al no ser el TEDH una instancia de apelación de las decisiones jurisdiccionales nacionales[93], no conoce de los errores de hecho o de derecho supuestamente cometidos por los tribunales internos, salvo en la medida en que puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por la CEDH (en particular, en su art. 6)[94]. Por ello, la jurisprudencia del TEDH no ha abordado hasta el momento la cuestión relativa a cuándo podría ser apropiada una declaración de *mistrial*.

La misma situación se plantea en relación con la CtIDH, que tampoco se encarga de resolver problemas internos como los relativos al establecimiento de las modalidades específicas de investigación y juzgamiento o la determinación de las normas internas aplicables en las actuaciones nacionales. En este sentido, como vimos en su momento, el preámbulo de la CADH y la jurisprudencia de la CtIDH

---

93 ECtHR, 2018, Reglamento de Procedimiento del TEDH, 1 de agosto de 2018, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf, p. 66.

94 ECtHR, *Garcia Ruiz v. Spain*, supra n. 13, para. 28.

dejan claro que la CtIDH no es un tribunal de "cuarta instancia"[95], y que su naturaleza es subsidiaria, coadyuvante y complementaria. El caso Palma Mendoza y otros c. Ecuador (2012)[96] es un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial. En consecuencia, la CtIDH tampoco ha abordado hasta el momento la cuestión relativa a cuándo sería apropiada una declaración de *mistrial* en el ámbito interno.

5. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos analizado tres cuestiones procesales resultantes de la decisión de la SPI I de la CPI en el caso Gbagbo y Blé Goudé, que son especialmente relevantes para el proceso de apelación en curso contra dicha decisión. En primer lugar, hemos analizado si las SPIs tienen la facultad de definir el estándar de prueba aplicable con posterioridad a la emisión de sus decisiones. En segundo lugar, hemos estudiado si los principios del juicio justo y la celeridad en las actuaciones favorecen exclusivamente al acusado, o si su aplicación se extiende a otras partes y participantes en los procesos ante la CPI, como la Fiscalía, las víctimas y los testigos. Finalmente, hemos abordado la cuestión relativa a los casos en los que puede ser apropiada una decisión de nulidad del juicio oral o *mistrial*.

El objetivo de nuestra investigación no ha sido dar una respuesta definitiva a cada una de las tres preguntas objeto de análisis, sino ofrecer, de acuerdo al sistema de fuentes previsto en el art. 21 del ECPI, una panorámica lo más amplia posible de la forma en que se regulan las mismas en la legislación y la jurisprudencia de los principales tribunales penales internacionales y tribunales regionales de protección de los derechos humanos, y en particular, la CPI, el TPIY, el TPIR, las SETC, el TEL, la CESL, el TEDH y la CtIDH. Con ello esperamos haber realizado una aportación a los órganos competentes

---

95 Establecido en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos. Vid.: *Organization of American States,* 1969, *American Convention on Human Rights (adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November,1969)*, November 22, 1969.

96 CtIDH, Palma Mendoza et. al. v. Ecuador, *Judgment*, September 3, 2012 (Preliminary Objection and Merits), para. 16.

para tomar decisiones sobre estas tres cuestiones y al debate académico sobre las mismas.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CtIDH, Niños de la calle (Villagrán Morales et. al.) v. Guatemala, *Judgment*, November 19, 1999 (Merits).

CtIDH, Durand & Ugarte v. Peru, *Judgment*, August 16, 2000 (Merits).

CtIDH, Barrios Altos v. Peru, *Judgment*, March 14, 2001 (Merits).

CtIDH, Las Palmeras v. Colombia, *Judgment*, December 6, 2001 (Merits).

CtIDH, Claude Reyes et. al. v. Chile, *Judgment*, September 19, 2006 (Merits, Reparations and Costs).

CtIDH, Nogueira de Carvalho et. al. v. Brazil, *Judgment*, November 28, 2006 (Preliminary Objections and Merits).

CtIDH, Apitz Barbera et. al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela, *Judgment*, August 5, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).

CtIDH, Anzualdo Castro v. Peru, *Judgment*, September 22, 2009 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).

CtIDH, Palma Mendoza et. al. v. Ecuador, *Judgment*, September 3, 2012 (Preliminary Objection and Merits).

CtIDH, Mémoli v. Argentina, *Judgment*, August 22, 2013 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).

CtIDH, Favela Nova Brasília v. Brasil, *Judgment*, February 16, 2017 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).

Corte Penal Internacional

CPI, *Situation in Uganda, Pre-Trial Chamber II, Decision on Prosecutor's Application for Leave to Appeal in Part Pre-trial Chamber II's Decision on the Prosecutor's Applications for Warrants of Arrest Under Article 58*, August 19, 2005, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/05-20.

CPI, *Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the Chamber's Decision of 17 January 2006 on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS5 and VPRS6*, March 31, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01/04-135-tEN.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision on the Challenge of the Defense Before the Jurisdiction of the Court*, December 13, 2006, ICC Doc. No.: ICC-01 / 04-01 / 06-772.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008*, June 13, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-1401.

CPI, *the Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Appeals Chamber, Decision on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 20 November 2009 Entitled "Decision on the Motion of the Defence for Germain Katanga for a Declaration on Unlawful Detention and Stay of Proceedings"*, July 28, 2010, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07 OA 10, July 12, 2010.

CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), Public redacted version of "Corrigendum of Ruto Defence Request for Judgment of Acquittal"*, October 26, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1990-Corr-Red.

CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Trial Chamber V(A), Scheduling Order for Oral Hearings on the Defence 'No Case to Answer' Motions*, November 6, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/09-01/11-1999.

CPI, *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, June 8, 2018, ICC Doc No.: ICC-01 / 05-01 / 08-3636.

CPI, *the Prosecutor v. Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé, Appeals Chamber, Public redacted version of "Prosecution Document in Support of Appeal"*, October 17, 2019, ICC Doc. No.: ICC-02/11-01/15.

Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

SETC, *the Prosecutor v. Khieu Samphân & Nuon Chea, Supreme Court Chamber, Appeal Judgment*, November 23, 2016, Case No.: 002/19-09-2007-ECCC/SC.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *the Prosecutor v. Norman et al., Appeals Chamber, Decision on the applications for a stay of proceedings and denial of right to appeal*, November 4, 2003, Case No.: SCSL-2003-09-PT.

TESL, *the Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra (The Prosecutor v. Ayyash and Others), Appeals Chamber, Decision on the Interlocutory Appeal of the Defense of Badreddine on the "Provisional Decision on the Death of Mr. Mustafa Amine Badreddine and the Possible Termination of Proceedings"*, July 11, 2016, Case No.: STL-11-01/T/AC/ AR126.11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, *Zimmermann & Steiner v. Switzerland, Judgment*, July 13, 1983.

TEDH, *Hadjianastassiou v. Greece, Judgment,* December 16, 1992.

TEDH, *Dombo Beheer BV v. The Netherlands, Judgment*, October 27, 1993.

TEDH, *Garcia Ruiz v. Spain, Judgment*, January 21, 1999.

TEDH, *Khan v. United Kingdom, Judgment*, May 12, 2000.

TEDH, *Melnychuk v. Ukraine, Decision on inadmissibility*, July 5, 2005.

TEDH, *Nachova and others v. Bulgaria, Judgment*, July 6, 2005.

TEDH, *Murtazaliyeva v. Russia, Judgment*, December 18, 2018.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TIPY, *the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, Decision on the Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence*, February 16, 1999, Case No.: IT-95-14/1.

TIPY, *the Prosecutor v. Duško Tadić, Appeals Chamber, Judgment*, July 15, 1999, Case No.: IT-94-1-A.

TIPY, *the Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Appeals Chamber, Judgment*, March 24, 2000, Case No.: IT-95-14/1.

TIPY, *the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, Judgment*, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.

TIPY, *the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landžo, Appeals Chamber, Judgment*, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A.

TIPY, *the Prosecutor v. Milan Milutinović, Trial Chamber III, Decision on Prosecution's Request for Certification of Rule 73 bis Issue for Appeal*, August 30, 2006, Case No.: IT-05-87-T.

TIPY, *the Prosecutor v. Milan Martić, Appeals Chamber, Decision on Appeal against the Trial Chamber's Decision on the Evidence of Witness Milan Babić,* September 14, 2006, Case No.: IT-95-11-AR73.2.

TIPY, *the Prosecutor v. Jadranko Prlic et al., Appeals Chamber, Decision on the Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case,* February 6, 2007, Case No.: IT-04-74-AR73.4.

TIPY, *the Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj & Lahi Brahimaj, Appeals Chamber, Judgement,* July 19, 2010, Case No.: IT-04-84.

TIPY, *the Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic, Appeals Chamber, Judgment,* December 4, 2012, Case No.: IT-98-32/1.

TIPY, *the Prosecutor v. Nikola Sainovic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic & Sreten Lukic, Appeals Chamber, Judgement,* January 23, 2014, Case No.: IT-05-87.

TIPY, *the Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Appeals Chamber, Judgement,* April 8, 2015, Case No.: IT-05-88/2.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TIPR, *the Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeals Chamber, Judgement,* October 19, 2000, Case No.: ICTR-97-23-A.

TIPR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Appeals Chamber, Judgment,* June 1, 2001, Case No.: ICTR-96-4.

TIPR, *the Prosecutor v. Clement Kayishema & Obed Ruzindana, Appeals Chamber, Judgement,* June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1.

TIPR, *The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera & Andre Rwamakuba, Trial Chamber III, Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment,* December 7, 2003, Case No.: ICTR-98-44-PT.

TIPR, *the Prosecutor v. Simon Bikindi, Appeals Chamber, Judgment,* March 18, 2010, Case No.: ICTR-01-72.

TIPR, *the Prosecutor v. Calixte Kalimanzira, Appeals Chamber, Judgement,* October 20, 2010, Case No.: ICTR-05-88-A.

TIPR, *the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Appeals Chamber, Judgement,* April 1, 2011, Case No.: ICTR-97-31-A.

TIPR, *the Prosecutor v. Aloys Ntabakuze, Appeals Chamber, Judgement,* May 8, 2012, Case No.: 98-41A-A.

TIPR, *the Prosecutor v. Justin Mugenzi & Prosper Mugiranzea,* Appeals Chamber, *Judgement,* February 4, 2013, Case No.: ICTR-99-50-A.

TIPR, *the Prosecutor v. Gregoire Ndhaimana, Appeals Chamber, Judgement,* December 16, 2013, Case No.: ICTR-01-68.

TIPR, *the Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse & Joseph Nzirorera, Appeals Chamber, Judgment*, September 29, 2014, Case No.: ICTR-98-44.

Doctrina

Burgorgue-Larsen, L. & Ubeda de Torres, A., 2011, *Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 1.

Mcdermott, Y., 2012, *Rights in reverse: A critical analysis of fair trial rights under international criminal law.* In Schabas, W, Mcdermott, Y & Hayes, N. (Ed.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Aldershot, Routledge.

Rainey, B., Wicks E., & Ovey C., 2017, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 7a. Ed.

Stewart, J.K., 2014, *Fair Trial Rights under the Rome Statute from a Prosecution Perspective, ICTR Symposium - Arusha, Tanzania*, Compendium on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law, United Nations - International Residual Mechanism for Criminal Tribunals.

Tochilovsky, V., 2008, *Jurisprudence of the International Criminal Courts and the European Court of Human Rights: Procedure and Evidence*, Leiden, Brill, Nijhoff.

Informes, resoluciones y otros documentos

SETC, 2011, *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, August 10, 2011.

TEDH, 2018, *Reglamento de Procedimiento del TEDH,* 1 de agosto, 2018.

ECIDH, s. f., *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 12: Debido Proceso.*

Organization of American States, 1969, *American Convention on Human Rights (adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November,1969)*, November 22, 1969.

Security Council, 2007, *Resolution 1757, Statute of the Special Tribunal for Lebanon, May* 30, 2007, UN Doc. No.: S/RES/1757.

16. Contenido y naturaleza vinculante para las decisiones de sobreseimiento de los requisitos previstos en el artículo 74 (5) del Estatuto de la Corte Penal Internacional[*]

SOFÍA CAMPOS SÁNCHEZ[*]
MARÍA FERNANDA JARAMILLO GÓMEZ[*]
SOFÍA LINARES BOTERO[*]
SARA PAULA MOSQUERA LÓPEZ[*]

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la cuestión relativa a si las decisiones de sobreseimiento de un caso dictadas por las Salas de primera instancia (SPIs) de la Corte Penal Internacional (CPI) al finalizar la presentación de los elementos de prueba de la Fiscalía en el juicio oral (con base en que, aun cuando se atribuyera a todos ellos el mayor valor probatorio posible, no sería suficiente para alcanzar el estándar "más allá de toda duda razonable" con respecto a la culpabilidad del acusado), tienen o no que cumplir con los requisitos previstos en el art. 74 (5) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), que establece lo siguiente: "El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia (SPI) dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la SPI incluirá las opiniones

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Clara Esperanza Hernández Cortés.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2019-2020).

de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública".

Con base en el contenido del art. 74 (5) del ECPI, autores como Terrier consideran que esta disposición requiere que la SPI emita su fallo por escrito, el cual debe contener una declaración completa y razonada de los elementos de prueba, los hechos probados y las conclusiones alcanzadas, además de una respuesta clara a los cargos presentados por la Fiscalía y a solicitudes realizadas por la defensa[1]. Según este autor, teniendo en cuenta que su objetivo central es explicar a las partes y al público en general las razones que llevan a la SPI a tomar su decisión, el razonamiento debe ser: (i) basado en una lógica demostrativa; (ii) sin contradicciones; y (iii) preciso y completo. Además, no debe dejar ninguno de los argumentos planteados por las partes sin resolver[2].

Por su parte, otros autores como Klamberg hacen énfasis en que el art. 74 (5) del ECPI es uno de los pocos aspectos procedimentales de las actuaciones ante la CPI que está regulado de manera detallada, con el fin de satisfacer los principios de audiencia pública, equidad y el derecho a apelar[3].Como resultado de lo anterior, mientras que otras cuestiones procedimentales (como, por ejemplo, la presentación de los elementos de prueba) se dejan a la discreción de la SPI, todos los requisitos recogidos en el art. 74 (5) del ECPI son de carácter vinculante[4]. Además, para Klamberg, mientras los arts. 23 del Estuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY) y 22 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se refieren específicamente a los "fallos", el art. 74 (5) del ECPI utiliza en su versión en inglés el término "*decision*"[5], lo cual que puede entenderse que incluye, entre otras cosas, las decisiones de sobreseimiento dictadas por la SPI de la CPI.

---

1 Terrier, F., 2002, *The Procedure before the Trial Chamber*, en Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, New York, *Oxford University Press*, Vol. II, Cap. 31.2.

2 Ibid., para. 1315E.

3 Klamberg, M, 2017, *Commentary on the Law of the International Criminal Court, Brussels,* Torkel Opsahl *Academic EPublisher,* p. 565-569.

4 Ibid., p. 554.

5 Ibid., p. 555.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CPI sólo ha abordado hasta el momento el carácter vinculante del segundo requisito previsto en el ECPI (la obligación de las SPIs de proporcionar una exposición completa y fundada sobre la evaluación de las pruebas y las conclusiones alcanzadas) y cómo su incumplimiento constituye un error procesal. Estas cuestiones han sido tratadas en el fallo del 8 de junio de 2018 de la Sala de Apelaciones (SA) de la CPI en el caso contra Jean-Pierre Bemba. Además, la jurisprudencia de la CPI tampoco se ha pronunciado sobre si este segundo requisito aplica solamente a los fallos o es también aplicable a todas, o a algunas, decisiones interlocutorias, como las decisiones de sobreseimiento.

A la luz de lo anterior, las secciones 2 a 4 del presente trabajo abordan los requisitos previstos en el art. 74 (5) del ECPI, a saber: (a) que el fallo conste por escrito (sección 2); (b) que el fallo incluya una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas (sección 3); y (c) que la SPI dicte un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y la minoría cuando no haya unanimidad, y lo lea íntegramente, o al menos un resumen del mismo, en audiencia pública (sección 4). Para ello, y teniendo en cuenta el art. 21 (1) (b) y (3) del ECPI, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el TPIR, el Consejo de Derechos Humanos (CDH), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH).

2. EL REQUISITO DE LA ESCRITURA

2.1. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

El primer requisito del art. 74 (5) del ECPI establece que "[e]l fallo constará por escrito". Una disposición similar se recoge en el art. 23 del ETPIY, la regla 98 Ter (c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) del TPIY, el art. 22 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR) y la regla 88 (c) de las RPP del TPIR. Disposiciones similares se encuentran también respectivamen-

te en las reglas 117 (b) y 118 de las RPP del TPIY y del TPIR, que regulan las actuaciones en la fase de apelación.

La jurisprudencia del TPIY y del TPIR ha establecido con respecto a este requisito, que el fallo tiene que ser escrito para que pueda ser considerado como una decisión razonada[6]. Además, la SA del TPIY ha establecido específicamente en el caso Kvočka que la obligación de emitir un fallo por escrito es también aplicable a las decisiones que son esenciales para determinar la responsabilidad del acusado[7]. Esto incluye las decisiones de sobreseimiento porque su efecto principal es poner final al juicio oral debido a la insuficiencia de los elementos probatorios presentados por la Fiscalía.

2.2. El Comité de Derechos Humanos

El art. 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que toda persona tiene el derecho a "ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente". Sin embargo, ni esta disposición, ni la Observación General Núm. 32 del CDH sobre el art. 14 del PIDCP, se refieren explícitamente a la naturaleza oral o escrita de los fallos y otras decisiones.

En consecuencia, la única referencia expresa a que las decisiones se emitan por escrito sólo se puede encontrar en relación con el art. 14 (3) (a) del PIDCP, relativo al derecho del acusado a "ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él". Así mismo, en su Observación General Núm. 32, el CDH subraya que este derecho puede "satisfacerse formulando la acusación verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito, o por escrito,

---

6 TPIR, *the Prosecutor v. Kayishema, Trial Chamber, Judgment, June 1, 2001, Case No.: ICTR-95-1-A, para. 165; ICTY, the Prosecutor v. C. Furundzija, Trial Chamber, Judgment, July 20, 2000, Case No.: IT-95-17/1-T, para. 69.*

7 TPIY, *the Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber, Appeals Judgment, February 28, 2001, Case No.: IT-98-30/1-A, para. 286.*

a condición de bien que en la información se indiquen tanto la ley como los supuestos hechos generales en que se basa la acusación"[8].

Por otro lado, según los hechos del caso Pratt y Morgan c. Jamaica[9] ante el CDH, un Tribunal de Apelaciones de Jamaica no reveló las razones por las cuales desestimó la apelación de los solicitantes casi cuatro años después de su interposición.

Ante esta situación, el CDH, además de considerar que se había violado el derecho de los solicitantes a ser juzgados en un plazo razonable, consideró también que la demora del Tribunal de Apelaciones de Jamaica para formular su decisión y sus razones por escrito podía ser causa de una injusticia grave, porque impedía a los solicitantes ejercer su derecho a recurrir ante el *Privy Council*. Como resultado, el CDH ordenó a Jamaica la conmutación de la pena, el reembolso de las costas judiciales y una compensación monetaria para los solicitantes[10].

2.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha manifestado que los Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) deben cumplir con los requisitos y obligaciones establecidos en su art. 6 sobre el derecho a un juicio justo. Según el TEDH, esta disposición no genera expresamente la obligación de emitir los fallos u otro tipo de decisiones por escrito. Además, los Estados Parte gozan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de cumplir las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Sin embargo, el TEDH ha dispuesto en el caso Cerovsek y Bozinck c. Eslovenia (2017), que, a la luz de las leyes y regulaciones penales sustantivas y procedimentales eslovenas, cualquier juez o tribunal

---

8 Vid.: *United Nations, Human Rights Committee, General Comment No. 32 (2007) - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, August 23, 2007, UN Doc.: CCPR/C/GC/32, para. 31.*

9 OACNUDH, *Pratt & Morgan v. Jamaica, Communication No. 210/1986, April 6, 1989, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/210/1986.*

10 Idem.

en Eslovenia que lleve a cabo un juicio y examine los elementos de prueba, tiene la obligación de emitir un fallo escrito en donde se aborden todos los fundamentos que justifican el veredicto[11]. Teniendo en cuenta que en este caso sólo se emitió el fallo por escrito tres años después de que se declarara oralmente la condena, el TEDH concluyó que Eslovenia había violado el derecho de los solicitantes a un juicio justo. Por esta razón, el TEDH dictaminó que, al resolver los recursos interpuestos contra el fallo de primera instancia por los solicitantes, se debía haber ordenado la realización de un nuevo proceso y el renvío del caso a un nuevo juez de primera instancia. Como resultado, y teniendo en cuenta que la pena ya había sido cumplida, el TEDH condenó a Eslovenia a pagar a cada uno de los solicitantes la suma de 5.000 Euros por daño no pecuniario y 2.500 Euros por las costas legales[12].

En consecuencia, según el TEDH, es necesario considerar las actuaciones nacionales en su totalidad para lograr determinar si un proceso fue llevado a cabo de manera justa y bajo los parámetros del art. 6 del CEDH. Además, debe hacerse este análisis a la luz de los requisitos estatutarios específicos, las circunstancias especiales del caso[13] y las decisiones de los tribunales de apelación[14]. Por lo tanto, si existe una disposición estatutaria que requiera la emisión de un fallo, o de algún tipo de decisión interlocutoria por escrito, se debe cumplir con este requisito para así garantizar la apropiada administración de justicia y evitar arbitrariedades.

2.4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según el art. 8 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez

---

11 TEDH, *Cerovšek & Božičnik v. Eslovenia, Judgment, March 7, 2017, Case No.: 68939, para. 43.*

12 Ibid., para. 45.

13 TEDH, Ruiz Torrija *v. Spain, Judgment, December 9, 1994, Case No.: 303-A, para. 29.*

14 TEDH, *Cerovšek & Božičnik v. Eslovenia,* supra n. 10, para. 37.

o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha interpretado esta disposición en relación con el requisito de emitir fallos y otras decisiones por escrito en el caso Claude-Reyes y otros c. Chile (2006)[15]. De acuerdo con los hechos del caso, los solicitantes pidieron formalmente en 1998 al vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras ("el Comité"), un órgano del Estado chileno, información sobre: (i) si había solicitado de todos los servicios o empresas de los sectores público y privado los informes requeridos para el cumplimiento de las funciones del Comité; y (ii) cualquier infracción o delito cometido por compañías bajo la supervisión del Comité[16]. El vicepresidente del Comité se rehusó a entregar dicha información. De igual manera, el Comité también se rehusó a proveer, a petición de los solicitantes[17], una decisión escrita y razonada explicando las razones por las que el vicepresidente se rehusaba a proveer dicha información[18].

Con base en lo anterior, la CtIDH concluyó que, al no proveer una decisión escrita y razonada, los derechos de los solicitantes bajo el art. 8 (1) de la CADH habían sido violados por Chile. Así mismo, para la CtIDH, la decisión tomada por el vicepresidente del Comité fue arbitraria e infundada, y como resultado inaceptable[19]. En consecuencia, la CtIDH condenó a Chile a reparar a los solicitantes por el daño no pecuniario generado a través de las siguientes medidas: (i) transmitiendo la información solicitada o adoptando una decisión razonada en caso contrario; (ii) publicando en el Diario Oficial de Chile y en un segundo diario de amplia circulación nacional el capí-

---

15 CtIDH, *Claude-Reyes et. al. v. Chile, Judgment, September 19, 2006 (Merits, Reparations and Costs).*

16 Ibid., para. 57.13.

17 Ibid., para. 57.16.

18 Ibid., par. 122.

19 Idem.

tulo sobre "Hechos Probados" del fallo de la CtIDH; (iii) adoptando las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso a información bajo el control del Estado; y (iv) capacitando a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información bajo control estatal sobre la normativa que rige este derecho[20]. Así mismo, en su fallo, la CtIDH subrayó que el art. 8 (1) de la CADH requiere que todas las decisiones tomadas por los órganos estatales deben emitirse siempre por escrito sin importar la naturaleza de la decisión o del órgano estatal de que se trate.

3. EL REQUISITO DE LA EXPOSICIÓN FUNDADA Y COMPLETA DE LA EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS Y DE LAS CONCLUSIONES ALCANZADAS

3.1. La Corte Penal Internacional

El segundo requisito del art. 74 (5) del ECPI establece que "[e] l fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones" [21]. Para la SA de la CPI en el caso Bemba, la obligación de la SPI tiene como objetivo proteger los derechos de las partes a apelar su fallo, ya que este derecho sólo puede ser ejercido de manera adecuada cuando la SPI proporciona de manera clara los fundamentos de hecho y de derecho de este[22]. Además, la SA ha señalado que, para cumplir con este requisito, no es necesario considerar todos los factores, sino solo aquellos que fueron relevantes para que la SPI alcanzara su conclusión[23].

---

20 Ibid., paras. 156 et. seq.

21 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", June* 8, 2018, CPI Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red, paras. 49-50.

22 Ibid., para. 51.

23 Ibid., para. 49.

Para la SA, el incumplimiento de la SPI supone un error procesal cuyo remedio dependerá de las especificidades de cada caso[24]. Así, cuando la falta de razonamiento es extensa, la SA puede decidir ordenar un nuevo juicio ante una nueva SPI[25]. Sin embargo, cuando el razonamiento es simplemente insuficiente, la SA puede remitir algunas conclusiones de hecho a la SPI original con instrucciones para (i) fortalecer el razonamiento que fundamenta su decisión; y (ii) devolver el fallo a la SA[26].

Por otra parte, como veíamos en la introducción, la jurisprudencia de la SA no ha abordado todavía la cuestión relativa a si este segundo requisito solo es aplicable a los fallos o si también es aplicable a otras decisiones, como las decisiones de sobreseimiento.

3.2. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

La obligación de la SPI de proveer un pronunciamiento completo y razonado se recoge respectivamente en las reglas 98 Ter (c) y 88 (c) de las RPP del TPIY y del TPIR. Disposiciones similares para las actuaciones de apelación se encuentran respectivamente en las reglas 117 (b) y 118 (b) de las RPP del TPIY y del TPIR.

En los casos Kuranac et. al., Limaj et. al., y Krajisnik, la SA del TPIY ha subrayado que una opinión completa y razonada de la SPI es clave para proteger el derecho a un juicio justo, ya que, con ello, se garantiza la posibilidad de ejercicio efectivo por las partes de su derecho a apelar. En consecuencia, no sólo los fallos, sino todas las decisiones relativas a las cuestiones centrales del caso (incluyendo las decisiones de sobreseimiento) deben contener un desarrollo completo y razonado sobre la evaluación de las pruebas y las conclusiones alcanzadas por la SPI[27]. Al adoptar esta interpretación, la SA del TPIY

---

24 Ibid., para. 56.

25 Idem.

26 Idem.

27 TPIY, *the Prosecutor v. Kunarac, et al., Appeals Chamber, Judgment, June 12, 2002, Case No.: IT-96-23/1, para. 41-42;* TPIY, *the Prosecutor v. Fatmir Limaj, Appeals Chamber, Judgment, September 27, 2007, Case No.: IT-03-66/1, para. 81.*

ha tomado como referencia la posición del TEDH en el caso Hadjianastassiou c. Grecia[28].

Por su parte, en el caso Karera, la SA del TPIR ha adoptado el mismo enfoque que la SA del TPIY al subrayar que "una opinión razonada asegura que el acusado pueda ejercer su derecho de apelación y que la Sala de Apelaciones pueda llevar a cabo su deber bajo el Artículo 24 del Estatuto"[29].

Así mismo, en el caso Ndindiliyimana, la SA del TPIR ha establecido que, para cumplir con los requisitos previstos en el art. 22 (2) del ETPIR y la regla 88 (c) de las RPP del TPIR, la SPI "debe establecer de forma clara y articulada los fundamentos de hecho y de derecho que motivan su decisión de condenar o absolver a un acusado. En particular, las SPIs están obligadas a determinar de manera clara y razonada los hechos probados relativos a cada elemento de los crímenes imputados"[30].

La SA del TPIR ha resaltado también en el caso Karera que el requisito de una opinión razonada es aplicable a todas las decisiones que aborden cuestiones centrales del caso, siguiendo así la interpretación acogida por la SA del TPIY[31].

3.3. El Comité de Derechos Humanos

En el caso Lenford Hamilton c. Jamaica[32], el CDH ha afirmado expresamente que la ausencia de un fallo razonado por escrito por parte de un tribunal de apelaciones de Jamaica violó los derechos del solicitante en virtud del art. 14 (3) (c) y (5) del PIDCP, ya que

---

28 TEDH, *Hadjianastassiou v. Greece, Judgment, December 16, 1994, Case No.: 202-A, para. 29.*

29 TPIR, *the Prosecutor v. Francois Karera, Appeals Chamber, Judgment, February 2, 2009, Case No.: 01-74-A, para. 20;* TPIR, *the Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi, Appeals Chamber, Judgment, August 29, 2008, Case No.: 00-55, para. 144.*

30 TPIR, *the Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana, Appeals Chamber, Judgment, February 11, 2014, Case No.: 00-56-A,* para. 293.

31 Idem.

32 OACNUDH, *Lenford Hamilton v. Jamaica, Communication No.: 333/1988, March* 25, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988

le privó materialmente de ejercer su derecho a apelar ante el *Privy Council*. Como resultado, el CDH ordenó a Jamaica la conmutación de la pena, el reembolso de las costas judiciales y una compensación monetaria para los solicitantes[33].

3.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha abordado el requisito de la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones en varios casos, comenzado por Hadjianastassiou c. Grecia (1992)[34]. Este caso se refiere a un ingeniero aeronáutico griego (el Sr. Hadjianastassiou) que fue condenado a pena de prisión por haber divulgado secretos militares. Sin embargo, a la hora de anunciar su fallo, el Tribunal Militar de Apelaciones no proporcionó razones que lo justificaran, limitándose a leer su parte dispositiva en audiencia pública. El solicitante solo llegó a conocer las razones específicas por las cuales había sido condenado dos meses después de la mencionada audiencia. Para el TEDH, esta situación generó, inevitablemente, que la apelación del solicitante no prosperara, porque no contaba con los elementos suficientes para poderla fundamentar adecuadamente[35].

En consecuencia, concluyó que Grecia había violado el Artículo 6 del CEDH y debía compensar monetariamente al solicitante (como este último ya había cumplido su condena de prisión, sus pretensiones se limitaban a la obtención de una compensación pecuniaria)[36].

El TEDH ha seguido desde entonces lo dispuesto en este precedente en más de una veintena de casos, incluidos, entre otros, los de Taxquet c. Belgica (2010)[37] y Nikolay Genov c. Bulgaria (2017)[38]. En particular, en este último caso, el TEDH ha subrayado también que

---

33 Idem.

34 TEDH, *Hadjianastassiou v. Greece,* supra n. 27, para. 28.

35 Ibid., para. 29.

36 Ibid., para. 49.

37 TEDH, *Taxquet v. Belgium, Judgment,* November 16, 2010, Case No.: 5380, para. 23.

38 TEDH, *Nikolay Genov v. Bulgaria, Judgment, July 13, 2017, Case No.: 3320, para. 88.*

los tribunales nacionales tienen la obligación de abordar todas las cuestiones esenciales del caso en sus fallos[39].

Finalmente, en el caso de Suominen c. Finlandia (2003)[40], la solicitante alegó que no se le había respetado el derecho a una audiencia justa porque no se le permitió presentar en el juicio todo el material probatorio que ella pretendía que se admitiera. El Tribunal Distrital de Finlandia rechazó su petición sin proporcionar una decisión escrita; simplemente emitió una decisión oral interlocutoria en donde se rechazaba la posibilidad de presentar la totalidad de los elementos de prueba propuestos en la audiencia preparatoria[41]. Para el TEDH, esto supuso una violación del Artículo 6 del CEDH porque, a pesar de que la decisión impugnada no fuera una sentencia final, los tribunales nacionales tienen la obligación de emitir una decisión razonada que permita a los solicitantes ejercer de manera efectiva su derecho a apelar las decisiones interlocutorias[42].

3.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CtIDH ha abordado el requisito de la exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y de las conclusiones alcanzadas en varios casos, empezando por el caso Yatama c. Nicaragua (2005)[43], relativo a la prohibición de participar en las elecciones celebradas en el año 2000 en Nicaragua al grupo indígena Yatama. La decisión fue tomada por el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua (un órgano administrativo nicaragüense) sin ningún tipo de justificación y sin una notificación apropiada[44].

Ante esta situación, la CtIDH consideró que Nicaragua había infringido la CADH al no justificar debidamente esta decisión, violando así las garantías judiciales y el derecho al debido proceso del

---

39 Ibid., para. 27.

40 TEDH, *Suominen v. Finland, Judgment, July 24, 2003, Case No.: 3345, para. 34.*

41 Ibid., para. 25.

42 Ibid., paras. 35-37.

43 CtIDH, *Yatama v. Nicaragua, Judgment, June 23, 2005 (Preliminary Objection and Merits).*

44 Ibid., para. 154.

grupo indígena Yatama[45]. Como resultado, la CtIDH condenó a Nicaragua a: (a) compensar a los solicitantes con 80.000 dólares americanos; (b) publicar los párrafos relevantes de la decisión dictada por la CtIDH en el Diario Oficial de Nicaragua, los dos periódicos de mayor circulación en el país y un espacio radial con amplia cobertura en la Costa Atlántica; (c) adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permitiera controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten a los derechos humanos (esto incluía la derogación de todas las normas que pudieran ser un obstáculo para el ejercicio efectivo de tal recurso judicial); y (d) reformar la Ley Electoral No. 331 de 2000 para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas pudieran participar en procesos electorales de manera efectiva. Además, la CtIDH señaló que el fallo en el presente caso constituía, *per se*, una forma adicional de reparación[46].

La interpretación acogida en el caso Yatama ha sido seguida desde 2005 por la CtIDH en más de 15 casos[47], siendo el más reciente el caso de Rico c. Argentina (2019)[48]. Así mismo, a lo largo de los años, la CtIDH ha elaborado, con base en el caso Yatama, el deber de los Estados Parte de motivar sus decisiones. Sobre esta cuestión, es especialmente relevante el caso de Apitz Barbera y otros c. Venezuela (2008)[49]. Según los hechos del caso, los cinco solicitantes fueron nombrados jueces provisionales del Primer Tribunal de lo Contencioso Administrativo en septiembre del 2000 por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sin embargo, tres años después, en octubre de 2003, tres de los cinco jueces fueron sancionados por medio de una decisión administrativa

---

45 Ibid., paras. 152, 164.

46 Ibid., paras. 230-260.

47 CtIDH, *Chaparro Álvarez & Lapo Íñiguez v. Ecuador, Judgment, November 23, 2007 (Preliminary Objection and Merits); CtIDH, Apitz Barbera et al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela, Judgment, August 5, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).*

48 CtIDH, *Rico v. Argentina, Judgment, September 2, 2019 (Preliminary objections and merits).*

49 CtIDH, Apitz Barbera et. al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela, supra no. 45.

de la propia Sala Político Administrativa por haber incurrido en un "grave error jurídico de carácter inexcusable" como resultado de haber aprobado una solicitud en contra de una decisión administrativa relacionada con la venta de bienes raíces[50]. A pesar de que la decisión no recogía ninguna motivación, los afectados fueron sometidos a varios procedimientos judiciales, una investigación disciplinaria, su suspensión provisional y, finalmente, su destitución del cargo[51].

En casos posteriores, como Chocrón Chocrón c. Venezuela (2011)[52], la CtIDH ha continuado desarrollado el contenido del deber de motivar de los Estados Parte, especificando que los órganos estatales (incluyendo los tribunales nacionales) tienen la obligación de proveer en sus decisiones los hechos, los motivos y las normas jurídicas en las que fundamenten sus decisiones, sin importar la naturaleza judicial o administrativa del órgano estatal que emita la decisión[53].

Según la CtIDH, el deber de motivar es fundamental porque está estrechamente relacionado con el deber de los Estados de dar a conocer públicamente la justificación razonada que permite llegar a la conclusión alcanzada. Su cumplimiento trae credibilidad a las decisiones de los órganos estatales y demuestra la ausencia de arbitrariedad en la toma de decisiones[54]. Su incumplimiento, por el contrario, constituye una violación al derecho al debido proceso previsto en el art. 8 (1) de la CADH[55].

---

50 Ibid., para. 33.

51 Ibid., paras. 77-91, 136.

52 CtIDH, Chocrón Chocrón v. Venezuela, *Judgment, July 1, 2011 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para. 118.*

53 En el caso Chocrón Chocrón v. Venezuela, Mercedes Chocrón Chocrón fue nombrada jueza temporal por la Comisión Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sin embargo, tres meses después, la misma Comisión, a través de una decisión administrativa, sin una explicación completa ni razonada, la destituyó de su cargo.

54 CtIDH, Apitz Barbera et. al. ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativos") v. Venezuela, supra no. 45, para. 77.

55 Ibid., para. 78.

4. LOS REQUISITOS DE EMITIR UN FALLO QUE INCLUYA LAS OPINIONES DE LA MAYORÍA Y DE LA MINORÍA Y DE LEER EL FALLO O UN RESUMEN DE ESTE EN AUDIENCIA PÚBLICA

4.1. El requisito de emitir un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y de la minoría

El tercer requisito del art. 74 (5) del ECPI establece que "[l]a Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría". Con respecto al mismo las reglas 98 Ter (c) y 88 (c) (actuaciones en primera instancia) y 117 (c) y 118 (c) (procedimiento de apelación) de las RPP del TPIY y del TPIR recogen el deber de la SPI de dictar un fallo, al cual se le anexen opiniones separadas y salvamentos de voto. Sin embargo, no es posible identificar jurisprudencia de ninguno de estos dos tribunales con respecto al contenido de este requisito. La misma situación se ha presentado en relación con la CPI, el CDH, el TEDH y la CtIDH.

4.2. El requisito de leer el fallo o un resumen de este en audiencia pública

El cuarto y último requisito recogido en art. 74 (5) del ECPI se refiere a que "[l]a lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública".

4.2.1. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Las reglas 98 Ter (a) y 88 (a) de las RPP del TPIY y del TPIR establecen respectivamente que el fallo debe ser pronunciado en audiencia pública, a la cual tienen derecho a estar presentes las partes y sus representantes, para lo cual serán notificados con antelación. Disposiciones similares se pueden encontrar en las reglas 117 (d) y 118 (d) de las RPP del TPIY y del TPIR, en relación con las decisiones

de apelación. Sin embargo, no se ha identificado jurisprudencia del TPIY o del TPIR donde se analice expresamente este requisito.

4.2.2. El Comité de Derechos Humanos

El CDH analiza en su Observación General No. 32 el vínculo entre la obligación de los órganos judiciales de leer sus fallos y decisiones en audiencia pública y el interés de las partes en los procedimientos que debe protegerse para garantizar su derecho a una audiencia pública. Sin embargo, no se han identificado pronunciamientos específicos del CDH en casos contenciosos sobre el contenido específico de este requisito.

4.2.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El TEDH ha abordado este cuarto requisito en varios casos, incluyendo los relativos a Pretto y otros c. Italia (1983)[56], Axen c. Alemania (1983)[57] y Ryakib Biryukov c. Rusia (2008)[58]. Este último caso es especialmente relevante para el presente capítulo. Conforme con los hechos del caso, el solicitante inició un proceso por daños en contra del hospital de primeros auxilios en donde fue atendido, porque el personal médico del hospital no le proporcionó un cuidado médico apropiado y esta negligencia le provocó la pérdida de un brazo. El fallo, en primera instancia, denegó sus pretensiones, pero fue apelado por el solicitante argumentando que no había sido "pronunciado públicamente" en audiencia, como requiere en el art. 6 (1) del CEDH[59]. Rusia rechazó estas alegaciones afirmando que los fundamentos de hecho y de derecho del fallo habían sido leídos en audiencia en presencia del solicitante, y que un tiempo después le entregaron una copia de este.

---

56 TEDH, *Pretto et. al. v. Italy, Judgment, December 8, 1983, Case No.: 1865.*

57 TEDH, *Axen v. Germany, Judgment, December 8, 1983, Case No.: 1868.*

58 TEDH, *Ryakib Biryukov v. Russia, Judgment, January 17, 2002, Case No.: 8843.*

59 Ibid., para. 7.

Con base en lo anterior, el TEDH decidió en favor del solicitante porque, si bien los Estados Parte del CEDH gozan de una amplia discreción a la hora de diseñar sus sistemas judiciales para cumplir con los estándares del CEDH y, en particular, de su art. 6, es esencial que prevean un umbral mínimo de publicidad a la hora de la emisión de los fallos[60]; siendo este último un componente esencial del derecho a un juicio justo conforme al art. 6 (1) del CEDH.

Así mismo, para el TEDH, la decisión constituía en este caso una compensación suficiente para el solicitante por los daños sufridos de carácter no pecuniario[61], porque la declaración de la violación por el TEDH es un remedio apropiado cuando los Estados Parte violan el deber de pronunciar la sentencia públicamente.

Finalmente, a diferencia del TEDH, no se ha identificado jurisprudencia relevante de la CtIDH en cuanto al contenido específico del requisito relativo a la lectura del fallo, o un resumen de este, en audiencia pública.

5. CONCLUSIÓN

A pesar de que autores como Terrier consideran que el art. 74 (5) del ECPI vincula a la SPI a emitir un fallo por escrito que contenga una declaración completa y razonada de los elementos de prueba, los hechos probados y las conclusiones alcanzadas (además de responder de forma clara a los cargos presentados por la Fiscalía y a las solicitudes de la defensa)[62], y si bien Klamberg subraya que la versión en inglés del art. 74 (5) del ECPI utiliza el término "*decision*" en lugar de "*judgment*" (lo que podría incluir las decisiones de sobreseimiento), lo cierto es que**,** de los cuatro requisitos recogidos en el art. 74 (5) del ECPI, los dos últimos relativos a la emisión de un fallo que incluya las opiniones de la mayoría y la minoría, y a su lectura íntegra (o un resumen de este) en audiencia pública, no tienen ningún desarrollo jurisprudencial en los tribunales penales internacionales analizados

---

60 Ibid., para. 30.
61 Ibid., para. 51.
62 Terrier, F. (2002), supra no. 1, p. 31.2.

(incluida la CPI), y sólo el TEDH aborda en profundidad la cuestión relativa a la lectura pública del fallo.

Además, con respecto al requisito de ofrecer una exposición completa y fundada sobre la evaluación de los elementos de prueba y las conclusiones alcanzadas en el fallo, la SA de la CPI en el caso Bemba ha afirmado su obligatoriedad, y cómo su incumplimiento constituye un error procesal. Sin embargo, a diferencia del TPIY, el TPIR, el TEDH y la CtIDH, que extienden este requisito a todas las decisiones relativas a las cuestiones centrales de los casos, incluyendo las decisiones de sobreseimiento, la jurisprudencia de la CPI no se ha pronunciado todavía sobre esta cuestión.

Finalmente, en relación con el primer requisito relativo a la naturaleza escrita del fallo, la jurisprudencia de la CPI tampoco se ha pronunciado hasta este momento, si bien tanto el TPIY como el TPIR han afirmado su obligatoriedad y su extensión a las decisiones relativas a las cuestiones centrales del caso, incluyendo las que decretan su sobreseimiento. Esta aproximación varía, sin embargo, en la jurisprudencia de la TEDH y de la CtIDH porque, mientras que la primera sólo exige la escritura cuando la normativa procesal nacional así lo requiere, la segunda afirma la necesidad de que todos los fallos y todas las decisiones judiciales y administrativas sean emitidas por escrito, con el fin de permitir el ejercicio efectivo del derecho al recurso por sus destinatarios.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Comité de Derechos Humanos

OACNUDH, *Pratt & Morgan v. Jamaica, Communication No. 210/1986, April 6, 1989, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/210/1986.*

OACNUDH, *Lenford Hamilton v. Jamaica, Communication No.: 333/1988, March 25, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/333/1988.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CtIDH, *Yatama v. Nicaragua, Judgment, June 23, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).*

CtIDH, *Claude-Reyes et al. v. Chile, Judgment, September 19, 2006 (Merits, Reparations and Costs).*

CtIDH, *Chaparro Álvarez & Lapo Íñiguez v. Ecuador, Judgment, November 21, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).*

CtIDH, *Apitz Barbera* et. al. *("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela, Judgment, August 5, 2008 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).*

CtIDH, *Chocrón Chocrón v. Venezuela, Judgment, July 1, 2011 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).*

CtIDH, *Rico v. Argentina, Judgment, September 2, 2019 (Preliminary objections and merits).*

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, *Cerovšek y Božič nik v. Slovenia, Judgment, March 7, 2017, Case No.: 68939.*

TEDH, *Ruiz Torrija v. Spain, Judgment, December 9, 1994, Case No.: 303-A.*

TEDH, *Hadjianastassiou v. Greece, Judgment, December 16, 1994, Case No.: 202-A.*

TEDH, *Taxquet v. Belgium, Judgment, November 16, 2010, Case No.: 5380.*

TEDH, *Nikolay Genov v. Bulgaria, Judgment, July 13, 2017, Case No.: 3320.*

TEDH, *Suominen v. Finland, Judgment, July 24, 2003, Case No.: 3345.*

TEDH, *Pretto y et al. v. Italy, Judgment, December 8, 1983, Case No.: 1865.*

TEDH, *Axen v. Germany, Judgment, December 8, 1983, Case No.: 1868.*

TEDH, *Ryakib Biryukov v. Russia, Judgment, January 17, 2002, Case No.: 8843.*

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, Judgment, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.*

TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, Judgment, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, Judgment, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Fatmir Limaj, Appeals Chamber, Judgment, September 13, 2007, Case No.: IT-03-66/1.*

TPIY, *the Prosecutor v. Mladen Naletilic, and Vinko Martinovic, Appeals Chamber, Judgement, May 3, 2006, Case No.: IT-98-34.*

TPIY, *the Prosecutor v. Radovan Karadžič, Trial Chamber, Decision on motion for access to confidential materials in completed cases, June 5, 2009, Case No.: IT-95-5/18.*

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *the Prosecutor v. Kayishema, Trial Chamber, Judgment, June 1, 2001, Case No.: TPIR-95-1-A.*

TPIR, *the Prosecutor v. Francois Karera, Appeals Chamber, Judgment, February 2, 2009, Case No.: 01-74-A.*

TPIR-, *the Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi., Appeals Chamber, Judgment, August 29, 2008, Case No.: 00-55.*

TPIR, *the Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana, Appeals Chamber, Judgment, February 11, 2014, Case No.: 00-56-A.*

TPIR, *the Prosecutor v. Alfred Musema, Appeals Chamber, Judgment, November 16, 2001, Case No.: ICTY-96-13.*

TPIR, *the Prosecutor v. Georges Rutaganda, Appeals Chamber, Judgment, May 26, 2003, Case No.: ICTY-96-3.*

TPIR, *the Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka, Appeals Chamber, Judgement, July 9, 2004, Case No.: ICTY-96-14.*

TPIR, *the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, Judgement, May 20, 2005, Case No.: ICTY-97-20.*

Doctrina

Klamberg, M., 2017, *Commentary on the Law of the International Criminal Court, Brussels,* Torkel Opsahl *Academic EPublisher.*

Terrier, F., 2002, *The Procedure before the Trial Chamber*, in Cassese, A., Gaeta, P. & Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, New York, Oxford University Press*, Vol. II, Cap. 31.2.

17. El papel del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional en las reparaciones del caso Bemba

ANTONIO JOSÉ GIRALDO HERRERA[*]
ÁNGELA VIVIANA GONZÁLEZ VALENTÍN[*]
CLARA ESPERANZA HERNÁNDEZ CORTÉS[*]
LAURA MARÍA RESTREPO ACEVEDO[*]
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO[*]
LAURA STEPANIE VARGAS MONTOYA[*]
LUISA FERNANDA VILLARRAGA ZSCHOMMLER[*]

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la cuestión relativa a si las víctimas que participan en el caso Bemba pueden ser reparadas a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas de la Corte Penal Internacional (TFV). Para responder a esta cuestión, el trabajo se estructura en cuatro secciones principales: en primer lugar, se desarrolla el doble mandato en materia de reparación del TFV; en segundo lugar, dentro del mandato de asistencia general, se explican los tipos de proyectos que desde 2008 ha implementado el TFV en sus programas de asistencia; en tercer lugar, se desarrollará la cuestión relativa a la posibilidad de utilizar el mandato asistencial del TFV para adoptar este tipo de proyectos en favor de las víctimas en el caso Bemba; y, finalmente, se

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).

analizará el alcance y la forma de interacción entre los representantes legales de las víctimas y el TFV.

2. EL DOBLE MANDATO DEL FONDO FIDUCIARIO PARA LAS VÍCTIMAS

El TFV es un órgano de la Corte Penal Internacional (CPI) con autonomía propia. Se creó en el año 2004 por la Asamblea de Estados Parte, desarrollando lo dispuesto en el artículo 79 del ECPI. El TFV busca beneficiar a las víctimas y a sus familias de los crímenes que se encuentran dentro de la jurisdicción de la CPI. La actividad del TFV se enmarca en un doble mandato: (a) la ejecución de las órdenes de reparación emitidas por las salas de la CPI en los fallos condenatorios que ponen fin a los casos desarrollados ante las mismas; y (b) la provisión de asistencia general a las víctimas de crímenes de la jurisdicción de la CPI que se hayan cometido en el territorio de situaciones bajo investigación, con base en los aportes realizados por donantes voluntarios para así lograr su rehabilitación física y psicológica y proveerles ayuda material[1].

Es importante resaltar que el TFV no depende de las decisiones condenatorias de la CPI para poder actuar porque, conforme a su segundo mandato de asistencia general, el TFV puede desplegar sus recursos y actividades para reparar a quienes, tras un examen preliminar, considere víctimas de crímenes de la competencia de la CPI. Lo anterior, en virtud de que el segundo mandato del TFV ha sido diseñado para que quienes sufrieron un daño causado por la comisión de crímenes previstos en el ECPI reciban algún tipo de asistencia, aunque el responsable no haya sido finalmente condenado, imputado o incluso identificado. Esto es así porque, como ha señalado Dannenbaum[2], el fin último del TFV es brindar asistencia a las víc-

---

1 *Coalition for the International Criminal Court*, s.f., *Delivering on the promise of a fair, effective and independent Court: Trust Fund for Victims.*

2 Dannenbaum, T., 2010, *The International Criminal Court, article 79, and transitional justice: the case for an independent Trust Fund for Victims*, *Wisconsin Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, pp. 234-298, p. 236.

timas y sus familias, sin que un fallo condenatorio sea, por lo tanto, imperativo para realizar dicho fin.

La función de asistencia y acompañamiento a las víctimas del TFV no tiene el mismo alcance que su mandato de reparación. El mandato de reparación se da en virtud de un fallo condenatorio que establece la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable por determinados hechos que han sido considerados como constitutivos de crímenes previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Tiene como fin reparar a aquellas personas naturales y jurídicas que se han visto afectadas por dichos hechos, y que, a la luz de la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (RPP), han sido reconocidas como víctimas en las posteriores actuaciones de reparación previstas en el artículo 76 del ECPI y en las reglas 94 a 99 de las RPP. A estas víctimas se les puede ofrecer una reparación individual (y/o colectiva) porque el daño específico que se les ha causado ha sido declarado probado por una decisión judicial de la CPI.

Por el contrario, debido a que su mandato asistencial no opera en virtud de decisiones judiciales, sino en base a estudios preliminares del propio TFV para determinar a qué comunidades y grupos de personas se les puede atribuir la condición de víctima conforme a la regla 85 de las RPP, las reparaciones individuales de carácter monetario no tienen cabida en el mandato asistencial del TFV. En consecuencia, este último solo puede tomar la forma de medidas de rehabilitación física y psicológica y apoyo material a dichas comunidades o grupos de personas.

3. LA EJECUCIÓN DE PROGRAMAS DE ASISTENCIA A TRAVÉS DEL FONDO FIDUCIARIO PARA LAS VÍCTIMAS

Desde su constitución material, el TFV ha iniciado programas de asistencia a víctimas de crímenes previstos en el ECPI y a sus familias en diferentes territorios de las situaciones bajo investigación por la Fiscalía de la CPI. Más específicamente, se han llevado a cabo estos

programas en Uganda y República Democrática del Congo, y se planea iniciar otro en Costa de Marfil[3].

Uganda fue el primer Estado en el que intervino el TFV. En 2008, comenzó el primer programa de asistencia en dicho país, y desde entonces se han implementado diferentes proyectos en alrededor de 18 distritos del norte de país[4]. Para 2017, se completó el primer ciclo de proyectos de asistencia, enfocados precisamente en la rehabilitación física y psicológica para brindar socorro y reparación a las víctimas del conflicto armado.

El TFV ha trabajado conjunta y coordinadamente con el Ministerio de Salud de Uganda, autoridades locales de cada uno de los distritos en los que se ha intervenido, entidades públicas, organizaciones privadas, líderes sociales y otros profesionales para prestar determinados servicios, cuyo propósito fundamental es tratar de enmendar los daños que causó el conflicto[5].

En materia de rehabilitación física, los proyectos de asistencia han permitido que la población afectada haya podido tener acceso a cirugías reconstructivas para tratar casos de mutilación, agresión sexual y quemaduras graves, terapias de ortopedia quirúrgica, prótesis de miembros amputados, fisioterapia, tratamiento por contagio de enfermedades de transmisión sexual, extracción de balas y otros objetos extraños del cuerpo y detección temprana de enfermedades[6]. Además, ha podido recibir las indicaciones necesarias para el tratamiento postoperatorio y el seguimiento médico general[7].

Frente al tratamiento psicológico, se han utilizado recursos para contratar entidades y personas especializadas en brindar tratamientos psicológicos, principalmente frente a casos de estrés postraumático y secuelas psicológicas a largo plazo tras la guerra[8]. Se le ha dado

---

3 CPI, *Trust Fund for Victims,* s.f., *Assistance programmes.*

4 CPI, *Trust Fund for Victims*, 2017, *Newsletter #3 - May 2017.*

5 *Centre for Children in Vulnerable Situations, 2015, Trust Fund for Victims launches new assistance projects in Northern Uganda,* 11 de julio de 2015.

6 Idem.

7 Vid.: CPI, *Trust Fund for Victims*, s.f., supra n. 3.

8 Idem.

relevancia, además, al apoyo psicológico para las víctimas de violencia sexual y de género, ya que esta fue una de las principales formas de violencia durante el conflicto[9]. Así mismo, no solo se ha brindado apoyo individual, sino que se han puesto en marcha diferentes grupos de apoyo, que facilitan la interacción entre víctimas según sus propias necesidades[10].

Además de todo lo anterior, se han iniciado campañas de sensibilización a la comunidad a través de diferentes medios de comunicación y otros canales de información, con el fin de acabar con el estigma que existe alrededor de las víctimas del conflicto (especialmente aquellas que sufrieron violencia sexual) y para combatir la discriminación que, en muchas ocasiones, persigue a los sectores más afectados y vulnerables[11].

La segunda situación en la que ha intervenido el TFV es de la República Democrática del Congo. Su Programa de Asistencia se ha dirigido a brindar, desde 2008, asistencia a víctimas, principalmente en el distrito de Ituri y en las provincias de Kivu del Sur y Kivu del Norte[12]. Al igual que en el caso de Uganda, los proyectos desarrollados por el TFV en República Democrática del Congo (RDC) como parte de su programa asistencial se han basado en resarcir el daño generado a las víctimas, promoviendo su rehabilitación física y psicológica y su apoyo material[13], con particular atención a las víctimas de violencia sexual, reclutamiento forzoso de menores y familiares de personas asesinadas con secuelas psicológicas importantes[14].

---

9 *Centre for Children in Vulnerable Situations*, 2015, supra n. 5

10 CPI, *Trust Fund for Victims*, s.f., supra n. 3.

11 Idem.

12 CPI, *Trust Fund for Victims,* 2017, supra n. 4.

13 CPI, *Trust Fund for Victims*, s.f., supra n. 3.

14 McCleary-Sills, J. & Mukasa, S., 2013, *External Evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo*, noviembre de 2013, International Center for Research on Women.

Los servicios de salud encaminados a brindar rehabilitación física se han prestado en coordinación con entidades especializadas en las diferentes necesidades de las víctimas. El trabajo del TFV consiste en remitir a los pacientes a dichas entidades, las cuales tienen un convenio con el TFV para llevar a cabo estas actividades[15]. Los recursos han sido principalmente empleados en atender pacientes que necesitan cirugías generales y reconstructivas, diagnóstico y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, extracción de objetos extraños del cuerpo, tratamiento de fístulas y en general, garantizar el acceso a servicios médicos básicos, lo cual, en las poblaciones afectadas, ha sido y sigue siendo difícil[16].

En cuanto a los servicios de rehabilitación y tratamiento psicológico, al igual que en Uganda, se han implementado programas de asesoramiento psicológico tanto individual como grupal (grupos de apoyo). Además de esto, se han dispuesto diferentes espacios de cohesión que tratan temas de integración tales como la música, el baile y el teatro, con el fin de promover la unión y la aceptación social, así como talleres y diálogos comunitarios de sensibilización. Por último, se han utilizado diferentes canales de información (programas de radio y sesiones informativas) para que las víctimas conozcan sus derechos[17].

En la RDC, adicionalmente, se implementaron otros proyectos de apoyo material a las víctimas para brindar una asistencia complementaria a las poblaciones afectadas. Entre ellos, se entregaron subsidios educativos, capacitaciones vocacionales y talleres de educación laboral y financiera, para promover una cultura de trabajo y ahorro[18].

Hasta finales de 2017, cuando se decidió renovar los programas de asistencia en Uganda y en la RDC, se calculó que se había logrado asistir a 400,000 víctimas en ambas situaciones[19]. A pesar de que las personas afectadas por ambos conflictos superan los 22 millones de

---

15 Idem.

16 CPI, *Trust Fund for Victims*, s.f., supra n. 3.

17 Idem.

18 Idem.

19 CPI, *Trust Fund for Victims*, 2017, *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims*, 4 de diciembre de 2017.

personas[20], por lo que tal cifra parece a primera vista poco significativa, debe tenerse en cuenta que se pretende seguir ejecutando los programas para aumentar su cobertura actual. Sin embargo, no es menos cierto, que esto constituye un auténtico desafío debido a los limitados recursos financieros provenientes de donantes en la comunidad internacional.

Finalmente, es importante mencionar que a mediados de 2017 se decidió iniciar un programa de asistencia en Costa de Marfil[21]. Ese mismo año se realizó el estudio preliminar de identificación de víctimas y reconocimiento de necesidades en dicho Estado. De esta manera, se esperaba que, una vez que el TFV aprobó en 2018 su programa de acción, éste se empezase a ejecutar a partir de 2019 (de hecho, en un primer momento, el TFV había previsto comenzar en 2018). Sin embargo, hasta el momento no se ha podido iniciar su ejecución[22].

4. LA EJECUCIÓN DE PROGRAMAS DE ASISTENCIA PARA LAS VÍCTIMAS EN EL CASO BEMBA A TRAVÉS DEL FONDO FIDUCIARIO PARA LAS VÍCTIMAS

El caso Bemba se refiere a un ciudadano de la RDC, que en el momento en que se cometieron los crímenes imputados era el presidente del *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC) —partido político fundado por él mismo— y el comandante en jefe de su brazo armado, la *Armée de Liberation du Congo* (ALC)[23].

---

20 CPI, *Trust Fund for Victims*, s.f., supra n. 3.

21 Idem.

22 Idem.

23 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1343, para. 10.*

El 24 de mayo de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares III profirió la orden de arresto en contra Bemba[24]. El 15 de junio de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares III consideró que Bemba debía ser enjuiciado por su presunta responsabilidad penal como comandante militar, conforme al artículo 28 (a) del ECPI, en la comisión de los crímenes de guerra de asesinato, violación sexual y pillaje, y de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación sexual. Estos crímenes fueron cometidos por las tropas del MLC/ALC en la República Centroafricana entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003[25].

Tras la confirmación de cargos, el juicio contra el acusado se inició el 22 de noviembre de 2010, ante la Sala de Primera Instancia III. Durante el juicio, la Sala reconoció a 5229 personas el estatuto procesal de víctima, lo que les permitió participar en las actuaciones[26]. El 21 de marzo de 2016, la Sala declaró que Bemba, como comandante militar, era culpable de la comisión de los crímenes de guerra de asesinato y violación sexual y de los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación sexual y pillaje. El 21 de junio de 2016 la Sala de Primera Instancia III condenó a Bemba a 18 años de prisión[27].

Frente al veredicto y la sentencia se presentaron los recursos de apelación correspondientes. El 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones determinó que la Sala de Primera Instancia III había cometido los siguientes errores en su sentencia: (a) condenar a Bemba por actos delictivos que no se encontraban entre los hechos de violencia expresamente recogidos en la decisión de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares III; y (b) realizar una evaluación inadecuada de todas las medidas razonables y necesarias, tomadas

---

24 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo, May 24, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1-tENG.*

25 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.*

26 CPI, *Public Information and Communication Section (2019), Case Information Sheet: the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08.*

27 CPI, *Bemba Trial Judgment*, supra n. 23.

por Bemba, para prevenir, reprimir y castigar la comisión por sus subordinados de los hechos de violencia imputados y probados en el juicio oral[28]. Por tales razones, la Sala de Apelaciones decidió revocar la condena en primera instancia y absolvió a Jean-Pierre Bemba de todos los cargos[29].

Tras la absolución de Bemba, se ha planteado la cuestión sobre cómo proceder con los miles de víctimas que han participado en el juicio oral, porque, como hemos visto, no cabe la concesión de reparaciones judiciales sin que haya una sentencia condenatoria previa.

Según la Fiscalía de la CPI y la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (OPDV), esta situación de incertidumbre podría y debería ser abordada por el TFV a través de su mandato asistencial, que le permite, dentro de las limitaciones financieras con las que opera el TFV, implementar en RCA programas de rehabilitación física y psicológica y de apoyo material a, entre otras, las víctimas que participaron en el juicio oral en el caso Bemba. Para la Fiscalía y la OPDV[30], el TFV tiene la facultad de decidir de manera autónoma que una parte de las donaciones recibidas sean utilizadas para poner en marcha en la situación en la República Centroafricana (RCA) un programa de asistencia que cuente con proyectos de estas características[31]. Esto, con independencia de que los beneficiarios hayan sido reconocidos como víctimas en el caso Bemba, siempre y cuando el TFV los reco-

---

28 CPI, *Press Release,* 2018, *ICC Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*, 8 de junio de 2018.

29 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", June 8, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.*

30 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Office for Public Counsel for Victims, Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings, June 12, 2018, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649.*

31 CPI, Office of the Prosecutor, 2018, *Statement of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 13 de junio de 2018.

nozca como víctimas de crímenes previstos en el ECPI cometidos en la situación en la RCA[32].

En el mismo sentido, la doctrina ha expresado reiteradamente que el TFV es un órgano autónomo e independiente, lo que modifica en buena medida la forma común de entender los procesos tradicionales de reparación porque abre la posibilidad para que haya una reparación colectiva de las víctimas de aquellos crímenes previstos en el ECPI que no son objeto de una declaración de responsabilidad en una sentencia condenatoria[33]. De esta manera, se asegura la implementación de proyectos de asistencia a las víctimas de crímenes no imputados, o por los que los acusados resultan finalmente absueltos como en el caso Bemba, atribuyendo así a estos proyectos un carácter prioritario en el ECPI[34].

En línea con lo anterior, el propio TFV expidió un comunicado en junio de 2018, aseverando que más allá de la decisión tomada por la Sala de Apelaciones absolviendo a Bemba de los crímenes cometidos en la RCA, el daño sufrido por las víctimas que participaron en este caso será tenido en cuenta y se procederá a desarrollar proyectos encaminados a asistir y rehabilitar a las víctimas, en la medida de lo posible[35].

5. LA FUNCIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS VÍCTIMAS FRENTE AL FONDO FIDUCIARIO PARA LAS VÍCTIMAS

Una vez afirmada la posibilidad de que se el TFV utilice su mandato asistencial en favor de las víctimas que participaron en el juicio oral en el caso Bemba, surge a cuestión sobre la función de los representantes legales de las víctimas ante el TFV, con el fin de que

---

32 CPI, *Office for Public Counsel for Victims Joint Submissions, supra* n. 30.

33 Dannenbaum, T., 2010, supra n. 2, pp. 234 et seq.

34 Idem.

35 CPI, *Trust Fund for Victims*, 2018, *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, 133 de junio, 2018.

las víctimas (en particular, las víctimas que han participado en las actuaciones del caso Bemba) puedan acceder a los beneficios que les pueda ofrecer el TFV.

Sobre esta cuestión, la doctrina subraya que, con el fin de establecer mecanismos de reparación idóneos para las necesidades de las víctimas en cada situación, es necesario que sus representantes legales sean consultados por el TFV[36].

Esta necesidad de participación de los representantes legales de las víctimas ante el TFV encuentra también su fundamento en el hecho de que la institución de la representación legal de las víctimas ha sido entendida desde las negociaciones del ECPI como un derecho particularmente importante de las víctimas[37].

Así mismo, en la revisión llevada a cabo en el 2012 por los Estados parte sobre las estrategias de la CPI en relación con las víctimas, se afirmó que el ejercicio del derecho a la reparación está íntimamente ligado con el derecho a la representación legal. Es decir, si bien al momento de ejecutar un proyecto adelantado por el TFV en ejercicio de su mandato asistencial no es imperativa la intermediación de los representantes legales de las víctimas, la participación de estos últimos sí resulta sumamente importante para que, a la hora de elegir qué proyectos se llevarán a cabo, el TFV conozca con claridad los intereses de las víctimas y los mecanismos más eficientes de rehabilitación para la comunidad de que se trate[38].

En línea con lo anterior, el TFV afirmó expresamente en su comunicado de junio de 2018 que procedería a consultar a los representantes legales de las víctimas sobre sus intereses y necesidades con el fin de conocer cómo proceder para asistirlas[39].

---

36 de Brouwer, A.M., 2007, *Reparation to victims of sexual violence: possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and their families*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, pp. 207-227.

37 Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, 1998, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: preguntas y respuestas, octubre de 1998.

38 CPI, Assembly of States Parties, 2012, *Court's revised Strategy in relation to Victims*, *November 5, 2012, 11th session*, CPI *Doc. No.: ICC-ASP/11/38*.

39 CPI, *Trust Fund for Victims*, 2018, supra n. 35.

Así mismo, cabe resaltar que, tras la absolución de Bemba, como bien lo afirma Federación Internacional de Derechos Humanos, los representantes legales de las víctimas tienen el deber de interceder a favor de los derechos de sus representados para que sean reconocidos como víctimas por el TFV y puedan ser incluidos en los proyectos de asistencia que se implementen. Adicionalmente, es preciso que los representantes de víctimas ejerzan cierto tipo de presión al TFV para que se ejecuten efectivamente dichos proyectos, de manera que los daños sufridos por las víctimas sean adecuadamente abordados[40].

Finalmente, en cuanto a la forma en que los representantes legales de las víctimas pueden interactuar con el TFV, y ante la ausencia de una regulación específica a este respecto, se considera que esta ha de articularse mediante la presentación al mismo de escritos con información sobre las cuestiones relevantes para determinar qué proyectos de reparación asistencial deberían ser adoptados, con particular atención a la caracterización de los hechos victimizantes, el nivel de daño sufrido por sus representados, sus principales necesidades y los mecanismos más efectivos para hacer frente a las mismas.

6. CONCLUSIÓN

De lo anterior se deducen las siguientes conclusiones:

1. Como consecuencia de su doble mandato en materia de reparaciones, el TFV tiene una función de asistencia y acompañamiento a las víctimas que no depende de la emisión por las salas de la CPI de una sentencia condenatoria. El TFV es, por tanto, un órgano autónomo e independiente, lo que modifica en buena medida la forma común de entender los procesos tradicionales de reparación porque abre la posibilidad para que se pueda asistir colectivamente a las víctimas de aquellos crímenes previstos en el ECPI que no son objeto de una declaración de responsabilidad en una sentencia condenatoria. De

---

40 *International Federation for Human Rights*, 2018, *The Bemba Case: heavily criticized, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited*, 1 de octubre de 2018.

esta manera, se asegura la ejecución de proyectos de asistencia a las víctimas de crímenes no imputados, o por los que los acusados resultan finalmente absueltos como en el caso Bemba, atribuyendo así a estos proyectos un carácter prioritario en el ECPI.

2. Debido a que el mandato asistencial del TFV no opera en virtud de una sentencia judicial condenatoria, sino en base a un estudio preliminar del propio TFV para determinar a qué comunidades y grupos de personas se les puede atribuir la condición de víctima conforme a la regla 85 de las RPP, las reparaciones individuales de carácter monetario no tienen cabida en el mandato asistencial del TFV. En consecuencia, este último solo puede tomar la forma de medidas de rehabilitación física y psicológica y apoyo material a dichas comunidades o grupos de personas.

3. A la luz de lo anterior, tras la absolución de Bemba, las víctimas que participaron en el juicio oral no pueden acceder a una reparación individual de carácter monetario. Sin embargo, en ejecución de su mandato asistencial, el TFV puede implementar en la RCA un programa de asistencia que incluya proyectos de rehabilitación física y psicológica y apoyo material para las mismas, al tener la facultad de decidir de manera autónoma que una parte de las donaciones recibidas sean utilizadas con estos fines.

4. Es necesario que, con el fin de que se adopten proyectos idóneos de asistencia, los representantes legales de las víctimas sean consultados para que informen con claridad al TFV sobre los intereses de las víctimas y los mecanismos más eficientes para su rehabilitación.

5. Ante la ausencia de una regulación específica a este respecto, la forma en que los representantes legales pueden interactuar con el TFV ha de articularse mediante la presentación al mismo de escritos con información sobre las cuestiones relevantes para determinar qué proyectos de reparación asistencial deberían ser adoptados, con particular atención a la caracterización de los hechos victimizantes, el nivel de daño sufrido por sus

representados, sus principales necesidades y los mecanismos más efectivos para hacer frente a las mismas.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo, May 24, 2008, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1-tENG.*

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo*, June 15, 2009, *ICC* Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, March 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-1343.*

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", June 8, 2018, ICC* Doc. *No.: ICC-01/05-01/08-3636-Red.*

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Office for Public Counsel for Victims, Legal Representatives of Victims' joint submissions on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment dated 8 June 2018 on the reparations proceedings, June 12, 2018,* CPI *Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3649.*

Doctrina

de Brouwer, A.M., 2007, *Reparation to victims of sexual violence: possibilities at the International Criminal Court and at the Trust Fund for Victims and their families, Leiden Journal of International Law, Vol. 20, No. 1, pp. 207-227.*

Dannenbaum, T., 2010, *The International Criminal Court, article 79, and transitional justice: the case for an independent Trust Fund for Victims, Wisconsin Journal of International Law, Vol. 28, No. 2, pp. 234-298.*

Informes, resoluciones y otros documentos

Centre for Children in Vulnerable Situations, 2015, *Trust Fund for Victims launches new assistance projects in Northern Uganda,* 11 de julio de 2015.

Coalition for the International Criminal Court, s.f., *Delivering on the promise of a fair, effective and independent Court: Trust Fund for Victims.*

CPI, *Assembly of States Parties, 2012, Court's revised strategy in relation to victims, November 5, 2012, 11th session, ICC Doc. No.: ICC-ASP/11/3.*

CPI, *Office of the Prosecutor,* 2018, *Statement of the* CPI *Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo,* 13 de junio de 2018.

CPI, *Press Release*, 2018, CPI *Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*, 8 de junio de 2018.

CPI, *Public Information and Communication Section,* 2019, *Case information sheet: the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08.*

CPI, *Trust Fund for Victims*, s.f., *Assistance programmes.*

CPI, *Trust Fund for Victims*, 2017, *Newsletter #3 - May 2017.*

CPI, *Trust Fund for Victims,* 2018, *Press release: following Mr. Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic*, junio 13 de 2018.

CPI, *Trust Fund for Victims*, 2017, *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims*, 4 de diciembre de 2017.

International Federation for Human Rights, 2018, *The Bemba Case: heavily criticized, the* CPI *must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited,* 1 de octubre de 2018.

McCleary-Sills, J. & Mukasa, S., 2013, *External evaluation of the Trust Fund for Victims Programmes in Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo, International Center for Research on Women,* noviembre de 2013.

Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, 1998, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: preguntas y respuestas, octubre de 1998.

*18. ¿Son la naturaleza y extensión de la victimización, los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales factores relevantes en la determinación de las penas por la Corte Penal Internacional?**

ANTONIO JOSÉ GIRALDO HERRERA*
ÁNGELA VIVIANA GONZÁLEZ VALENTÍN*
CLARA ESPERANZA HERNÁNDEZ CORTÉS*
LAURA MARÍA RESTREPO ACEVEDO*
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO*
LAURA STEPANIE VARGAS MONTOYA*
LUISA FERNANDA VILLARRAGA ZSCHOMMLER*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 78 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Pe-

---

* Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).
* Clínica Jurídica Internacional (2018-2019).

nal Internacional (RPP) recogen los factores que la CPI ha de tener en consideración en la determinación de las penas. Así, conforme al apartado 1 del artículo 78 del ECPI, "[a]l imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado". Además, según sus apartados 2 y 3, al imponer una pena de reclusión, la CPI: (a) abonará el tiempo que haya estado detenido el condenado por orden suya (pudiendo además abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta delictiva); e (b) impondrá una pena por cada uno de los delitos objeto de la condena y una pena común, que no podrá ser inferior a la más alta de las anteriores, en la que se recoja la duración total de la reclusión (esta última no podrá superar los 30 años a no ser que la extrema gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado justifiquen la imposición de la reclusión perpetua).

La regla 145 de las RPP desarrolla lo dispuesto en el artículo 78 del ECPI al señalar en sus párrafos (1)(a) y (1)(b) que, en la determinación de las penas, las cuales deben reflejar en todo caso la culpabilidad del condenado, han de ponderarse todos los factores pertinentes, incluyendo: (a) las "circunstancias del crimen" (lo que podría interpretarse como su gravedad); (b) las "circunstancias del condenado" (lo que podría entenderse como sus circunstancias personales); y (c) las circunstancias atenuantes (eximentes incompletas y conducta del condenado después del delito) y agravantes (condenas previas, abuso de poder, abuso del cargo oficial, indefensión de la víctima, multiplicidad de víctimas, crueldad, motivo discriminatorio y otras circunstancias de semejante naturaleza) previstas en los apartados 2(a) y 2(b) de la regla 145. Como algunas de estas últimas circunstancias (por ejemplo, la multiplicidad de víctimas) pueden tenerse también en consideración al analizar la gravedad de la conducta delictiva, se genera una cierta dificultad sobre cómo interpretar la interrelación entre el artículo 78 del ECPI y la regla 145.

Esta dificultad se intensifica al observar que la regla 145 (1)(c) de las RPP subraya que, además de los dos factores mencionados en el artículo 78 (1) del ECPI (gravedad del crimen y circunstancias personales del condenado), se han de tener en cuenta en la deter-

minación de las penas otros factores (que en principio tampoco se corresponderían con las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en los apartados 2(a) y 2(b)), entre los cuales se mencionan expresamente (a) la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares; (b) la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para cometer el delito; (c) el grado de participación del condenado; (d) el grado de intencionalidad; (e) las circunstancias de modo, tiempo y lugar del crimen; y (f) la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. Sin embargo, la mayoría de estos factores adicionales tienden a solaparse con con aquellas circunstancias que determinan la gravedad de la conducta delictiva y las circunstancias personales del condenado, generándose de esta manera una notable confusión que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) en los casos Lubanga, Katanga, Al Mahdi y Bemba no ha podido resolver hasta el momento.

En este complejo contexto, el presente trabajo se dirige se dirige a analizar si los siguientes tres tipos de circunstancias constituyen factores relevantes en la determinación de las penas por la CPI: (a) la naturaleza y extensión de la victimización; (b) los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad; y (c) la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales.

2. ¿SON LA NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN UN FACTOR RELEVANTE EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS POR LA CPI?

Como señala, D'Ascoli la expresión "victimización" hay que analizarla tanto desde una perspectiva cualitativa (naturaleza del daño, nivel de sufrimiento y consecuencias y traumas físicos y mentales ocasionados a las víctimas), como desde una perspectiva cuantitativa (número de víctimas)[1]. En consecuencia, dejando para más adelante

---

[1] D'Ascoli, S., 2011, *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford, *Hart Publishing Ltd.*, p. 133.

el análisis sobre si la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales constituye un factor relevante en la determinación de las penas, analizamos en esta sección el tratamiento que la CPI y otros tribunales penales internacionales e híbridos (el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) y las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (SETC)) han dado a las circunstancias cualitativas y cuantitativas que integran el concepto de victimización.

2.1. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La jurisprudencia de la CPI considera en los casos Lubanga[2], Katanga[3], Al Mahdi [4] y Bemba[5] la naturaleza y extensión de la victimización como un factor relevante en la determinación de las penas, al ser parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena.

Así, en la decisión de determinación de la pena en el caso Lubanga, la Sala de Primera Instancia I analiza la victimización a partir de la naturaleza del daño y el número de víctimas a las cuales se les ha causado. La Sala afirma que el daño tiene que evaluarse teniendo en cuenta los siguientes elementos: (a) los riesgos que tuvieron que correr los menores de 15 años al ser alistados voluntariamente, reclutados forzosamente y/o utilizados de manera activa en el desarrollo de las hostilidades por los integrantes de la *Union des Patriotes Congolais* (UPC) y de las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC);

---

2 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290, para. 44.*

3 CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG, para. 71.*

4 CPI, *the Prosecutor v. Almah Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII, Judgment and Sentence, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15-171, para. 76.*

5 CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399, para. 15.*

(b) las secuelas físicas y psicológicas que sufrieron como consecuencia de los hechos victimizantes; y (c) el número de víctimas menores de quince años afectadas[6].

Posteriormente, en la decisión de determinación de la pena en el caso Katanga[7], la Sala de Primera Instancia II analiza la naturaleza y extensión del daño causado a las víctimas, incluyendo las secuelas físicas y psicológicas sufridas, como consecuencia del ataque al municipio de Bogoro (situado en el distrito de Ituri de la República Democrática del Congo (RDC)) el 24 de febrero de 2003 por las tropas del *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (FNI) y de la *Force de Résistance Patriotique d'Ituri* (FRPI)[8]. La Sala tiene en particular consideración el hecho de que las secuelas del ataque a Bogoro se extendieran en el tiempo, toda vez que se presentó un aumento en el índice de pobreza, en el número de huérfanos en la zona y en el número de desplazados[9]. Además, desde una perspectiva cuantitativa, la Sala subraya que el número de víctimas es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de establecer la gravedad de los delitos objeto de la condena[10].

En el caso Al Mahdi, la Sala de Primera Instancia VIII, al determinar la pena, valora el daño, en cuanto que aspecto central de la gravedad de los delitos objeto de la condena, con base en la pérdida de la herencia cultural y económica causada por la destrucción de lugares sagrados declarados como patrimonio cultural por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Para la Sala, estos lugares no sólo cumplían una función religiosa, sino que tenían un valor simbólico y emocional para la población de Timbuktu (Mali) y la sociedad internacional en su conjunto[11].

Finalmente, en la decisión de determinación de la pena en el caso Bemba, la Sala de Primera Instancia III, aborda, como parte del aná-

---

6 CPI, *Lubanga Sentencing Decision*, supra n. 2, paras. 39, 40, 41, 49.
7 CPI, *Katanga Sentencing Decision*, supra n. 3, para. 47.
8 Ibid., paras. 56, 57.
9 Ibid., paras. 52, 55, 56, 59.
10 Ibid., paras. 47 et. seq.
11 CPI, *Al Mahdi Judgment and Sentence*, supra n. 4, paras. 80, 108.

lisis de la gravedad de los delitos, la extensión del daño y las consecuencias físicas y psicológicas causadas a las víctimas y a sus familiares con ocasión de los hechos victimizantes. En este caso, la victimización es analizada por separado en relación con cada uno de los delitos objeto de la condena: asesinato[12], violencia sexual[13] y pillaje[14]. Así mismo, al analizar la gravedad de la violencia sexual, la Sala afirma expresamente que el elevado número de víctimas (si bien no se especifican cuántas) ha de ser necesariamente tenido en consideración[15].

2.2. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Al igual que el artículo 78(1) del ECPI, el artículo 24 (2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY) establece que, al imponer las penas, el TPIY ha de tener en consideración factores tales como la gravedad de los delitos objeto de la condena y las circunstancias personales del condenado[16]. Además, el apartado 1 de esta disposición añade que el TPIY debe recurrir también a la práctica general de los tribunales nacionales de la ex Yugoslavia en esta materia.

Sobre esta base, la regla 101 de las RPP prevé que, además de los factores referidos en el artículo 24(2) del ETPIY, el TPIY tendrá también en cuenta, al determinar las penas, los siguientes factores: (a) las circunstancias agravantes y atenuantes (incluyendo la cooperación sustancial con la Fiscalía antes y/o después de la condena); (b) el tiempo pasado en prisión provisional por el condenado mientras fue transferido al TPIY y tuvo lugar el proceso; y (c) la medida en que el condenado haya cumplido cualquier pena impuesta por un tribunal nacional por los mismos hechos por los que ha sido condenado por el TPIY[17].

---

12 CPI, *Bemba Sentencing Decision*, supra n. 5, paras. 30-32.
13 Ibid., paras. 36, 37.
14 Ibid., paras. 50, 51.
15 Ibid., para. 40.
16 Artículo 24 del ETPIY.
17 Idem.

En aplicación de esta normativa, la jurisprudencia del TPIY desarrolla el denominado *litmus test*, el cual analiza la gravedad de los delitos objeto de la condena a través de las circunstancias particulares del caso, el número de víctimas, el sufrimiento causado a las mismas y la forma de participación del condenado[18].

Así mismo, cabe resaltar que la jurisprudencia del TPIY entiende que la extensión a largo plazo del sufrimiento físico, psicológico y emocional de las víctimas forma parte del concepto de victimización. En este sentido, en los casos Kupreskic et. al.[19], Kvocka et. al.[20], Stanisic & Zupljanin[21] y Krnojenac[22] se subraya que las consecuencias e impacto de los hechos victimizantes por los que es responsable el condenado, son un factor relevante al momento de establecer la gravedad de los delitos para la determinación de la pena. Con ello, se sigue, en principio, la misma línea jurisprudencial que la CPI.

Sin embargo, se pueden observar también ciertas excepciones. Así, en los casos Blaskic[23] y Brdjanin[24], el sufrimiento y el trauma causado a las víctimas han sido considerados como circunstancias agravantes, en lugar de circunstancias determinantes de la gravedad de los delitos. Del mismo modo, en los casos Dragan Nikolic[25], Blaskic[26],

---

18 TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, Judgment, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T, para. 701; ICTY, the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, Judgment, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T, para. 852.*

19 TPIY, *the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic & Vladimir Santic, Appeals Chamber, Appeals Judgment, October 23, 2001, Case No.: IT-95-16-A, para. 442.*

20 TPIY, *Kvocka et al. Trial Judgment*, supra n. 18, para. 701.

21 TPIY, *the Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber II, Judgment, March 27, 2013, Case No.: IT-08-91-T, Vol. 2, para. 892.*

22 TPIY, *the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 512.*

23 TPIY, *the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, Judgment, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, para. 787.*

24 TPIY, *the Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Trial Chamber II, Judgment, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T, para. 1105.*

25 TPIY, *the Prosecutor v. Dragan Nikolic, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, December 18, 2003, Case No.: IT-94-2-S, para. 213.*

26 TPIY, *Blaskic Trial Judgment*, supra n. 23, p. 784.

Bralo[27] y Blagojevic & Jokic[28] el número de víctimas también ha sido considerado como una circunstancia agravante.

2.3. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

El artículo 23(2) del ETPIY y la regla 101 de las RPP establecen un sistema de determinación de las penas similar al previsto para el TPIY. Sin embargo, a diferencia de esta último, la jurisprudencia del TPIR no ha sido coherente a la hora de tratar la naturaleza y extensión de la victimización como un factor relevante en la determinación de las penas. Así, en casos como Bagosora et. al.[29] y Bizimingu et. al.[30], las considera como parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena, mientras que en los casos Kambanda[31] y Gatete[32] las trata más bien como circunstancias agravantes[33].

La jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) considera también la victimización como un factor relevante en la determinación de las penas a partir del número de víctimas, su vulnerabilidad y el grado de sufrimiento e impacto de los delitos en la

---

27 TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Bralo, Trial Chamber III, Sentencing Judgment, December 7, 2005, Case No.: IT-95-17, para. 30.*

28 TPIY, *the Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Drajan Jokic, Trial Chamber I, Judgment, January 15, 2005, Case No.: IT-02-60-T, para. 841.*

29 TPIR, *the Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, December 18, 2008, Case No.: ICTR-98-41-T, para. 2266.*

30 TPIR, *the Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka & Prosper Mugiraneza, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, September 30, 2011, Case No.: ICTR-99-50-T, para. 1991.*

31 TPIR, *the Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, September 4, 1998, Case No.: ICTR 97-23-S, para. 42.*

32 TPIR, *the Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete, Trial Chamber III, Judgment and Sentence, March 31, 2011, Case No.: ICTR-2000-61-T, para. 678.*

33 En ambos casos, las Salas de Primera Instancia I y III, a pesar de abordar la naturaleza y extensión de la victimización dentro del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena, terminan afirmando su consideración como circunstancias agravantes.

salud física, emocional y psicológica de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general[34]. En particular, en el caso Taylor, la Sala de Primera Instancia II tiene en cuenta al determinar la pena, como parte del análisis de gravedad de los delitos, el sufrimiento causado a las víctimas por: (a) el alto número de muertes; (b) la brutalidad con la que se cometieron los hechos victimizantes; (c) el cambio sustancial en la vida de los supervivientes, al no poder volver a desarrollar una vida productiva; (d) el estigma en las jóvenes violadas; y (e) el rechazo de los niños reclutados por sus propias familias y comunidades[35]. Además, la Sala subraya que los delitos revisten una mayor gravedad por atentar contra grupos vulnerables como niñas y mujeres, adultos mayores y niños soldados[36].

Finalmente, la jurisprudencia de las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (SETC) considera también que la naturaleza y extensión de la victimización constituyen un factor relevante en la determinación de las penas en cuanto que hacen parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena. Así se refleja en particular en las sentencias de primera instancia en el caso Chea y Samphan (002/01[37] y 002/02[38]). Sin embargo, esto no es óbice para que el número de víctimas sea tratado en ocasiones como una circunstancia agravante, como se observa en la sentencia de apelación en el caso Duch (caso 001), que confirma lo dispuesto a este respecto por la sentencia de primera instancia[39].

---

34 TESL, *the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T, para. 20; SCSL, the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), Trial Chamber, Sentencing Judgment, June 20, 2007, Case No.: SCSL 04-16-T, para. 19.*

35 TESL, *Taylor Sentencing Judgment*, supra n. 34, para. 70.

36 Ibid., para 74-75.

37 SETC, *the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, Judgment, August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 1075.*

38 SETC, *the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, Judgment, November 16, 2018, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC, para. 4362.*

39 SETC, *the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Supreme Court Chamber, Appeal Judgment, February 3, 2012, Case No.: 001/18-07-2007-ECCC/SC, para. 361.*

3. ¿SON LOS ACTOS DE VIOLENCIA CONSTITUTIVOS DE LOS ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD UN FACTOR RELEVANTE EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS?

Con el fin de analizar la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales e híbridos sobre la cuestión objeto de análisis en la presente sección, es necesario distinguir dos tipos de casos relativos a Crímenes de Lesa Humanidad (CLH). Por un lado, se encuentran aquellos casos relativos a dirigentes políticos y militares, a quienes se les imputan específicamente todos los actos de violencia que forman parte del ataque sistemático o generalizado contra la población civil (aspecto central de los elementos contextuales de los CLH).

Por otro lado, encontramos un segundo tipo de casos, normalmente dirigidos contra autores materiales o mandos medios, en los que los actos de violencia imputados son solo una pequeña parte de aquellos que constituyen el ataque sistemático o generalizado contra la población civil. En este segundo tipo de casos, a diferencia del primero, sí es posible distinguir entre los actos de violencia específicamente atribuidos al condenado, y aquellos otros que son sólo parte de los elementos contextuales de los CLH. Por lo tanto, es en este segundo tipo de casos donde se puede analizar mejor la cuestión objeto de estudio en la presente sección.

La jurisprudencia de la CPI no ofrece hasta el momento una respuesta precisa a la cuestión planteada. En las decisiones sobre determinación de la pena en los casos Katanga y Bemba (que son los únicos que hasta el momento se refieren a CLH en este tipo de decisiones) no es posible diferenciar el tratamiento a la hora de establecer la pena entre: (a) los actos de violencia específicamente atribuidos a los condenados; y (b) aquellos otros que han sido probados más allá de toda duda razonable con el exclusivo fin de establecer los elementos contextuales de los CLH.

En relación con los tribunales penales internacionales e híbridos, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se ha centrado principalmente en el crimen de genocidio, de manera que los casos

que abordan también los CLH no lo hacen de una manera tan exhaustiva. Por ello, no parece que su jurisprudencia sea la más apropiada para analizar la cuestión objeto de nuestro estudio.

Por su parte, el TESL ha abordado exclusivamente casos relativos al primer modelo, como los dirigidos contra el ex presidente de Liberia, Charles Taylor, y los dirigentes vivos de mayor rango de los tres grupos armados implicados en el conflicto en Sierra Leona (el *Revolutionary United Front* (RUF), el *Armed Forces Revolutionary Council (*AFRC) y las *Civil Defense Forces* (CDF).

Del mismo modo, los dos casos concluidos hasta el momento ante las SETC pertenecen también al primer modelo. Así, en el caso número 001, todos los actos de violencia cometidos en el centro de detención S-21 fueron imputados a Duch[40], en calidad de superior jerárquico, en cuanto que director del centro. Del mismo, en el caso 002 contra Chea (ex Jefe de Estado de la República de Kampuchea)[41] y Samphan (ex presidente del Consejo de Estado de la República de Kampuchea)[42] también se les imputaron como delitos específicos todos los actos de violencia constitutivos de los elementos contextuales de los CLH.

En consecuencia, a la luz de lo anterior, los casos más idóneos para nuestro estudio, en cuanto que corresponden al segundo tipo de casos arriba mencionados, pertenecen al TPIY. Entre ellos, destacan los casos Kunarac et. al.[43], Kvocka et. al.[44], Momir Nikolic[45] y Obrenovic[46].

---

40 SETC, *the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Trial Chamber, Judgment, July 26, 2010, Case No.: 001/18-07-2007/ECCC/TC,* para. 549.

41 SETC, *Chea & Samphan Judgment*, supra n. 37, para. 941.

42 Ibid., para. 1052.

43 TPIY, *the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, Judgment, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.*

44 TPIY, *Kvocka et. al. Trial Judgment*, supra n. 18.

45 TPIY, *the Prosecutor v. Momir Nikolic, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, December 2, 2003, Case No.: IT-02-60/1-S.*

46 TPIY, *the Prosecutor v. Dragan Obrenovic, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, December 10, 2003, Case No.: IT-02-60/2-S.*

Así, en el caso Kunarac et. al., la Fiscalía buscó que ciertos actos de violencia no imputados específicamente al condenado, pero que habían sido parte del mismo curso de conducta o plan común, fueran tenidos en consideración por la Sala de Primera Instancia II a la hora de determinar la pena. No obstante, la Sala rechazó la solicitud de la Fiscalía, porque al analizar la petición del ente acusador, expresó que únicamente los hechos de violencia atribuidos al condenado y aquellos directamente relacionados con los mismos —que además hayan sido probados más allá de toda duda razonable—, pueden ser tenidos en cuenta en la determinación de la pena[47].

Por su parte, en el caso Kvocka et. al., la Fiscalía solicitó a la Sala de Primera Instancia I que tomara en consideración al determinar la pena que los crímenes habían sido cometidos como parte de una política más amplia de persecución general y sistemática[48]. Sin embargo, la Sala rechazó la petición de la Fiscalía porque, si bien aspectos como la naturaleza repetitiva y continua de los crímenes son esenciales a la hora de determinar la existencia de CLH, estos no pueden ser considerados en la determinación de la pena. Las razones dadas por la Sala para llegar a esta conclusión son las siguientes: (a) solo las conductas atribuidas específicamente al condenado pueden ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la pena y en consecuencia; (b) las conductas no atribuidas al condenado, a pesar de haber sido probadas más allá de toda duda razonable al establecer los elementos contextuales de los CLH, no pueden ser tratadas, ni como circunstancias que incrementan la gravedad de los delitos objeto de la condena, ni como circunstancias agravantes[49].

Finalmente, en los casos Nikolic y Obrenovic la Sala de Primera Instancia I ha seguido también esta misma línea argumentativa. En ambos casos, que se refieren a los hechos ocurridos durante la masacre de Srebrenica (Bosnia y Herzegovina), la Fiscalía solicitó que se tuvieran en cuenta para la determinación de las penas aquellos actos de violencia exclusivamente relacionados con el contexto general dentro del cual se dio la masacre, incluidos los hechos ocurridos

---

47 TPIY, *Kunarac et. al. Trial Judgment*, supra n. 43, para. 850.

48 TPIY, *Kvocka et. al. Trial Judgment*, supra n. 18, para. 696.

49 Ibid., para. 705.

antes de que se produjera la misma en julio de 1995. No obstante, la Sala descartó esta posibilidad.

Así, en el caso de Nikolic, la Sala de Primera Instancia I consideró que, si bien dichos hechos pueden ser tenidos en cuenta para hacer una contextualización general del marco histórico dentro del cual se desarrolló el ataque a Srebrenica antes de julio de 1995, la responsabilidad penal del condenado y la correspondiente tasación de la pena únicamente responden a los hechos de violencia que le son atribuibles, es decir, aquellos que se dieron a partir de julio de 1995[50].

La Sala de Primera Instancia I fue si cabe todavía más clara en el caso Obrenovic, al afirmar que únicamente aquellos hechos constitutivos de los delitos específicamente atribuidos al acusado pueden ser considerados al evaluar su gravedad cara a la determinación de la pena. En consecuencia, según la Sala, frente a los actos de violencia que hacen parte del contexto general del ataque, sería necesario adelantar otro proceso penal para determinar las correspondientes responsabilidades penales[51].

4. ¿ES LA ESPECIAL GRAVEDAD DE CIERTOS CRÍMENES INTERNACIONALES UN FACTOR RELEVANTE EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS?

Finalmente, con respecto a la cuestión relativa a si la especial gravedad de ciertos crímenes internacionales es un factor relevante en la determinación de las penas, es necesario precisar que solo la jurisprudencia del TPIR afirma, en relación con el delito de genocidio, que ciertas categorías de crímenes internacionales consideradas en abstracto (es decir, sin tener en cuenta las condiciones específicas en que se producen los actos de violencia atribuidos al condenado) pueden tener una mayor gravedad[52]. Sin embargo, ni la jurisprueden-

---

50 TPIY, *Nikolic Sentencing Judgment*, supra n. 45, para. 106.

51 TPIY, *Obrenovic Sentencing Judgment*, supra n. 46, paras. 78, 152.

52 TPIR, *the Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Trial Chamber II, Trial Judgment, November 1, 2010, Case No.: ICTR-2002-78-T, para. 674; ICTR, the Prosecutor v.*

cia de la CPI, ni la jurisprudencia del TPIY han realizado este tipo de afirmaciones.

Además, como ya hemos visto, tanto la CPI, como el TPIY y el TPIR, han subrayado que los elementos cualitativos y cuantitativos de la victimización constituyen un factor relevante en la determinación de las penas, si bien no se ponen de acuerdo respecto a si deben ser considerados a la hora de establecer la gravedad de los delitos objeto de la condena o como una circunstancia agravante.

En consecuencia, el análisis desarrollado en esta sección se limita a establecer si el tipo de bien jurídico protegido por los delitos objeto de la condena constituye un factor relevante en la determinación de las penas según la jurisprudencia de la CPI, del TPIY y del TPIR.

4.1. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

La jurisprudencia de la CPI subraya la importancia de la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la determinación de las penas. Así, la Sala de Primera Instancia II en el caso Katanga señala que los distintos delitos objeto de la condena no tienen la misma gravedad porque aquellos cometidos contra las personas son más graves que los que afectan a los bienes materiales[53].

Esta distinción en cuanto al nivel de gravedad entre delitos cometidos contra personas y contra objetos es abordada también por la Sala de Primera Instancia VIII en el caso Al Mahdi, que afirmar la mayor gravedad de los primeros frente a los segundos[54]. Además, para la Sala, la gravedad de los delitos objeto de la condena se ve también influenciada por el impacto cultural y psicológico que tenga la destrucción de los bienes afectados en la población[55]. En consecuencia,

---

Simon Bikindi, Trial Chamber III, Judgment, December 2, 2008, Case No.: ICTR-01-72-T, para. 448; ICTR, the Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, Trial Chamber III, Judgment, June 17, 2004, Case No.: ICTR-2001-64-T, para. 345; ICTR, Kambanda Judgment and Sentence, supra n. 31, para. 42.

53 CPI, *Katanga Sentencing Decision*, supra n. 3, paras. 47 et. seq.

54 CPI, *Al Mahdi Judgment and Sentence,* supra n. 4, para. 77.

55 Ibid., para. 79.

son más graves los delitos cometidos contra aquellos objetos que: (a) están destinados a actividades religiosas; (b) tienen una notable importancia cultural para la población; o (c) generan en la misma una afectación psicológica significativa.

Por su parte, en el caso Bemba, la Sala de Primera Instancia III subraya la mayor gravedad de los delitos que atentan contra la vida de algunos grupos poblacionales particularmente vulnerables, como las mujeres y los niños, los cuales, desde su perspectiva, son merecedores de una pena más severa[56]. Así mismo, la Sala entiende que el crimen de guerra de saqueo tiene una mayor gravedad cuando tiene por objeto bienes necesarios para la supervivencia de las víctimas, o cuando genera un impacto particularmente dañino en la población[57].

Finalmente, en el caso Lubanga se analizan las implicaciones que para la gravedad de los delitos objeto de la condena tiene el hecho de que las conductas se hayan cometido directamente contra niños menores de quince años, siendo este un grupo de especial protección con particular vulnerabilidad ante las consecuencias físicas y psicológicas generadas por los actos de violencia a los que fueron sometidos[58].

4.2. La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

La jurisprudencia del TPIY distingue entre: (a) delitos cometidos contra personas y bienes; (b) delitos cometidos contra diversas categorías de personas con distintas circunstancias; y (c) delitos cometidos contra diversas categorías de bienes.

---

56 CPI, *Bemba Sentencing Decision*, supra n. 5, para. 29.

57 Ibid., paras. 49-51.

58 CPI, *Lubanga Sentencing Decision*, supra n. 2, para. 37.

Con respecto a la primera distinción, la Sala de Apelaciones en los casos Delalic et. al.[59] y Furundzija[60] afirma que existe una diferencia en el nivel de gravedad entre la no prevención y/o posterior castigo del asesinato o la tortura, en comparación con la no prevención y/o castigo de ciertos crímenes cometidos contra bienes materiales, como el saqueo.

Respecto a los delitos cometidos contra las personas, la jurisprudencia del TPIY agrava la pena en virtud de la particular vulnerabilidad de ciertos grupos de víctimas. Así, por ejemplo, en el caso Kunarac, la Sala de Primera Instancia II subraya que el hecho de que, al cometerse los crímenes, algunas de las víctimas fueran muy jóvenes (entre 15 y 19 años), debe ser considerado como una circunstancia agravante[61].

Finalmente, en relación con los delitos cometidos contra diferentes categorías de bienes, la Sala de Primera Instancia II en el caso Strugar afirma que existe una diferencia sustancial entre atacar bienes culturales protegidos (como el casco antiguo de Dubrovnik) y atacar bienes civiles que no ostentan esta característica especial, siendo más graves los ataques dirigidos contra los primeros[62].

En lo que se refiere a la jurisprudencia del TPIR, destaca el hecho de que la misma subraya la mayor gravedad inherente al delito de genocidio, ya se trate de su modalidad consumada o del acto preparatorio de incitación pública y directa. En consecuencia, al considerarse al genocidio como la categoría de crímenes internacionales más grave, todo acto genocida debe ser condenado con la mayor severidad[63].

---

59 TPIY, *the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Appeals Judgment, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A,* para. 732.

60 TPIY, *the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, Judgment, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A,* para. 244.

61 TPIY, *Kunarac et. al. Trial Judgment,* supra n. 43, para. 864.

62 TPIY, *the Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Chamber II, Judgment, January 31, 2005, Case No.: IT-01-42-T,* para. 232.

63 TPIR, *Kanyarukiga Trial Judgment,* supra n. 52, para. 674; ICTR, *Bikindi Trial Judgment,* supra n. 52, para. 448; ICTR, *Gacumbitsi Trial Judgment,* supra n. 52, para. 345; ICTR, *Kambanda Judgment and Sentence,* supra n. 31, para. 42.

Sin embargo, la jurisprudencia del TPIR no es coherente a la hora de abordar esta circunstancia en el análisis de gravedad de los delitos imputados al condenado o como circunstancia agravante. Así, mientras las Salas de Primera Instancia II y III afirman en los casos Kanyarukiga[64] y Bikindi[65] que el genocidio es un crimen de tal gravedad que afecta a los cimientos de la sociedad y a la consciencia de la humanidad (y por tanto su especial naturaleza debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la gravedad del delito), la Sala de Primera Instancia I y la propia Sala de Primera Instancia III entienden en los casos Kambanda[66] y Gacumbitsi[67] que las particulares características del genocidio han de tenerse en cuenta como circunstancia agravante.

Finalmente, en el caso Gacumbitsi[68], la Sala de Primera Instancia III subraya también la especial gravedad de los delitos de naturaleza sexual, y en particular la violación, lo que, para la Sala, amerita su consideración como una circunstancia agravante.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Con base en los anterior se pueden alcanzar las siguientes conclusiones. En primer lugar, la jurisprudencia de la CPI y de los tribunales penales internacionales e híbridos analizados muestra como todos ellos consideran la naturaleza y extensión de la victimización (en particular, los daños y sufrimientos causados a la víctima, las consecuencias sobre su salud física y mental a corto y largo plazo y el número de víctimas) como un factor relevante en la determinación de las penas.

Sin embargo, no es coherente su tratamiento como parte del análisis de la gravedad de los delitos objeto de la condena o como una circunstancia agravante. Así mientras la jurisprudencia del CPI, del TESL y de las SETC los incluye de manera constante en su análi-

---

64 TPIR, *Kanyarukiga Trial Judgment*, supra n. 52, para. 674.
65 TPIR, *Bikindi Trial Judgment*, supra n. 52, para. 448.
66 TPIR, *Kambanda Judgment and Sentence*, supra n. 31, para. 42.
67 TPIR, *Gacumbitsi Trial Judgment*, supra n. 52, para. 345.
68 Idem.

sis de gravedad de los delitos, la jurisprudencia del TIPY y del TPIR muestra un mayor grado de incoherencia, observándose una cierta tendencia a tratar su dimensión cuantitativa (número de víctimas) como una circunstancia agravante y su dimensión cualitativa como parte del análisis de gravedad de los delitos.

En segundo lugar, el TPIY ha sido el único tribunal penal internacional que ha abordado hasta el momento la cuestión relativa a si los actos de violencia que solamente son probados más allá de toda duda razonable para establecer la existencia de los elementos contextuales de los CLH son un factor relevante en la determinación de la pena. Como hemos visto, la jurisprudencia de sus distintas salas de primera instancia muestra un rechazo constante a esta consideración.

Finalmente, mientras que la jurisprudencia del TPIR considera al delito de genocidio como la categoría de crimen internacional más grave, no se encuentra hasta el momento una afirmación de esta naturaleza en la jurisprudencia de la CPI y del TPIY. No obstante, para la jurisprudencia de estos dos últimos tribunales, la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos que se ven afectados por los delitos objeto de la condena constituye un factor relevante en la determinación de las penas. De esta manera, los delitos cometidos contra personas son inherentemente más graves que aquellos cometidos contra bienes. Además, presentan también una mayor gravedad los delitos cometidos contra ciertas categorías de personas (como mujeres y niños) y bienes (como aquellos que forman parte del patrimonio cultural) que disfrutan de una especial protección.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July 12, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-290.*

CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.*

CPI, t*he Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-3399.*

CPI, *the Prosecutor v. Almah Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber, Judgment and Sentence, September 27, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/12-01/15-171.*

Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

SETC, *the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Supreme Court Chamber, Appeal Judgment, February 3, 2012, Case No.: 001/18-07-2007-ECCC/SC.*

SETC, *the Prosecutor v. Kaing Guek Eav, Trial Chamber, Judgment, July 26, 2010, Case No.: 001/18-07-2007/ECCC/TC.*

SETC, *the Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphan, Trial Chamber, Judgment, August 7, 2014, Case No.: 002/19-09-2007/ECCC/TC.*

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *the Prosecutor v. Charles Taylor, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, May 30, 2012, Case No.: SCSL-03-01-T.*

TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), Trial Chamber, Sentencing Judgment, June 20, 2007, Case No.: SCSL 04-16-T.*

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *the Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, September 4, 1998, Case No.: ICTR 97-23-S.*

TPIR, *the Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi, Trial Chamber III, Judgment, June 17, 2004, Case No.: ICTR-2001-64-T.*

TPIR, *the Prosecutor v. Simon Bikindi, Trial Chamber III, Judgment, December 2, 2008, Case No.: ICTR-01-72-T.*

TPIR, *the Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, December 18, 2008, Case No.: ICTR-98-41-T.*

TPIR, *the Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Trial Chamber II, Trial Judgment, November 1, 2010, Case No.: ICTR-2002-78-T.*

TPIR, *the Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete, Trial Chamber III, Judgment and Sentence, March 31, 2011, Case No.: ICTR-2000-61-T.*

TPIR, *the Prosecutor v. Casimir Bizimungu, Justin Mugenzi, Jérôme-Clément Bicamumpaka & Prosper Mugiraneza, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, September 30, 2011, Case No.: ICTR-99-50-T.*

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, Judgment, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, Judgment, March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Anto Furundzija, Appeals Chamber, Judgment, July 21, 2000, Case No.: IT-95-17/1-A.*

TPIY, *the Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Landzo, Appeals Chamber, Appeals Judgment, February 20, 2001, Case No.: IT-96-21-A.*

TPIY, *the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic, Trial Chamber II, Judgment, February 22, 2001, Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic & Vladimir Santic, Appeals Chamber, Appeal Judgment, October 23, 2001, Case No.: IT-95-16-A.*

TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mlado Radic & Zoran Zigic, Trial Chamber I, Judgment, November 2, 2001, Case No.: IT-98-30/1-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Momir Nikolic, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, December 2, 2003, Case No.: IT-02-60/1-S.*

TPIY, *the Prosecutor v. Dragan Obrenovic, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, December 10, 2003, Case No.: IT-02-60/2-S.*

TPIY, *the Prosecutor v. Dragan Nikolic, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, December 18, 2003, Case No.: IT-94-2-S.*

TPIY, *the Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Trial Chamber II, Judgment, September 1, 2004, Case No.: IT-99-36-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Drajan Jokic, Trial Chamber I, Judgment, January 15, 2005, Case No.: IT-02-60-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Pavle Strugar, Trial Chamber II, Judgment, January 31, 2005, Case No.: IT-01-42-T.*

TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Bralo, Trial Chamber III, Sentencing Judgment, December 7, 2005, Case No.: IT-95-17.*

TPIY, *the Prosecutor v. Mico Stanisic & Stojan Zupljanin, Trial Chamber II, Judgment, March 27, 2013, Case No.: IT-08-91-T, Vol. 2.*

Doctrina

D'Ascoli, S., 2011, *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford, *Hart Publishing Ltd.*

19. ¿Constituye la práctica del secuestro de niños por el Ejército de Liberación del Señor un crimen de lesa humanidad de tortura, persecución u otros tratos inhumanos conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional?[*]

LINA MARCELA BUITRAGO VALDERRAMA[*]
FABIOLA CELEDÓN FERNÁNDEZ[*]
YURI KATHERINE GONZÁLEZ HERRERA[*]
KAREN RAMÍREZ GONZÁLEZ[*]
LAURA MARÍA RESTREPO ACEVEDO[*]
ANA LUCÍA RODRÍGUEZ MORA[*]
LUISA FERNANDA VILLARRAGA ZSCHOMMLER[*]

1. INTRODUCCIÓN

Dominic Ongwen nació en Uganda en 1975. A la edad de 10 años fue secuestrado por los miembros del *Lord's Resistance Army* (LRA)[1],

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Juan David Albarracín, Lucía Carcano Fernández y María Paula Tolé.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2017-2018).

[1] *Justice and Reconciliation Project,* 2008, *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, disponible en: http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf

encabezado por Joseph Kony. En medio del conflicto armado entre el LRA y el gobierno ugandés, el LRA entrenó a Ongwen a luchar contra el *Ugandan People's Defense Forces* (UPDF). Debido a sus habilidades militares, treinta años después de su secuestro, Ongwen se convirtió en el comandante de la Brigada Sinia, una de las unidades operacionales más importantes del LRA.

El 23 de marzo de 2016, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI profirió una decisión confirmando setenta cargos contra Ongwen relativos a los eventos ocurridos en el Norte de Uganda entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005[2]. Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, muchos de los eventos en los cuales Dominic Ongwen y sus subordinados cometieron crímenes competencia de la CPI incluyeron las siguientes prácticas: (i) la privación de libertad de niños menores de quince años contra su voluntad a través de la violencia o el engaño; y (ii) la separación de dichos niños de sus familias o del entorno en el cual vivían[3].

La duración de la privación de la libertad de los niños varió considerablemente. A veces, esta fue larga porque fue seguida por otros delitos de la competencia de la CPI, como el reclutamiento en el LRA o la esclavitud sexual. Otras veces, el periodo de privación de la libertad no duró mucho porque los niños fueron liberados, o lograron escapar, inmediatamente después de ser secuestrados[4]. Teniendo

---

2 CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, March 23, 2016, ICC Doc. No.:* CPI-02/04-01/15, paras. 60-64.

3 Idem. Según la Oficina del Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los niños y el Conflicto Armado (2009/2013), el secuestro es un acto llevado a cabo contra la voluntad de los niños o sus tutores. Además, para Amnistía Internacional (1997), '[l]os niños secuestrados se embarcan en un viaje al infierno. El secuestro es en sí mismo un acto de violencia, sacando a los niños aterrorizados de la seguridad de sus familias. A menudo se acompaña de asesinatos, violaciones y palizas severas.' Los testimonios e informes sobre la situación en el norte de Uganda muestran que el LRA tenía una estrategia de traslado inmediato de niños una vez que habían sido secuestrados, para mantenerlos tan lejos de sus casas como fuere posible.

4 Estos casos fueron reportados por Amnistía Internacional, supra n. 3. Según este informe, el cual se basa en las declaraciones hechas por las víctí-

en cuenta lo anterior, la práctica del secuestro de niños por parte del LRA se considera en este trabajo como un acto de violencia en sí mismo, sin tener en cuenta lo que sucedió con las víctimas después de ser secuestradas[5].

La práctica del secuestro de niños es ampliamente rechazada por la comunidad internacional. El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados Parte el deber de tomar todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales necesarias para evitar el secuestro, la venta y la trata de niños con cualquier fin y de cualquier forma.

La Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados también ha declarado que el secuestro de niños contra su voluntad y la voluntad de sus tutores adultos, ya sea temporal o permanentemente, es ilegal bajo el Derecho Internacional. Para la Oficina del Representante Especial, esta práctica puede constituir una violación grave de los Convenios de Ginebra e incluso un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra[6]. Como resultado, y a la luz de su magnitud y sus graves consecuencias en la vida de los niños, la Oficina del Representante Especial considera que el secuestro de niños es una de las seis violaciones graves cometidas contra los niños durante los conflictos armados[7].

---

mas, '[…] aquellos que son demasiado pequeños son liberados; ellos no son lo suficientemente fuertes para llevar bienes saqueados o usar armas. También parece que las unidades del LRA reciben ordenes de reclutamiento que cambian según la necesidad y el objetivo.'

5 La definición de secuestro en el Código Penal de Uganda hace énfasis en la necesidad de que el acto de secuestro se lleve a cabo mediante engaño o violencia hacia la víctima. Sin embargo, la duración del secuestro no es determinante para la comisión del delito. Ver Código Penal de Uganda, capítulo XXIV, artículo 2.4.

6 *Office of the Special Representative of the United Nations Secretary-General for Children and Armed Conflict (2009/2013),* ver supra n. 3.

7 Idem. Según la Oficina del Representante Especial, las seis violaciones graves contra la infancia durante el conflicto armado son las siguientes: (a) reclutamiento y uso de niños; (b) asesinato o mutilación de niños; (c) violencia sexual contra niños; (d) ataques contra colegios u hospitales; (e) secuestro de niños; y (f) negación de asistencia humanitaria.

Del mismo modo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también ha subrayado en la Resolución 2225 (2015) sobre niños y conflictos armados que el secuestro de niños constituye una violación grave del DIDH y el DIH, y que es urgente reconocer su especial gravedad a la luz del aumento de casos, especialmente en el Norte de Uganda[8].

La Corte IDH también ha enfatizado el rechazo por parte del DIDH de la práctica del secuestro de niños. En el caso Contreras et. al. v. El Salvador, la Corte IDH encontró que cuando los niños son separados de sus familias, se violan sus derechos fundamentales a la dignidad e integridad personal[9]. Además, las referencias realizadas en este caso por la Corte IDH al Informe Machel[10] muestran su profunda preocupación por los efectos psicosociales de la violencia contra los niños en los conflictos armados, incluidos los sentimientos de pérdida, abandono, miedo intenso, incertidumbre, angustia y dolor[11].

Las decisiones, informes y resoluciones mencionados comparten la opinión de que la práctica del secuestro de niños, independientemente del propósito detrás del secuestro o de lo que ocurra después de su comisión, constituye una grave violación del DIDH y del DIH, que causa un gran sufrimiento y/o constituye un grave ataque a la integridad o la salud mental o física de las víctimas.

Sin embargo, el secuestro de niños no constituye ni un crimen de lesa humanidad ni un crimen de guerra autónomo según el ECPI o el DIP[12]. Además, a nivel nacional, algunas legislaciones internas tra-

---

8 *United Nations, Security Council, Resolution 2225,* 2015, *June 18, 2015, UN Doc. No.: S/RES/2225.*

9 CtIDH, Contreras et. al. v. El Salvador, *Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations and Costs)*, August 31, 2011, para. 82.

10 Machel, G., 1996, *The Impact of Armed Conflict on Children, Report of the Secretary-General's expert, Ms. Graça Machel*, August 26, 1996, UN Doc. No.: A/51/306.

11 CtIDH, Contreras et. al. v. El Salvador, supra n. 9, para. 85.

12 El grupo de trabajo a cargo de preparar un borrador inicial del Estatuto del TESL propuso incluir como parte de la disposición sobre otras violaciones graves del DIH en conflictos armados no internacionales, "el secuestro de niños menores de 15 años con el fin de utilizarlos para participar activamen-

tan la práctica del Secuestro de niños como un delito de *abduction*[13], mientras que otros lo consideran un delito de *kidnapping*[14].

A la luz de lo anterior, este trabajo analiza si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA (el término 'secuestro' se usa en este trabajo para referirse específicamente a dicha práctica) podría configurar los crímenes de lesa humanidad de tortura, persecución u otros actos inhumanos bajo los párrafos (f), (h) y (k) del artículo 7 (1) del ECPI. El análisis se centra en los elementos específicos de estos tres crímenes y, por lo tanto, no se extiende a los elementos contextuales que son comunes a todos los crímenes de lesa humanidad en virtud del artículo 7 del ECPI. Además, como el análisis no toma en cuenta lo que les sucedió a los niños después de ser secuestrados, el crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso no se estudia porque, según lo dispuesto en los EC, requiere que los civiles sean transferidos de un lugar donde residen legalmente a otro lugar[15].

Según el artículo 21 (1)(a) del ECPI, el análisis realizado en el presente trabajo examina primero el ECPI, luego los EC y posterior-

---

te en las hostilidades". Sin embargo, Amnistía Internacional subrayó que esta propuesta no era aceptable porque implicaba que la responsabilidad penal solo surgiría si un niño fuese secuestrado con el propósito de ser un combatiente activo en las hostilidades. Según Amnistía Internacional, este requisito de propósito específico, que no recoge en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, significaba a su vez que el secuestro de niños no sería un delito si se lleva a cabo para otros fines, como la utilización de los secuestrados: (a) para realizar otras tareas (es decir, cocinar o hacer tareas domésticas); o (b) como esclavos sexuales. Vid.: *Amnesty International*, 2000, *Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court*, November 14, 2000, disponible en: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000143.html. El Consejo de Seguridad terminó rechazando esta propuesta. Vid.: *United Nations, Secretary General, Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, October 4, 2000, UN Doc. No.: S/2000/915. Vid.: TESL, *the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 12, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T, p. 165, n. 1056.

13 Código Penal de Uganda, capítulo XXIV, artículo 2.4.

14 Modelo Código Penal de Estados Unidos, título 18, sección 1201.

15 Ver artículo 7(1)(d) and (2)(d) del ECPI y los EC.

mente su interpretación por la jurisprudencia de la CPI. A continuación, según lo dispuesto en el artículo 21 (1) (b) del ECPI, también se analiza, cuando se considera necesario, la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y el TESL. Además, se hace referencia a la jurisprudencia de los organismos internacionales y regionales de derechos humanos, que también es aplicable de conformidad con el artículo 21 (3) del ECPI.

Finalmente, aunque está fuera del alcance de nuestro análisis, vale la pena mencionar que la práctica del secuestro de niños menores de quince años por parte del LRA también puede constituir un acto preparatorio para cometer otros crímenes de la competencia de la CPI, a saber, el crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso, el crimen de guerra de reclutar, alistar o utilizar para que participen activamente en las hostilidades a niños menores de quince años[16], y algunos crímenes sexuales[17].

A este respecto, los elementos de prueba proporcionados por las declaraciones de los testigos y otros datos recopilados de estudios sobre el Norte de Uganda[18] muestran que el LRA es un grupo armado organizado que se compone de niños (en gran medida). Así, el testigo experto Tim Allen[19] subraya que los miembros del LRA recibían instrucciones de sus comandantes para atacar a adolescentes de entre 12 y 16 años[20].

Además, según *World Vision Uganda*, aproximadamente el 47% de los más de 3000 antiguos soldados capturados del LRA tenían entre 11 y 16 años al momento de su captura; otro 36% tenía entre 17 y 22 años. Así mismo, alrededor del 30% de las personas secuestradas registradas por *World Vision Uganda* son mujeres, de las que en torno

---

16 Ver artículo (8) (2) (c) (vii) del ECPI y los EC.

17 Ver artículos (7) (1) (g) y (8) (2) (c) (vi) del Estatuto de la CPI y los EC.

18 Allen, T. & Vlassenroot, K., 2010, *The Lord's Resistance Army: Myth and Reality,* London, Zed Books, p. 138.

19 Idem.

20 Según Allen & Vlassenroot, 2010, supra n. 18, p. 138, *'[…] of those males abducted before age 30 over two-thirds were under 18 and over three-quarters were under 21 […] The distribution of abduction age indicates that four times as many males aged 14 were abducted as those aged 9 or 23. The study provides that "from 1998 to 2004 a 14 years old youth in the study population had an average of a 5 percent chance of abduction (20 the level of risk faced by one aged either 9 or 23).'*

al 54% tienen entre 11 y 16 años[21]. En consecuencia, debido a que los niños son más fáciles de adoctrinar y controlar, la edad ha sido el criterio principal del LRA a la hora de secuestrar civiles durante décadas.

2. LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE TORTURA CONFORME AL ARTÍCULO 7 (1)(F) Y (2)(E) DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS EC

De acuerdo con los párrafos (1)(f) y (2)(e) del artículo 7 del ECPI, el crimen de lesa humanidad de tortura ocurre cuando, como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, el autor, con conocimiento del ataque, inflige intencionalmente "dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que [el acusado] tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas".

Además, según los EC, el crimen de lesa humanidad de tortura se compone de los siguientes elementos específicos[22]: (i) "Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales"; (ii) "Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control"; y (iii) "Que el dolor o el sufrimiento no haya

---

21 Cifras presentadas por *World Vision Uganda* en la conferencia organizada por *the Foundation for Human Rights Initiative on Challenges to Reconciliation and the Protection of Human Rights* realizada en Gulu (Norte de Uganda) el 7 de julio de 1997. Estas cifras se recogen también en *Amnesty International* (1997), supra n. 3, p. 10.

22 Según los EC, el crimen de lesa humanidad de tortura también se compone de los siguientes dos elementos contextuales: (a) la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (b) el autor sabía que la conducta era parte de o pretendía ser parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas"[23].

La limitada jurisprudencia existente de la CPI sobre la definición y los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de tortura establece que el elemento objetivo principal del crimen es la exigencia de un dolor o sufrimiento severo infligido a las víctimas (umbral de gravedad). Como la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI ha establecido en el caso Bemba, aunque no hay una definición del umbral de gravedad como un requisito legal del crimen de tortura, los tratados internacionales y la jurisprudencia aplicables aceptan reiteradamente que un grado importante de dolor y sufrimiento tiene que ser alcanzado para que un acto criminal se convierta en un acto de tortura[24].

Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, el umbral de gravedad también se establece en la definición de tortura prevista en el artículo 1 (1) de la Convención contra la Tortura[25], así como en la

---

23 Los párrafos (a) (ii) y (c) (i) del artículo 8 (2) del ECPI y los EC también definen y establecen los elementos del crimen de guerra de tortura, aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

24 CPI, *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, June 15, 2009, ICC Doc. No.:* CPI-01/05-01/08-424, para. 193.

25 El artículo 1 (1) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Resolución 39/46 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984, y que entró en vigor el 26 de junio de 1987, dice lo siguiente: 'A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas'. Vid.: *United Nations, General As-*

jurisprudencia del TPIY, el TPIR, el TESL y el TEDH[26]. Sin embargo, estos no definen el contenido específico del umbral de gravedad.

A este respecto, vale la pena mencionar que los artículos 3 y 5 del Estatuto del TPIY, los artículos 3 y 4 del Estatuto del TPIR y los artículos 2 y 3 del Estatuto del TESL atribuyen jurisdicción al TPIY, el TPIR y el TESL sobre la tortura como un crimen de lesa humanidad y como un crimen de guerra, pero no proporcionan una definición de tortura. Como resultado, la jurisprudencia de estos tribunales ha definido la tortura a la luz del DIDH y el DIH y ha establecido que la tortura se compone de dos elementos principales: (i) la imposición, por un acto intencional u omisión, de dolor o sufrimiento severo, ya sea físico o mental (elemento objetivo); con (ii) el objetivo de obtener información o una confesión, o castigar, intimidar, coaccionar, o discriminar, por cualquier motivo, a la víctima o a una tercera persona (elemento subjetivo) [27].

El TPIY, el TPIR y el TESL, al igual que la CPI, no proporcionan una definición clara del umbral de gravedad. En lugar de definirlo, han analizado si los actos específicos de violencia, como la violación sexual, cumplen con el mismo[28]. Además, para estos tribunales, el umbral de gravedad (que constituye una diferencia fundamental entre los crímenes de lesa humanidad de tortura y de otros actos inhumanos) debe ser examinado caso por caso, para no confundir un acto de mera violencia física con una conducta que pueda constituir

---

sembly, Resolution 39/46, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984.

26 ECtHR, *Ireland v. United Kingdom, Judgment, January 18, 1978, para. 167; ECtHR, Selmouni v. France, Judgment, July 28, 1999, para. 105; ECtHR, Aydin v. Turkey, Judgment, September 25, 1997, para. 82.*

27 TPIY, *the Prosecutor v. Anton Furundzija, Trial Chamber II, Judgment, December 10, 1998, Case No.: IT-95-17/1-T, para. 162.* Ver también, TPIY, *the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.: IT-97-25-T, para. 180; ICTR, the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, Judgment, September 2, 1998, Case No.:* TPIR-96-4-T, paras. 593-595; TPIR, *the Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber III, Judgment, May 15, 2003, Case No.:* TPIR-97-20-T, para. 544; TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Judgment, June 20, 2007, Case No.:* TESL-04-16-T, para. 726.

28 Idem.

tortura[29]. Para llevar a cabo este análisis, se deben tener en cuenta los siguientes factores: la naturaleza y el contexto del dolor infligido, la premeditación e institucionalización de los malos tratos, la condición física de la víctima, la manera y el método utilizados, la posición de inferioridad de la víctima, el efecto físico o mental del maltrato sobre la víctima y su edad, sexo y estado de salud. El grado en el que un individuo ha sido maltratado durante un periodo prolongado de tiempo también será relevante[30].

El TPIY, el TPIR y el TESL, al igual que la CPI, también consideran que la participación de los funcionarios del Estado no es un requisito de la definición del crimen de lesa humanidad de tortura[31]. Estos tribunales consideran que, si bien la definición de tortura prevista en el art. 1(1) de la Convención sobre la Tortura de 1984 (la cual exige la participación de funcionarios estatales) refleja el Derecho Internacional consuetudinario en relación con el contenido de las obligaciones de los Estados Parte, este no es el caso en relación con la definición de tortura como crimen de lesa humanidad[32].

Finalmente, respecto de los elementos subjetivos, la característica más relevante de la definición del crimen de lesa humanidad de tortura consagrado en el artículo 7(1)(f) y (2)(e) del ECPI y en los EC es que no se exige una finalidad específica como requisito de configuración del crimen, a diferencia de lo consagrado en el artículo 1(1) de la Convención contra la Tortura. Por el contrario, tal y como se establece en la Convención contra la Tortura, la definición del crimen de guerra de tortura en el artículo 8 (2)(a)(ii) y (c)(i) y en los EC, así como la definición de tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y el TESL, también incluyen el elemento subjetivo de la finalidad específica como requisito.

---

29 TESL, 2007, *Brima, Kamara & Kanu Judgment*, supra n. 27, para. 726.

30 TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac & Milojica Kos, Trial Chamber I, Judgment, November 2, 2001, Case No.:* IT-98-30/1-T, paras. 142–143.

31 Idem.

32 TPIR, 2003, *Semanza Trial Judgment*, supra n. 27, para. 342.

Al respecto, la Sala de Primera Instancia II del TPIY ha subrayado en el caso Krnojelac, que la tortura como crimen no es un acto de violencia gratuito; su objetivo es conseguir determinada finalidad u objetivo por medio de infligir dolor mental o físico severo. Por lo tanto, en ausencia de tal finalidad u objetivo, incluso si se genera dolor severo, no se configura la tortura, de conformidad con los artículos 3 y 5 del Estatuto del TPIY[33]. Asimismo, la Sala de Primera Instancia III del TPIR ha enfatizado en el caso Semanza, que la tortura implica generar dolor mental o físico severo de manera intencional con el objetivo de: obtener información o una confesión; castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona; o discriminar, por cualquier razón, a la víctima o a terceros[34]. Como resultado, a excepción de la definición del crimen de lesa humanidad de tortura en el ECPI y en los EC, todas las demás definiciones de tortura como crimen de lesa humanidad o de guerra incluyen el requisito de la finalidad específica.

En vista de lo anterior, y considerando que la definición de tortura bajo los Estatutos de la CPI, el TPIY, el TPIR y el TESL no requiere de la participación de funcionarios estatales, se puede concluir que la práctica del secuestro de niños por parte del LRA cumple los elementos objetivos y subjetivos específicos de la tortura como crimen de lesa humanidad según el artículo 7 (1)(f) y (2)(e) del ECPI y los EC.

Esta conclusión está respaldada por varias razones. Primero, como se mencionó anteriormente, el Consejo de Seguridad[35], la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los niños y los conflictos armados[36] y la Corte IDH[37] consideran que el secuestro de niños causa un gran sufrimiento y/o un perjuicio grave contra la integridad o la salud mental o física de las víctimas.

---

33 TPIY, 2002, *Krnojelac Trial Judgment*, supra n. 27, para. 180.

34 TPIR, 2003, *Semanza Trial Judgment*, supra n. 27, para. 544.

35 ONU, 2015, Resolution 2225, supra n. 8.

36 *Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013)*, supra *n. 3.*

37 CtIDH, 2011, *Contreras et al. v. El Salvador Judgment*, supra n. 9.

Esta opinión también es compartida por dos estudios traídos a colación por la Sala de Primera Instancia I de la CPI en el caso Lubanga, que examinó la práctica de *las Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (el brazo armado de la *Union des Patriotes Congolais*, presidido por Thomas Lubanga) de secuestros masivos de niños menores de quince años en el distrito de Ituri (RDC) entre julio de 2002 y finales de 2003, seguida de su reclutamiento en el FPLC[38]. Ambos estudios concluyen que el secuestro de niños causa consecuencias traumáticas para su salud mental, lo que a largo plazo puede dificultar su desarrollo normal y saludable[39]. Como resultado, según la Sala de Primera Instancia I, la protección del bienestar físico y psicológico de los niños contra los riesgos asociados con los conflictos armados requiere, entre otras cosas, que se les ofrezca protección contra posibles traumas que puedan resultar de la separación de sus familias, la interrupción en su educación y la exposición a un contexto de violencia y miedo[40].

En este contexto, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha señalado que la edad, la condición física y la posición de inferioridad (indefensión) de los niños, así como los métodos violentos utilizados por los autores y el impacto físico y mental del secuestro en los niños, son algunos de los factores a tener en cuenta para determinar si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA constituye tortura como crimen de lesa humanidad[41].

En segundo lugar, el requisito de custodia o control sobre las víctimas se cumple en el momento en que los miembros del LRA secuestran a los niños, con independencia de si posteriormente algunos de ellos logran escapar o son liberados por el LRA. Tercero, el sufrimiento y el dolor causados a los niños no se asocian a ninguna sanción legal. Finalmente, la falta de elementos de prueba para de-

---

38 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July 10, 2012, ICC Doc. No.:* CPI-01/04-01/06-2901, para. 41.

39 Ibid., para. 39.

40 Ibid., para. 58.

41 TESL, 2007, *Brima, Kamara & Kanu Judgment*, supra n. 27, para. 726; ver también TPIY, 2001, *Kvocka, Radic, Zigic, Prcac & Kos Judgment,* supra n. 30.

mostrar que el secuestro estuvo destinado a obtener información o una confesión, a proporcionar castigo, intimidación o coerción, o a discriminar a las víctimas, ya no es un factor decisivo[42], porque la definición de tortura como un crimen de lesa humanidad bajo el ECPI y los EC no incluye el requisito de la finalidad determinada.

3. LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 7 (1)(H) DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS EC

El artículo 7 (1)(h) del ECPI consagra el crimen de lesa humanidad de "[p]ersecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte". Además, el parágrafo (2)(g) de la misma disposición deja en claro que "[p]or 'persecución' se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho Internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad".

Sobre esta base, los EC establecen los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de persecución de la siguiente manera: (i) Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho Internacional; (ii) Que el autor haya dirigido su conducta contra

---

42 La práctica del secuestro de niños por parte del LRA no tenía como objetivo obtener información o una confesión. Además, incluso cuando el LRA dirigía sus ataques contra los campamentos de desplazados internos, basándose en la creencia de que todos los civiles que residían en estos campamentos apoyaban al gobierno, no hay elementos de prueba que permitan afirmar que el secuestro de niños de los campamentos tenía como objetivo castigar o discriminar a las víctimas.

esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales; (iii) Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional; y (iv) Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte[43].

A la luz de lo anterior, surge la pregunta sobre si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA podría constituir una privación severa de los derechos fundamentales de las víctimas con base en motivos universalmente reconocidos como inadmisibles por el Derecho Internacional, como la edad. Numerosos elementos de prueba señalan que este ha sido el principal criterio de selección de las víctimas de la práctica del secuestro de civiles por el LRA[44]. Además, en caso de una respuesta positiva, surge una segunda pregunta sobre si la práctica del secuestro de niños por el LRA se llevó a cabo en relación con otros actos que, según el ECPI, pueden constituir crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Con respecto a la primera pregunta, nuestro análisis se centra en si el acto de secuestro podría constituir en sí mismo una grave privación de los derechos fundamentales de los niños. Dada la limitada jurisprudencia de la CPI sobre la definición y los elementos específicos del crimen de lesa humanidad de persecución, y considerando que este crimen ha sido central en la mayoría de los casos presentados ante el TPIY, es importante, para responder a esta pregunta, analizar

---

43 Según los EC, el crimen de lesa humanidad de persecución también se compone de los siguientes dos elementos contextuales: (a) la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (b) el autor sabía que la conducta era parte de o pretendía que fuera parte del ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

44 Allen & Vlassenroot, 2010, supra n. 18, p. 138. Vid.: *Amnesty International*, 1997, supra n. 3, p. 10.

cómo la jurisprudencia del TPIY ha establecido los elementos objetivos del crimen de lesa humanidad de persecución.

A este respecto, la Sala de Primera Instancia I del TPIY ha subrayado que, en el caso Krajisnik, la persecución como crimen de lesa humanidad requiere un acto u omisión que discrimine y niegue un derecho humano fundamental reconocido por el Derecho Internacional[45]. Además, en los casos Kupreskic et. al.[46] y Kvocka et. al.[47], la Sala de Primera Instancia I del TPIY también ha señalado que los elementos objetivos de este crimen incluyen cualquier acto que viole un derecho fundamental, siempre que tenga un nivel de gravedad similar al de los otros crímenes enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY[48]. Como resultado, aunque el TPIY no ha alcanzado ninguna conclusión con respecto a la práctica del secuestro de niños (debido a que la violencia en la ex Yugoslavia fue significativamente diferente a las prácticas del LRA), la jurisprudencia del TPIY ha extendido la definición de persecución a una amplia gama de conductas que violan los derechos políticos, económicos o sociales, e incluso a actos de humillación y abuso psicológico, tal y como enfatiza Pocar[49]. Con base en esto, y a la luz de nuestras conclusiones en la sección anterior, solo se puede concluir que el secuestro de niños constituye una privación severa de los derechos fundamentales de las víctimas.

Con respecto a la segunda pregunta, la jurisprudencia del TPIY ha señalado que, según el Derecho Internacional consuetudinario, no es necesario que la conducta determinante (la práctica del secuestro de niños por parte del LRA) se cometa en relación con algún otro acto que constituya un crimen de acuerdo con el Derecho Inter-

---

45 TPIY, *the Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber I, Judgment, September 27, 2006, Case No.:* IT-00-39-T, para. 734.

46 TPIY, *the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Antic, Trial Chamber I, Judgment, January 14, 2000, Case No.:* IT-95-16-T, para. 621.

47 TPIY, 2001, *Kvocka et. al. Trial Judgment*, supra n. 30, para. 185.

48 TPIY, 2000, *Kupreskic et. al. Trial Judgment*, supra n. 46, paras. 618-619.

49 Pocar, F., 2008, '*Persecution as a crime under International Criminal Law', Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 2, pp. 355-365.

nacional[50]. En consecuencia, el requisito de relación es una característica específica de la definición del crimen de lesa humanidad de persecución en el ECPI y en los EC.

La exigencia de este requisito se puede analizar desde dos enfoques distintos. El primer enfoque tiene como objetivo identificar si otros actos de violencia que constituyen crímenes de competencia de la CPI, como la mutilación, el asesinato de miembros de la familia, el saqueo o la humillación, fueron cometidos simultáneamente (o en estrecha relación) por miembros del LRA contra los mismos niños secuestrados por la fuerza. Este enfoque requiere un análisis caso por caso.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso Ongwen, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI encontró motivos sustanciales para creer que muchos de los niños que fueron secuestrados por los miembros del LRA fueron reclutados, alistados y/o utilizados para participar activamente en las hostilidades y/o sometidos a crímenes sexuales[51]. De acuerdo con esto, parece cumplirse el requisito que exige una relación entre la práctica del LRA de secuestrar niños y otros crímenes de competencia de la CPI cometidos contra sus miembros.

Según el segundo enfoque, también puede existir una relación entre el secuestro de niños y otros crímenes de competencia de la CPI cuando existe un patrón sistemático de violaciones contra otras víctimas en el mismo contexto. Para este enfoque, el requisito de relación se cumple si, durante el tiempo en el que el LRA desarrolló la práctica del secuestro de niños, otros integrantes de las comunidades a las que pertenecían los menores también fueron víctimas de otros crímenes de competencia de la CPI cometidos por miembros del LRA.

Este segundo enfoque ha sido adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares IV de la CPI en el caso contra William Samoei Ruto et. al., al confirmar los cargos por los crímenes de lesa humanidad de

---

50 TPIY, 2000, *Kupreskic et al. Trial Judgment*, supra n. 46, para. 577.

51 CPI, 2016, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, paras. 136-145.

persecución, asesinato y traslado forzoso con base en actos de violencia cometidos contra diferentes víctimas que pertenecían a una misma población y compartían un contexto común[52]. La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI adoptó el mismo enfoque al confirmar los cargos por persecución en el caso Ongwen[53].

De acuerdo con todo lo anterior, se puede concluir que la práctica del secuestro de niños por el LRA constituye una privación grave de los derechos fundamentales de las víctimas en función de su edad (un motivo universalmente reconocido como inadmisible con arreglo al Derecho Internacional), que fue desarrollada en relación con varios otros crímenes de competencia de la CPI cometidos por el LRA contra los mismos secuestrados y contra otros miembros de sus comunidades.

4. LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE OTROS ACTOS INHUMANOS CONFORME AL ARTÍCULO 7 (1)(K) DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS EC

De acuerdo con el artículo 7 (1)(k) del ECPI, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos se configura cuando, como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, el autor, con conocimiento del ataque, inflige intencionalmente sobre la(s) víctima(s) grandes sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física, por medio de un acto inhumano de carácter similar a cualquier otro de los actos mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI. Según la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el caso Muthaura, Kenyatta & Ali, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, previsto en

---

52 CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kirprono Kosgey & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, February 4, 2012, ICC Doc. No.:* CPI-01/09-01/11-373, paras. 269-281.

53 CPI, 2016, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2., paras. 25, 39, 52 y 65.

el artículo 7 (1)(k) del ECPI, se considera una categoría residual de crímenes de lesa humanidad, cuyo objetivo es incluir conductas que no equivalen a ningún otro tipo de crimen de lesa humanidad según el ECPI.

Para los EC, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos se compone de los siguientes elementos específicos: (i) 'haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física'; (ii) 'dicho acto tenía un carácter similar a cualquier otro acto mencionado en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto'; y (iii) 'el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto'[54].

A la luz de lo anterior, surge la pregunta sobre si la práctica del secuestro de niños por parte del LRA infligió en la(s) víctima(s) grandes sufrimientos, o perjudicó gravemente su cuerpo o su salud mental o física. Además, en caso de obtener una respuesta afirmativa, surge una segunda cuestión relativa a si la práctica del secuestro de niños por el LRA tiene un carácter similar a cualquier otro acto mencionado en el artículo 7(1) del ECPI.

Con respecto a la primera pregunta, la respuesta solo puede ser afirmativa porque, como se muestra en las secciones anteriores, la práctica de secuestro de niños por el LRA cumple con el umbral de gravedad más alto exigido por el artículo 7 (1)(f) y (2)(e) del ECPI para configurar el crimen de lesa humanidad de tortura. Como ha señalado Schabas, los tratos inhumanos implican actos u omisiones que no necesariamente alcanzan el mismo nivel de gravedad que la tortura, porque el grado de sufrimiento físico o mental requerido

---

54 Según los EC, el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos también se compone de los siguientes dos elementos contextuales: (a) la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y (b) el autor sabía que la conducta era parte de o pretendía que fuera parte del ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

para que se configuren otros actos inhumanos es menor que el requerido para la tortura[55].

Con respecto a la segunda pregunta, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha señalado en el caso Katanga, que generar daños físicos o mentales constituye una violación grave al Derecho Internacional consuetudinario y tiene una naturaleza y gravedad similares a los otros crímenes de lesa humanidad mencionados en el artículo 7 (1) del ECPI. Además, esta Sala también ha subrayado que los siguientes factores deben tenerse en cuenta para analizar si se cumple el umbral de gravedad previsto en el artículo 7 (1)(k) del ECPI: la naturaleza del acto, el contexto en el que ocurrió, las circunstancias personales de la víctima (edad, sexo y salud) y las consecuencias físicas, mentales y morales que el acto les causó[56].

La Sala de Apelaciones del TESL ha adoptado este mismo enfoque. Así, en el caso Brima, Kamara & Kanu ha declarado que, para que un acto configure el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos se debe hacer un análisis caso por caso, teniendo en cuenta criterios muy similares a los considerados por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Katanga[57].

Al aplicar estos factores a la práctica del secuestro de niños por el LRA, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias. Primero, la práctica del secuestro tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado no internacional en el norte de Uganda entre 2002 y 2005. En segundo lugar, las víctimas de esta práctica generalmente eran niños menores de quince años, indefensos frente a los métodos violentos utilizados por los miembros del LRA que los secuestraron. Tercero, los secuestros causaron un grave impacto en la salud mental de los

---

55 Schabas, W., 2016, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press.* Ver comentarios a los artículos 7(1)(k) y 8(2)(a)(i) y (c)(i).

56 CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, September 30, 2008,* CPI Doc. No.: CPI-01/04-01/07-717, para. 449.

57 TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008, Case No.:* TESL-04-16-A, paras. 183-184.

niños, como lo demuestran los estudios en los que se basó el caso Lubanga[58]. Con base en lo anterior, se puede concluir que la práctica del secuestro de niños por parte del LRA tiene un carácter similar a otros actos mencionados en el artículo 7 (1) del ECPI.

Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que, durante el proceso de elaboración del Estatuto del TESL, el grupo de trabajo encargado de su redacción propuso incluir como parte de la disposición sobre otras violaciones graves del DIH en conflictos armados no internacionales, el secuestro de niños menores de 15 años con el fin de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades[59].

5. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha estudiado si la práctica del secuestro de niños por el LRA podría constituir los crímenes de lesa humanidad de tortura, persecución u otros actos inhumanos en virtud de los párrafos (f), (h) y (k) del artículo 7 (1) del ECPI. El análisis se ha centrado en los elementos específicos de estos tres crímenes de lesa humanidad. No se han abordado los elementos contextuales que son comunes a todos los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el artículo 7 del ECPI. La conclusión es que la práctica del secuestro de niños por el LRA cumple con todos los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad de tortura, persecución y otros actos inhumanos que se han estudiado en este trabajo.

---

58 CPI, 2016, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 2, paras. 65-85.

59 Dicha propuesta fue finalmente rechazada porque contenía un requisito de finalidad específica que no se puede encontrar en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Ver supra n. 12.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CtIDH, Contreras et. al. v. El Salvador, *Judgment of 31 August 2011 (Merits, Reparations and Costs)*, August 31, 2011.

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, September 30, 2008*, CPI Doc. No.: CPI-01/04-01/07-717.

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, June 15, 2009,* CPI Doc. No.: CPI-01/05-01/08-424.

CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kirprono Kosgey &Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, February 4, 2012,* CPI Doc. No.: CPI-01/09-01/11-373.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July 10, 2012*, CPI Doc. No.: CPI-01/04-01/06-2901.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, March 23, 2016,* CPI Doc. No.: CPI-02/04-01/15, paras. 60-64.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Trial Chamber II, Judgment, June 20, 2007, Case No.:* TESL-04-16-T.

TESL, *the Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu, Appeals Chamber, Judgment, February 22, 2008, Case No.:* TESL-04-16-A.

TESL, *the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, May 12, 2012, Case No.:* TESL-03-01-T.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ECtHR, *Ireland v. United Kingdom, Judgment, January 18,1978.*

ECtHR, *Aydin v. Turkey, Judgment, September 25, 1997.*

ECtHR, *Selmouni v. France, Judgment, July 28, 1999.*

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *the Prosecutor v. Anton Furundzija, Trial Chamber II, Judgment, December 10, 1998, Case No.:* IT-95-17/1-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, Judgment, January 14, 2000, Case No.:* IT-95-16-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac & Milojica Kos, Trial Chamber I, Judgment, November 2, 2001, Case No.:* IT-98-30/1-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.:* IT-97-25-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Trial Chamber I, Judgment, September 27, 2006, Case No.:* IT-00-39-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, Judgment, September 2, 1998, Case No.:* TPIR-96-4-T.

TPIR, *the Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber III, Judgment, May 15, 2003, Case No.:* TPIR-97-20-T

Doctrina

Allen, T. & Vlassenroot, K., 2010, *The Lord's Resistance Army: Myth and Reality, London, Zed Books.*

Pocar, F., 2008, *Persecution as a crime under International Criminal Law, Journal of National Security Law & Policy,* Vol. 2, pp. 255-265.

Schabas, W., 2016, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2nd. Ed., Oxford, Oxford University Press.*

Informes, resoluciones y otros documentos

Amnesty International, 1997*, Uganda. Breaking God's commands: the destruction of childhood by the Lord's Resistance Army, 1997,* disponible en: https://www.amnesty.org/download/Documents/156000/afr590011997en.pdf.

Amnesty International, 2000, *Sierra Leone: Recommendations on the draft Statute of the Special Court, November 14, 2000,* disponible en: https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000143.html

Machel, G., 1996, *The Impact of Armed Conflict on Children, Report of the Secretary-General's expert, Ms. Graça Machel*, August 26, 1996, UN Doc. No.: A/51/306.

Justice and Reconciliation Project, 2008, *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, disponible en: http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf

Office of the Special Representative of the UN Secretary General for Children and the Armed Conflict (2009/2013), The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation, disponible en: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper1_SixGraveViolations-LegalFoundation.pdf

United Nations, General Assembly, Resolution 39/46, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984.

United Nations, Secretary General, Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, October 4, 2000, UN Doc. No.: S/2000/915.

United Nations, Security Council, Resolution 2225 (2015), June 18, 2015, UN Doc. No.: S/RES/2225.

20. ¿Son la incapacidad mental y la coacción aplicables en el caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional?[*]

JUAN DAVID ALBARRACÍN BARRERA[*]
LUCIA CARCANO FERNÁNDEZ[*]
MACARENA DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ[*]
MARÍA CAMILA GIRALDO LASSO[*]
ANDRÉS ESTEBAN GUTIÉRREZ ROMERO[*]
LAURA MAHECHA ÁLVAREZ[*]
MARÍA PAULA MARTÍNEZ MENDIETA[*]
MAX SEBASTIÁN MURILLO[*]
EMELY MAR PARDO COSTA[*]
DANIELA PEDRAZA MORENO[*]
MARÍA PAULA TOLE RAMÍREZ[*]

1. INTRODUCCIÓN

Dominic Ongwen nació en 1978 en la ciudad de Coorom (norte de Uganda). El Ejército de Resistencia del Señor (ERS), dirigido por

---

[*] Escrito por el Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Álvaro Pío Jaramillo García.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2016-2017).

Joseph Kony, lo secuestró a los diez años[1]. Tras su secuestro, fue torturado y obligado a presenciar situaciones de intensa violencia como parte de su entrenamiento por el ERS. Años después, comenzó a ascender en la estructura militar del ERS, y en 2004 se convirtió en el comandante de la Brigada *Sinia* (una de las cuatro brigadas del ERS)[2].

Debido a su participación en los crímenes cometidos por el ERS durante el conflicto armado contra el gobierno de Uganda, la Fiscalía de la CPI acusó a Ongwen de setenta cargos de crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos entre julio de 2002 y diciembre de 2005, entre los que se incluyen el asesinato, la esclavitud, la tortura, los tratos crueles, los actos inhumanos, los atentados contra la dignidad personal, el pillaje, la destrucción de bienes y la persecución[3]. Aunque la Sala de Cuestiones Preliminares II emitió una orden de arresto contra Ongwen en 2005, éste solo fue entregado a la CPI en 2015[4].

---

1 Tanto la Defensa, como la familia de Ongwen, afirman que nació en 1978 y fue secuestrado cuando tenía diez años. Sin embargo, la Fiscalía considera que su nacimiento tuvo lugar en 1975 y que por tanto el secuestro se produjo cuando Ongwen era tres años mayor. A este respecto, la Defensa considera que es, cuando menos hipócrita, que la Fiscalía afirme ahora que Ongwen nació en 1975, cuando después de investigar el caso durante varios años entre 2004 y 2010, y de solicitar a su familia el certificado de nacimiento (que ya no existe), había llegado a la conclusión de que su nacimiento se produjo en 1978. Vid.: CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Defense of Dominic Ongwen, Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing"*, *January* 18, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-404-Red4.

2 Justice in Conflict, 2016, *We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC, April 19, 2016***,** https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/

3 CPI, *Public Information Office, s. f., The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/Alleged crimes (non-exhaustive list)*, https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx

4 CPI, *Public Information Office, s. f., Case Information Sheet. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Doc. No. ICC-PIDS-CIS-UGA-02-018/20_Eng*, https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf

En la audiencia de confirmación de los cargos, la Defensa alegó que, conforme al artículo 31(1)(d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), Ongwen no podía ser considerado como penalmente responsable porque actuó bajo coacción como resultado del ambiente hostil y brutal creado en el ERS por Joseph Kony (el 'líder supremo y único' del ERS) y las represalias violentas contra aquellos miembros del ERS que trataban de abandonarlo[5]. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó esta alegación porque no se cumplía ninguno de los tres elementos de la coacción recogidos en el artículo 31(1)(d) del ECPI: (a) la existencia de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para Ongwen u otra persona; (b) la necesidad y proporcionalidad de su respuesta para evitar la amenaza; y (c) su no intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar[6]. En consecuencia, confirmó los cargos contra Ongwen el 23 de marzo de 2016[7].

A pesar de esta situación, la Defensa ha señalado que pretende alegar la eximente de coacción[8] en el marco del juicio oral iniciado el 6 de diciembre de 2016 ante la Sala de Primera Instancia IX[9]. Así mismo, debido a posibles secuelas mentales de la extrema violencia a la que Ongwen fue sometido por el ERS a una edad muy temprana, la Defensa puede tratar de alegar también la eximente de incapacidad mental, que, según el artículo 31(1)(a) del ECPI, está conformada por los dos siguientes elementos: (i) la existencia de una enfermedad o deficiencia mental; que (ii) prive al acusado, en el momento en que se comete el crimen de la capacidad para: (a) apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta; o (b) controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley.

---

5 CPI, *Ongwen Defense Brief*, supra n. 1, paras. 50-57.

6 CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, March 23, 2016, ICC Doc.* No.: ICC-02/04-01/15-422-Red, paras. 150-159.

7 Ibid., paras. 150-156.

8 Ibid., paras. 157-159.

9 Este es el primer juicio de la CPI contra un miembro del ERS, a pesar de las varias órdenes de arresto emitidas por la CPI contra miembros del ERS desde el inicio de la investigación sobre la situación en Uganda en 2005.

Si la Sala de Primera Instancia IX considera que todos los elementos de la incapacidad mental o la coacción son probados por la Defensa, Ongwen será eximido de responsabilidad penal. Sin embargo, si solo se pueden probar algunos elementos, estos solo podrán ser considerados, conforme a lo dispuesto en la regla 145(2)(a)(i) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (RPP), como circunstancias atenuantes en la determinación de la pena.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 del ECPI sobre el derecho aplicable, el presente trabajo aborda en primer lugar los elementos de la incapacidad mental y de la coacción conforme a lo dispuesto en el artículo 31(1)(a) y (d) del ECPI, para a continuación analizar si son aplicables en el caso Ongwen.

2. LOS ELEMENTOS DE LA INCAPACIDAD MENTAL SEGÚN EL ARTÍCULO 31(1)(A) DEL ECPI

Según el artículo 31(1)(a) del ECPI, el primer elemento de la incapacidad mental consiste en que el acusado padezca una enfermedad o deficiencia mental en el momento en que el crimen es cometido. De esta manera, la eximente no es aplicable cuando la enfermedad o deficiencia mental surge durante las actuaciones procesales. En este último caso, solo cabría afirmar la existencia de un obstáculo procesal para el desarrollo del juicio oral, siempre y cuando la Defensa pueda demostrar que el acusado no se encuentra mentalmente apto para participar en el mismo[10].

Como Ambos señala, el artículo 31(1)(a) del ECPI no requiere la existencia de una cierta enfermedad o deficiencia mental que sea médicamente reconocida[11], sino que, como Werle subraya, lo único que se exige es que la enfermedad o deficiencia mental provoque al acusado un daño mental que tenga un cierto grado de intensidad y

---

10 Ambos, K., 2013, *Treatise On International Criminal Law.* Oxford, Oxford University Press, p. 314.

11 Idem.

duración[12]. Como consecuencia, los trastornos mentales transitorios causados por rabia, celos o dolor no son suficientes[13]. A este respecto, Knoops subraya que los informes periciales médicos no constituyen elementos de prueba determinantes, porque, en última instancia, corresponde a los jueces decidir su valor probatorio en cada caso en concreto[14].

El segundo elemento de la eximente de incapacidad mental exige que la enfermedad o deficiencia mental prive al acusado de la capacidad para: (a) apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta; o (b) controlarla a fin de no transgredir la ley. Eser subraya que el uso de la conjunción 'o' en el artículo 31(1)(a) del ECPI significa que sólo se requiere que el acusado pierda una de estas dos capacidades[15].

En relación con el umbral de incapacidad requerido, Ambos considera que la interpretación literal del verbo "privar" ('*destroy*' en la versión en inglés), requiere una incapacidad absoluta (100%) del acusado. En consecuencia, en su opinión, a no ser que el nivel de afectación de la capacidad del acusado para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta conlleve una pérdida grande y extensa en el uso de la razón, no es posible aplicar la eximente de incapacidad mental. Sin embargo, el propio Ambos reconoce que los médicos expertos en la materia afirman que los desórdenes mentales no eliminan completamente la capacidad de una persona para controlar su conducta, por lo que acepta un cierto grado de flexibilidad en el umbral de esta incapacidad que es necesario sufrir para que sea aplicable la eximente[16].

A diferencia de Ambos, Eser considera que el verbo 'privar' debe interpretarse de manera más flexible, y que el umbral de incapacidad

---

12 Werle, G., 2011, Tratado de derecho penal internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 267.

13 Ambos, K., 2013, supra n. 10, p. 314.

14 Knoops, G.J.A., 2007, *Defenses in Contemporary International Criminal Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers*, p. 110.

15 Eser, A., 2016, *'Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility', Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, Munich, Beck/Hart, p. 1139.

16 Ambos, K., 2013, supra n. 10, p. 322.

requerido se alcanzaría siempre y cuando el acusado sufra un "deterioro sustancial", aunque no absoluto, de sus capacidades cognitivas o volitivas[17].

Finalmente, para Kittichaisaree es necesario distinguir entre las dos alternativas que recoge el artículo 31(1)(a) del ECPI. De esta manera, mientras que la eximente de incapacidad mental debería ser aplicada cuando se pueda probar que el acusado es incapaz de apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, no debería suceder lo mismo cuando lo que se pruebe sea la incapacidad del acusado para controlar su conducta, porque esto sólo debería dar lugar a la aplicación de una circunstancia atenuante en la determinación de la pena[18]. Esta posición, que según Kittichaisaree ha sido acogida por la jurisprudencia del TPIY en el caso Čelebići[19], sigue la aproximación tradicional de las jurisdicciones de derecho común a la defensa de incapacidad mental.

En este sentido, es importante subrayar que en la mayoría de las jurisdicciones de derecho común, la defensa de incapacidad mental encuentra sus orígenes en la denominada regla *M'Naghten* de 1843, que requiere probar que "[e]n el momento de cometer el acto, el acusado se encontraba bajo tal defecto de razón, por enfermedad de la mente, que no conocía la naturaleza y calidad del acto que estaba realizando o, si lo sabía, que no conocía que lo que estaba haciendo era ilícito"[20]. De esta manera, se puede afirmar que la regla *M'Naghten* recoge el primer elemento de la incapacidad mental previsto en el artículo 31(1)(a) del ECPI y la primera alternativa del segundo elemento. Sin embargo, no incluye los casos de incapacidad del acusado para controlar su conducta.

---

17 Eser, A., 2016, supra n. 15, p. 1139.

18 Kittichaisareee, K., 2001, *International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press.*

19 TPIY, *the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Trial Chamber I, Judgement, November 16, 1998, Case No.: IT-96-21-T, paras. 1156-1172; ICTY, the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Appeals Chamber, Judgment, February 20, 200*1, Case No. IT-96-21-A, paras. 580-595.

20 *Legal Information Institute, s. f., Insanity Defense, Cornell University Law School,* https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense.

La regulación de la defensa de incapacidad mental en Inglaterra y Gales sigue lo dispuesto en la regla *M'Naghten*[21]. De la misma manera, la sección 11 del Código Penal de Uganda contiene una definición similar a la adoptada en Inglaterra y Gales[22]. Al aplicarla, la jurisprudencia ugandesa ha subrayado en particular que "[una] persona no es penalmente responsable por un acto u omisión si al momento de realizar el acto u omisión es, debido a alguna enfermedad que le afecte la mente, incapaz de saber que no debe realizar el acto o incurrir en la omisión […]"[23]. Además, le corresponde a la Defensa probar que en dicho momento el acusado no era incapaz de apreciar las consecuencias de sus actividades[24].

El limitado alcance de la definición de incapacidad mental en las jurisdicciones de derecho común ha hecho que la doctrina haya propuesto una defensa complementaria conocida como "impulso irresistible", que, según Winslow, se define de la siguiente manera:

> Una persona puede ser perfectamente competente para establecer una distinción correcta entre el bien y el mal y, sin embargo, actuar bajo una forma de incapacidad mental que indudablemente debería protegerle de la responsabilidad legal o moral. Me refiero a casos de incapacidad mental en los que el paciente se ve impulsado, por un impulso irresistible, a destruir, después de luchar, durante algún tiempo, contra el deseo mórbido, siendo, al mismo tiempo, perfectamente consciente de que se ve impulsado a hacer lo que está mal tanto a los ojos de Dios como de los hombres[25].

A diferencia de la regulación en Inglaterra y Gales y Uganda, la sección 4.01(1) del Código Penal Modelo de los EE.UU. define la incapacidad mental de la siguiente manera: "[u]na persona no es

---

21 *Law Commission of England and Wales*, 2013, *Criminal Liability: Insanity and Automatism. A Discussion Paper*, secciones 1.23 a 1.26, http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/06/insanity_discussion.pdf.

22 El Código Penal ugandés (*Penal Code Act*) se encuentra en: https://ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/120.

23 *High Court of Uganda at Jinja, Uganda v. Mwesigwa, Judgement, November 11, 2013, Criminal Session Case No.*: *269/2011*, [2013] UGHCCRD 70, http://www.ulii.org/ug/judgment/high-court-criminal-division/2013/70

24 Idem.

25 Keedy, E.R., 1952, *Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, No. 7, pp. 956-993, p. 957.

responsable de una conducta delictiva si en el momento en que tiene lugar dicha conducta, carece, como resultado de una enfermedad o defecto mental, de capacidad sustancial para apreciar la criminalidad (ilicitud) de su conducta o para ajustar su conducta a lo dispuesto en la ley". De esta manera, nos encontramos ante una definición mucho más parecida a la definición de incapacidad mental recogida en el artículo 31(1)(a) del ECPI porque incluye su primer elemento y las dos alternativas de su segundo elemento.

Asimismo, como se indica en las Notas Explicativas al Código Penal Modelo de los EE.UU., la expresión "falta de capacidad sustancial" en la sección 4.01(1) significa: (a) la imposibilidad de que el acusado aprecie la naturaleza criminal de su conducta, ya sea por: (a) el desconocimiento de lo que está haciendo; (b) un error en las circunstancias materiales; (c) la falta de percepción del significado de su conducta; o (d) la falta sustancial de capacidad volitiva del acusado para actuar de conformidad con la ley[26]. En consecuencia, el significado dado a la expresión "falta de capacidad sustancial" en la sección 4.01(1) se corresponde con la interpretación que propone Eser para el segundo elemento de la incapacidad mental en el artículo 31(1)(a) del ECPI[27].

Además, conforme a la sección §5K2.13 del Manual de Directrices de la Comisión de Determinación de Penas de los EE.UU.[28], cuando la capacidad mental disminuida no excluye la responsabilidad penal, se debe garantizar una reducción de la pena siempre que el acusado haya sufrido una reducción significativa de su capacidad mental durante la comisión del delito, y que la misma haya contribuido a la materialización del hecho punible[29].

---

26 *American Law Institute,* 1985*, Model Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes*, p. 89, http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf.

27 Eser, A., 2016, supra n. 15, p. 1139.

28 *US Sentencing Commission,* 2013, *Guidelines Manual Annotated*, p. 463, https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf

29 Idem. En el Manual de Directrices de la Comisión de Determinación de las Penas de EE. UU., la capacidad mental reducida se define como el de-

La definición de la eximente de incapacidad mental en los sistemas nacionales de derecho civil es similar a su definición en la sección 4.01(1) del Código Penal Modelo de los EE.UU. porque se excluye la responsabilidad penal cuando el acusado no tiene la capacidad de apreciar la ilicitud de su conducta o de controlarla para no infringir la ley[30].

En este sentido, la sección 20 del Código Penal alemán señala que "[q]uien al momento de la comisión del delito es incapaz de apreciar la ilicitud del acto o de actuar de acuerdo con tal apreciación debido a un trastorno mental patológico, una alteración profunda de la conciencia, una deficiencia mental o cualquier otra anomalía mental grave se considera que actúa sin culpa"[31]. Así mismo, la sección 21 añade que "[s]i la capacidad del infractor para apreciar la ilegalidad del acto o actuar de acuerdo con dicha apreciación se ve sustancialmente disminuida en el momento de la comisión del delito debido a alguna de las razones indicadas en la sección 20, la pena puede ser mitigada de conformidad con la sección 49(1)". De esta manera, la regulación de la incapacidad mental en las secciones 20 y 21 del Código Penal alemán son coherentes con su regulación en el artículo 31(1)(a) del ECPI y la regla 145(2)(a)(i) de las RPP.

Una definición similar de la eximente de incapacidad mental puede encontrarse en el artículo 122(1) del Código Penal francés (1994), que la considera aplicable a "[q]uien, en el momento de la comisión del acto, padece una enfermedad psíquica o neuropsíquica que ha anulado su discernimiento o control de sus actos"[32]. Según esta definición, solo se exime al acusado de responsabilidad penal cuando su trastorno psíquico o neuropsíquico anula su capacidad volitiva o cognitiva en el momento de cometerse el delito. Además, el artículo 122(1) consagra la noción de capacidad mental disminuida

---

terioro de la capacidad para: (a) comprender la ilegalidad de la conducta, entender el delito o ejercer el uso de la razón; o (b) controlar la conducta a pesar de ser consciente de su ilegalidad.

30 Ambos, K., 2013, supra n. 10, p. 318.

31 El Código Penal alemán se encuentra en, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0147

32 El Código Penal francés se encuentra en, https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf

(que atenúa la pena) cuando el trastorno psíquico o neuropsíquico sólo perturba el discernimiento del acusado o dificulta el control de su conducta.

En consecuencia, con base en lo anterior, y dejando a un lado el distinto tratamiento de la incapacidad volitiva en aquellas jurisdicciones nacionales de derecho común que se rigen por la regla *M'Naghten,* se pueden extraer las siguientes características comunes de la definición de la incapacidad mental a nivel nacional: (a) el trastorno mental que deteriora las capacidades cognitivas o volitivas del acusado debe darse en el momento de la comisión de la conducta ilícita (trastornos mentales extemporáneos, que no están relacionados con la conducta ilícita, no permiten la aplicación de la eximente); (b) la enfermedad o deficiencia mental del acusado debe afectar sustancialmente sus capacidades cognitivas o volitivas; y (c) la distinción entre incapacidad mental y capacidad mental disminuida depende del grado de deterioro de las capacidades cognitivas o volitivas del acusado. Conforme al artículo 21(1)(c) del ECPI, estas características comunes han de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la definición de incapacidad mental prevista en el artículo 31(1)(a) del mismo.

3. LOS ELEMENTOS DE LA COACCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 31(1)(D) DEL ECPI

Conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI, la eximente de coacción requiere que el acusado:

> [h]ubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: (i) [h]aber sido hecha por otras personas; o (ii) [e]star constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

3.1. El primer elemento: la amenaza

El primer elemento de la eximente de coacción prevista en el artículo 31(1)(d) del ECPI requiere los siguientes tres sub-elementos: (a) la existencia de una amenaza para el acusado u otra persona; de (b) muerte inminente o lesiones corporales graves continuadas o inminentes; cuya causa (c) no se encuentre relacionada con la conducta del acusado (la amenaza ha de venir por tanto de terceras personas o de otras circunstancias que se encuentren más allá del control del acusado).

Según el primer subelemento es necesario que en el momento en que el crimen es cometido, exista una amenaza, entendida como una situación objetiva en la que, si se dan ciertas condiciones, se producirá un daño[33]. Por lo tanto, la amenaza tiene que darse objetivamente y no solamente existir en la mente del acusado[34]. Además, no basta con un contexto amenazador, un peligro abstracto o incluso una probabilidad alta de que una situación peligrosa pueda ocurrir (por ejemplo, de la omnipresencia de la Gestapo durante el Tercer *Reich*), a menos que haya elementos de prueba concretos sobre la probabilidad de que se pueda materializar el daño con que el acusado u otra persona ha sido amenazado[35].

Con respecto a las amenazas que se prolongan en el tiempo, la definición de coacción requiere que haya elementos de prueba concretos sobre la posible materialización del daño contra el acusado u otra persona en cualquier momento[36]. En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY ha concluido en el caso Kvocka et al. que, incluso si se puede probar que los acusados Kvocka y Prlić fueron conducidos bajo amenaza al campo de detención donde se desempeñaron,

---

33 Ambos, K., 2005, La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 478.

34 Eser, A., 2016, supra n. 15, p. 1151. Ver también: Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E., 2010, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge, Cambridge University Press*, 2 Ed., p. 408.

35 Eser, A., 2016, supra n. 15, p. 1151; Ambos, K., 2013, supra n. 10, pp. 357 et. seq.; Werle, G. & Jessberger, F., 2014, *Principles of International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press*, marginal 638.

36 Werle, G. & Jessberger, F., 2014, supra n. 35, marginal 638.

la ausencia de elementos de prueba relativos a que continuaron trabajando allí bajo amenaza impide que se pueda aplicar la coacción[37].

Asimismo, a nivel interno, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales que conoció el caso R v. Hudson and Taylor (1971), ha afirmado que "[e]s esencial para la defensa de coacción que la amenaza sea efectiva en el momento en que se comete el crimen"[38]. Por lo tanto, si la amenaza pierde su efecto neutralizador, o si la posibilidad de daño futuro es tan remota que resulta sea ineficaz para dominar la voluntad del acusado, no es posible aplicar la defensa de coacción porque el acusado no puede justificar un crimen para garantizar su propia paz mental[39]. Esto sucede cuando el acusado, que inicialmente se une bajo amenaza a una rebelión, permanece en el grupo rebelde una vez que la amenaza inicial ha dejado de ser eficaz y su voluntad ha tenido la oportunidad de reafirmarse[40].

La jurisprudencia ugandesa ha subrayado también la necesidad de que existan hechos tangibles que muestren que la amenaza coarta la voluntad del acusado de tal manera que le lleva a cometer el crimen[41]. Esta interpretación es coherente con lo dispuesto en el ar-

---

37 TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Mlado Radic, Zoran Zigic & Dragoljub Prcac, Appeals Chamber, Judgment, February 28, 2005*, Case No.: IT-98-30/1/A, paras. 221 and 645.

38 *Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hudson and Taylor, Criminal Division, Judgment, March 17, 1971*, Case No.: 3715/A/70 and No. 3721/A/70, http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html.

39 Idem. Como el Tribunal de Apelaciones ha señalado:*[s]imilarly a threat of future violence may be so remote as to be insufficient to at the moment when the offence was committed, or the accused may have elected to commit the offence in order to rid himself of a threat hanging over him and not because he was driven to act by immediate and unavoidable pressure. In none of these cases is the defense of duress available because a person cannot justify the commission of a crime merely to secure his own peace of mind.*

40 *McCrowther's Case*, 1746*, and Foster's Crown Cases 13: A-G v. Whelan,* 1934*, (I.R.518), cited by Ormerod, D. & Laird, K. (2014), Smith and Hogan´s Text, Cases and Materials on Criminal Law, Oxford, Oxford University Press*, 11th Ed., P. 370.

41 *Supreme Court of Uganda at Mengo, Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v. Uganda, Judgment, May 18, 2004, Criminal Appeal No.: 44/2001, UGSC 36.* Esta decisión interpreta la sección 14 del Código Penal de Uganda, que define la

tículo 31(1)(d) del ECPI porque, como hemos visto, la amenaza no solo debe existir en la mente del acusado, sino que ha de tener una existencia objetiva y debe ser eficaz frente al acusado[42].

El segundo sub-elemento recogido en el artículo 31(1)(d) del ECPI se refiere a la inminencia de que el daño amenazado (muerte o lesiones corporales graves) se materialice[43]. En este sentido, el Tribunal Militar norteamericano, establecido conforme a la Ley No. del Consejo de Control Aliado, ha subrayado en el caso del Alto Mando Alemán la estrecha relación entre los conceptos de inminencia e inmediatez, al afirmar que la ejecución de las órdenes de los superiores por miedo a amenazas que no son inmediatas no constituye coacción[44]. Por su parte, el TPIY en el caso Erdemović ha hecho énfasis en que el término "amenaza inminente" puede significar: (a) una amenaza que, a pesar de que se haya materializado previamente, puede considerarse, de manera global, la causa de los numerosos crímenes

---

defensa de la coacción (denominada originalmente como *compulsion*) de la siguiente manera:Una persona no es penalmente responsable de un delito si es cometido por dos o más delincuentes y si el acto se realiza u omite solo porque durante todo el tiempo en que se realiza u omite, la persona se ve obligada a realizar u omitir el acto mediante amenazas por parte del otro infractor o infractores de matarlo, o ocasionarle daños físicos graves, al instante si se niega; sin embargo, las amenazas de futuras lesiones no eximen de ninguna infracción.

42 Algunas propuestas presentadas durante el proceso de negociación del ECPI plantearon que se aplicara la eximente de coacción a toda persona que creyera estar bajo amenaza. Vid.: *United Nations, General Assembly, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, September 13, 1996, UN Doc. No.: 22A (A/51/22), Vol. II (Compilation of Proposals)*, p. 101: "Artículo P. Coacción / Coerción. 1. Una persona [estará exenta de responsabilidad penal y] no podrá ser castigada si actúa bajo coacción o coerción. 2. Se considerará que una persona actúa bajo coacción o coerción en los casos siguientes: (a) Si [tiene fundamentos para creer que] existe amenaza [inminente] [actual] [o de otra manera inevitable] [ilegítima] de fuerza o uso de fuerza en contra suya o de un tercero;] […]".

43 Ambos, K., 2005, supra n. 33, p. 478.

44 *US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Wilhelm von Leeb et al. (known as 'German High Command Trial'), Judgment, October 27, 1948, Case No. 12.*

cometidos; o (b) una amenaza que ha de preceder inmediatamente a la comisión de cada hecho punible[45].

En relación con el tercer sub-elemento, Eser subraya que el artículo 31(1)(d) del ECPI deja claro que la amenaza no puede estar relacionada con la conducta del acusado, y que, por tanto, solo puede tener dos orígenes: la conducta de terceras personas u otras circunstancias (como fuerzas naturales o amenazas técnicas) que se encuentran más allá del control del acusado[46].

El ECPI no establece ningún requisito con respecto a la relación que ha de existir entre quien ejerce la coacción y quien la padece[47]. Por lo tanto, la amenaza puede venir de cualquier persona o entidad y no necesariamente de un superior jerárquico. Para Ambos[48] y Bassiouni[49] esta es una cuestión muy importante porque los más altos comandantes no tienen superiores jerárquicos que puedan amenazarlos para hacer que actúen bajo coacción.

---

45 En el caso Erdemovic ante el TPIY, el acusado se declaró culpable de setenta cargos de asesinato cometidos durante la masacre de Srebrenica. En su declaración de culpabilidad, también afirmó que solo cometió tales actos porque de lo contrario lo habrían matado. La Sala de Primera Instancia II lo condenó por crímenes de lesa humanidad y aceptó que actuó bajo coacción. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia II no eximió a Erdemovic de responsabilidad penal, sino que solo consideró la coacción como una circunstancia atenuante. La Sala de Apelaciones confirmó la decisión de la Sala de Primera Instancia II. En su opinión disidente, el juez Cassese (párrafo 16) subrayó que el requisito de la existencia de una amenaza inminente a la vida o la integridad física de acusado es uno de los elementos esenciales de la coacción. Vid.: TPIY, *the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, November 19, 1996, Case No.: IT-96-22-T*, paras. 89-91; TPIY, *the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, Judgment, October 7, 1997, Case No.: IT-96-22-A*; TPIY, *the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, October 7, 1997, Case No. IT-96-22-*A, paras. 11-49.

46 Eser, A., 2016, supra n. 15.

47 Ambos, K., 2002, *'Other Grounds of Excluding Criminal Responsibility', En Cassese A., Gaeta, P. & Jones, R. W. D. (Eds). The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford, Oxford University Press,* Vol. 1, p. 1038.

48 Ibid., p. 1022.

49 Bassiouni, M.C., 1999, *Crimes against Humanity in International Criminal Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers,* 2 Ed., p. 491.

Bantekas & Nash[50], Cryer et. al.[51] y Kittichaisaree[52] subrayan que es necesario analizar si el acusado ha contribuido a causar la amenaza que sufre[53], como sucede cuando es objeto de coacción para cometer delitos por los miembros de un grupo delictivo organizado al cual se ha unido de manera voluntaria. En este mismo sentido, el Tribunal Militar norteamericano del caso *Einsatzgruppen* ha señalado que la eximente de coacción no es aplicable cuando el acusado, antes de recibir la orden ilícita que causa la amenaza, conocía que esto podría ser un paso lógico en el desarrollo de un proyecto claramente ilegal al que se unió voluntariamente[54].

Del mismo modo, a nivel nacional, las jurisdicciones de derecho común rechazan la aplicación de la defensa de coacción en aquellos casos en los que el acusado se une voluntariamente a grupos ilegales o rebeldes. Como se citó en la Cámara de Apelaciones de Inglaterra y Gales en el caso Regina v. Hassan, en el caso R v. Fitzpatrick (1977) se afirmó que "si el acusado se expone y se somete voluntariamente a una situación de coacción ilícita, no puede después alegar que dicha coacción le exime de responsabilidad con respecto a los crímenes que comete contra su voluntad o al mantenimiento involuntario de su asociación con quienes le amenazan"[55].

---

50 Bantekas, I. & Nash, B., 2009, *International Criminal Law, Oxford and Portland, Routledge/Hart*, pp. 108-112.

51 Cryer, R. et. al., 2010, supra n. 34, p. 410.

52 Kittichaisaree, K., 2001, supra n. 18, p. 263.

53 Bantekas, I. & Nash, B., 2009, supra n. 50, pp. 108-112.

54 *US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v.* Ohlendorf et. al. *(known as the Einsatzgruppen case), Judgment, April 8, 1948, Case No. 9*, para. 480.

55 R v. Fitzpatrick, 1977, fue citado en: *Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hasan (Respondent) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly Regina v. Z (2003) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)), Criminal Division, judgment, March 17, 2005, Case No.: [2005] UKHL 22*, https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/22.html.

3.2. El segundo elemento: la necesidad y proporcionalidad de la respuesta

Conforme al artículo 31(1)(d) del ECPI, el segundo elemento de la coacción consiste en el carácter necesario y razonable de la respuesta del acusado ante la amenaza.

Para Eser, el requisito de la necesidad de la respuesta significa que no existen otros medios disponibles para evitar la amenaza que la conducta adoptada por el acusado[56]. Por su parte, Ambos señala que está claro que los medios utilizados deben ser aptos y eficaces para contrarrestar la amenaza y que el daño debe limitarse a lo que es estrictamente necesario para evitarla[57].

El Tribunal Militar norteamericano del caso Flick et. al. ha abordado la cuestión relativa a si el acusado sólo hace lo suficiente para evitar la amenaza, o si por el contrario va más allá de lo que es estrictamente requerido a este respecto, lo que constituye un indicio de la voluntariedad de su conducta. En sus conclusiones, el tribunal considera que los acusados incrementaron su producción más allá de lo que era requerido, lo que le lleva a rechazar sus alegaciones de coerción[58].

En relación con el requisito de razonabilidad de la respuesta del acusado, Cryer et. al. entienden que la reacción del acusado para evitar la amenaza debe ser necesaria y proporcional, tal y como se exige también para los casos de legítima defensa[59]. Del mismo modo, Bantekas y Nash utilizan el término "proporcionalidad" para referirse al requisito de razonabilidad[60], el cual es definido por Eser como la aptitud de la conducta del acusado para alcanzar el efecto deseado

---

56 Eser, A., 2016, supra n. 15.

57 Ambos, K., 2002, supra n. 47, p. 1040.

58 *US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Flick et al., Judgment, December 22, 1947, Case No. 5, paras. 1199-1200.* Ver también: Joyce, M., 2015, *'Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse', Leiden Journal of International Law, Vol. 28, No. 3, pp. 623-642, p. 638.*

59 Cryer, R. et. al., 2010, supra n. 34, p. 410.

60 Bantekas, I. & Nash, B., 2009, supra n. 50, pp. 108-112.

y su adecuación en el sentido de no ser irrazonablemente desproporcionada[61]. Por su parte, Ambos subraya que, si bien el artículo 31(1)(d) del ECPI no requiere expresamente la proporcionalidad de la respuesta del acusado (lo que sí se hace en relación con la legítima defensa en el artículo 31(1)(c)), la diferencia es meramente terminológica[62]. Como resultado, se puede afirmar que parece haber en la doctrina un entendimiento común del requisito de razonabilidad como proporcionalidad[63].

El proceso de negociación del ECPI lleva a esta misma conclusión. En este sentido, el coordinador del Comité Preparatorio de la CPI consideró ya en 1996, que una de las principales preocupaciones de los Estados en relación con la definición de la coacción era la necesidad de proporcionalidad entre el daño que se pretende evitar y el daño causado por la conducta del acusado[64], lo que se refleja también en el informe de 1994 del Relator Especial para el Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad[65].

Finalmente, el Tribunal Militar norteamericano del caso *Einsatzgruppen* ha señalado también expresamente que no se puede eximir de responsabilidad al subordinado que en cumplimiento de una orden mata a una persona que sabe que es inocente, porque en caso de desobedecer correría el riesgo de pasar algunos días en prisión[66]. Así mismo, en el caso Krupp et. al., el Tribunal Militar norteamericano ha considerado que el daño que el acusado Krupp podía haber

---

61 Eser, A., 2016, *supra* n. 15.

62 Ambos, K., 2005, supra n. 33, p. 466.

63 Kittichaisaree, K., 2001, supra n. 18, p. 263.

64 *United Nations, General Assembly,* 1996*, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, supra n. 42, p. 101.

65 *United Nations, International Law Commission, Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, May 2 – July 22, 1994*, UN Doc. No.: A/CN.4/460, p. 31, https://digitallibrary.un.org/record/187305?ln=es#record-files-collapse-header [última visita: 31 de diciembre de 2016]. Según el Relator Especial, en el caso Krupp et al., se hace un énfasis particular en el requisito de la proporcionalidad entre interés o bien jurídico preservado y el sacrificado.

66 *US Military Tribunal Nuremberg*, *Einsatzgruppen case*, supra n. 54, paras. 477-480.

sufrido (la pérdida de su empresa) no es suficiente para satisfacer el requisito de proporcionalidad[67], porque la posibilidad de ser enviado a un campo de concentración era puramente teórica[68].

3.3. El tercer elemento: la intención de no causar un daño mayor al que se busca evitar

Según el artículo 31(1)(d) del ECPI, el tercer elemento de la coacción requiere que el acusado que la invoca no haya tenido la intención de causar un daño mayor del que buscaba evitar con su conducta. Ambos[69] y Werle[70] consideran que este requisito subjetiviza la eximente porque, como sucede en las jurisdicciones de derecho común, se hace necesario analizar la intención del acusado en el momento en que se comete el crimen.

La jurisprudencia del TPIY y del TPIR no es útil para interpretar este requisito subjetivo porque la definición de coacción en sus respectivos estatutos no incluye un requisito similar. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de los tribunales militares establecidos me-

---

67 Joyce, M., 2015, supra n. 58.

68 De acuerdo con el Tribunal Militar norteamericano del caso Krupp et. al., párrafo 1444, "[s]i podemos suponer que como resultado de la oposición a las políticas del *Reich,* Krupp habría perdido el control de su planta y los funcionarios sus posiciones, es difícil concluir que la regulación del estado de necesidad justificaba una elección favorable a ellos mismos y en contra de las desafortunadas víctimas que no tuvieron ninguna oportunidad de elección en el asunto. El remedio era por tanto desproporcionado con respecto al mal. A este respecto, debe señalarse que existe una autoridad muy respetable para la opinión de que el temor a la pérdida de la propiedad no hace disponible la defensa de la coacción". Así mimo, en el Juicio IG Farben (párrafo 1178), el Tribunal Militar norteamericano ha comparado la amenaza provocada por el Tercer Reich y las políticas del gobierno alemán con los beneficios que obtuvieron las fábricas del uso del trabajo forzoso, concluyendo que este último no era ni necesario ni proporcional y generó beneficios personales para los acusados. Ver: *US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Krupp* et. al., *Judgment, July* 31, 1948, Case No. 10.

69 Ambos, K., 2002, supra n. 47, p. 1041.

70 Werle, G., 2011, supra n. 12, p. 342.

diante la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado[71]. De este modo, todos estos tribunales limitan su análisis a determinar si el acusado tiene realmente una opción moral para actuar de manera distinta en el momento en que se comete el crimen. En consecuencia, como subraya Joyce, la evaluación de la intención del acusado con respecto al nivel de daño causado es un requisito subjetivo que no ha sido anteriormente requerido para la aplicación del estado de necesidad o la propia coacción[72].

Este tercer elemento, que puede ser probado a través de los discursos del acusado, los planes en los que se encuentra involucrado y los eventos preparatorios, concurrentes y subsiguientes a la comisión de los crímenes[73], debe leerse conjuntamente con los otros dos elementos de la coacción previstos en el artículo 31(1)(d) del ECPI. Por ello, un claro indicio de su cumplimiento es el hecho de que el acusado sea capaz de actuar razonablemente a través de una respuesta proporcional a la amenaza, porque esto muestra que ha intentado buscar un equilibrio entre el interés jurídico que ha tratado de proteger y aquel que ha dañado.

---

71 *US Military Tribunal Nuremberg, Einsatzgruppen case*, supra n. 54. De acuerdo con este Tribunal, el verdadero test que puede encontrarse de una forma u otra en las distintas jurisdicciones nacionales no es el de la existencia de una orden, sino el de si los subordinados que cometieron los delitos tuvieron realmente una opción moral para actuar de otra manera. Vid.: Joyce, M., 2015, supra n. 58, p. 639.

72 Joyce, M., 2015, supra n. 58, p. 639.

73 En la decisión relativa a la emisión de la orden de arresto contra Omar Al Bashir (la única decisión sobre genocidio emitida hasta la fecha), la intención genocida del acusado de destruir en todo o en parte a los grupos étnicos Fur, Massalit y Zaghawa fue analizada por la Sala de Cuestiones Preliminares I con base en los planes y discursos de Al Bashir. Vid.: CPI, *the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, March* 4, 2009, ICC Doc. No.: ICC-02/05-01/09-3.

4. LA APLICACIÓN DE LAS EXIMENTES DE INCAPACIDAD MENTAL Y COACCIÓN EN EL CASO ONGWEN

A la luz del análisis desarrollado en las secciones anteriores, se plantea la cuestión sobre si las eximentes de incapacidad mental y coacción pueden ser aplicables en el caso Ongwen. Con respecto a la primera, es necesario antes que nada superar el reduccionismo en que se fundamenta la distinción entre víctimas y victimarios, tan característico del Derecho Internacional Penal (DIP)[74], y que no es aplicable a las complejas situaciones que frecuentemente se producen en las que los victimarios de crímenes internacionales son también víctimas[75]. Así, se puede afirmar que es muy posible que el secuestro, tortura y entrenamiento brutal al que fue sometido Ongwen por el ERS a tan temprana edad haya tenido un impacto significativo en su desarrollo cognitivo y volitivo[76].

Sin embargo, a falta de informes médicos que puedan ofrecer más información sobre el grado de afectación, esta situación no puede considerarse en sí misma suficiente para probar la incapacidad del acusado para: (a) apreciar la ilicitud o naturaleza de los actos de asesinato, esclavitud, torturas, tratos crueles, actos inhumanos, atentados contra la dignidad personal, pillaje, destrucción de bienes y persecución que se le imputan; o (b) controlar su conducta para evitar incurrir en este tipo de actos con el fin de no transgredir la ley. Además, no hay ningún síntoma de afectación del aparato psicomotor de Ongwen, puesto que sus capacidades físicas han sido la principal razón que le ha permitido tanto sobrevivir en condiciones muy hostiles desde que era niño, como ascender rápidamente en la estructura jerárquica de la organización militar del ERS.

En consecuencia, como se requiere en el artículo 31(1)(a) del ECPI, correspondería a la Defensa probar mediante informes médi-

---

74 *Justice and Reconciliation Project*, 2008, *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*. Field, p 4, http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf.

75 Ibid., p. 12.

76 Ibid., p. 16.

cos y otros elementos de prueba que el secuestro, la tortura y el entrenamiento brutal al que Ongwen fue sometido por parte del ERS afectaron sustancialmente sus capacidades cognitivas o volitivas en relación con cada uno de los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares II [77]. Además, según dispone la Regla 145 (2)(a)(i) de las RPP, si al menos uno de los dos elementos de la eximente de incapacidad mental no puede ser probado en el grado requerido por el artículo 31(1)(a) del ECPI en relación con alguno de los delitos imputados, cualquier deficiencia cognitiva o volitiva sufrida por Ongwen en el momento en que se cometieron solo podría ser considerada como una circunstancia atenuante a la hora de determinar la pena.

Con respecto al eximente de coacción, la Defensa afirma que la amenaza que llevó a Ongwen a perpetrar los crímenes: (a) provino del "líder supremo y único" del ERS (Kony)[78]; (b) era probable que se llevara a cabo porque el ERS era un grupo armado ilegal que tenía la capacidad suficiente para lanzar ataques significativos y ejercer una violencia generalizada y sistemática, incluso contra sus propios miembros; y (c) persistió en el tiempo. Como resultado, para la Defensa, aunque Ongwen alcanzó una de las posiciones de mando más

---

77 CPI, *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08, para. 19; ICC, the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber* I, *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, July 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06, para. 34; CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG, para. 34*. Ver también: TPIY, *the Prosecutor v. Milan Babic, Appeals Chamber, Judgment on Sentencing Appeal, July 18, 2005, Case No.: IT-03-72-A, para. 43*; TPIY, *the Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, Judgment, March 22, 2006, Case No.: IT-97-24-A*, para. 406.

78 Para la Sala de Cuestiones Preliminares II, [e]l líder indiscutible de la organización era Joseph Kony, de quien emanaban todas las decisiones importantes. Para mantener su control sobre la organización, Joseph Kony también invocó con éxito la posesión de "poderes místicos". Vid.: CPI, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 6, para. 26.

altas en el ERS, Kony siempre se mantuvo como el líder supremo del grupo con autoridad sobre el mismo[79].

Incluso si la Defensa pudiera probar todas estas afirmaciones, aún tendría que probar que: (a) Ongwen no permaneció voluntariamente en el ERS después de cumplir 18 años y se dio cuenta del riesgo que representaba permanecer en el ERS para su vida y su integridad física; (b) la conducta de Ongwen fue una respuesta a las persistentes amenazas de Kony; (c) la conducta de Ongwen fue necesaria y razonable (en el sentido de proporcional) para evitar las amenazas de Kony; y (d) Ongwen no quería causar un daño mayor que el que estaba tratando de evitar.

Hay varias razones por las que es muy poco probable que la Defensa logre probar todos estos elementos. Primero, aunque Ongwen fue reclutado contra su voluntad cuando era un niño en un grupo con un fuerte sentido de jerarquía, ocupó varios puestos de mando (por ejemplo, en 2002 fue el comandante del batallón Oka y en 2003 se convirtió en el segundo al mando de la brigada Sinia) antes de convertirse en 2004, debido a su excelente desempeño en las operaciones del ERS[80], en uno de los máximos comandantes del ERS con la capacidad de dar órdenes a sus subordinados[81] y sugerir operaciones al propio Kony[82]. En consecuencia, no parece que Ongwen permaneciera contra su voluntad en el ERS una vez cumplidos los 18 años, ni que su participación en los crímenes que se le imputan haya sido siempre una respuesta necesaria ante las amenazas de Kony.

---

79 Ver, por ejemplo, el presunto asesinato de Vincent Otti (uno de los más altos comandantes del ERS) por orden de Kony, tal y como se detalla en: Diocese of Northern Uganda, 2007, *How Vincent Otti was Killed,* December 10, 2007, http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html.

80 CPI, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 6.

81 Ibid., para. 27.

82 Según la Sala de Cuestiones Preliminares II, "[l]os elementos de prueba demuestran que Dominic Ongwen ideó el plan para atacar Lukodi y solicitó y obtuvo permiso de Joseph Kony para el ataque; esta comunicación de radio en particular fue interceptada el 17 de mayo de 2004". Vid.: CPI, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 6, para. 36.

Además, según varias víctimas, Ongwen disponía de un alto grado de autonomía para decidir cómo cumplir las órdenes de Kony, por lo que cuando viajaba para ejecutar las operaciones del ERS podría haber huido con facilidad para evitar las amenazas de Kony[83]. Así mismo, si se presta la debida atención a los delitos de esclavitud sexual y saqueo imputados a Ongwen, es evidente que, en caso de haberse producido, el acusado violó a las víctimas y se apropió de sus bienes para obtener un beneficio personal, ya que podría haber evitado cometer estos delitos sin arriesgar su vida[84]. En consecuencia, ni el requisito de necesidad, ni el de proporcionalidad parecen cumplirse.

Finalmente, al menos en relación con los crímenes en los que obtuvo un beneficio personal, parece improbable que Ongwen no quisiera causar un daño mayor que el que supuestamente estaba tratando de evitar. Sólo se podría afirmar lo contrario en caso de que la Defensa pudiera probar que dicho beneficio personal no fue relevante a la hora de decidir cómo ejecutar las operaciones que se cometieron estos delitos, de manera que al planearlas la principal consideración de Ongwen fue como no causar un daño mayor[85].

En conclusión, y dado el alto mando de Ongwen en el ERS y su autonomía para cumplir las órdenes de Kony, es muy poco probable que no estuviera en condiciones de evitar y/o poner fin a cualquier amenaza a su vida, o a su integridad física, proveniente de cualquier miembro del ERS, incluido Kony. Como mínimo, parece que Ongwen siempre tuvo la oportunidad de dejar el ERS. Así mismo, varios de los crímenes que se le imputan no parecen constituir una respuesta necesaria y proporcional a ninguna amenaza que pudiera ha-

---

83 Wong, M., 2016, *'Making a Murderer in Uganda'*, *Foreign Policy*, *January 2*0, 2016, http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0.

84 Ver, por ejemplo, el saqueo sistemático cometido en octubre de 2003 por Ongwen y sus subordinados en el campo de desplazados de Paujule.

85 Por ejemplo, en relación con el ataque a Ludoki realizado el 19 de mayo de 2004, Ongwen solicitó primero la autorización de Kony para lanzarlo, y, una vez obtenida la misma, ordenó el ataque y dio las instrucciones sobre cómo llevarlo a cabo, incluyendo el asesinato indiscriminado de todas las personas que estaban en el campamento. Vid.: CPI, *Ongwen Confirmation of Charges Decision*, supra n. 6, para. 36.

ber recibido de Kony. Además, podría haber actuado de una manera mucho menos dañina para las víctimas, especialmente en relación con las víctimas de esclavitud sexual y pillaje. Finalmente, aunque no estamos en condiciones de evaluar la intención de Ongwen, es muy poco probable que la Defensa pueda probar que Ongwen actuó con el fin de no causar un daño mayor al que buscaba evitar.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, March* 4, 2009, ICC Doc. No.: ICC-02/05-01/09-3.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, July* 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.

CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga, Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute,* May 23, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/07-3484-tENG.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Defense of Dominic Ongwen, Fourth Public Redacted Version of "Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing, January* 18, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-404-Red4.

CPI, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, March* 23, 2016, ICC Doc. No.: ICC-02/04-01/15-422-Red.

CPI, *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, June* 21, 2016, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

TPIY, *the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Trial Chamber II, Sentencing Judgment, November* 19, 1996, Case No.: IT-96-22-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, Judgment, October* 7, 1997, Case No.: IT-96-22-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Appeals Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, October* 7, 1997, Case No. IT-96-22-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Trial Chamber I, Judgement, November* 16, 1998, Case No.: IT-96-21-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic, Appeals Chamber, Judgment, February* 20, 2001, Case No. IT-96-21-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Mlado Radic, Zoran Zigic & Dragoljub Prcac, Appeals Chamber, Judgment, February* 28, 2005, Case No.: IT-98-30/1/A.

TPIY, *the Prosecutor v. Milan Babic, Appeals Chamber, Judgment on Sentencing Appeal, July* 18, 2005, Case No.: IT-03-72-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Chamber, Judgment, March* 22, 2006, Case No.: IT-97-24-A.

Casos bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Flick et. al., *Judgment, December* 22, 1947, Case No. 5.

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Ohlendorf et. al., *(known as the Einsatzgruppen case), Judgment*, April 8, 1948, Case No. 9.

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Krupp et. al., Judgment, July 31, 1948, Case No. 10.

US Military Tribunal Nuremberg, United States of America v. Wilhelm von Leeb et. al., *(known as 'German High Command Trial'), Judgment, October* 27, 1948, Case No. 12.

Jurisprudencia nacional

Reino Unido

Court of Appeals of England and Wales, Regina v. Hudson and Taylor, Criminal Division, Judgment, March 17, 1971, Case No.: 3715/A/70 and No. 3721/A/70, http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html.

Court of Appeals of England and Wales, Hasan (Respondent) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly Regina v. Z, 2003*) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)), Criminal Division, Judgment, March* 17, 2005, Case No.: [2005] UKHL 22, https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/22.html.

Uganda

High Court of Uganda at Jinja, Uganda v. Mwesigwa, Judgement, November 11, 2013, *Criminal Session* Case No.: 269/2011, [2013] UGHCCRD 70.

Supreme Court of Uganda at Mengo, Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v. Uganda, Judgment, May 18, 2004, *Criminal Appeal* No.: 44/2001, UGSC 36.

Doctrina

Ambos, K., 2002, *Other Grounds of Excluding Criminal Responsibility, In Cassese A., Gaeta, P. & Jones, R. W. D. (Eds), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary,* Oxford, Oxford University Press, Vol. 1.

Ambos, K., 2005, La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung.

Ambos, K., 2013, *Treatise On International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press.*

Bantekas, I. & Nash, B., 2009, *International Criminal Law, Oxford and Portland, Routledge/Hart.*

Bassiouni, M.C., 1999, *Crimes against Humanity in International Criminal Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2 Ed.*

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E., 2010, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge, Cambridge University Press, 2 Ed.*

Eser, A., 2016, *Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility, Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary, Munich, Beck/Hart.*

Joyce, M., 2015, *'Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse', Leiden Journal of International Law,* Vol. 28, No. 3, pp. 623-642.

Keedy, E.R., 1952, '*Irresistible Impulse as a Defense in the Criminal Law', University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, No. 7, pp. 956-993.

Kittichaisaree, K., 2001, *International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press.*

Knoops, G.J.A., 2007, *Defenses in Contemporary International Criminal Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.*

Ormerod, D. & Laird, K., 2014, *Smith and Hogan´s Text, Cases and Materials on Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 11th Ed.*

Werle, G., 2011, Tratado de derecho penal internacional, Valencia, Tirant lo Blanch.

Werle, G. & Jessberger, F., 2014, *Principles of International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press.*

Informes, resoluciones y otros documentos

American Law Institute, 1985, *Model Penal Code. Official Draft and Explanatory Notes*, p. 89, http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf.

Código Penal alemán, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0147.

Código Penal francés, https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf.

Código Penal ugandés, https://ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/120.

Diocese of Northern Uganda, 2007, *How Vincent Otti was Killed,* December 10, 2007, http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html.

CPI, *Public Information Office, s. f., Case Information Sheet. The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Doc. No. ICC-PIDS-CIS-UGA-02-018/20_Eng*, https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf.

CPI, *Public Information Office, s. f., The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/Alleged crimes (non-exhaustive list)*, https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx

Justice and Reconciliation Project, 2008, *Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen*, http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf

Justice in Conflict, 2016, *We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC*, *April* 19, 2016, https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/.

Law Commission of the England and Wales, 2013, *Criminal Liability: Insanity and Automatism. A Discussion Paper.*

Legal Information Institute, s. f., *Insanity Defense, Cornell University Law School,* https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense.

ONU, *General Assembly, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, September 13, 1996, UN Doc. No.: 22A (A/51/22), Vol. II *(Compilation of Proposals).*

ONU, *International Law Commission, Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, May* 2-*July* 22, 1994, UN Doc. No.: A/CN.4/460, https://digitallibrary.un.org/record/187305?ln=es#record-files-collapse-header.

US Sentencing Commission, 2013, *Guidelines Manual Annotated*, https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf.

Wong, M., 2016, *Making a Murderer in Uganda, Foreign Policy, January 20, 2016,* http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0.

21. ¿Se encuentran protegidas las esposas o compañeras menores de 15 años de los miembros de las partes en un conflicto armado no internacional frente a la violencia sexual ejercida por sus propias parejas o por otros miembros del grupo al que pertenecen?[*]

VANESSSA BONILLA TOVAR[*]
HANNA BOSDRIESZ[*]
LINA MARÍA CABALLERO MARTÍNEZ
MARÍA ALEJANDRA CASTILLO MONTILLA[*]
JANNLUCK CANOSA CANTOR[*]
ANDREA CATALINA CABRALES VILLAMIZAR[*]
CARLOS GABRIEL JÁCOME ROMERO[*]
CARMEN SULEIKA MANÉ GRANADOS[*]
LAURA MARCELA QUIJANO ORTIZ[*]
DANIELA SUÁREZ VARGAS[*]
SANDER WIRKEN[*]

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Álvaro Pio Jaramillo García.

[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2015-2016).

1. INTRODUCCIÓN

La determinación de los sujetos objeto de protección por el Derecho Internacional Humanitario (DIH) en los Conflictos Armados No Internacionales (CANIs) continúa siendo una cuestión controvertida de indudable relevancia, si tenemos en cuenta que más del noventa por ciento de los conflictos armados existentes en la actualidad tienen un carácter no internacional[1]. El presente trabajo analiza un aspecto importante de esta discusión, consistente en si las niñas menores de 15 años son objeto de protección por el DIH frente a la violencia ejercida sobre las mismas por los miembros del grupo que las ha alistado o reclutado.

Para ello se centra en la violencia sexual sufrida entre 2002 y 2003 por las menores de 15 años dentro de las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC). Estos actos de violencia hacen parte del caso ante la Corte Penal Internacional (CPI) contra Bosco Ntaganda, comandante adjunto de operaciones de las FPLC, constituido a mediados de 2002 como brazo militar de la *Union des Patriotes Congolais* (UPC). Ambos movimientos, político y militar, fueron comandados entre julio de 2002 y agosto de 2003 por Thomas Lubanga Dylo, ex gobernador del distrito de Ituri en la República Democrática del Congo, y primer condenado por la CPI[2].

Para analizar esta problemática es necesario abordar varias cuestiones. En primer lugar, es necesario determinar si, en los CANIs, la protección ofrecida a la población civil, incluyendo a las niñas menores de 15 años, se limita a la violencia cometida por los miembros de las partes en conflicto con las que las víctimas no se encuentran

---

1 *Escola de Cultura de Pau*, 2004, Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz, *Escola de Cultura de Pau*, p. 17. Vid.: Rodríguez-Villasante, J.L., 2013, La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades, Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Vol. 160, p. 167; Fernández, J., Miralles, F., & González, B., 2001, Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra, Madrid, UPCO, p. 78.

2 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, *July* 10, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06.

afiliadas; o si, por el contrario, se extiende también dicha protección a la violencia ejercida por cualquiera de las partes en conflicto.

En este sentido, cabe subrayar que el DIH aplicable a los Conflictos Armados Internacionales (CAIs) limita la protección a los actos cometidos contra la población civil por el enemigo, ya sea definido en términos de nacionalidad, como se ha considerado tradicionalmente, o a la luz de otros rasgos distintivos como la etnicidad, tal y como ha subrayado el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)[3]. En consecuencia, es necesario analizar si esta misma limitación opera también en los CANIs; o, si por el contrario, al tratarse de conflictos que se desarrollan en el territorio de un sólo Estado, por partes que con frecuencia se diferencian por su ideario social, político y económico, no es aplicable. De manera que, en los mismos, la población civil se encuentre protegida contra la violencia ejercida por cualquiera de las partes en el conflicto.

En segundo lugar, estudiaremos si las niñas menores de 15 años que son alistadas o reclutadas para cumplir las funciones de "esposas" o "compañeras" de los comandantes de los grupos armados organizados participantes en un CANI, son consideradas por el DIH como miembros del grupo; o, alternativamente, y a pesar de convivir con dichos comandantes, como población civil protegida por el DIH.

En este último supuesto, será necesario también analizar si las actividades que habitualmente realizan de asistencia a sus "esposos" o "compañeros" pueden ser, o no, calificadas como participación directa en las hostilidades. De ser así, a pesar de constituir población civil, perderían su protección durante el tiempo en que realicen di-

---

[3] TPIY, *the Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, Appeal Judgment, July* 15, 1999, *Case* No.: ICTY-94.1-A, paras. 166-169; TPIY, *the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, Judgment, March* 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, paras. 126-127; TPIY, *the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, Judgment, February* 26, 2001, *Case* No.: IT-95-14/2-T, para. 152; TPIY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic, Trial Chamber I, Judgment, December* 5, 2003, *Case* No.: IT-98-29-T, paras. 45-53; y TPIY, *the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, Judgment, January* 14, 2000, *Case* No.: IT-95-16-T, paras. 522-523.

chas actividades. Por el contrario, si las funciones que realizan no son merecedoras de tal calificación, mantendrán en todo momento su protección como integrantes de la población civil, a pesar de la asistencia que puedan brindar a sus "esposos" o "compañeros".

Finalmente, analizaremos si ciertos grupos, particularmente vulnerables a la violencia propia de un CANI, y en particular las niñas menores de 15 años, disfrutan de un régimen especial de protección.

2. ¿EXISTE ALGUNA LIMITACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES POR RAZÓN DE SU FILIACIÓN A ALGUNA DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO?

La defensa de Bosco Ntaganda afirma que las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por cualquiera de las partes en un CANI, sólo tienen protección frente a las partes en el conflicto con las que no se encuentran afiliadas[4].

Sobre esta cuestión, el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra CGs, afirma que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades dentro de un CANI se encuentran protegidas "[…] sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo"[5].

En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) subraya que la intención del artículo 3 común es buscar una protec-

---

4 CPI, *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Defense of Bosco Ntaganda, Defense application in relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and Rule 58*, September 1, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04–02/06–804-ENG, paras. 23-24, 28-29.

5 Melzer, N., 2010, Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, ICRC, p. 43.

ción general para quienes no estén participando directamente en las hostilidades, indistintamente de la filiación que tengan con cualquiera de las partes del conflicto[6]. Además, según el propio CICR, las partes deben propender por una aplicación amplia del artículo 3 común, evitando realizar interpretaciones restrictivas que introduzcan distinciones que no se encuentran recogidas en el mismo[7].

En consecuencia, la protección atribuida por el artículo 3 común a la población civil, de la que las niñas menores de 15 años forman parte, no depende de su filiación con alguna de las partes en el CANI, y se extiende, en principio, a todos los actos de violencia, entre los que se encuentran los de naturaleza sexual cometidos por cualquiera de las partes en el conflicto[8].

---

6 Pictet, J., 1952, *Commentary to the first Geneva Convention*, ICRC, sección relativa al párrafo 1 del artículo 3 común.

7 Se debe tener también en cuenta el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Conforme al mismo, los tratados deben interpretarse "[…] de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".
El objeto y fin de un tratado es especialmente relevante cuando su objetivo es brindar protección a aquellos que no participan directamente en las hostilidades.

8 Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 2106,* 2013, *Sexual violence in conflict, June 24, 2013, UN Doc. No.: S/RES/2106.* Ver También: Organización de las Naciones Unidas, *Secretary General, Report to the General Assembly on sexual violence related to the conflict, January* 13, 2012, UN Doc. No.: S/2012/33, pp. 2, 6, paras. 17-18; Organización de las Naciones Unidas, *Secretary General, Report to the Security Council on sexual violence related to the conflict*, March 23, 2015, UN Doc. No.: S/2015/203, paras. 7, 18, 29, 61, 64, 83; Organización de las Naciones Unidas, *Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict*, 2013, *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation, Working Paper No. 1, p. 16.*

3. ¿SON LAS NIÑAS QUE ACTÚAN COMO "ESPOSAS" O "COMPAÑERAS" DE QUIENES INTEGRAN LAS PARTES EN UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL MIEMBROS DE LAS MISMAS?

En los CANIs son, en principio, personas protegidas todas aquellas que no son miembros de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto[9]. Estas últimas se encuentran conformadas por todas los grupos y unidades que, según su derecho interno, integran o se encuentran adscritas a sus estructuras armadas, incluyendo los ejércitos de tierra, mar y aire, la policía, la inteligencia militar, los reservistas y, en su caso, las unidades de policía e inteligencia civil[10].

La protección que el DIH ofrece a quienes no son miembros de las fuerzas armadas del Estado afectado se pierde automáticamente al convertirse en miembro de un grupo armado organizado[11]. La pérdida de protección se mantiene durante todo el tiempo que dura su membresía en el grupo[12]. De esta manera, aun cuando no se encuentren desarrollando en un momento dado operaciones militares (como por ejemplo al encontrarse de permiso) pueden ser, conforme al DIH, objeto de ataque mientras dure su vinculación con el grupo[13].

---

9 CICR, 2008, *'Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009.', International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, p. 1004. Ver también: CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, June 15, 2009*, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424, para. 78.

10 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., 2005, *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC,* pp. 11-17.

11 Artículo 1 (1) del PA II. Ver también: Schmitt, M., 2010, *'The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis', Harvard National Security Journal*, Vol. 1, pp. 5-44, p. 21.

12 Idem.

13 Idem.

El CICR utiliza un criterio funcional a la hora de distinguir en los CANIs entre quienes son miembros de un grupo armado organizado y quienes no ostentan esta condición[14]. Como Williamson señala, conforme al mismo, únicamente se consideran miembros del grupo a quienes asumen una función continua de combate[15], lo que significa que la pertenencia al grupo no se expresa necesariamente mediante el uso de uniformes, insignias o tarjetas de identificación[16]. Para Schmitt, la aplicación del criterio de la función continua de combate no significa otra cosa que afirmar que quienes participan directamente en las hostilidades de manera prolongada adquieren la condición de miembros del grupo[17].

De esta manera, quienes preparan, ejecutan o dirigen a lo largo del tiempo las operaciones militares de un grupo armado organizado mantienen una función continua de combate[18]. Lo mismo ocurre con quienes son alistados, reclutados, entrenados y equipados para participar directa y continuadamente en las hostilidades en nombre del grupo, aun cuando no hayan llevado a cabo algún acto hostil[19].

Por el contrario, quienes acompañan o apoyan a un grupo armado organizado de manera prolongada, pero sin desarrollar funciones que los involucran directamente en las hostilidades, no pueden ser considerados como miembros del grupo[20]. En la misma situación se encuentran quienes limitan su actividad dentro del grupo al reclutamiento, financiación o entrenamiento, a menos que tengan una función adicional que los vincule directamente a las hostilidades[21]. También conservan su protección las personas que adquieren, fabri-

---

14 CIRC, 2008, supra n. 9, p. 1006.

15 Williamson, J.A., 2010, *'Challenges of twenty-first century conflicts: a look at direct participation in hostilities', Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, pp. 457-471, p. 464.

16 CICR, 2008, supra n. 9, p. 1006.

17 Schmitt, M., 2010, supra n. 11, p. 21.

18 Melzer, N., 2009, *Interpretive guidance for the notion of active participation in the hostilities under International Humanitarian Law*, Ginebra, ICRC, p. 34.

19 CICR, 2008, supra n. 9, p. 1007.

20 Ibid., p. 1008.

21 Ibid., p. 1021.

can y hacen mantenimiento a las armas, o que realizan trabajos de inteligencia al margen de operaciones militares específicas[22].

De esta manera, el DIH distingue, en principio, entre aquellas niñas menores de 15 años que son alistadas o reclutadas por grupos armados organizados para ser formadas y equipadas con el fin de participar directamente en las hostilidades de manera prolongada, y aquellas otras que son alistadas o reclutadas para acompañar o asistir de manera continuada al grupo sin desarrollar actividades de participación directa en las hostilidades.

Si bien es necesario realizar un análisis caso por caso para determinar esta cuestión, los casos contra Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda muestran que, como regla general, las niñas menores de 15 años no desarrollan de manera prolongada actividades de participación directa en las hostilidades[23]. En consecuencia, a pesar de acompañar permanente al grupo y de ser "esposas" o "compañeras" de sus miembros y comandantes, no asumen una función continua de combate y no pueden ser consideradas como miembros del grupo.

4. ¿DESARROLLAN LAS ESPOSAS O COMPAÑERAS DE LOS MIEMBROS DE LAS PARTES EN UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL ACTIVIDADES DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES?

En los CANIs, se puede perder también la protección, aún sin convertirse en miembro de una de las partes en conflicto, realizando actividades ocasionales de participación directa en las hostilidades en favor de una de las mismas, y en detrimento de la otra[24].

---

22 Ibid., pp. 1008, 1021-1022.

23 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842, paras. 878- 882, 892; CPI, *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda*, J*une* 9, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-309, para. 82.

24 Melzer, N., 2009, supra n. 18, pp. 45-64, 70.

En este sentido, el artículo 3 común circunscribe la protección a "[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa". Por su parte, el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra 1949, aplicable a los CANIs (PA II) (lo mismo dispone el artículo 51(3) del PA I en relación con los CAIs) prevé que las personas protegidas mantengan su protección a menos que participen directamente en las hostilidades y por el tiempo durante el cual se prolongue dicha participación.

En consecuencia, a la hora de aplicar estas disposiciones, es necesario distinguir entre los actos que se consideran participación directa en las hostilidades y aquellos de participación indirecta que no implican la pérdida de protección. A este respecto, el CICR ha afirmado que para que una actividad específica pueda ser considerada como participación directa en las hostilidades es necesario que cumpla con los siguientes tres requisitos: (a) umbral de daño; (b) causalidad directa; y (c) nexo de beligerancia[25].

El umbral de daño exige la probabilidad objetiva de que el acto de que se trate pueda afectar adversamente las operaciones o capacidad militar de una parte del conflicto[26]; o, alternativamente, pueda producir la muerte, lesión o destrucción de personas o bienes protegidos[27]. La causalidad directa requiere la existencia de un nexo causal entre el umbral de daño y el acto en cuestión, ya sea considerado en sí mismo o como parte de una operación militar coordinada de la que constituya una parte integral[28]. En este sentido, los actos preparatorios para la ejecución de una operación militar, así como el despliegue hacia el lugar de ejecución y el retorno de éste forman parte integral de la operación[29]. Finalmente, el nexo beligerante exige que el acto deba haber sido específicamente diseñado para causar

---

25 CICR, 2008, supra n. 9, p. 1016.
26 Idem.
27 Ibid., p. 1017.
28 Ibid., p. 1019.
29 Idem.

directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte del conflicto y en menoscabo de otra[30].

Si bien, como analizan en profundidad Báez et. al.[31], Schmitt difiere del CICR en aspectos concretos relativos al contenido de los tres requisitos que acabamos de mencionar[32], lo cierto es que los actos de naturaleza sexual coercitivamente desarrollados por las niñas menores de 15 años reclutadas por las FPLC en favor de los comandantes y miembros del grupo con los que se encontraban casadas, o en pareja, no cumplen ninguno de estos tres requisitos.

A esta conclusión se llega al constatar que tales actos (a) no son idóneos para causar directamente por sí mismos el umbral de daño requerido; (b) no forman parte integral de ninguna operación militar que pudiera generar dicho umbral de daño; y (c) no poseen el nexo beligerante requerido, puesto que no están específicamente diseñados para causar un menoscabo a la parte adversa de las FPLC.

Además de las actividades de naturaleza sexual, las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC desarrollaron, mientras estuvieron vinculadas a este grupo, otro tipo de actividades, incluyendo trabajo doméstico, donde principalmente desempeñaron tareas culinarias[33]. Además, transportaron comida a bases aéreas y acompañaron a las otras esposas de los comandantes[34]. Si bien cada una de estas actividades debe ser analizada caso por caso, lo cierto es que, según la Sala de Primera Instancia I en el caso Lubanga, ninguna de las mismas parece cumplir con los tres requisitos necesarios para su consideración como participación directa en las hostilida-

---

30 Ibid., p. 1025.

31 Castillo Forero, S., Lozano Pradere, F., Mateus Ramírez, L. & Molano Araque, A., 2012, Pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados, *International Law Clinic*, https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/documentos/2012-Semestre-II-Perdida-de-la-Condicion-de-Person/.

32 Schmitt, M., 2010, supra n. 11, pp. 5-44.

33 CPI, *Lubanga Trial Judgment*, supra n. 23, para. 623; CPI, *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, supra n. 23, para. 82.

34 Idem.

des[35]. De ahí, que las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC no perdieran en ningún momento su protección.

En este sentido, conviene subrayar que la versión en inglés del artículo 3 común ha inducido a cierta confusión, al utilizar el adjetivo '*active*' para calificar el tipo de participación en las hostilidades que da lugar a la pérdida de protección, en lugar del adjetivo '*direct*' usado con este mismo fin en otros instrumentos de DIH[36]. En este contexto, el CICR entiende que los términos '*active*' y '*direct*' deben ser entendidos como sinónimos, puesto que las versiones francesa y española del texto usan únicamente la expresión '*directament*/directamente'[37]para referirse al tipo de participación en las hostilidades requerida para la pérdida de protección[38]. En consecuencia, para el CICR ambos adjetivos representan el mismo nivel y grado de participación en las hostilidades[39]. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Internacional Penal para Ruanda en el caso en el caso Akayesu[40].

Sin embargo, la CPI ha distinguido en el caso Lubanga entre participación "activa" y "directa" y al interpretar el contenido del crimen de guerra de utilizar menores de 15 años para "participar activamente" en las hostilidades, previsto en el artículo 8(2)(e)(vii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)[41]. De esta manera, para la Sala de Primera Instancia I, el término participación activa en este crimen de guerra incluye la utilización de niños y niñas, tanto para realizar actividades de participación directa propiamente dichas, como para llevar a cabo otras actividades, que dentro de la clásica distinción entre participación directa e indirecta son consideradas como actividades de participación indirecta, pero suponen una contribución efectiva a las hostilidades (este sería el caso, por ejemplo,

---

35 Idem.

36 Arts. 47, 51 (3) y 77 (2) del PA I. Vid.: Arts. 4(3)(c), 4(3)(d) y13(3) del PA II.

37 En francés '*directement*'; en español 'directamente'.

38 CICR, 2008, supra n. 9, p. 1014.

39 Idem.

40 TPIR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, Judgment, September* 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T, para. 629.

41 CPI, *Lubanga Trial Judgment*, supra n. 23, para. 628.

de las niñas que, sin estar involucrados en los combates, son utilizadas como guardaespaldas de los comandantes del grupo)[42].

Ahora bien, la distinción realizada por la Sala de Primera Instancia I entre participación "activa" y "directa" en las hostilidades se ha limitado exclusivamente, por el momento, a la interpretación del crimen de guerra arriba mencionado, sin que haya sido utilizada para interpretar de forma extensiva las actividades que, conforme al concepto de participación directa en las hostilidades, dan lugar a la pérdida de protección. En consecuencia, a la hora de determinar si las actividades realizadas por las niñas menores de 15 años en favor de la parte en el conflicto que las ha alistado o reclutado les hace perder su protección, es necesario analizar únicamente si se cumplen, o no, los requisitos para que dichas actividades puedan ser caracterizadas como participación directa en las hostilidades.

En este sentido, como hemos visto, la Sala de Primera Instancia I en el caso Lubanga, ha considerado que ni las actividades de naturaleza sexual, ni ninguna otra de las actividades desarrolladas por las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC, constituyen una participación directa en las hostilidades que les haya hecho perder su protección. Además, para la Mayoría de la Sala de Primera Instancia I[43], dichas actividades (incluidas las de naturaleza sexual) no cumplen ni tan siquiera con los requisitos más flexibles de la participación activa, puesto que las mismas (especialmente las relaciones sexuales mantenidas con sus esposos o compañeros en las FPLC) no prestaron en ningún momento una contribución efectiva a las hostilidades[44].

En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en su decisión de confirmación de cargos contra Bosco Ntaganda, ha ido incluso más allá al afirmar en relación con las actividades sexuales de las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las FPLC, que no

---

42 Idem.

43 Ibid., paras. 622-623.

44 En sentido contrario, vid.: CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 'Separate and dissenting opinion by judge Odio Benito', in Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, March* 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842.

es posible que la función de compañera sexual se pueda dar de manera concomitante a la de participación activa en las hostilidades[45].

5. ALCANCE DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS NIÑAS MENORES DE 15 AÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Una interpretación integrada del DIH, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal[46], superadora de la tradicional concepción del DIH como *lex specialis* en las situaciones de conflicto armado[47], provee de una amplia protección a las niñas menores de 15 años en los CANIs.

Esta protección no sólo se limita a la otorgada a la población civil en los casos en que las niñas no sean miembros de las partes involucradas en el conflicto al no cumplir una función continua de combate, ni participar directamente en las hostilidades, sino que debido al carácter vulnerable que tienen los niños en general[48], y las niñas

---

45 CPI, *Ntaganda Confirmation of Charges Decision*, supra n. 23, para. 79. Grey adopta esta misma posición, debido a la especial protección que el artículo 4(3) del PA II ofrece a las niñas menores de 15 años como consecuencia de su particular vulnerabilidad. Vid.: Grey, R., 2014, *Sexual violence against child soldiers'*, *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, No. 4, p. 611.

46 Droege, C., 2008, *Elective affinities? Human rights and humanitarian law*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 501-548.

47 Esta distinción entre el DIH como *lex* y el DIDH como *lex* ha perdido vigencia en la doctrina, y tampoco ha sido aceptada por la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos Humanos. Vid.: Milanovic, M., 2014, *'The lost origins of lex specialis: rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law*', in Ohlin, J., (ed.), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press; Isupova, M.V., 2013, '*Interrelationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in the process of fragmentation of International Law*', *Russian Juridical Journal / Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. *92*, No. 5, pp. 43-48.

48 Hernández, D.M., 2000, Menores y conflicto armado, *Revista Derecho del Estado*, No. 9, pp. 145-166.

menores de 15 años en particular, presenta manifestaciones propias en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989[49], los CGs y sus PAs, el ECPI de 1998 y las Resoluciones 1882 (2009), 1960 (2010) y 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

---

[49] Fuera del ámbito específico de los conflictos armados, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Además, el artículo 19 de la Convención prevé: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial". El Comité de los Derechos del Niño, en su comentario general No. 13, de 18 de abril de 2011, ha afirmado que el artículo 19 de la Convención debe entenderse en el contexto más amplio posible para eliminar y combatir todas las formas de violencia contra los niños y las niñas, excluyendo cualquier tipo de violencia por leve que sea, y protegiéndolos en cualquier tipo de entorno o en el tránsito entre entornos. Vid.: Organización de las Naciones Unidas, *Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011) - The right of the child to freedom from all forms of violence, April* 18, 2011, UN Doc. No.: CRC/C/GC/13, paras. 7, 19.

En este sentido, la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados ha subrayado que el DIH ofrece una protección especial a los niños y niñas, puesto que los artículos 3 común y 27 del CG IV, así como los artículos 75(2), 76(1) y 77(1) del PA I y 4(2)(e) del PA II, disponen que los atentados contra la vida y la integridad corporal, contra la dignidad personal y los tratos humillantes y degradantes, como la violencia sexual y todo ataque contra el pudor de las personas, en especial de los niños y las niñas, están absolutamente prohibidos[50].

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en varias ocasiones ha reiterado la protección especial de la cual gozan los niños y las niñas. Inicialmente, la Resolución 1882 (2009), establece que su protección debe ser parte en toda estrategia general para resolver un conflicto[51] y condena enérgicamente todas las violaciones de Derecho Internacional frente a los mismos, incluyendo la violación y todo acto de violencia sexual[52].

Igualmente, en la Resolución 1960 (2010), el Consejo de Seguridad reitera su exigencia a todas las partes en los conflictos armados para que "[…] pongan fin por completo con efecto inmediato a todos los actos de violencia sexual"[53], en aras de hacer efectiva la protección general de la cual gozan los niños, las niñas y las mujeres como parte de la población civil y a la protección especial que tienen como población expuesta a ciertos riesgos específicos[54].

---

50 Organización de las Naciones Unidas, *Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict,* 2013, supra n. 8, p. 16. Vid.: Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., 2005, supra n. 10; artículo 22 de la Carta Africana para los Derechos y el Bienestar del Niño.

51 Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 1882,* 2009, *Children on armed conflict*, August 4, 2009, UN Doc. No.: S/RES/1882, 2009, p. 2.

52 Idem.

53 Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 1960,* 2010, *Women, peace and security*, December 16, 2010, UN Doc. No.: S/RES/1960, 2010, p. 3.

54 Ibid., p. 2.

Ahora bien, ninguna de las disposiciones y resoluciones anteriores menciona expresamente los abusos físicos, mentales y sexuales sufridos por los niños y las niñas que son reclutados o alistados por alguna de las partes en un conflicto armado a manos de sus miembros.

Es precisamente a esta situación, a la que se refiere la Resolución 2106 (2013) del Consejo de Seguridad, en la que se subraya que el DIH prohíbe la violación y demás formas de violencia sexual[55] y se reconoce que las niñas y mujeres reclutadas para su incorporación en las fuerzas armadas y en grupos armados organizados son especialmente vulnerables a este tipo de violencia[56].

En este mismo sentido, dos de los informes presentados por el Secretario General de las Naciones Unidas ante la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en los años 2012 y 2015 respectivamente, han resaltado que, en el marco de ciertos conflictos armados, se presentan casos donde quienes agreden sexualmente a las mujeres y niñas reclutadas de manera forzosa, son los propios miembros del grupo al que éstas pertenecen[57].

Además, el Secretario General ha considerado que la violencia sexual contra las mujeres y las niñas reclutadas por las partes en conflicto está vinculada directamente con sus objetivos estratégicos, ideológicos y de financiación, y en particular es utilizada con la finalidad de promover imperativos tácticos como el reclutamiento, la generación de ingresos mediante la trata o esclavitud sexual, el adoctrinamiento y la modificación o disolución de lazos de parentesco que unen a las mujeres y a las niñas con sus comunidades[58].

---

55 Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 2106,* 2013, supra n. 8, p. 2.

56 Ibid., p. 6.

57 Organización de las Organización de las Naciones Unidas, *Secretary General*, 2012, supra n. 8, paras. 17, 18; Naciones Unidas, *Secretary General*, 2015, supra n. 8, paras. 7, 18, 29, 61, 64, 83.

58 Naciones Unidas, *Secretary General*, 2015, supra n. 8, paras. 82, 83.

En este mismo sentido, pueden interpretarse las recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño[59], cuando, a los efectos del artículo 19 (1) de la Convención, entiende por "cuidadores" de los niños y las niñas a toda persona que los tenga a su cargo[60], y afirma que "[…] pueden ser objeto de violencia por parte de sus cuidadores principales o circunstanciales y de otras personas de las que sus cuidadores les protegen"[61]. En consecuencia, para el Comité, los niños y las niñas no solo pueden ser objeto de violencia por parte de terceros, sino también por parte de personas cercanas a ellos o que los cuidan[62]. Esta definición es importante en el marco de un conflicto armado, debido a que los niños y niñas que son alistados o reclutados por una parte en el conflicto se encuentran bajo el cuidado de sus miembros, que son quienes los tienen "a su cargo", y quienes por lo tanto pueden cometer actos de violencia física, mental y sexual contra los mismos. Finalmente, el Derecho Internacional Penal ofrece también protección a los niños y niñas menores de 15 años frente a las partes en el conflicto armado que los han reclutado o alistado. En particular, el artículo 8(2)(b)(xxiii) del ECPI, para los CAIs, y el artículo 8(2)(e)(vii), para los CANIs, recogen el crimen de guerra de "[r]eclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar directamente en las hostilidades". Como la CPI ha señalado en el caso Lubanga, la protección ofrecida por esta disposición se extiende en el tiempo e incluye los actos cometidos contra los niños y las niñas por los propios miembros del grupo, una vez que se ha producido su alistamiento o reclutamiento[63].

---

59 Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H., 2011, *The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing International Humanitarian Law*, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 24, No. 1, pp. 115-153.

60 Organización de las Naciones Unidas, *Committee on the Rights of the Child*, 2011, supra n. 49, para. 33.

61 Ibid., para. 36.

62 Idem.

63 La Sala de Primera Instancia I considera que la distinción entre reclutar y alistar se encuentra en la voluntad del niño o a niña porque, aunque ambas son formas de incorporación a las fuerzas armadas nacionales o a grupos armados organizados, el reclutamiento se lleva a cabo a través de la coerción, mientras que el alistamiento es voluntario. Sin embargo, aun cuando el

Atendiendo a todo lo anterior, se puede afirmar que los niños y niñas menores de 15 años gozan de una especial protección tanto en los CAIs, como en los CANIs[64], que se extiende a los actos de violencia sexual cometidos por los miembros de las fuerzas armadas nacionales o grupos armados organizados que los alistan o reclutan. En consecuencia, los actos de violencia física, mental y sexual cometidos por los comandantes y miembros de las FPLC contra las niñas menores de 15 años que han esposado o que han convertido en sus compañeras, constituyen violaciones de este régimen especial de protección.

6. CONCLUSIÓN

Las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas por las partes en un CANI son objeto de protección general en cuanto se conside-

---

menor consienta, dicha manifestación de voluntad no representa defensa válida frente al hecho punible, puesto que en un ambiente coercitivo como es el de los conflictos armados, no se dan las circunstancias necesarias para que los niños y niñas menores de 15 años, que de por sí tienen una capacidad limitada para consentir debido a su temprana edad, puedan hacerlo válidamente. Además, como la CPI ha configurado los crímenes de guerra de alistamiento y reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años como crímenes de carácter continuado, estos se siguen cometiendo mientras el niño o la niña continúa vinculado al grupo que lo alistó o reclutó hasta que cumplan la edad de 15 años. Como resultado, la protección contra el alistamiento y el reclutamiento no se limita al acto inicial de alistar o reclutar, sino que se extiende en el tiempo. Además, la protección no solo se limita a los actos de los miembros de las partes en conflicto con quienes los niños no están vinculados, sino que también se extiende a los actos cometidos contra los niños por miembros de su propio grupo, una vez que su alistamiento o reclutamiento se ha hecho efectivo. Vid.: CPI, *Lubanga Trial Judgment*, supra n. 23, paras. 607, 617- 618, TESL, *the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, President of the Residual SCSL, Public decision of the president on application for conditional early release, August* 11, 2014, Case No.: RSCSL-CDF/836/SCSL-04-14-ES-836-ENG.

64 Matthews, H., 2013, '*The interaction between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts', International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 5/6, p. 635.

ran integrantes de la población civil, siempre y cuando no cumplan una función continua de combate, ni participen directamente en las hostilidades. Así mismo, al tratarse de un grupo particularmente vulnerable a la violencia de los CANIs, son objeto de protección especial, tal y como se manifiesta en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, los CGs y sus PAs, el ECPI y las Resoluciones 1882 (2009), 1960 (2010) y 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Esta protección general y especial no se limita a las agresiones provenientes de las partes adversas en el conflicto, tal y como afirma la defensa en el caso Ntaganda; sino que las niñas menores de 15 años se encuentran también protegidas frente a la violencia sexual ejercida contra ellas por los miembros del propio grupo que las alistó o reclutó, incluso en el caso de que ésta sea ejercida por los comandantes que las tomaron como esposas o compañeras. En consecuencia, las niñas menores de 15 años alistadas o reclutadas entre 2002 y 2003 por las FPLC de Thomas Lubanga y Bosco Ntaganda eran sin duda acreedoras de dicha protección.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo,* June 15, 2009, ICC Doc. No.: ICC-01/05-01/08-424.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute,* March 14, 2012, ICC Doc. No.: ICC-01/04-01/06-2842.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,* 'Separate and dissenting opinion by judge Odio Benito', in *Judgment pursuant to article 74 of the Statute,* March 14, 2012, ICC Doc No.: ICC-01/04-01/06-2842.

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I, Decision on sentence pursuant to Article 76 of the Statute,* July 10, 2012, ICC Doc No.: ICC-01/04-01/06.

CPI, *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda*, June 9, 2014, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-309.

CPI, *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Defense of Bosco Ntaganda, Defense application in relation to counts 9 and 6 pursuant to Article 19 and Rule 58*, September 1, 2015, ICC Doc. No.: ICC-01/04-02/06-804-ENG.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, Judgment,* September 2, 1998, Case No.: ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *the Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, Appeal Judgment*, July 15, 1999, Case No.: ICTY-94.1-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic & Vladimir Santic, Trial Chamber II, Judgment,* January 14, 2000, Case No.: IT-95-16-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber I, Judgment,* March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Trial Chamber III, Judgment*, February 26, 2001, Case No.: IT-95-14/2-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic, Trial Chamber I, Judgment,* December 5, 2003, Case No.: IT-98-29-T.

Tribunal Especial para Sierra Leona

TESL, *the Prosecutor v. Moinina Fofana & Allieu Kondewa, President of the Residual SCSL, Public decision of the president on application for conditional early release*, August 11, 2014, Case No.: RSCSL-CDF/836/SCSL-04-14-ES-836-ENG.

Doctrina

Castillo Forero, S., Lozano Pradere, F., Mateus Ramírez, L. & Molano Araque, A., 2012, Pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados, *International Law Clinic*, https://www.urosario.edu.co/Clinica-Juridica-Internacional/documentos/2012-Semestre-II-Perdida-de-la-Condicion-de-Person/.

Droege, C., 2008, *Elective affinities? Human rights and humanitarian law, International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, pp. 501-548.

Fernández, J., Miralles, F., & González, B., 2001, Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra, Madrid, UPCO.

Grey, R., 2014, *Sexual violence against child soldiers, International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, No. 4.

Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., 2005, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.

Hernández, D.M., 2000, Menores y conflicto armado, *Revista Derecho del Estado*, No. 9.

Isupova, M.V., 2013, *'Interrelationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in the process of fragmentation of International Law', Russian Juridical Journal, Rossijskij Juridiceskij Zurnal*, Vol. 92, No. 5, pp. 43-48.

Matthews, H., 2013, *'The interaction between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: seeking the most effective protection for civilians in non-international armed conflicts', International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 5/6.

Melzer, N., 2009, *Interpretive guidance for the notion of active participation in the hostilities under International Humanitarian Law*, Ginebra, ICRC.

Melzer, N., 2010, Guía para interpretar la noción de participación activa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, ICRC.

Milanovic, M., 2014, *'The lost origins of lex specialis: rethinking the relationship between human rights and International Humanitarian Law', en Ohlin, J. (ed.), Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Pictet, J., 1952, *Commentary to the first Geneva Convention*, Ginebra, ICRC.

Rodríguez-Villasante, J.L., 2013, "La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades", Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Vol. 160.

Schmitt, M., 2010, *'The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis', Harvard National Security Journal*, Vol. 1.

Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H., 2011, *'The role of the Committee on the Rights of the Child in interpreting and developing International Humanitarian Law', Harvard Human Rights Journal*, Vol. 24, No. 1.

Williamson, J.A., 2010, *'Challenges of twenty-first century conflicts: a look at direct participation in hostilities', Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20.

Informes, resoluciones y otros documentos

Escola de Cultura de Pau, 2004, Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz, *Escola de Cultura de Pau*.

International Committee of the Red Cross, 2008, *'Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009'*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872.

Organización de las Naciones Unidas, *Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13, 2011, - The right of the child to freedom from all forms of violence*, April 18, 2011, UN Doc. No.: CRC/C/GC/13.

Organización de las Naciones Unidas, *Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict,* 2013, *The six grave violations against children during armed conflict: the legal foundation*, Working Paper No. 1.

Organización de las Naciones Unidas, *Secretary General*, 2012, *Report to the General Assembly on sexual violence related to the conflict*, January 13, 2012, UN Doc. No.: S/2012/33.

Organización de las Naciones Unidas, *Secretary General*, 2015, *Report to the Security Council on sexual violence related to the conflict*, March 23, 2015, UN Doc. No.: S/2015/203.

Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 1882*, 2009, *Children on armed conflict*, August 4, 2009, UN Doc. No.: S/RES/1882.

Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 1960,* 2010, *Women, peace and security*, December 16, 2010, UN Doc. No.: S/RES/1960.

Organización de las Naciones Unidas, *Security Council, Resolution 2106,* 2013, *Sexual violence in conflict*, June 24, 2013, UN Doc. No.: S/RES/2106.

22. Contenido y alcance del crimen de guerra de ordenar un acto de desplazamiento de la población civil conforme al artículo (8)(2)(e)(viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional[*]

WILLIAM BENJUMEA DE LIMA[*]
KERRIN BUCK[*]
LAURA DANIELA GONZÁLEZ GUERRERO[*]
ANDREA GUADARRAMA PRADO[*]
MARÍA ELVIRA GUERRA CÚJAR[*]
ÁLVARO PIO JARAMILLO GARCÍA[*]
MELISSA MACHER REYES[*]
AGUSTÍN ELÍAS MARTÍNEZ[*]
BERNARDO RESTREPO NORIEGA[*]
DANIELA RODRÍGUEZ CUENCA[*]
DANIELA SUÁREZ VARGAS[*]
SEBASTIÁN TOLE RAMÍREZ[*]

---

[*] Escrito bajo la supervision del Prof. Héctor Olasolo.
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2014-2015).

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la cuestión relativa a si, conforme al artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, una 'orden' de desplazamiento puede ser construida como un delito autónomo, punible en sí mismo y no dependiente de la ejecución del acto de desplazamiento ordenado. Asimismo, aborda también el alcance y contenido de los elementos objetivos y subjetivos de este crimen de guerra, aplicable a los CANIs, sobre la base de los siguientes conceptos: (a) la figura de los 'actos preparatorios punibles'; (b) la 'orden' como forma de responsabilidad penal individual; (c) el 'control efectivo' en la doctrina de la responsabilidad del superior; y (d) la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. El trabajo finaliza con una breve consideración de la seguridad de las personas civiles y la necesidad militar en cuanto que circunstancias eximentes de responsabilidad.

2. ORDENAR EL DESPLAZAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL COMO UN ACTO PREPARATORIO PUNIBLE, Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

La prohibición de ordenar el desplazamiento forzado está contemplada en: (i) el artículo 17 del PA II[1]; (ii) la regla 129 (B) del estudio de DIH consuetudinario del CICR[2]; y (iii) el artículo (8)(2)(e)(viii) del ECPI, que prohíbe '[o]rdenar el desplazamiento de la

---

1 Según el artículo 17 del PA II: '1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas […] 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto'.

2 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., 2005, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC, regla 129 (B). Según esta regla,'[l]as partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas'.

población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas'.

El artículo 17 del PA II prohíbe el desplazamiento forzado de la población civil y no simplemente la orden de desplazar. Para Willms, esta es la interpretación más adecuada porque si se tipificara exclusivamente la orden de desplazar, se estaría alentando a los gobiernos y grupos insurgentes al uso de medios indirectos de coerción para el desplazamiento de la población civil[3]. Esto constituiría una violación del objeto y fin del PA II que es asegurar una mayor protección de las víctimas en los CANIs[4]. Los trabajos preparatorios del PA II fortalecen esta interpretación porque en ellos la expresión 'desplazamiento forzado' fue utilizada para incluir tanto medios directos como indirectos de llevarlo a cabo[5].

La mayor parte de la legislación y jurisprudencia nacionales prohíben también los actos de desplazamiento forzado sin necesidad de que exista una orden para llevarlos a cabo[6]. Asimismo, existen diversas resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas que condenan el desplazamiento forzado sin hacer referencia al requerimiento de una orden[7]. De estas resolucio-

---

3 Willms, J., 2009, '*Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict', International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 875, pp. 547-565, p. 551.

4 Idem.

5 TPIR, 1971, *Conference of government experts on the reaffirmation and development of International Humanitarian Law applicable in armed conflicts 24 May-12 June 1971*, Vol. VI, p. 29, n. 9.

6 Véanse a este respecto los siguientes casos de práctica estatal relativos específicamente a CANIs: (a) Canadá: *Law of Armed Conflict Manual,* 2004, p. 17; (b) Colombia: Manual Militar Básico, 1995, p. 77; (c) Países Bajos: Military Manual, 1993, p. ix; (d) Nueva Zelanda: Military Manual, 1992, para. 1823(1); (e) Georgia, Criminal Code, 1999, artículo 411(2). Algunos tribunales nacionales han adoptado también esta posición. Vid.: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, 18 de mayo de 1995, Caso Constitucional No.: C-225/95, para. 33.

7 *United Nations, Security Council, Resolution 1556,* 2004*, Report of the Secretary-General on the Sudan*, July 30, 2004, UN Doc. No.: S/RES/1556; United Nations, General Assembly, Resolution 61/232 (2007), *Situation of human*

nes se puede concluir que todos los países firmantes implícitamente concuerdan en que la existencia de una orden no es un presupuesto necesario para condenar el desplazamiento forzado.

Conforme a la norma 129 (B) del estudio del CICR sobre DIH consuetudinario, las partes en un CANI deben evitar cualquier acto de desplazamiento causado por sus propios actos[8], especialmente cuando es provocado por actos que infringen el DIH[9]. De esta forma, para el CICR, el uso de medios directos e indirectos que ocasionen el desplazamiento está prohibido.

En relación con el artículo 8(2)(e) (viii) del ECPI, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, se sostiene que el ámbito material de aplicación de este delito debe ser interpretado de forma amplia. Esto significa que, conforme al objeto y fin de la prohibición de desplazamiento forzado recogida en el PA II, la expresión 'ordenar' debe entenderse como toda acción que voluntariamente provoque el desplazamiento[10].

Una segunda posición sostiene que el artículo 8(2)(e) (viii) del ECPI castiga solamente la emisión de una orden de desplazamiento como un acto preparatorio[11], independientemente de si provoca o no el inicio de la ejecución del acto de desplazamiento[12]. De acuerdo

---

rights in Myanmar, March 13, 2007, UN Doc. No.: A/RES/61/232; United Nations, General Assembly, Resolution 55/116, 2001*, Situation of human rights in Sudan, March 12, 2001, UN Doc. No.:* A/RES/55/116.

8 Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., 2005, supra n. 2, p. 461.

9 Idem.

10 Sivakumaran, D., 2002, *The law of non-international armed conflict*, Oxford University Press, p. 285.

11 Roch, M.P., 1996, *Forced displacement in the former Yugoslavia: a crime under International Law?, Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, p. 14; Carey, C.M., 1999, *Internal displacement: is prevention through accountability possible? A Kosovo case study, American University Law Review*, Vol. 43, p. 267.

12 Para Byron, que cita a Zimmerman, la expresión 'ordenar' restringe el crimen a situaciones donde se dicta una orden de desplazamiento de civiles, dejando fuera del mismo circunstancias donde los civiles se sienten obligados a escapar por los peligros del conflicto. Vid.: Byron, C., 2013, *Studies in International Law: war crimes and crimes against humanity in the ICC Statute of the International Criminal Court, Manchester, Manchester University Press,* p. 184.

con esta interpretación, ninguna actividad distinta de ordenar (como por ejemplo instigar), que pueda ir dirigida directa o indirectamente a provocar dicho desplazamiento, estaría incluida en esta disposición. En este sentido, Dörmann sostiene que el primer elemento del crimen fue redactado para subrayar la responsabilidad penal de la persona que da la orden, y no de quien realiza el desplazamiento en su ejecución[13].

Si bien el origen del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI se encuentra en el artículo 17 del PA II, que ha sido interpretado por el CICR como incluyendo la obligación de las partes en conflicto de no realizar actos que directa o indirectamente puedan dar lugar al desplazamiento de la población civil, lo cierto es que la interpretación literal del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI es clara en el sentido de que la conducta tipificada es aquella de 'ordenar el desplazamiento de la población'.

La precisión de la expresión utilizada en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI para definir el crimen de 'ordenar el desplazamiento', unido a los principios de interpretación estricta de las definiciones de los crímenes previstos en el ECPI y de la prohibición de la analogía (ambos recogidos en el artículo 22(2) del ECPI), excluye el recurso a otros criterios interpretativos contenidos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a los efectos de extender su ámbito material de aplicación.

En consecuencia, si bien conforme al artículo 17 del PA II la responsabilidad de las partes en un CANI se extiende a actos directos e indirectos que provoquen el desplazamiento de la población civil, lo cierto es que la responsabilidad penal derivada del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, sólo se extiende al acto de ordenar el desplazamiento como tal, con independencia de que la orden acabe o no provocando la ejecución del desplazamiento buscado con la misma.

De esta manera, entendemos que el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI, recoge el segundo tipo de acto preparatorio punible previsto en el ECPI: el primero es la instigación pública y directa para come-

---

13 Dörmann, K., 2003, *Elements of war crimes under the ICC Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, *Cambridge University Press & ICRC,* p. 472.

ter genocidio recogida en el artículo 25(3)(g) del ECPI. Según esta última disposición, el acto de provocar a un tercero a que cometa un crimen de genocidio da lugar por sí mismo a responsabilidad penal siempre y cuando sea 'público' y 'directo'[14]. No es por tanto necesario probar que se produjo el resultado genocida buscado, ni tan siquiera que se comenzó a ejecutar dicho crimen[15]. Así mismo, desde una perspectiva subjetiva, el acto de instigación tiene que realizarse con la intención de provocar que otros cometan el genocidio[16], lo que implica la voluntad del instigador de crear en la persona el estado mental requerido[17].

Cassese considera que los actos preparatorios punibles contenidos en el ECPI no se limitarían a estos dos, sino que incluirían la emisión de toda orden que instruya la comisión de cualquiera de los crímenes de la competencia de la CPI. En consecuencia, para este autor, quien emite una orden ilícita puede ser juzgado incluso si la misma no fue llevada a cabo por sus subordinados. Para ello, sería suficiente con que el superior tenga la intención de que se ejecute la orden y sepa que la misma se dirige a ocasionar un crimen previsto en el ECPI. Cassese considera que los casos de Jacob H. Smith y Wilhelm List et. al. (conocido este último como el 'caso de los rehenes'), desarrollados, respectivamente, ante una corte marcial en los EE.UU. en 1902 y ante un tribunal militar norteamericano conforme a la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado en 1947, apoyan esta interpretación[18].

Sin embargo, como veremos en la próxima sección, la jurisprudencia internacional desde la década de 1990 no sigue esta aproximación. Por el contrario, considera que, a menos que se recoja ex-

---

14 TPIR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, Judgment, September* 2, 1998, Case No.: TPIR-96-4-T, paras. 554-558.

15 TPIR, *the Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, Trial Chamber I, Judgment, December* 3, 2003, Case No.: TPIR-99-52-T, para. 678.

16 Abtani, H. & Webb, P., 2008, *The genocide convention: the travaux préparatoires, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.*

17 TPIR, *Akayesu Trial Judgment*, supra n. 14, para. 560.

18 Cassese, A., Baig, L., Fan, M., Gaeta, P., Gosnell, C. & Whiting, A., 2013, *Cassese´s International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press*, 2 Ed., p. 204.

presamente en la norma penal (como es el caso del artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI), la responsabilidad por ordenar es según el Derecho Internacional Penal una forma de participación punible en un delito consumado (o al menos intentado).

En consecuencia, la Clínica Jurídica Internacional considera que será necesario acudir a otros tipos penales recogidos en el ECPI, como el CLH de desplazamiento forzado previsto en el artículo 7(1)(i), si se quiere afirmar la existencia de responsabilidad penal por actos distintos de ordenar, que directa o indirectamente hayan terminado provocando el desplazamiento de la población civil, o al menos iniciado la ejecución del acto de desplazamiento. Además, deberá probarse la concurrencia de los elementos contextuales comunes a todos los CLH según lo dispuesto en el artículo 7 del ECPI, de manera que el acto de desplazamiento forme parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de la política de un Estado o de una organización.

3. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

Según los EC, el crimen de guerra de ordenar el desplazamiento de la población civil previsto en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI contiene los siguientes elementos:

1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.
3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Ante la inexistencia de jurisprudencia de la CPI sobre esta disposición, analizamos a continuación la jurisprudencia existente en otros tribunales penales internacionales sobre la 'orden' como forma de participación punible en un delito consumado o intentado, dejando para las próximas dos secciones el requisito de que 'el autor haya estado en situación de causar el desplazamiento mediante la orden' y la ausencia de justificación basada en razones de seguridad de los civiles o necesidad militar. Los dos últimos elementos, al ser comunes a todos los crímenes de guerra, no serán objeto del presente trabajo.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* establece que la 'orden', como forma de responsabilidad, está compuesta por dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero requiere que la orden (ya sea implícita o explícita, oral o escrita), sea emitida por un superior que se encuentra en posición de autoridad frente al autor material, o comandante intermedio, que recibe la orden[19]. En consecuencia, es perfectamente posible una cadena de órdenes a través de varios niveles de comandantes intermedios.

Al configurarse en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI la responsabilidad por ordenar el desplazamiento como un acto preparatorio punible, donde no es necesario que se alcance la fase de ejecución, la posición de autoridad tiene que entenderse como relativa a aquellos frente a quienes se emite la orden. En consecuencia, para probar la posición de autoridad es necesario en primer lugar identificar a

---

19 TPIR, *the Prosecutor v. Ephrem Setako, Trial Chamber I, Judgment and sentence, February* 25, 2010, Case No.: TPIR-04-81-T, para. 240; TPIY, *the Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljbisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero & Vinko Pandurevic, Trial Chamber II, Judgment, June 10, 2010, Case No.:* IT-05-88-T, Vol. 1, para. 1012. Se debe probar una posición de autoridad por parte de quien emite la orden que provoca la comisión (o tentativa) del crimen por quien la recibe en cumplimiento de la misma. Vid.: TPIR, *the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, Judgment, May 20, 2005, Case No.:* TPIR-97-20-A, para. 361; TPIY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic, Appeals Chamber, Judgment, November 30, 2006, Case No.:* IT-98-29-A, para. 176; TPIY, *the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, Judgment, December* 17, 2004, Case No.: IT-95-14/2-A, para. 28.

aquellos a quienes se les ha emitido la orden y sus posiciones dentro del grupo de que se trate[20].

Es importante subrayar que la posición de autoridad del superior que emite la orden se puede tener respecto a pequeños grupos armados, con una capacidad operativa limitada (por ejemplo, pequeños grupos paramilitares). Así mismo, también se puede tener frente a comandantes intermedios o autores materiales que no pertenecen a la misma organización. Este es el caso del comandante militar a cargo del área en el que opera un grupo paramilitar, a cuyo jefe ordena la comisión por su grupo de ciertos delitos[21]. De ahí, que para probar la posición de autoridad no sea necesario demostrar primero una relación superior-subordinación. Esta última constituye únicamente un indicio de dicha posición de autoridad[22].

No es posible concebir que una orden pueda ser impartida mediante una omisión en ausencia de un acto positivo previo[23]. Sin embargo, a pesar de que las omisiones no son órdenes, sí pueden ser consideradas como pruebas circunstanciales de la existencia de un acto positivo previo de ordenar[24].

En cuanto al elemento subjetivo, este dependerá de la línea jurisprudencial de la CPI que se siga. Si se sigue lo establecido por la SCP I que acepta el dolo eventual, la persona que ordena solo deberá tener conciencia de la probabilidad sustancial de que con su orden genere la comisión del acto de desplazamiento. Sin embargo, si se sigue la línea jurisprudencial de la SCP II y de la SPI II, que requiere como mínimo que el autor tenga un dolo directo de segundo grado, la persona tendrá que actuar con la conciencia de que la orden emitida

---

20 TPIY, *Galic Appeal Judgment*, supra n. 19, para. 176. Vid.: Olasolo, H., 2013, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 623.

21 TPIR*, the Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Appeals Chamber, Judgment, September 22, 2005, Case No.:* TPIR-99-54A-A, para. 76. El acusado no necesita dar una orden directa a la persona que comete el crimen y la orden no necesita darse por escrito o de alguna manera en particular.

22 Olasolo, H., 2013, supra n. 20, p. 622.

23 TPIY, *Galic Appeal Judgment*, supra n. 19, para. 176. Ver también: Olasolo, H., 2013, supra n. 20, p. 623.

24 TPIY, *Galic Appeal Judgment*, supra n. 19, paras. 176-177.

es suficiente para generar el acto de desplazamiento; en esta medida se actúa teniendo conciencia de la certeza, no de la probabilidad, de que se generará el acto de desplazamiento[25].

4. LA CAPACIDAD DE PROVOCAR EL DESPLAZAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL A TRAVÉS DE LA ORDEN

Los elementos del crimen de guerra de ordenar el desplazamiento de la población civil requieren que 'el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden'. La doctrina y la jurisprudencia de la CPI no han desarrollado hasta el momento el contenido de este elemento.

La Clínica Jurídica Internacional entiende que dicho elemento no hace referencia a la autoridad para ordenar del superior, pues en caso de que no exista dicha autoridad, no podríamos encontrarnos ante una orden como tal. En consecuencia, este elemento se refiere a dos supuestos: (i) que aquél a quien se emite la orden tenga a su vez la autoridad para transmitir la orden a los potenciales autores materiales; y (ii) que los potenciales autores materiales tengan la capacidad para generar el acto de desplazamiento. En consecuencia, es necesario que la organización de que se trate tenga el suficiente número de miembros, así como la capacidad logística y operacional, para implementar en el terreno la orden de desplazar.

Estos dos elementos nos llevan al problema de las características del tipo de organización: (i) dentro de la cual se emite la orden de desplazar; o (ii) a cuyo dirigente se le ordena, desde afuera de la misma, la comisión del acto de desplazamiento.

Entre las organizaciones o grupos que tendrían la necesaria capacidad para ejecutar una orden de cometer actos de desplazamiento, se incluyen en primer lugar aquellas organizaciones en las que es aplicable el concepto de autoría mediata, al caracterizarse por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes de sus dirigentes, debi-

---

25 Olasolo, H., 2013, supra n. 20, p. 629.

do a su estructura jerárquica y al carácter fungible de sus miembros[26]. Entre las mismas se encontrarían, unidades del ejército, la policía, los servicios de inteligencia y otras instituciones estatales de carácter federal, regional e incluso local (particularmente en las grandes ciudades).

Igualmente, la autoría mediata es aplicable a organizaciones no estatales, que cumplan con el requisito de automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. Si bien, el caso Lubanga ha mostrado la dificultad de que una sola persona detente por sí misma el control de una organización no estatal, cuando existen dentro de la misma diversos subgrupos, y los servicios de inteligencia de varios Estados fomentan la división en la misma[27].

Así mismo, entendemos que organizaciones que no tienen la característica de automaticidad en el cumplimiento de las órdenes (como ciertos grupos paramilitares, carteles del narcotráfico o grupos armados de oposición al gobierno) puedan poseer la capacidad organizativa, logística y operacional para ejecutar una orden de desplazamiento dada por sus propios comandantes, o por quienes tienen una posición de autoridad sobre estos últimos[28]. En todo caso, en este tipo de situaciones será necesario realizar un análisis caso por caso a la luz de factores tales como: (i) el carácter jerárquico de la organización y la posición de autoridad dentro de la misma de quien emite la orden; (ii) la extensión de la organización y el número de

---

26 CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, August 14, 2008, ICC Doc.* No.: CPI-01/04-01/07-717, paras. 538-539. Vid.: TPIY, *the Prosecutor v. Milomir Stakic, Trial Chamber II, Judgment, July 31, 2003, Case No.:* IT-97-24-T, paras. 493-494, 498.

27 CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, January 29, 2007,* CPI Doc. No.: CPI-01/04-01/06-803-tEN, paras. 375-376.

28 CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, February 4, 2012*, CPI Doc. No.: CPI-01/09-01/11-373, para. 349. Ver también: ICC, *Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges Decision*, supra n. 26, para. 518; ICTY, *Stakic Trial Judgment*, supra n. 26, paras. 497-498.

sus miembros; y (iii) la capacidad tecnológica, logística y operativa de la que disponga la organización[29]. Además, el hecho de que la orden haya ocasionado finalmente el acto de desplazamiento debe ser tenido también en cuenta a estos efectos.

5. LA AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN POR RAZONES DE SEGURIDAD DE LAS PERSONAS CIVILES O POR NECESIDAD MILITAR

Los EC del crimen de guerra previsto en el artículo 8(2)(e)(viii) del ECPI incluyen como causas de justificación de una orden de desplazamiento no voluntario de la población civil, aquellos supuestos en que se encuentre justificada por razones de seguridad de la población objeto de la misma o necesidad militar. En consecuencia, para excluir la responsabilidad penal será necesario probar que: (i) la seguridad de los civiles desplazados se encontraba en riesgo y la orden se dirigió a garantizar la misma; o (ii) existía una imperiosa necesidad militar y la orden fue resultado de la misma. Por lo tanto, se puede afirmar que el elemento negativo del tipo penal aquí comentado no justifica de ninguna manera el desplazamiento como una táctica de guerra que proporcione una ventaja militar, para facilitar la dominación de un área[30], y/o la realización de operaciones contra grupos insurgentes[31].

Es importante subrayar que el TPIY no distingue entre los actos de desplazamiento que están justificados por la seguridad de las personas civiles y los que están justificados por la necesidad militar[32]. Lo

---

29 Idem.

30 Byron, C., 2013, supra n. 12, p. 18.

31 Jacques, M., 2012, *Armed conflict and displacement: the protection of refugees and displaced persons under International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press*, p. 56.

32 TPIY, *the Prosecutor v. Mladen Naletelic & Vinko Martinovic, Trial Chamber I, Judgment, March 31, 2003, Case No.:* IT-98-34-T, paras. 514-518; TPIY, *the Prosecutor v. Radislav Krstic, Trial Chamber I, Judgment, August 2, 2001, Case No.:* IT-98-33-T, paras. 524-527; TPIY, t*he Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.:* IT-97-25-T, para. 475; TPIY, *the Prosecu-*

que el TPIY hace es analizar los criterios generales de evacuación recogidos en la CG IV, y realizar a continuación una comparación con los hechos del caso para confirmar si se ajustan o no a los requisitos procedimentales establecidos.

De esta manera, el TPIY considera que para que un desplazamiento involuntario sea legal (evacuación) deben seguirse las siguientes condiciones establecidas en el artículo 49 de la CG IV: (a) la evacuación debe realizarse total o parcialmente en una determinada región ocupada; (b) la evacuación debe limitarse al interior del territorio ocupado, salvo que exista imposibilidad material para hacerlo; (c) las personas protegidas no serán separadas de sus familiares; (d) cuando cesen las hostilidades que han justificado el desplazamiento temporal, la población que haya sido evacuada debe retornar a sus respectivos hogares; (e) las personas protegidas que vayan a ser objeto de traslado o evacuación, deben ser acogidas en instalaciones adecuadas, y la evacuación debe efectuarse en determinadas condiciones de salubridad, higiene, seguridad y alimentación; (f) la potencia protectora debe ser informada por la potencia ocupante acerca de los traslados y de las evacuaciones; (g) la potencia ocupante no puede retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran; y (h) la potencia ocupante no puede evacuar o trasladar una parte de su propia población civil al territorio ocupado por la misma.

En consecuencia, la Clínica Jurídica Internacional considera que incurre en todo caso en responsabilidad internacional penal el superior que dicta una orden de desplazar que no se ajusta al procedimiento establecido, que no afirma su naturaleza temporal y que no va acompañada del retorno de la población civil desplazada una vez

---

tor v. Dusko Tadic, Trial Chamber II, Judgment, May 7, 1997, Case No.: IT-95-9-T, para. 125; TPIY, *the Prosecutor v. Milan Martic, Trial Chamber I, Judgment, June 12, 2007, Case No.:* IT-95-11-T, paras. 107-109; TPIY, *the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Trial Chamber II, Judgment, September 1, 2004, Case No.:* IT-99-36-T, paras. 540, 556.

que han desaparecido las circunstancias de seguridad o necesidad militar que pudieron justificarla en un primer momento[33].

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, 18 de mayo de 1995, Sentencia No.: C-225/95.

Corte Penal Internacional

CPI, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, January 29, 2007*, CPI Doc. No.: CPI-01/04-01/06-803-tEN.

CPI, *the Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, August 14, 2008*, CPI Doc. No.: CPI-01/04-01/07-717.

CPI, *the Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, February 4, 2012*, CPI Doc. No.: CPI-01/09-01/11-373.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *the Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Trial Chamber I, Judgment, September 2, 1998, Case No.*: TPIR-96-4-T.

---

[33] En el TPIY el desplazamiento trae responsabilidad cuando se genera de manera involuntaria, sea mediante coerción directa o indirecta. En consecuencia, el consentimiento de la población desplazada, o su falta de oposición, no justifica el traslado de la población civil porque puede estar viciado por cuanto puede reinar un ambiente de terror, o puede darse en el marco de una persecución. Así mismo, el consentimiento de la población civil para el desplazamiento no puede ser obtenido mediante acuerdos con sus líderes políticos o militares. Finalmente, existe responsabilidad confirme al artículo 7(1) del ETIPY, si la evacuación o el movimiento de la población civil es realizado, y una vez han desaparecido las circunstancias que dan origen al mismo, las personas no son devueltas a su lugar de origen. Vid.: TPIY, *Naletilic & Martinovic Trial Judgment*, supra n. 32, paras. 521-532; TPIY, *Stakic Trial Judgment*, supra n. 26, paras. 681-712.

TPIR, *the Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, Trial Chamber I, Judgment, December 3, 2003, Case No.:* TPIR-99-52-T.

TPIR, *the Prosecutor v. Laurent Semanza, Appeals Chamber, Judgment, May 20, 2005, Case No.:* TPIR-97-20-A.

TPIR, *the Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Appeals Chamber, Judgment, September 22, 2005, Case No.:* TPIR-99-54A-A.

TPIR, *the Prosecutor v. Ephrem Setako, Trial Chamber I, Judgment and sentence, February 25, 2010, Case No.:* TPIR-04-81-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *the Prosecutor v. Dusko Tadic, Trial Chamber II, Judgment, May 7, 1997, Case No.:* IT-95-9-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Radislav Krstic, Trial Chamber I, Judgment, August 2, 2001, Case No.:* IT-98-33-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Chamber II, Judgment, March 15, 2002, Case No.:* IT-97-25-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Mladen Naletelic & Vinko Martinovic, Trial Chamber I, Judgment, March 31, 2003, Case No.:* IT-98-34-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Milomir Stakic, Trial Chamber II, Judgment, July 31, 2003, Case No.:* IT-97-24-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Trial Chamber II, Judgment, September 1, 2004, Case No.:* IT-99-36-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Appeals Chamber, Judgment, December 17, 2004, Case No.:* IT-95-14/2-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic, Appeals Chamber, Judgment, November 30, 2006, Case No.:* IT-98-29-A.

TPIY, *the Prosecutor v. Milan Martic, Trial Chamber I, Judgment, June 12, 2007, Case No.:* IT-95-11-T.

TPIY, *the Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljbisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero & Vinko Pandurevic, Trial Chamber II, Judgment, June 10, 2010, Case No.:* IT-05-88-T, Vol. 1.

Doctrina

Abtani, H. & Webb, P., 2008, *The Genocide Convention: the travaux préparatoires, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.*

Byron, C., 2013, *Studies in International Law: war crimes and crimes against humanity in the ICC Statute of the International Criminal Court, Manchester, Manchester University Press.*

Carey, C.M., 1999, *Internal displacement: is prevention through accountability possible? A Kosovo case study, American University Law Review, Vol. 43.*

Cassese, A., Baig, L., Fan, M., Gaeta, P., Gosnell, C. & Whiting, A., 2013, *Cassese´s International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2 Ed.*

Dörmann, K., 2003, *Elements of war crimes under the ICC Statute of the International Criminal Court, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.*

Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., 2005, *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press & ICRC.*

Jacques, M., 2012, *Armed conflict and displacement: the protection of refugees and displaced persons under International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press.*

Olasolo, H., 2013, Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch.

Roch, M.P., 1996, *Forced displacement in the former Yugoslavia: A crime under International Law?, Dickinson Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1.

Sivakumaran, D., 2002, *The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press.*

Willms, J., 2009, *Without order anything goes? The prohibition of forced displacement in non-international armed conflict, International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 875, pp. 547-565.

Informes, resoluciones y otros documentos

International Committee of the Red Cross, 1971*, Conference of government experts on the reaffirmation and development of International Humanitarian Law applicable in armed conflicts 24 May-12 June 1971, Vol. VI.*

United Nations, General Assembly, Resolution 55/116, 2001*, Situation of human rights in Sudan, March 12, 2001, UN Doc. No.: A/RES/55/116.*

United Nations, General Assembly, Resolution 61/232, 2007*, Situation of human rights in Myanmar, March 13, 2007, UN Doc. No.: A/RES/61/232.*

United Nations, Security Council, Resolution 1556, 2004*, Report of the Secretary-General on the Sudan, July 30, 2004, UN Doc. No.: S/RES/1556.*

*23. La prueba de los hechos subyacentes a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad en las decisiones de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional**

LORENA HERRERA SANTAMARÍA*
MARÍA PAULA LÓPEZ VELÁSQUEZ*
DANIELA SUAREZ VARGAS*
JUAN CAMILO SERRANO URIBE*
SEBASTIÁN URREA RODRÍGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN: LA SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO GBAGBO COMO EXPONENTE DE LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El presente artículo aborda una de las cuestiones probatorias más importantes en la etapa de confirmación de cargos ante la Corte Penal Internacional (CPI), como es la relativa a si la base fáctica de los

---

* Escrito bajo la supervision del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Camila Suárez Angel. Este fue el primer trabajo de investigación realizado para la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional. Los anteriores fueron preparados para las Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (Colombia)

* Clínica Jurídica Internacional (2013-2014).

* Clínica Jurídica Internacional (2013-2014).

* Clínica Jurídica Internacional (2013-2014).

* Clínica Jurídica Internacional (2013-2014).

* Clínica Jurídica Internacional (2013-2014).

elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad (aquellos actos de violencia que conforman un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en seguimiento de la política de un Estado o de una organización) deben, o no, ser probados a través de los mismos medios probatorios que los actos de violencia constitutivos de los elementos específicos de dichos crímenes (asesinato, tortura, desaparición forzada…..).

La importancia de esta cuestión se manifestó a raíz de la decisión adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I el 3 de junio de 2013 en el caso contra Laurent Gbagbo (ex presidente de Costa de Marfil), por la que se aplazó la audiencia de confirmación de cargos, al considerar la SCP I que las pruebas indirectas presentadas por la Fiscalía, como los informes de organizaciones internacionales, no permitían afirmar la existencia de "motivos fundados para creer" que se habían producido los actos de violencia presuntamente constitutivos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad imputados[1].

En opinión de la SCP I, no había ninguna razón que justificara las alegaciones de la Fiscalía en el sentido de que estos actos de violencia pudieran probarse a través del uso exclusivo de informes de terceros (ya fueran organizaciones internacionales, no gubernamentales o incluso autoridades nacionales), en lugar de las declaraciones escritas exigidas para afirmar la concurrencia de motivos razonables para creer en la existencia de los actos de violencia constitutivos de los elementos específicos de los crímenes imputados[2].

---

1 CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-432, PTC I, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 3 june 2013*. párrs. 29, 30, 35, 44.

2 CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-432, PTC I, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 3 june 2013*. párrs. 31, 32, 35.

2. ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Antes de analizar las cuestiones probatorias, es necesario presentar el contenido y alcance de los distintos elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad objetivo de las mismas. Los crímenes de lesa humanidad contienen dos tipos de elementos: contextuales y específicos. Los primeros han sido definidos como el hecho global indispensable en el cual se enmarcan los elementos específicos, toda vez que se requiere la concurrencia de ambos tipos de elementos en la conducta para que se pueda configurar el hecho punible[3].

Por su parte, los elementos específicos se refieren a las conductas propias de los crímenes de lesa humanidad, recogidas en el artículo 7 (1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI): asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de las normas fundamentales del Derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos prohibidos por el Derecho internacional, desaparición forzada de personas, apartheid, y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las víctimas.

A la hora de profundizar en el análisis de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia de la CPI los ha dividido en seis categorías: (a) un ataque; (b) dirigido contra "cualquier" población civil; (c) de carácter sistemático o generalizado; (d) en seguimiento de una política de un Estado o de una organización; (e) existiendo un nexo entre la conducta específica-

---

3 Werle, G., 2011, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, España: Tirant Lo Blanch. pp. 468 y 469; Cryer, R., 2010, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure. New York, United States: Cambridge University Press,* pp. 230-245.

mente imputada y el ataque; y (f) conociendo el imputado que dicha conducta forma parte del ataque[4].

En relación con la exigencia de un ataque, se entiende por tal una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos de violencia recogidos en el artículo 7 (1) del ECPI como conductas propias de los crímenes de lesa humanidad.

El ataque debe dirigirse contra "una población civil". La expresión "una" calificando a "población civil" supone que los actos de violencia no tienen que ser necesariamente dirigidos contra la población afiliada al enemigo en un conflicto armado, sino que pueden ser dirigidos contra la propia población[5]. La inclusión de la propia población como posible víctima de los crímenes de lesa humanidad es coherente con el hecho de que esa categoría de delitos no tiene por qué desarrollarse en el marco de un conflicto armado, sino que pueden también producirse en tiempo de paz[6].

---

4 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june 2009,* párrs. 73-88; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september 2008,* párrs. 390-492; *CPI, Prosecutor v. Ruto et. al., ICC-01/09-01/11, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january 2012, párrs. 163-221*; CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al., ICC-01/09-02/11, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january 2012,* párrs. 108.

5 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september 2008,* párr. 1103; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september 2008, párr. 399;* CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june 2009,* párrs. 76-78; TIPY, *Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 14 july 1997, párrs. 635;* TIPY, *Prosecutor vs. Goran Jesilic, IT-95-10-T, Trial Chamber, Judgement, 14 december 1999,* párr. 54.

6 Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, 26 de noviembre de 1968, Art. 1b; CPI, *Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, PTC II, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in*

En aquellos casos en que los crímenes de lesa humanidad se cometan en el marco de un conflicto armado, los actos de violencia tienen que ser dirigidos contra personas y bienes que no constituyan objetivos lícitos según el Derecho internacional humanitario (DIH)[7]. La violencia ejercida contra quienes pueden ser objeto de ataque según el DIH, no es constitutiva de crímenes de lesa humanidad[8]. Del mismo modo, tampoco pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad los daños civiles colaterales que no sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada de la captura o destrucción de los objetivos militares objeto de ataque[9].

---

the Republic of Kenya, 31 march 2010, párr. 24; *TIPY, Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 14 july 1997,* párrs. 251; TIPY*, Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-T, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 october 1995,* párrs. 141; TIPY*, Prosecutor v. Zoran Kupreskić et. al., IT-95-16-T, Trial Chamber,Judgement, 14 january 2000,* párrs. 577; *Cryer, R., 2010, An Introduction to International Criminal Law and Procedure. New York, United States: Cambridge University Press,* párrs. 234; Werle, G., 2011, *Tratado de Derecho Penal Internacional,* Valencia, España: Tirant Lo Blanch, párrs. 471; Schabas, W., 2010. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxfordshire, England: Oxford University Press,* pp. 144-147.

7 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september 2008,* párrs. 80; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june 2009,* párrs. 78.

8 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june 2009,* párrs. 78; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september 2008,* párr. 1102; CPI, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire, ICC-02/11-14, PTC III, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Côte D'Ivoire, 3 October 2011,* párr. 33; Werle, G., 2011, *Tratado de Derecho Penal Internacional,* Valencia, España: Tirant Lo Blanch, pp. 471.

9 Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977, Art. 51.5 b) y 57; Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, 8 de junio de 1977, Art. 3.3; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga &*

Además, en aquellos casos frecuentes en los que individuos cuya condición no se corresponde con la de personas civiles, se encuentran dentro de una población civil, esta última no pierde su condición de población civil, como se subraya en el artículo 50 (3) del Protocolo Adicional I, y la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TIPY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TIPR)[10].

El ataque contra la población civil ha de ser "sistemático o generalizado"[11]. Por sistemático, se entiende la naturaleza organizada de los actos de violencia y a su improbable ocurrencia al azar. Asimismo, el término sistemático ha sido entendido, bien como un plan organizado en desarrollo de una política que sigue un patrón regular y resulta en la continua comisión de ciertos actos de violencia, bien como un patrón de violencia consistente en una repetición regular y no accidental de conductas criminales similares[12].

En cuanto al término generalizado[13], se entiende que un ataque tiene esta naturaleza cuando se trata de actos de violencia cometidos a gran escala. Por lo tanto, se caracterizan por su masividad, frecuen-

---

Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-2635, Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor´s Bar Table Motions, 17 december 2010, párr. *1104;* TIPY, *Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-T, *Trial Chamber, Decision, 8 March 1996,* párr. *10;* TIPY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No.:* IT-98-29-T, *Trial Chamber I, Judgment, December 5, 2003,* párr. *57 y 112;* TPIY, the Prosecutor v. Milan Martic, Trial Chamber I, *Judgment*, June 12, 2007, Case No.: IT-95-11-T

10 TIPY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic,* Case No.: IT-98-29-T, *Trial Chamber I, Judgment*, December 5, 2003, párrs 135 – 136; TIPY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskić et. al.,* IT-95-16-T, Trial Chamber,Judgement, 14 january 2000, párrs. 549; TPIY, the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Trial Chamber, *Judgment,* March 3, 2000, Case No.: IT-95-14-T, párr. 214; TIPR, *Prosecutor v. Clément Kayishema* et. al., ICTR-95-1-T, Judgement, 21 may 1999, párr. 179-181; TIPR, *Prosecutor v Jean Paul Akayesu,* ICTR-96-4-T, Judgement, 2 september 1998, párr. 582.

11 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009. Párr. 83.

12 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008. Párr. 394.

13 Ibid. Párr. 95.

cia, naturaleza colectiva, gravedad y multiplicidad de víctimas[14]. Se habla de ataques generalizados tanto si son llevados a cabo en un área geográfica considerable a lo largo del tiempo, como en un área geográfica pequeña de manera más concentrada, siempre que afecten a un gran número de civiles[15]. En este sentido, la SCP II, en la decisión autorizando la investigación en la situación en la República de Kenia, entendió por generalizado, la existencia de muchos actos de pequeña entidad, que al ser repetidos en el tiempo afectan a muchas víctimas[16].

El ataque sistemático o generalizado contra la población civil debe llevarse a cabo en seguimiento de una política de un Estado o de una organización. De esta manera se refuerza la idea de que el ataque haya sido organizado y haya seguido un patrón regular de conducta[17]. Tiene además que llevarse a cabo en desarrollo de un plan común que involucre recursos públicos o privados. Sin embargo, la política no necesita ser explícitamente definida por el grupo[18]. De esta manera, un ataque que sea planeado, dirigido u organizado, en oposición a actos aislados o esporádicos de violencia, pueden eventualmente llegar a satisfacer este criterio[19].

La política debe en todo caso emanar de estructuras locales, regionales o nacionales del Estado o de una organización con la capacidad de realizar un ataque sistemático o generalizado contra de

---

14 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009. Párr. 83.

15 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008.Párr. 395.

16 CPI, *Situation in the Republic of Kenya,* ICC-01/09, *PTC II, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 march* 2010. Párr. 95.

17 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 396

18 Idem.

19 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 396.

la población civil[20]. La definición del término "organización" se ha desarrollado por vía jurisprudencial, al no encontrarse la misma en el ECPI. Así, en la decisión autorizando la apertura de una investigación en la situación de la República de Kenia, la SCP II concluyó que se está en presencia de una "organización" conforme al artículo 7(2) del ECPI cuando: (i) esté organizada jerárquicamente, (ii) cuente con un sistema eficaz para asegurar el cumplimiento de las normas y órdenes emitidas por sus superiores, y (iii) tenga una entidad suficiente y un ala militar capacitada[21].

Por otra parte, la SCP III, en su decisión autorizando la apertura de una investigación en la situación en la República de Costa de Marfil, identificó los siguientes factores que pueden ayudar a determinar si se está en presencia de una organización, a saber, que el grupo: (i) se encuentre bajo un mando responsable, y tenga una jerarquía consolidada; (ii) posea los medios para llevar a cabo un ataque sistemático o generalizado contra una población civil; (iii) ejerza un control sobre una parte del territorio del Estado; (iv) dirija sus actividades criminales contra la población civil como objetivo principal; (v) manifieste, de manera tácita o expresa, la intención de atacar a la población civil; y (vi) sea parte de un grupo más grande, que cumpla con todos o algunos de los criterios antes mencionados[22].

Finalmente es necesario que exista un nexo objetivo entre el ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil y la conducta específica imputada al procesado, de manera que esta última fuera realizada en virtud del ataque sistemático o generalizado[23]. Asimismo, se requiere el procesado sea consciente del nexo que convierte a la conducta imputada en parte del ataque sistemático o

---

20 Idem.

21 CPI, *Situation in the Republic of Kenya,* ICC-01/09, *PTC II, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 march* 2010, párr. 93.

22 CPI, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire,* ICC-02/11-14, *PTC III, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Côte D'Ivoire, 3 October* 2011, párr. 46.

23 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 84-86; CPI,

generalizado contra la población civil[24]. Para la SCP I, este último elemento no debe ser entendido como un conocimiento pleno de los detalles precisos del ataque que se llevó a cabo en virtud del plan o política de un Estado u organización[25]. Asimismo, la SCP I considera que el conocimiento del ataque debe ser inferido por medio de prueba circunstancial, en base a: (a) la posición del imputado en la jerarquía militar; (b) la importancia de su función en la campaña criminal; (c) su presencia en el lugar en que se produjeron los crímenes; (d) las declaraciones en las que establezca la superioridad de su grupo sobre el bando enemigo; y (e) el ambiente político e histórico general en el cual ocurrieron los hechos[26].

3. LA FUNCIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA APLICABLE PARA SU CUMPLIMIENTO

Según el artículo 67(7) del ECPI, el estándar probatorio aplicable a la audiencia de confirmación de cargos requiere que la Fiscalía presente "pruebas suficientes" que establezcan "motivos sustanciales para creer" que cada uno de los crímenes imputados ha sido come-

---

Prosecutor v. Charles Blé Goude, ICC-02/11-02/11- 186, *PTC I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 december* 2014, párr. 124.

24 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 401; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 87.

25 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 402; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 88.

26 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008 párr. 402; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 88.

tido y que el procesado es responsable conforme a las formas de autoría y participación previstas en los artículos 25(3) y 28 del ECPI. Se trata por tanto de un estándar probatorio superior al de los "motivos fundados" exigidos para la emisión de una orden de arresto o comparecencia conforme al artículo 58 del ECPI, pero de menor exigencia con respecto al convencimiento que la Sala de Primera Instancia ha de tener, conforme al artículo 66 del ECPI, sobre la "culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable", para la emisión de una sentencia condenatoria[27].

El estándar probatorio aplicable a la audiencia de confirmación de cargos requiere que la Fiscalía ofrezca elementos de prueba concretos y tangibles que demuestren una línea de razonamiento clara que respalde sus imputaciones contra el procesado en relación con cada cargo[28]. El contenido dado por las distintas Salas de Cuestiones

---

27 Miraglia, M., 2008, *Admissibility of Evidence, Standard of Proof and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in Lubanga,* Journal of International Criminal Justice, 6. 489-503; Olasolo, H., 2003, Corte Penal Internacional ¿Dónde Investigar?, Valencia, España: Tirant lo Blanch, pp. 119 – 124; Schabas, W., 2010, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute,* Oxfordshire, England: Oxford University Press.

28 CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr. 40; CPI, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta et.al.*, ICC-01/09-02/11-01, *Decision on the Prosecutor's application for summonses of appear for Francis Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Husein Ali, 8 March* 2011, párr. 58; CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 29 january* 2007, párr. 39; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september 2008, párr. 65; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo,* ICC-02/11-01/11, *PTC I, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 june* 2014, párr. 19; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, 29; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 40; CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June* 2014. CPI, *Prosecutor v. Charles Blé Goude,* ICC-02/11-02/11- 186, *PTC I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 december* 2014, párr. 12.

Preliminares a este estándar permite realizar el fin último de la audiencia de confirmación de cargos, que no es otro sino realizar un filtro procesal, de manera que sólo sean enviados a juicio oral los casos contra aquellas personas frente a las cuales existen elementos de prueba convincentes que van más allá de la mera sospecha[29]. De esta manera la audiencia de confirmación cumple con una función de garantía de los derechos de la defensa frente a alegaciones erróneas o infundadas, al tiempo que actúa como mecanismo de economía judicial para evitar que se tengan que desarrollar juicios orales, que pueden extenderse durante años, cuando los elementos de prueba presentados por la Fiscalía no son suficientemente consistentes[30].

Es en este contexto en el que en la audiencia de confirmación de cargos en el caso Gbagbo se presentó la cuestión relativa a si aquellos actos de violencia que según la Fiscalía conforman el hecho global en el que se enmarcan las conductas propias de los crímenes de lesa humanidad imputados, deben probarse a través de los mismos medios probatorios que estas últimas conductas.

Para delimitar adecuadamente la cuestión, es necesario considerar que ninguna Sala de Cuestiones Preliminares ha afirmado hasta

---

29 CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr. 41; CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 29 january* 2007, párr. 34; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, 63; CPI, *Prosecutor v. Ruto* et. al., ICC-01/09-01/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 9.

30 CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr. 41; CPI, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta et.al.*, ICC-01/09-02/11-01, *Decision on the Prosecutor's application for summonses of appear for Francis Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Husein Ali, 8 March* 2011, párr. 52; CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 29 january* 2007, párr. 37; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 63 y 64; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.*, ICC-01/09-01/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 40.

el momento que el estándar probatorio ha de tener un contenido distinto según que se trate de probar los elementos contextuales o los específico. Por el contrario, todas ellas han afirmado que el artículo 61 (7) del ECPI exige a la Fiscalía presentar pruebas suficientes para establecer "motivos sustanciales para creer" que se han producido los actos de violencia que presuntamente conforman tanto el hecho global como las conductas específicas imputadas[31]. En consecuencia, el problema no es el de una posible variación del estándar probatorio aplicable, sino el de determinar si existen diversos elementos de prueba que puedan cumplir con dicho estándar, y en caso afirmativo, si es posible afirmar que algunos de ellos se utilizan preferentemente para probar los elementos contextuales, mientras que otros son principalmente utilizados en relación con los elementos específicos.

4. LA DIFERENTE INTERPRETACIÓN DE LAS SALAS DE CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA PERTINENCIA Y ADMISIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA DIRECTOS E INDIRECTOS

Para analizar el problema planteado, es necesario abordar, en primer lugar, las cuestiones relativas a la pertinencia y valor probatorio de los distintos elementos de prueba presentados por la Fiscalía durante las audiencias de confirmación de cargos. A este respecto, la regla 63(1) de las reglas de procedimiento y prueba (RPP) afirma que la normativa en materia probatoria prevista en el artículo 69 del

---

31 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 28 y 44; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 62, 66, 67; CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr. 42 – 44; CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, 52, 52 y 60.

ECPI es también aplicable a la audiencia de confirmación de cargos. En consecuencia, las Salas de Cuestiones Preliminares, tienen que analizar la pertinencia, valor probatorio y posible afectación del derecho a un juicio justo, a la hora de determinar qué elementos de prueba propuestos por la Fiscalía son admisibles.

Para valorar la pertinencia de un cierto elemento de prueba, lo decisivo es la existencia de un vínculo entre el hecho que se pretenda probar, y el elemento de prueba ofrecido por la Fiscalía con ese fin[32]. Sólo si se da este nexo cabrá afirmar que el elemento de prueba de que se trate puede hacer "más probable" la existencia del hecho alegado[33].

El análisis del valor probatorio *a priori* de un elemento de prueba requiere tener en cuenta factores tales como la credibilidad, la confiabilidad y la fuente de donde procede el mismo. Sobre esta base, las Salas de Cuestiones Preliminares han afirmado la distinción entre "pruebas directas" y "pruebas indirectas"[34]. Las primeras son aquellas que provienen de fuentes que se han visto expuestas de primera

---

[32] CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 79; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 66; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, 41.

[33] CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 79; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, 66; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 41.

[34] CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 83; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/*09-01/11, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 69; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a)*

mano a los hechos que se pretenden probar, como sucede con la prueba testifical oral de testigos directos (poco habitual en las audiencias de confirmación de cargos) o con sus declaraciones escritas (mucho más habituales en este momento procesal).

Existe cierta disparidad en el tratamiento que las distintas Salas de Cuestiones Preliminares han otorgado a las "pruebas indirectas", en particular en relación con los artículos periodísticos. Así, mientras para la SCP I, estos últimos pueden constituir elementos de prueba pertinentes y admisibles[35], para la SCP II los artículos periodísticos contienen generalmente las opiniones de quienes los escriben, y no información detallada de los eventos analizados. Por ello, sólo si la opinión emitida en los mismos proviene de una fuente confiable, serán admisibles en la audiencia de confirmación de cargos[36].

La disparidad es menor en relación con los informes de las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las autoridades estatales de países no afectados por los delitos imputados, puesto que todas las Salas de Cuestiones Preliminares los han admitido, siempre y cuando ofrezcan suficientes garantías de imparcialidad que los hagan confiables[37]. De ahí que al proponerlos, la Fiscalía de la CPI deba presentar suficiente información sobre la

---

and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june 2009, párr. 44.

35 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 104-106, 137, 139-141, 304; CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr. 43.

36 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *PTC II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009; párr. 41, 42,52,53; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.*, ICC-01/09-01/11, *PTC II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 74 y 75.

37 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008; párr. 78, 110, 137, 141; CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, *PTC I, Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr, 30-31; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.*, ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the*

fuente que los elaboró, así como sobre la metodología utilizada para compilar y analizar el material probatorio[38].

Sin embargo, incluso en relación con este tipo de informes se aprecian disparidades importantes, puesto que mientras que para la SCP I en el caso Katanga los actos de violencia que constituyen el hecho global de los crímenes de lesa humanidad imputados pueden ser probados a través de estos informes, o incluso de artículos periodísticos[39], para la SCP II en los casos Bemba, Ruto y Kenyatta, las pruebas indirectas no sólo tienen un valor probatorio inferior al de las directas, sino que su función exclusiva es corroborar lo establecido a través de estas últimas[40].

En consecuencia, para la SCP II, las alegaciones fácticas de la Fiscalía, ya se refieran a elementos contextuales, o a los elementos específicos, deberán probarse a través de pruebas directas (normalmente declaraciones escritas), sin que sea posible confirmar ningún cargo, cuando los hechos presentados por la Fiscalía se funden exclusivamente en elementos de prueba indirectos[41] (como veremos en las

---

Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january 2012, párr. 68.

38 Idem.

39 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párrs. 10.

40 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 52; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 75. CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 87.

41 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 51; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 74. CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 86.

dos secciones siguientes, estas diferencias van a tener un impacto muy notable en los distintos modelos probatorios adoptados por la SCP I y la SCP II en relación con los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

5. EL MODELO PROBATORIO DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES I EN EL CASO *KATANGA*

El caso contra Germain Katanga tiene como epicentro el ataque que las milicias presuntamente dirigidas por el imputado de las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (FRPI) y su aliado Mathieu Ngudjolo del Frente de Nacionalistas e Integracionistas (FNI) lanzaron en la provincia de Ituri (República Democrática del Congo) contra el municipio de Bogoro el 24 de febrero de 2003.

En su escrito de acusación, la Fiscalía alegó que las fuerzas de la alianza entre el FRPI y el FNI habían atacado entre febrero y marzo de 2003 otras localidades de la provincia de Ituri, con amplia presencia de miembros del grupo étnico Hema, lo que generó el asesinato de cerca de 900 civiles, en su mayoría Hema, en las localidades de Nyakasanza, Tchomia y Katoto[42]. Además, a finales de julio de 2003, fuerzas del FRPI y del FNI asesinaron alrededor de 600 civiles Hema en los pueblos de Mandro, Kilo y Drodro[43]. Con base en estas alegaciones, la Fiscalía afirmó la existencia de un ataque sistemático o generalizado, lanzado a comienzos de 2003 por las milicias dirigidas por Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo, contra la población Hema de Ituri. El ataque a Bogoro no era sino un incidente más de este patrón de actos de violencia.

---

42 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 410.

43 Idem.

En cuanto a las alegaciones fácticas de la Fiscalía relativas a los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados, éstas se circunscribieron a los hechos ocurridos durante el ataque del 24 de febrero de 2003 a Bogoro[44]. Así, en relación con el delito de asesinato, la Fiscalía subrayó que los miembros de las FRPI y el FNI, liderados respectivamente por Germain Katanga y Mathieu Ngudjo Chui, se encontraban armados con armamento pesado, pistolas automáticas y machetes, procediendo a rodear Bogoro desde todas las vías que conducían al mismo[45]. De ahí, que la población civil que habitaba en el municipio se despertara con disparos, mientras que los asaltantes atacaban todo el pueblo, comenzando por las casas más cercanas a sus posiciones de asalto[46].

En su Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Katanga, la SCP I afirmó que la Fiscalía había presentado pruebas suficientes que establecían motivos sustanciales para creer que los ataques de las milicias FLPR y FNI a Nyakunde, Kilo, Tchomia, Katoto, Bunia y Mandro se habían llevado a cabo[47]. Para llegar a esta conclusión la SCP I mencionó exclusivamente informes de la Misión de las Naciones Unidas en Congo (MONUC), del Secretario General de las Naciones Unidas, de otras organizaciones internacionales y de ciertas organizaciones no gubernamentales. De esta manera, acogía un modelo probatorio conforme al cual era posible probar con pruebas indirectas los actos de violencia exclusivamente alegados en relación con los elementos contextuales.

Distinta fue la situación en relación con los hechos presuntamente acaecidos durante el ataque a Bogoro, pues al constituir éstos la base fáctica de los elementos específicos de los crímenes de lesa hu-

---

44 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 424, 434, 456, 462.

45 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 403.

46 Idem.

47 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 578.

manidad imputados, se exigió a la Fiscalía la presentación de declaraciones escritas[48].

6. EL MODELO PROBATORIO DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II EN LOS CASOS BEMBA, RUTO *Y* KENYATTA

A diferencia del caso Katanga, los casos contra Jean Pierre Bemba Gombo (ex-vicepresidente de la República Democrática del Congo), William Samoei Ruto (vice-presidente de Kenya), y Uhuru Muigai Kenyatta (actual presidente de Kenya), todo ellos desarrollados ante la SCP II, se caracterizan porque la Fiscalía alegó los mismos actos de violencia tanto en relación con el hecho global de violencia, como con respecto a las conductas específicas imputadas como crímenes de lesa humanidad. En otras palabras, en estos tres casos, los incidentes alegados para probar los elementos contextuales y los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad fueron exactamente los mismos.

Sobre esta base, la SCP II, en su Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Bemba, afirmó que existían motivos razonables para creer que las fuerzas del Movimiento para la Liberación de Congo ("MLC"), liderado por Jean Pierre Bemba, habían llevado a cabo entre octubre de 2002 y marzo de 2003 un ataque sistemático contra la población civil de las siguientes localidades del sur de la República Centroafricana: Bangui, Bossangoa, Damara, Bassembele, Sibut, Bozoum, Bossemptele, Pk 12, Pk 22 y Mongoumba[49]. Como resultado,

---

48 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 424-444, 456-465.

49 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, Bangui, párrs. 1116, 117, 155, 158; Bossangoa, párrs. 101, 108, 116, 117, 123, 140, 141, 144, 146, 147, 149, 150; Damara, párrs. 101, 116, 117,123,141; Bossembele, párrs. 101, 117, 123, 141; Sibut, párrs. 116, 117, 123, 141; Bozoum, párrs. 116, 117, 123, 141; Bossemptele, párrs. 116, 117; Pk12, párrs. 101, 108, 116, 117; Pk22,

durante los seis meses de intervención del MLC en la República Centroafricana con el fin de asistir militarmente al entonces presidente Patasse frente a las fuerzas de su antiguo Jefe de Estado Mayor Bozize, que trataba de dar un golpe de Estado, al menos seis actos diarios de asesinato y violación de miembros del MLC fueron reportados cada día a las autoridades centro-africanas[50].

Posteriormente, a la hora de analizar los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados, en particular asesinato y violación, la SCP II afirmó también la existencia de motivos razonables para creer en su concurrencia, sobre la base de exactamente los mismos actos de violencia, ocurridos en las localidades arriba mencionadas, que había declarado probados para afirmar la existencia de un ataque generalizado contra la población civil[51].

Al tratarse los mismos incidentes en las secciones de elementos contextuales y específicos, la SCP II exigió la presentación de declaraciones escritas, puesto que este es el elemento de prueba requerido en todo caso por las distintas Salas de Cuestiones Preliminares cuando de lo que se trata es de probar los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados en la audiencia de confirmación de cargos[52].

Además de las declaraciones escritas, la SCP II mencionó también en su decisión otros elementos de "prueba indirecta", como son los informes de organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, entidades o autoridades nacionales de la República

---

párrs. 101, 117, 123; Mongoumba, párrs. 99, 101, 117, 141; Boy Rabe, párrs. 101, 116, 144; Fouh, párr. 116.

50 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 108, 140.

51 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 49, 141, 146, 147, 148, 150, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 181, 182, 186, 188

52 CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. párrs. 74, 226, 229, 231, 232, 252, 255, 256.

Centroafricana y distintos medios de comunicación[53]. Si bien, como la propia SCP II dejó claro, estos elementos de "prueba indirecta" sólo juegan la función de corroborar lo establecido por las declaraciones escritas de los testigos[54].

El mismo modelo probatorio del caso Bemba, se puede encontrar en la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso contra William Samoei Ruto et. al., dictada por la propia SCP II. En este caso, la SCP II, conforme a las alegaciones de la Fiscalía, se refirió a los mismos actos de violencia para dar por probados los elementos contextuales y específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados.

Así, la SCP II afirmó la presencia de motivos razonables para creer que, entre el 30 de diciembre de 2007 y el 16 de enero de 2008, pandillas de juventudes Kalenjines afines al Partido Democrático Naranja (del que Ruto era en aquel entonces su Secretario General), habían lanzado un ataque sistemático contra la población civil afín al partido de Unidad Nacional (PNU), que en aquel entonces gobernaba en Kenia[55]. Según la SCP II, los atacantes, armados con machetes, pangas, flechas, arcos, bidones de gasolina y armas de fuego, llevaron a cabo los actos de violencia en las poblaciones de Turbo Town, el área de El Doret (Huruma, Kiambaa, Kimumu, Langas y Yamumbi), Kapsabet y Nandi Hills, contra miembros de ciertos grupos étnicos como los Kikiyus, Kambas y Kissis, que eran percibidos como seguidores del PNU[56].

Los actos de violencia ocurridos en estos cuatro incidentes (Turbo Town, El Doret, Kapsabet y Nandi Hills) fueron los mismos en los que la SCP II se basó posteriormente para afirmar la existencia de

---

53 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009. 2009, Bangui, párrs. 94, 99, 108, 115, 117, 123, 141, 186, 188.

54 Ibid., párrs. 47, 51, 52, 53, 147, 186.

55 CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012. párrs. 165, 172.

56 CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párrs. 167, 177.

motivos razonables para creer en la concurrencia de los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados[57]. Fruto de esta situación, la SCP II exigió que dichos incidentes fueran probados a través de declaraciones escritas, en cuanto que elemento de prueba requerido en relación con los elementos específicos[58]. Asimismo, se refirió expresamente a informes de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, pero con la sola finalidad de corroborar el contenido de las declaraciones escritas[59].

El mismo modelo probatorio se encuentra también en la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso contra Uhuru Muigai Kenyatta et. al., emitida también por la SCP II. Así, sobre la base de las alegaciones de la Fiscalía, la SCP II afirmó la presencia de motivos razonables para creer que entre el 24 y el 27 de enero de 2008, miembros del grupo Mungiki (organización mafiosa comisionada por el PNU para cometer actos graves de violencia contra miembros y simpatizantes del opositor Movimiento Democrático Naranja (OMD)), llevaron a cabo, tras las elecciones presidenciales del 25 de enero de 2008, una serie de actos de violencia en la ciudad de Nakuru y sus alrededores, contra miembros de diversos grupos étnicos, que eran percibidos como partidarios del OMD[60]. Así mismo, la SCP II encontró motivos razonables para creer que los días 27 y 28 de enero de 2008, miembros del grupo Mungiki realizaron también una serie de actos de violencia en la ciudad de Naivasha y sus alrededores contra miembros de los grupos étnicos Luo, Kalenji, y Luhya (también considerados como partidarios del OMD)[61]. Con base en estos incidentes, la SCP II declaró por probada la existencia de un ataque generalizado contra la población civil cercana al OMD[62].

Posteriormente, a la hora de analizar los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados, la SCP II afirmó su con-

---

57 Ibid., Párrs. 167-169, 223, 246, 270

58 Ibid., Párrs. 171, 179, 205, 239.

59 Ibid., Párrs. 239.

60 CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párrs. 102, 115, 117.

61 Ibid., Párrs. 120.

62 Ibid., Párrs. 115, 142.

currencia con base en los mismos actos de violencia que había analizado previamente al abordar los elementos contextuales[63]. Como resultado de esta situación, la SCP II exigió que se probasen dichos incidentes mediante la presentación de declaraciones escritas, en cuanto que elemento de prueba requerido para dar por probados los elementos específicos[64]. Asimismo, al igual que en los casos Bemba y Ruto, se refirió expresamente a informes de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, con el fin de corroborar el contenido de las declaraciones escritas[65].

7. CONCLUSIÓN

La pregunta planteada al inicio de este trabajo no tiene una clara respuesta a la luz de las distintas tendencias jurisprudenciales observadas en las Salas de Cuestiones Preliminares hasta el momento. El principal punto de convergencia se encuentra en la aplicación del estándar de prueba previsto en el artículo 61(7) del ECPI tanto a los elementos contextuales como a los elementos específicos de los crímenes de lesa humanidad imputados por la Fiscalía durante la audiencia de confirmación de cargos.

El consenso, sin embargo, se acaba aquí. Así, la SCP I en el caso Katanga ha afirmado que la prueba indirecta puede ser suficiente para establecer motivos razonables para creer en la existencia de los

---

63 Ibid., Párrs. 233, 241, 254, 260, 267, 281; Así, por ejemplo, en cuanto al crimen de lesa humanidad consistente en otros actos inhumanos, la SCP II consideró que durante el ataque a Naivasha, los hombres identificados como de la etnia Luo fueron forzados a quitarse su ropa interior, y después fueron circuncidados forzosamente. Posteriormente, en el hospital general de Nakuru, fueron tratados a causa de las circuncisiones y de las amputaciones de pene alrededor de 7 personas el día 25 de enero del 2008.

64 CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 234-237, 239, 245-247, 249, 250-252, 258-259, 261, 272, 275.

65 CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párr. 247-248, 262-263

incidentes exclusivamente alegados por la Fiscalía para mostrar la existencia del hecho global. Por su parte, la SCP II en los casos Bemba, Ruto y Kenyatta, ha exigido declaraciones escritas en relación con todos los actos de violencia alegados por la Fiscalía (sin distinguir entre elementos contextuales y específicos) y ha subrayado el valor meramente corroborativo de la prueba indirecta.

Las razones de esta disparidad de criterio pueden ser varias. Por una parte, la manera en que la Fiscalía ha estructurado sus escritos de acusación no ha sido uniforme entre los casos mencionados, de manera que sólo en el caso Katanga alegó un patrón de actos de violencia que iba más allá de las conductas propiamente imputadas como crímenes de lesa humanidad. Esto ha podido influir en la distinta manera en que la SCP I y la SCP II han abordado la cuestión relativa al valor de la prueba indirecta en la audiencia de confirmación de cargos. Sin embargo, no parece que esta sea la única razón, sino que la disparidad de criterios parece ser una cuestión más de fondo.

La existencia de dos modelos probatorios durante la etapa de confirmación de cargos genera una notable inseguridad jurídica, que en julio de 2013 ha llevado incluso al aplazamiento de la audiencia de confirmación de cargos en el caso Gbagbo. En este sentido, conviene señalar que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 21(2) del ECPI en relación con el carácter no vinculante de la jurisprudencia de la CPI, lo cierto es que el carácter reiterativo en los conceptos y su forma de aplicación hacen que el "precedente" en la CPI juegue una función importante. Desafortunadamente, esto no sucede en relación con la cuestión objeto de nuestro estudio, dada la ausencia de uniformidad en la jurisprudencia.

Es por tanto necesario poner una solución a esta situación, de manera que podamos tener una mayor claridad sobre el valor de la prueba indirecta en la audiencia de confirmación de cargos. Pero, por encima de todo, es necesario reforzar la seguridad jurídica acerca de cómo se aborda la dinámica probatoria en las distintas etapas procesales, ya que, a pesar de ser un derecho en construcción que responde a las realidades que se van presentando, su desarrollo no puede afectar a la esencia misma de la CPI, que no es otra que la búsqueda de la verdad, la justicia y reparación de las víctimas.

En nuestra opinión, esto se podría conseguir atendiendo a la función que los elementos contextuales juegan dentro de la estructura de los crímenes de lesa humanidad, así como a la finalidad a la que se dirige la propia audiencia de confirmación de cargos. Como hemos visto, los elementos contextuales reflejan el indispensable hecho global dentro del cual se enmarcan las conductas propias de la lesa humanidad. Con ello se refleja que los actos de violencia de los que el imputado es presuntamente responsable, no son sino una pequeña parte del ataque más amplio al que ha sido sometida la población civil. Esta realidad, esencial en el fenómeno de la lesa humanidad, queda "escondida" en la concepción de estos delitos recogida en la jurisprudencia de la SCP II, al no hacer distinción entre la dinámica más amplia de violencia sufrida por la población civil, y aquellos hechos concretos específicamente atribuibles al imputado. Es por ello, que en nuestra opinión, la aproximación de la SCP I es la que mejor preserva la realidad que se pretende capturar con la categoría de los crímenes de lesa humanidad.

No creemos que esta aproximación entre en conflicto con la función de filtro que la propia audiencia de confirmación de cargos está llamada a desempeñar. Por el contrario, la audiencia se desarrolla sobre la base del principio de selección en los elementos de prueba presentados, lo que afecta incluso a que los materiales potencialmente exculpatorios que han de revelarse a la Defensa no sean en su totalidad, sino la mayoría de los mismos[66]. No nos encontramos, por tanto, ante un juicio oral, ni tan siquiera ante un mini-juicio como algunos la han denominado, sino que su función es la de actuar

---

66 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui,* ICC-01/04-01/07-2635, *Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor´s Bar Table Motions, 17 december* 2010, párr. 63,64 y 66; CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011, párr. 41 y 44; CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012, párrs. párr. 40, 43,51; CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 29 january* 2007, párr.34,36; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009, párr. 28 y 33.

como un filtro procesal eficiente, que evite el alargamiento de las actuaciones, y en su caso acelere la puesta en libertad de los detenidos, cuando las imputaciones de la Fiscalía sen muestren infundadas o erróneas. El hecho de que las manifestaciones más amplias de la violencia sufrida por la población civil, que no parezcan caer en la esfera de responsabilidad del imputado, puedan ser probadas en este momento procesal a través de distintos informes de organizaciones con presencia en el lugar de los hechos, no creemos que afectaría a la consecución del fin al que se dirige la audiencia de confirmación de cargos, a la vez que permitiría respetar la estructura de los crímenes de lesa humanidad y reflejar con mayor precisión la realidad a la que responden.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, PTC I, *Decision on the confirmation of charges,* 30 september 2008.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07 - 2635, Trial Chamber II, *Decision on the Prosecutor´s Bar Table Motions*, 17 december 2010.

CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo, 15 june* 2009.

CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, PTC II, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June* 2014.

CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 16 December* 2011.

CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, PTC I, *Decision on the confirmation of charges, 29 january* 2007.

CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, TC I, *Judgment pursuant article 74 of the Statute, 14 March* 2012.

CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06-2842, *Separate and Dissenting Opinion of the Judge Odio Benito, 14 March* 2012.

CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/01-01/06, *Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr.Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 december* 2014.

CPI, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta et.al.*, ICC-01/09-02/11-01, *Decision on the Prosecutor's application for summonses of appear for Francis Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Husein Ali, 8 March* 2011.

CPI, *Prosecutor v. Kenyatta et. al.,* ICC-01/09-02/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012.

CPI, *Prosecutor vs. Ruto et.al.,* ICC-01/09-01/11-01, *Decision on the Prosecutor's application for summonses of appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono and Joshua Arap Sang, 8 march* 2011.

CPI, *Prosecutor v. Ruto et. al.,* ICC-01/09-01/11, PTC II, *Decision on the Confirmation of Charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 january* 2012.

CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo,* ICC-02/11-01/11, PTC I, *Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 june* 2014.

CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo,* ICC-02/11-01/11-432, PTC I, *Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 3 june* 2013.

CPI, *Prosecutor v. Charles Blé Goude,* ICC-02/11-02/11- 186, PTC I, *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 december* 2014.

CPI, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire,* ICC-02/11-14, PTC III, *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Côte D'Ivoire, 3 October* 2011.

CPI, *Situation in the Republic of Kenya,* ICC-01/09, PTC II, *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 march* 2010.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TDEH, *Case of Soering v. United Kingdom, Application no. 14038/88, Judgment,* 7 july 1989.

Jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para Rwanda

TIPR, *Prosecutor v. Clément Kayishema et. al.,* ICTR-95-1-T, *Judgement*, 21 may 1999.

TIPR, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu,* ICTR-96-4-T, *Judgement*, 2 september 1998.

Jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia

TIPY, *Prosecutor vs. Goran Jesilic,* IT-95-10-T, *Trial Chamber, Judgement*, 14 december 1999.

TIPY, *Prosecutor vs. Dusko Tadić,* IT-94-1-A,*Appeals Chamber,Judgement, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen,*15 July 1999.

TIPY, *Prosecutor v. Dusko Tadić,* IT-94-1-T, *Trial Chamber, Sentencing Judgment,* 14 july 1997.

TIPY, *Prosecutor v. Dusko Tadić,* IT-94-1-T, *Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 october* 1995.

TIPY, *Prosecutor v. Milan Martić,* IT-95-11-T, *Trial Chamber I, Judgement,* 12 june 2007.

TIPY, *Prosecutor v. Milan Martić,* IT-95-11-T, *Trial Chamber, Decision, 8 March* 1996.

TIPY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskić et. al.,* IT-95-16-T, *Trial Chamber,Judgement, 14 january* 2000.

TIPY, *the Prosecutor v. Stanislav Galic,* Case No.: IT-98-29-T, *Trial Chamber I, Judgment, December* 5, 2003.

Doctrina

Bassiouni, M., 2011, *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Applicatio,*. New York, United States: Cambridge University Press.

Cassese, A. et. al., 2002, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary,* Oxfordshire,England: Oxford University Press.

Cryer, R., 2010, *An Introduction to International Criminal Law and Procedur,*. New York, United States: Cambridge University Press.

Miraglia, M., 2008, *Admissibility of Evidence, Standard of Proof and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in Lubanga, Journal of International Criminal Justice, 6.* 489-503.

Olasolo, H., 2003, Corte Penal Internacional ¿Dónde Investigar?, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Schabas, W., 2011, *An Introduction to the International Criminal Court,* New York, United States: Cambridge University Press.

Schabas, W., 2010, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute,* Oxfordshire, England: Oxford University Press.

Werle, G., 2011, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Informes, resoluciones y otros documentos

Convención II de La Haya relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Reglamento Anexo, 1899.

Convenios de Ginebra, 12 de agosto de 1949.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, 26 de noviembre de 1968.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977.

Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, 8 de junio de 1977.

24. La pérdida de la condición de persona protegida en los conflictos armados[*]

GINA BÁEZ[*]
SERGIO CASTILLO FORERO[*]
FRANCOIS SALOMÓN LOZANO PRADERE[*]
LAURA PATRICIA MATEUS RAMÍREZ[*]
ANDREA PAOLA MOLANO ARAQUE[*]
MARÍA ALEJANDRA TRUJILLO FIESCO[*]

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de precisión sobre las circunstancias en las que se pierde la protección ofrecida por el Derecho internacional humanitario y su extensión en el tiempo, aunque las leyes de la guerra lo proscriben, atacar a miembros de la población civil en el curso de un conflicto armado es un hecho recurrente. Un buen ejemplo de esta situación es expuesta por Jorge Giraldo en el informe de la Comisión para la Historia del Conflicto y las Víctimas, donde afirma que en un conflicto como el colombiano que ha dejado más de 250.000 muertos y desaparecidos, el número de miembros de los actores armados

---

[*] Escrito bajo la supervision del Prof. Héctor Olasolo, y con el apoyo de Camila Suárez Angel. Este fue el primer trabajo de investigación realizado para la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de la Corte Penal Internacional. Los anteriores fueron preparados para las Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (Colombia).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2012-II).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2012-II).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2012-II).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2012-II).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2012-II).

[*] Clínica Jurídica Internacional (2012-II).

muertos en combate entre 1985 y 2000 apenas llega a uno por cada ochenta víctimas mortales civiles, reduciéndose la proporción a uno por cada trescientos ochenta en los años siguientes[1].

Las dinámicas de los conflictos armados y los juegos de intereses que los mueven, a menudo vinculan a quienes no son miembros de las partes en conflicto. Algunos son obligados a prestar diversos servicios —domésticos o sexuales—, a suministrar información o a financiar el esfuerzo bélico. Otros, en cambio, se ven atraídos por los beneficios de la guerra y deciden cooperar en su desarrollo. Con independencia de que durante un conflicto armado los civiles participen voluntaria o involuntariamente en estas u otras actividades, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) exige que se distinga entre quiénes pueden ser objeto legítimo de ataque y quiénes no.

En la práctica, esta distinción se complica debido a que los elementos tradicionales para identificar a la población protegida, como el uso de uniformes o el establecimiento de asentamientos militares lejos de las zonas residenciales, ya no son suficientes. Tampoco es determinante la figura del campo de batalla, debido a las nuevas tecnologías y la migración del combate a los espacios civiles. Como Emily Crawford ha afirmado:

> La participación de civiles en conflictos armados perturba la habilidad para aplicar con claridad el principio de distinción. Los civiles no utilizan uniformes, no portan sus armas abiertamente y pueden pasar de 'combatientes' a 'civiles' como no pueden hacerlo sus contrapartes en las fuerzas armadas regulares. De modo tal que identificar cuando un civil participa (o deja de hacerlo) es bastante difícil[2].

Por ello, en un contexto en el que los límites entre agente del enemigo y civil se desdibujan, es decisivo establecer criterios que permitan discernir con claridad y precisión cuándo, y por cuanto tiempo,

---

1 Giraldo J., 2015, Política y Guerra sin Compasión. En Eduardo Pizarro León Gómez & Víctor Manuel Moncayo Cruz (Ed.), Contribución al Entendimiento del Conflicto Armado Colombiano, Comisión Histórica del Conflicto y de sus Víctimas.

2 Crawford, E., 2011, *Regulating the Irregular – International Humanitarian Law and the Question of Civilian Participation in Armed Conflicts,* University of California, Davis, 18(1), pp. 163-190.

quienes no son miembros de alguna de las partes en conflicto pierden su protección, convirtiéndose en objetivo legítimo de ataque.

Para responder a esta pregunta, en la primera parte de este trabajo se analizará el concepto de persona protegida conforme al DIH. Posteriormente, en la segunda parte, se observará en detalle el concepto de "participación directa en las hostilidades", prestando particular atención a los elementos que ha de tener un acto para que adquiera dicha condición. Se incluyen dentro de este análisis aquellos actos de los que no se sigue la pérdida del estatus de persona protegida, como la participación indirecta en las hostilidades y la legítima defensa.

Debido a que la pérdida del estatus de persona protegida se extiende únicamente mientras se participa activamente en las hostilidades, adquiere gran importancia distinguir entre los actos de participación esporádica o temporal y los actos de participación reiterada y persistente. Por ello, la tercera y última parte de este trabajo se dirige a analizar la temporalidad en la participación directa en las hostilidades.

2. PERSONAS PROTEGIDAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

2.1. Personas protegidas en los conflictos armados internacionales

Los artículos 48, 51(2) y 52(2) del Protocolo Adicional I (PA I) para el caso de los conflictos internacionales y el artículo 13(2) del Protocolo Adicional II (PA II) para los conflictos de carácter no-internacional, consagran el principio de distinción entre los miembros de las partes en conflicto y la población civil[3]. Conforme al mismo, los integrantes de la población civil no pueden ser objeto de ataque

---

[3] CIJ, *Nuclear Weapons Advisory Opinion,* 1996, p. 226, párr.79; la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha afirmado que la normativa recogida en el principio de distinción tiene un alcance consuetudinario y por ende vincula a todos los Estados, incluyendo a aquellos que no sean parte de los tratados en los que se recoge el mismo.

por las partes en conflicto, mientras no participen directamente en las hostilidades[4].

Ni las Convenciones de Ginebra, ni el PA I, contienen una definición de población civil. En consecuencia, la determinación de quienes hacen parte de la misma se realiza en sentido negativo, se entiende por tales a quienes (a) no son miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto; (b) no son miembros de grupos armados irregulares que actúan en favor de las mismas; y (c) no participan en una *Levée en Masse*[5].

En los conflictos armados internacionales se consideran miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto a todas las agrupaciones y unidades que, según su derecho interno integran o se encuentran adscritas a sus estructuras armadas, incluyendo las unidades de las fuerzas de los ejércitos de tierra, mar y aire, la policía e inteligencia militar, los reservistas y, en su caso, las unidades de policía e inteligencia civil[6]. Además de estar armadas y organizadas, las fuerzas armadas deben actuar bajo un mando responsable y estar sometidas a un régimen efectivo de disciplina interna "que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables a

---

4 *United Nations, General Assembly, 1968, Resolution 2444 (XXIII), Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 19 December; United Nations War Time Commission, Hostages, The Hostages Trial, XV Law Reports of Trials of War Criminals,* London, 1947; la realización de cualquier acción u omisión que constituya una participación directa en las hostilidades conlleva la pérdida automática de la protección, y puede dar lugar, conforme a los ordenamientos jurídicos internos de las partes en conflicto, a responsabilidad penal por haber recurrido al uso de la fuerza armada sin tener derecho a hacerlo

5 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

6 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 Junio 1977; Convenio de Ginebra I (CG.I). Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto 1949.

los conflictos armados"[7]. Asimismo, sus integrantes deberán disponer de uniformes e insignias propias que permitan su identificación[8]. Los integrantes de las fuerzas armadas no gozan de protección durante el tiempo que permanecen como miembros de las mismas. Esta condición aplica con independencia de la función que desarrollen y se mantiene durante los permisos temporales y los periodos de entrenamientos[9].

Quienes hacen parte de grupos armados irregulares, como las milicias o los cuerpos de voluntariado[10] también carecen de protección[11]. Estas organizaciones armadas están estructural y legalmente separadas de las fuerzas armadas de las partes en conflicto, pero cuentan con un grado de organización militar suficiente que les permite llevar a cabo operaciones militares en su favor[12]. Los grupos armados irregulares han de conducir en todo caso las hostilidades[13]. Este acuerdo puede ser expreso o tácito. Será expreso cuando el grupo declare que actúa en beneficio de una de las partes, mientras que será tácito cuando se pueda inferir del comportamiento del grupo armado a favor de quién combate[14].

---

7 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 Junio 1977.

8 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

9 Ibid., pp.1001 y 1003

10 Convenio de Ginebra III, Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto 1949.

11 De los tres grupos mencionados (Fuerzas Armadas, participantes de una *Levée en Masse* y miembros de grupos armados irregulares) sólo los dos primeros tienen derecho a: (a) utilizar las armas frente a los agentes del enemigo; (b) no ser juzgados por actos de guerra lícitos según el Derecho Internacional Humanitario (DIH); y (c) ser tratados como prisioneros de guerra. (CG.III)

12 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

13 Ibid., pp.1001

14 Idem.

Finalmente, se encuentran también desprovistos de protección, los participantes en una *levée en masse*, entendiendo por tales a los habitantes de un territorio no ocupado, que optan por tomar las armas, espontáneamente y sin suficiente organización, para resistir a un enemigo próximo[15]. Los participantes en una *levée en masse*, no gozan de protección durante el tiempo en que se encuentren involucrados en la misma.

Además, de la población civil —que como hemos visto está compuesta por quienes no son miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares que actúan en favor de una de las partes en conflicto, ni participan en una levée en masse— también son sujetos protegidos mientras no actúen directamente en las hostilidades el personal religioso[16], sanitario[17] y de protección civil[18] de las partes en conflicto.

Así mismo, también son objeto de protección quienes sin ser miembros de las partes en conflicto les acompañan sin participar directamente en las hostilidades, como es el caso de los corresponsales

---

15 Convenio de Ginebra III, Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto 1949.

16 Convenio de Ginebra III, Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto 1949; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 junio 1977.

17 Convenio de Ginebra I, (CG.I), Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto 1949.; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 Junio 1977; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 Junio 1977.

18 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I).

de guerra[19], los proveedores[20], y los miembros de las unidades de trabajo o de servicios relacionados con el bienestar de los combatientes[21], entre otros[22].

Finalmente, adquieren también la condición de personas protegidas quienes son capturados por el adversario[23], se rinden y deponen las armas[24], no pueden defenderse por enfermedad o lesión[25], o se reintegren a la vida civil, lo que incluye igualmente a los reservistas inactivos[26].

Conviene subrayar que, en el marco de los conflictos armados internacionales, tanto los integrantes de la población civil, como el resto de personas objeto de protección, se encuentran protegidas frente a las acciones de violencia realizadas por el enemigo, es decir por aquella parte en el conflicto con la que no se encuentran afiliadas. Esta afiliación se ha entendido tradicionalmente en términos de nacionalidad, por el vínculo que la misma genera entre la persona y el

---

19 Convenio de Ginebra III, (CG. III), Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto 1949; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977.

20 Convenio de Ginebra III, (CG. III), Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto 1949

21 Idem.

22 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 junio 1977.

23 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977

24 Convención IV, (C.IV), Respecto de las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre, La Haya, 18 de octubre 1907.

25 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977.

26 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

Estado de su nacionalidad[27]. Sin embargo, el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, ha afirmado que, en ocasiones, es la etnicidad, y no la nacionalidad, lo que resulta determinante a la hora de establecer la afiliación a una de las partes en el conflicto[28]. Además, la Cuarta Convención de Ginebra extiende la condición de persona protegida a los apátridas, así como a los refugiados en un territorio que posteriormente es ocupado por la parte beligerante de su nacionalidad, pero de la cual han dejado de recibir protección diplomática[29].

2.2. Personas protegidas en los conflictos armados de carácter no internacional

En el contexto de los conflictos armados de carácter no internacional son, en principio, personas protegidas todos aquellos que no son miembros de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto[30]. Sin embargo, dicha protección se pierde automáticamente al convertirse en miembro de un grupo armado organizado[31]. Así mismo, también se pierde la protección cuando, aún sin convertirse en miembro de un grupo armado organizado, se realizan actividades de participación directa en las hostilidades en favor de una de las partes en el conflicto.

Como las observaciones realizadas en relación con las fuerzas armadas estatales en los conflictos armados internacionales, son también aplicables a los de carácter no internacional, centraremos nuestro análisis en los supuestos de pérdida de protección por la in-

---

27 Convenio de Ginebra IV, (CG.VI), Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 12 de agosto 1949.

28 TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case No IT-04-1-AR72-A, *Appeals Judgement,* 15 July 1999.

29 Ibid., Párr. 164

30 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

31 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 junio 1977.

corporación a un grupo armado organizado, entendido como una colectividad que cuenta con una estructura jerárquica y un mando responsable, que facilita el control de las operaciones y la disciplina del grupo, y que posee la capacidad de llevar a cabo operaciones militares coordinadas y sostenidas en el tiempo, con un cierto grado de intensidad de violencia[32]. No es necesario, sin embargo, que goce de la misma capacidad armamentista que las fuerzas armadas de un Estado[33].

No todas las personas que colaboran con un grupo armado organizado deben ser considerados miembros del mismo. El CICR (2008) distingue entre los miembros en estricto sentido, es decir, aquellos que carecen de protección, y las personas que, a pesar de ser parte del grupo [civiles afiliados], no realizan actividades de participación directa en las hostilidades y por ello conservan su protección (p.1008).

El llamado "criterio funcional" es determinante a la hora de distinguir entre quienes son miembros del grupo armado organizado y quienes no tienen esta condición. De acuerdo con el mismo, miembros del grupo son solamente quienes asumen una función continua de combate en el seno de un grupo armado organizado[34]. Por lo tanto, el ser miembro no se determina por un acto conclusivo de afiliación ni se expresa necesariamente a través del uso de uniformes, insignias o tarjetas de identificación[35].

Con base en el criterio funcional, los individuos que preparan, ejecutan o comandan las operaciones militares de un grupo armado

---

32 Olásolo, H., 2007, Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate, Tirant lo Blanch, Edición 1°.

33 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

34 Williamson, J.A., 2010, *Challenges of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities. Duke Journal of Comparative and International Law, 20,* pp. 457-471.

35 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

organizado mantienen una función continua de combate[36]. Esto ocurre igualmente con quienes son reclutados, entrenados y equipados por el grupo para dirigir hostilidades en su nombre, aun cuando no hayan llevado a cabo algún acto hostil[37]. Por su parte, los individuos que acompañan o apoyan continuamente a un grupo armado organizado pero cuya función no los involucra directamente en las hostilidades, no deben ser considerados miembros del grupo y por lo tanto no son objeto legítimo de ataque directo[38]. En la misma situación se encuentran quienes limitan su actividad dentro del grupo al reclutamiento, financiación o entrenamiento, a menos que tengan una función adicional que los vincule directamente en las hostilidades[39]. También conservan su protección las personas que adquieren, manufacturan y hacen mantenimiento a las armas o que realizan trabajos de inteligencia al margen de operaciones militares específicas[40].

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, Schmitt considera que ser miembro de un grupo armado organizado, en tanto se desempeña una función continua de combate, es equivalente a participar directamente en las hostilidades de manera prolongada. En consecuencia, al igual que quienes integran las fuerzas armadas de un Estado, los miembros de los grupos armados organizados están exentos de protección durante el tiempo que dure su membresía. De esta manera, aun cuando no se encuentren desarrollando en un momento dado operaciones militares, como por ejemplo al encontrarse de permiso, pueden ser atacados[41].

Pero, ¿qué ocurre entonces si los individuos que acompañan al grupo sin desempeñar una función continua de combate, toman las armas de manera periódica para llevar a cabo operaciones militares? Schmitt expone el problema en los siguientes términos:

---

36 Ibid., p. 1007.
37 Idem.
38 Ibid., p. 1008.
39 Ibid., p. 1021.
40 Idem.
41 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal,* 1, pp. 5-44.

> […] según la aproximación de la Guía interpretativa, los miembros de un grupo armado organizado que tengan una función continua de combate pueden ser atacados en cualquier momento, mientras que los que periódicamente toman las armas deben ser tratados como civiles [personas protegidas] que participan directamente en las hostilidades y que solo pueden ser atacados cuando llevan a cabo sus actividades de participación directa. En la práctica, resultará complicado distinguir entre las dos categorías. Por ejemplo, si en hostilidades pasadas fue identificado un individuo qué hacía parte de las mismas, ¿Cómo podría saber un atacante que dicha participación era meramente periódica al realizar posteriormente una operación en contra del grupo al cual pertenece el primer individuo?[42]

Como posible respuesta a este problema, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha definido dos maneras de identificar a los miembros de un grupo armado organizado. La primera es observar si la persona porta armas, insignias o uniformes propios del grupo. La segunda se construye sobre la base de un comportamiento conclusivo del sujeto, que demuestre que cumple una función continua de combate, que va más allá de actos espontáneos, esporádicos o temporales realizados durante una operación militar concreta. La aplicación de estos criterios deberá apoyarse en información que, a la luz de las circunstancias imperantes, pueda ser considerada razonable[43].

Schmitt cuestiona la solución del CICR porque el porte de elementos como armas, uniformes o insignias no siempre es exclusivo del brazo armado de un grupo organizado o de quienes realizan funciones continuas de combate. De ahí que las informaciones que al respecto se obtengan puedan ser inciertas[44]. Si la membresía no es clara, la distinción entre miembros y civiles afiliados a un grupo armado organizado se hace, poco práctica, porque incluso estos últimos podrían ser objeto de ataque debido a sus actividades de participación directa en las hostilidades.

---

42 Ibid., p. 22 -23

43 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

44 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal,* 1, pp. 22.

Ante esta situación, el artículo 50 (1) del PA I parece aportar una solución al establecer que en caso de duda sobre si una persona es o no protegida, deberá optarse por la protección. Así, si no hay certeza de que un individuo sea miembro de un grupo armado organizado, éste no deberá ser atacado directamente al presumirse su condición de persona protegida, a no ser que el ataque se realice cuando se encuentra realizando actividades de participación directa en las hostilidades[45].

3. LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN A RAÍZ DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

3.1. El concepto de participación directa en las hostilidades

Los artículos 51.3 del PA I y 13.3 del PA II establecen que las personas protegidas mantienen su protección a menos que participen directamente en las hostilidades y por el tiempo durante el cual dicha participación perdure. Cabe distinguir entonces entre los actos que se consideran participación directa en las hostilidades, y aquellos de participación indirecta que no implican la pérdida de protección. Para ello, es necesario partir del Artículo 3(1) común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establece que:

> Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

El alcance de esta disposición es controvertido debido a las variaciones que el término 'participación directa' presenta en su versión

---

45 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977

inglesa[46]. Tanto en el Artículo 3 común, como en otras disposiciones de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales, los adjetivos '*active*' (activa) y '*direct*' (directa) son empleados para calificar la participación en las hostilidades[47]. Ante esta situación, el CICR ha afirmado que los términos '*active*' y '*direct*' representan el mismo valor y grado de participación individual en las hostilidades, es decir que '*direct participation*' y '*active participation*' son sinónimos[48]. Para llegar a esta conclusión, el CICR se apoya principalmente en que las versiones, francesa y española del texto usan constantemente las expresiones '*participent directemen*t' y 'participen directamente'.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Internacional Penal para Ruanda[49], al afirmar que:

> […] el Artículo 3 Común es para la protección de 'personas que no tomen active part en las hostilidades' (Artículo 3 Común (1)), y el Artículo 4 del Protocolo Adicional II es para la protección de 'todas las personas que no tomen direct part o quienes hayan cesado de tomar parte en las hostilidades'. Estas frases son tan similares que, para los propósitos de la Sala, pueden ser tratados como sinónimos.

A pesar de las consideraciones anteriores, la Corte Penal Internacional (CPI) ha distinguido en el caso Lubanga entre participación directa y participación activa al interpretar el contenido del crimen de guerra de cara al empleo de menores de 15 años en las hostilidades[50]. Para la CPI, la primera expresión se refiere únicamente a la participación en el combate, mientras que la segunda tiene un significado más amplio. De este modo, la participación activa comprende todo tipo de actividades vinculadas con el combate (tales como el

---

46 La versión inglesa del artículo 3 común se refiere a: "*Persons taking no active part in the hostilities* […]".

47 Vid.: *Art. 3(1) Común a los CG de 1949; Art. 2, Annex I (CGI, 1949), Draft Agreement Relating to Hospital Zones and Localities; Art. 40 CG.IV; Art. 43(2),47(2) (b),51(3),67(1)(e),77(2) y 77(3) PA.I; Art. 4(1), 4(3)(c)(d), y 13(3) PA.II.*

48 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

49 TPIR. *Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998.*

50 CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/01-01/06, TC I, Judgment pursuant article 74 of the Statute, 14 March 2012.*

sabotaje, el espionaje o el resguardo de objetivos militares), así como otras actividades relativas a funciones de asistencia en la ejecución de operaciones militares, que presten una contribución efectiva a las hostilidades[51]. Según la CPI[52]la participación activa en las hostilidades de niños menores de 15 años, comprende tanto la participación directa, como ciertas acciones u omisiones consideradas, dentro de la clásica distinción entre participación directa e indirecta, como actividades de "participación indirecta"[53].

Ahora bien, el hecho de que la CPI haya utilizado en el caso Lubanga la expresión 'participación activa' en un sentido amplio no implica que pueda extenderse más allá del ámbito del crimen de guerra concerniente al empleo de menores de 15 años en las hostilidades. Hasta el momento, la CPI no se ha pronunciado sobre el impacto que tiene esta interpretación en relación con la pérdida o no de la protección.

Remitiéndose a los comentarios al Artículo 51 PA I, Bosch aclara que la participación directa en las hostilidades se define superficialmente como aquellos "actos de guerra que por su naturaleza o propósito estén dirigidos a causar un daño real al personal o equipo de las fuerzas armadas enemigas"[54]. Sin embargo, no hay un concepto, según la costumbre internacional o los tratados internacionales, que indique el tipo de acciones individuales que deben entenderse como actos de participación directa en las hostilidades[55].

Por su parte, Dinstein cita algunas de las actividades que han sido aceptadas como participación directa en las hostilidades, entre ellas: participar en la preparación y planeación de una misión militar, operar armas sofisticadas de combate (drones o vehículos aéreos no

---

51 Idem.

52 Ibid. p. 623-629

53 Para ver una postura crítica de la división entre participación activa y directa consultar Jenks, 2013, pp.120-122.

54 Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities. A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate*. PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

55 Idem.

tripulados), recolectar información acerca del enemigo, ejercer actividades que tienen una directa relación (geográfica y temporal) con las hostilidades como contratista civil y actuar como escudo humano no voluntario[56].

3.2. Elementos de la definición de participación directa en las hostilidades

Para estipular qué tipo de conductas deben entenderse como "participación directa en las hostilidades" a los efectos de deslindar los supuestos que conllevan a la pérdida de protección, de aquellos que no [participación indirecta][57], el CICR ha sostenido que los actos hostiles durante la conducción de las hostilidades deben: (a) buscar infligir cierto nivel de daño en la capacidad militar u operacional de la contraparte en conflicto [umbral de daño]; (b) tener una relación causal con el daño que se busca causar [causalidad directa entre acto y daño]; y (c) estar diseñados para causar un daño esperado que favorezca a una parte en conflicto y perjudique a la otra [nexo beligerante][58].

3.2.1. El umbral de daño

El CICR ha afirmado que para que un acto califique como participación directa en las hostilidades, el daño resultante del mismo debe alcanzar cierto umbral, ya sea porque causa la muerte, la lesión o la

---

56 Yoram D, 2013, *Direct Participation in Hostilities*. Tilburg Law Review, Vol. 18, pp. 3-16; el ataque a los escudos humanos involuntarios siempre deberá ser visto como ilegal ya que en el DIH lo es, sin embargo, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, pueden verse como bajas colaterales dependiendo las circunstancias del caso.

57 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011, *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts, Report, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 28 November - 1 December*; Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

58 Idem.

destrucción de personas o bienes protegidos, o porque produce un daño de índole específicamente militar (denominado 'efecto militar adverso')[59].

Este primer elemento no requiere ni de la materialización del daño, ni de una evaluación de la magnitud del mismo, sino que basta con que exista la probabilidad objetiva de causarlo[60]. De ahí que lo que haya que analizar es el daño que razonablemente se espera como resultado de la acción u omisión realizada en el curso de un conflicto armado por una persona que goza, en principio, de protección[61].

En consecuencia, el umbral de daño requerido para la participación directa en las hostilidades podría ser alcanzado si la acción tiene la capacidad para lesionar o destruir a personas o bienes protegidos. No obstante, será necesario que esta acción haga parte de la estrategia de guerra en el marco de un conflicto armado —como ocurre con las deportaciones— o que tenga una relación evidente con las hostilidades en curso[62].

Así mismo, el umbral de daño también se alcanzaría cuando se produzcan "efectos militares adversos", lo que para el CICR abarca los daños consistentes en matar o lesionar a miembros de una parte en el conflicto, o destruir sus bienes militares[63].

---

59 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

60 Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities. A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate.* PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

61 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

62 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal,* 1, pp. 5-44

63 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

Esta definición del umbral de daño ha sido, sin embargo, criticada "por ser limitada e indebidamente difícil de satisfacer"[64]. Por esta razón, Schmitt prefiere referirse a "actos perjudiciales para el enemigo"[65], expresión que, en su opinión, se corresponde mejor con las expresiones utilizadas en las disposiciones del PA I[66]. Para Schmitt, el concepto "actos perjudiciales para el enemigo" incluye todo "acto cuyo propósito o efecto sea hacer daño a la parte adversa, al facilitar o impedir operaciones militares". Con esta definición se abarcaría tanto el daño directo que se infrinja al enemigo durante las operaciones militares, como cualquier intento deliberado por obstaculizarlas[67]. Estarían incluidos, por tanto, los actos de sabotaje y las actividades que restrinjan o perturben las operaciones militares (o la capacidad militar) de una parte en el conflicto, en tanto afectan el despliegue de sus miembros, la logística o las comunicaciones. Este sería el caso, por ejemplo, de la destrucción o la interferencia electrónica en las redes informáticas militares y la interceptación de las líneas telefónicas de los altos mandos de la parte contraria, con miras a afectar una operación militar concreta.

---

64 Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities- A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate.* PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

65 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal,* 1, pp. 5-44

66 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977; Olásolo, H., 2007, Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate, Tirant lo Blanch, Edición 1°.;el PA I establece que: (a) los enfermos, heridos y los náufragos "deben abstenerse de todo acto de hostilidad", y podrán ser objeto de ataque durante el tiempo que amenacen al enemigo, con independencia de que puedan o no defenderse; (b) las unidades sanitarias pierden su protección cuando "al margen de sus fines humanitarios, cometen actos perjudiciales para el enemigo"; y (c) las organizaciones de defensa civil y en general, el personal que participe en "actos perjudiciales para el enemigo", pierden su protección.

67 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis.* Harvard National Security Journal, 1, pp. 5-44

Schmitt defiende, por tanto, que el concepto 'participación directa en las hostilidades' no debería limitarse a los actos que generan un daño o detrimento al enemigo, sino que debería incluir también aquellos que benefician a alguna de las partes en el conflicto[68]. De esta manera, se recogerían también las actividades que aumentan la capacidad de alguna de las partes en el conflicto para realizar ciertas operaciones militares, ya sean o no inminentes. En palabras de este autor:

> […] sería muy restrictivo excluir algunos casos de aumento de capacidad. Ejemplos al respecto son el reclutamiento de bombarderos suicidas y la compra de materiales con el fin de crear chalecos bomba. […] Siendo así, el criterio debe expandirse a las actividades que incrementan la capacidad, la cual implican más que la simple mejora de la capacidad militar general respecto de aquello relacionado con operaciones específicas, o clases de operaciones que son relativamente inminentes[69].

3.2.2. La causalidad directa entre acto y daño

El segundo elemento del concepto de participación directa en las hostilidades es la conexión causal entre la acción u omisión de que se trate y el daño resultante[70]. Debido a que este elemento se ocupa de la causalidad, deberá analizarse la naturaleza de la relación entre la causa (acto) y el efecto (daño), con el fin de entender la diferencia entre los actos de participación "directa" y los de participación "indirecta" en las hostilidades[71].

El CICR plantea tres factores para determinar cuándo el vínculo de causalidad es directo. En primer lugar, el daño ocasionado debe

---

68 Ibid., p. 727.

69 Idem.

70 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

71 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal, 1, pp. 5-44;* Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

resultar de una sola secuencia causal, lo que descarta aquellas conductas individuales que se limitan a conservar o ampliar la capacidad militar de una de las partes en el conflicto[72]. La cercanía requerida entre el acto y el daño busca evitar la amplitud desbordada del principio de distinción, para preservar en la medida de lo posible la protección de los civiles en contextos de conflicto armado[73].

Schmitt ha sugerido que la expresión "una sola secuencia causal" no debe tomarse literalmente, puesto que algunas actividades militares requieren de una preparación compleja y la realización de varias acciones para su puesta en práctica[74]. En consecuencia, se requiere una visión más integral de la participación, que se extienda "(…) lo más que pueda hacia arriba y hacia abajo, siempre que exista un

---

72 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December;* el CICR aporta algunos ejemplos pertinentes para comprender qué tipo de acciones quedan excluidas de la participación directa en las hostilidades, por tener una causalidad indirecta con el daño producido o que se busca producir: " […] imponer sanciones económicas a una parte del conflicto, despojarla de activos financieros, o proveerle a su adversario suministros y servicios (tales como electricidad, combustible, material de construcción, recursos monetarios y servicios financieros) tendrá un impacto potencialmente importante, pero en todo caso directo, en la capacidad militar o en las operaciones de esa parte, […] la investigación científica y el diseño, así como la producción y el transporte de armas y equipos militares, por lo menos cuando se llevan a cabo como parte integral de una operación militar específica diseñada para causar directamente el umbral de daño requerido".Traducción de los Autores.

73 Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities. A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate.* PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

74 Schmitt, M., 2010, T*he interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal, 1, pp. 5-44;* Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities. A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate.* PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

vínculo causal"[75]. Melzer rechaza, sin embargo, la posición de Schmitt porque considera que es demasiado amplia y permitiría que: "[…] cualquier acto conectado con el daño resultante a través de un vínculo causal pueda automáticamente calificar como participación 'directa' en las hostilidades"[76].

El segundo factor apuntado por el CICR es la necesidad de valorar la integridad del acto, puesto que ciertas acciones, que aisladamente pueden ser consideradas como menores, pueden alcanzar el umbral de daño si se realizan en conjunto con otras. Según el CICR:

> […] cuando un acto específico por sí mismo no causa directamente el umbral de daño requerido, el requisito de la causalidad directa se cumplirá si el acto constituye una parte integral de una operación táctica concreta y coordinada que directamente cause dicho daño[77].

En otras palabras, será vista como participación directa toda actuación que directamente aporte a la preparación y el desarrollo de una operación militar concreta, aun cuando se realice fuera del campo de batalla. Este será el caso de la identificación de los objetivos militares, el entrenamiento para el uso de un cierto tipo de bomba que va a utilizarse en una operación específica, o la ubicación de una zona de despliegue militar del enemigo. Por su parte, no cumplen con el requisito de causalidad directa, los actos que no hacen parte de una operación militar específica, sino que se limitan a contribuir a la preparación general del grupo armado. Este es el caso del entrenamiento físico general o del entrenamiento en el uso de ciertas armas o dispositivos convencionales.

---

75 Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities, A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate*. PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

76 Melzer, N., 2010, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRĆ S Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*. N.Y.U International Law and Politics, 42, pp. 831-916.

77 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

A raíz de que en la actualidad los medios de la guerra no necesitan encontrarse en el campo de batalla para causar daño al enemigo, las personas que los operan pueden participar directamente en las hostilidades a distancias considerables del lugar en el que éstas se llevan cabo. Asimismo, hay sujetos que encontrándose en la zona de las hostilidades no toman parte directa en ellas, dado que la actividad que realizan apoya tan sólo indirectamente a quienes cumplen funciones continuas de combate. Es por ello que el CICR establece como tercer factor el que la proximidad causal no depende de la proximidad temporal o geográfica a las hostilidades[78]. Lo cual implica que tanto la proximidad temporal como la geográfica deben entenderse como criterios auxiliares (más no conclusivos) para evaluar, en cada situación, si un acto cumple con el requisito de causalidad directa[79].

En el caso Strugar, el TPIY ha señalado que, de acuerdo con los tres factores mencionados, debe concluirse que toda acción que contribuya al esfuerzo general de guerra o a las actividades en apoyo de la guerra (de alguna de las partes en conflicto) no cumple con el requisito de la causalidad directa y se entiende como acto de participación indirecta en las hostilidades —lo cual no implicaría la pérdida del estatus de protección[80]. Por esfuerzo general de guerra se entienden "todas las actividades que objetivamente contribuyen a la derrota militar del adversario"[81], mientras que las actividades en apoyo de la guerra son las acciones "políticas, económicas o mediáticas que apoyan el esfuerzo general de guerra"[82]. Dado que ambas clases

---

78 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

79 Schmitt, M., 2010, T*he interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal, 1, pp. 731-732*

80 TPIY, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Case No. IT-01-42-A, Judgment, 17 July 2008.*

81 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

82 Algunos ejemplos para esfuerzo general de guerra son la fabricación, producción y envío de armas y equipos militares, así como la construcción y reparación de carreteras, puertas aeropuertos, puentes y otras infraestructuras ajenas al contexto de operaciones militares concretas. En el caso de

de acciones tienden a incrementar la capacidad del grupo armado para causar daño, pero no se encuentran relacionadas con operaciones militares específicas, ni afectan al adversario directamente, se considera que las personas protegidas que toman lugar en las mismas sólo participan indirectamente en las hostilidades[83].

3.2.3. El nexo beligerante

El tercer elemento de la definición de participación directa en las hostilidades resalta el propósito específico del acto. El objetivo del mismo no podrá ser otro que el de producir el umbral de daño requerido en apoyo de una de las partes en el conflicto y en menoscabo de la otra[84]. De esta afirmación se sigue que para establecer si existe o no un nexo beligerante, es necesario analizar cuál es la finalidad objetiva del acto, lo que normalmente puede deducirse de su preparación. No habrá nexo beligerante cuando, por ejemplo, "los civiles actúan en defensa propia o de terceros, ejercen actos de poder o

---

las actividades de apoyo en guerra, el CICR menciona a la propaganda política, las transacciones financieras, la producción agrícola o producción industrial no militar.

83 Comité Internacional de la Cruz Roja,1987, *Commentary on the Additional Protocols of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949,* Geneva, Martinus Nijhoff Publishers; en este mismo sentido, el comentario del CICR al PA I; afirma que "[i]ndudablemente aquí hay un cierto margen para evaluar: restringir este concepto al combate o a operaciones militares activas podría ser demasiado limitado, mientras que extenderlo a todo el esfuerzo de guerra podría ser muy amplio, pues en las guerras modernas la población entera participa hasta cierto punto, aunque indirectamente. En este sentido, no se puede considerar a toda la población como combatiente, aun cuando posiblemente su presencia cercana a los objetivos militares los exponga a un riesgo incidental. […] La participación directa en las hostilidades implica una relación causal entre la actividad ejecutada y el daño causado al enemigo en el momento y lugar en los cuales la actividad ocurrió". Traducción por los autores.

84 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

autoridad sobre ciertas personas o territorios, o actuar violentamente en contra de otros civiles"[85].

Algunos autores critican el enfoque dado por el CICR a este tercer elemento, porque conforme al mismo, el nexo beligerante requiere que una de las partes en conflicto se beneficie del daño que cause a otra. Sin embargo, esto excluye a aquellos actos de violencia que afectan simultáneamente a las distintas partes involucradas en el conflicto, al existir situaciones de oposición civil a todas las partes involucradas en el conflicto[86].

Además, si el nexo de beligerancia es indispensable para la participación en las hostilidades ¿qué sucede con aquellos actos que directamente mejoran la capacidad militar de las operaciones de una de las partes, sin resultar en un daño directo e inmediato a la parte adversa? Schmitt afirma que la única exigencia que debiera deducirse del nexo beligerante, es la finalidad específica del acto de la persona protegida de apoyar a una parte en un conflicto armado cuando se enfrenta militarmente con otra parte[87]. Esta posición ha sido adoptada por la CPI en el caso Lubanga al considerar que el uso de niños soldados para custodiar objetivos militares o como guardaespaldas de comandantes militares constituye una "utilización activa de los mismos en las hostilidades"[88].

Por la dificultad que supone determinar en la práctica el nexo beligerante, el CICR ha afirmado que "el eventual nexo beligerante debe basarse en la información de la que razonablemente disponga la persona que debe determinarlo, y debe deducirse siempre de fac-

---

85 Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities. A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate.* PER, 17(3), pp. 999-1046. doi:http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05.

86 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal,* 1, pp. 5-44.

87 Ibid., p. 34.

88 CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/01-01/06, TC I, Judgment pursuant article 74 of the Statute, 14 March 2012.*

tores que puedan comprobarse de modo objetivo"[89]. Será, por tanto, decisivo observar si la conducta de la persona protegida, a la luz de las circunstancias imperantes en el momento y lugar en que se lleva a cabo, puede percibirse razonablemente como un acto destinado a prestar apoyo a una parte en perjuicio de la otra.

Por último, es importante diferenciar entre el nexo beligerante y conceptos como intención subjetiva o intención hostil, los cuales están relacionados con las circunstancias subjetivas, tales como la capacidad mental o la voluntad de la persona protegida para incurrir en responsabilidad. En general, estas conductas no influyen en el nexo beligerante y, por consiguiente, existe la posibilidad de que incluso pierdan su protección quienes son obligados a participar directamente en las hostilidades[90] o los niños que son reclutados a pesar de no tener todavía la edad legal para ello[91].

4. SITUACIONES DE ACTUACIÓN EN LEGÍTIMA DEFENSA POR LAS PERSONAS PROTEGIDAS

¿Pierden su protección aquellos aldeanos que no participan directamente en las hostilidades pero que deciden disparar sus escopetas de caza contra las unidades de las fuerzas armadas enemigas que están atacando su aldea con la intención clara de matar a todos sus habitantes? Como se observa en esta pregunta, resultan particular-

---

89 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

90 Convenio de Ginebra IV, (CG.VI), Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 12 de agosto 1949; cabe señalar que las personas civiles protegidas de conformidad con el CG. IV no pueden ser obligadas a realizar trabajo que tengan "relación […] directa con la conducción de las operaciones militares" o a servir en las fuerzas armadas o auxiliares del enemigo.

91 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 junio 1977.

mente problemáticas las situaciones de legítima defensa realizadas por personas protegidas, puesto que, aun cuando estas no se consideran actos de participación directa en las hostilidades, son difíciles de distinguir de estos. Ello se debe a que pueden alcanzar el umbral de daño requerido y son fruto de una relación de causalidad directa entre el acto y el daño, aunque debido a las circunstancias en las que ocurren, las acciones de legítima defensa carecen de nexo beligerante. Esto se debe a que la legítima defensa no tiene por objetivo ni causar daño, ni apoyar, a una u otra parte en conflicto, sino que es "(…) una expresión legítima de autonomía individual y soberanía"[92].

El Artículo 31(1)(c) del Estatuto de la CPI (ECPI) recoge la legítima defensa propia, defensa de un tercero o defensa de la propiedad como eximente de responsabilidad penal individual. Se trata de actos razonables, proporcionales y necesarios, ejercidos para proveer protección a uno mismo, a terceras personas o a bienes esenciales para realizar una operación militar, frente a actos de fuerza ilícitos e inminentes[93].

Aplicada al caso de las personas protegidas, la legítima defensa deberá cumplir con los tres requisitos exigidos en el enunciado del Artículo 31 (1)(c) del ECPI. En primer lugar, debe existir un peligro inminente e ilícito de uso de la fuerza sobre una persona o bien esencial para una operación militar. A tal peligro, en segundo lugar, se deberá reaccionar de manera idónea, proporcional y necesaria, no existiendo en las circunstancias del caso una medida menos lesiva para evitar la amenaza de una agresión inminente ilícita. Finalmente, la respuesta deberá hacerse con el propósito de repeler la agresión[94].

Sobre el primer requisito relativo a la inminencia de la amenaza, Tonkin sostiene que esta consiste en la urgencia por reaccionar ante un riesgo objetivo que represente potenciales efectos negativos so-

---

92 Tonkin H., 2005, *Defensive Force under the Rome Statute*. Melbourne Journal of International Law, 6, pp. 1-32.

93 Olasolo, H., 2007, Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate, Tirant lo Blanch, Edición 1°.

94 Tonkin H., 2005, *Defensive Force under the Rome Statute*. Melbourne Journal of International Law, 6, pp. 1-32.

bre las personas o los bienes que se protegen[95]. Que la amenaza sea objetiva implica que sea real, es decir, que no se base únicamente en suposiciones. La persona que se defiende, por ejemplo, debe estar siendo apuntada por un arma, más no suponer que va a ser atacada por una persona armada que se le acerca, y por ello pensar que tiene el derecho de reaccionar antes de que algo ocurra. Por su parte, como el resultado del ataque se desconoce, la reacción defensiva puede emanar de la potencialidad del daño, aunque se compruebe posteriormente que la amenaza no podía generar daño, como ocurriría en el caso de un atacante que amenaza a un grupo de civiles con un chaleco bomba sin carga explosiva[96].

Adicionalmente debe evaluarse si la amenaza de ataque es objetivamente ilícita, lo cual requiere de un juicio sobre el acto más no sobre el actor[97]. Olásolo sugiere al respecto, que la jurisprudencia de la CPI debe resolver si la expresión "uso ilícito de la fuerza" se refiere únicamente a la fuerza física o incluye también una agresión psicológica tal como la coerción producida a través de amenazas[98].

En lo que respecta al segundo requisito, la reacción ante el peligro se espera que sea idónea para evitar el peligro o para repeler la agresión, requiriéndose además que en las circunstancias del caso no exista ninguna medida menos lesiva que permita alcanzar el mismo resultado[99].

---

95 Tonkin H., 2005, *Defensive Force under the Rome Statute*. Melbourne Journal of International Law, 6, pp. 1-32.

96 Ibid., p. 10-11

97 Idem.

98 Olasolo, H., 2007, Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate, Tirant lo Blanch, Edición 1°.

99 Tonkin H., 2005, *Defensive Force under the Rome Statute*. Melbourne Journal of International Law, 6, pp. 1-32; para Tonkin, la proporcionalidad requiere que no se exceda la magnitud de la amenaza, puesto que entiende que no se puede esperar que por responder a un peligro inminente, se permita legalmente la comisión de un daño mayor que el que potencialmente representaba la amenaza. Sin embargo, esta posición parece confundir la legítima defensa con el estado de necesidad, donde el daño ocasionado por la respuesta para evitar el daño inminente no puede superar la magnitud del mismo.

En cuanto al propósito para repeler la agresión, Olasolo ha afirmado que no habría necesidad de que quien se defiende lo haga con la específica motivación de evitar el peligro, sino que bastaría con que se conozca que se actúa de manera idónea, necesaria y proporcional a la agresión[100]. En todo caso, lo importante es anotar que siempre deberá valorarse la motivación que tuvieron las personas protegidas para recurrir a las armas, esto con el fin de determinar si un acto constituye legítima defensa o participación activa en las hostilidades, que como hemos visto requiere siempre de un nexo de beligerancia.

Como Olasolo ha señalado, el ámbito de aplicación de la legítima defensa en situaciones de combate debe delimitarse. Por ello, solo podrá aceptarse bajo el supuesto de que las personas protegidas tomen las armas ante la existencia de una amenaza inminente de uso ilícito de la fuerza por el enemigo, que ponga en riesgo inmediato sus vidas, las de terceros o bienes esenciales para realizar una operación militar[101]. Esto evitará que se cataloguen como legítima defensa, enfrentamientos armados prolongados entre grupos armados y personas protegidas, las cuales no podrían ser objetivo de ataque si se afirmara que están actuando en legítima defensa. Como este autor ha subrayado, si no se produce una adecuada delimitación del ámbito de aplicación de la legítima defensa, nos podemos encontrar que en situaciones como la del sitio de Sarajevo, los civiles bosnio-musulmanes sitiados podrían, durante un periodo de tiempo de varios años, disparar en legítima defensa contra las tropas serbias que los tienen cercados sin que estas últimas tuvieran el derecho a responder militarmente[102].

---

100 Idem.

101 Idem.

102 Olasolo, H., 2007, Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate, Tirant lo Blanch, Edición 1°.

5. TEMPORALIDAD EN LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

5.1. Participación directa en las hostilidades de manera esporádica

La pregunta sobre el carácter temporal de la participación directa en las hostilidades concierne a las personas protegidas que de manera esporádica o temporal se involucran en las hostilidades, y que después regresan a su vida civil recuperando su protección[103]. De ahí que la expresión "mientras dure tal participación" no sea aplicable a los miembros de los grupos armados organizados ni a las fuerzas armadas del Estado[104] quienes, en principio, pueden ser objeto de ataque en cualquier momento debido a que desempeñan funciones continuas de combate.

Cuando las personas protegidas participan directamente en las hostilidades pueden ser objeto de ataque sólo durante el intervalo de tiempo que dura su participación específica en un acto hostil concreto. Este intervalo comprende las medidas preparatorias, el despliegue hasta el punto en donde la operación militar será ejecutada y el regreso del mismo[105]. Mientras que las "medidas preparatorias" incluyen todos los actos específicos que estén dirigidos a la realización de una cierta operación militar, tendente a causar un detrimento en la capacidad militar del adversario, el "despliegue" no sólo cobija el desplazamiento de los individuos hacia el lugar de la operación, sino todos los actos previos al mismo, como cargar el material de guerra

---

103 TEDH, *Kononov v. Latvia, judgment,* may 17, 2010, case: 36376

104 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 junio 1977; Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis.* Harvard National Security Journal, 1, pp. 5-44

105 Melzer, N., 2010, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRĆS Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities.* N.Y.U International Law and Politics, 42, pp. 831-916.

en los camiones[106]. Lo dicho con respecto al despliegue, es también aplicable para el retorno.

5.2. Participación directa en las hostilidades con carácter reiterado y persistente

¿Qué ocurre cuando la participación directa en las hostilidades de personas protegidas no se da sólo de manera esporádica o temporal, sino que tiene lugar de manera reiterada y persistente? El CICR sostiene que las personas protegidas que participen de esta manera en las hostilidades recuperarán su protección cada vez que un acto hostil específico sea finalizado. Esto significa que se perderá y se reasumirá la protección cada vez que una persona protegida comience y termine de efectuar una actividad integral dentro de una operación militar concreta[107]. Esta situación se conoce como la "puerta giratoria", pues denota de qué manera una persona puede entrar y salir continuamente de su esfera de protección, al tiempo que contribuye de manera efectiva a los objetivos militares de una de las partes en el conflicto y en menoscabo de la otra.

Cuando la participación de una persona protegida en las hostilidades es esporádica o temporal no genera tantas controversias frente a la pérdida y re-adquisición de su protección. Esto se debe a que puede comprobarse que, antes de participar en el acto hostil concreto que provocó la pérdida de protección, la persona protegida ya llevaba un tiempo sustancial sin realizar acciones que puedan calificarse como de participación directa en las hostilidades (o nunca había ejecutado ninguna). Asimismo, puede observarse que después

---

106 Melzer, N., 2010, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC´S Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities. N.Y.U International Law and Politics, 42, pp. 831-916;* Boothby, B., 2010, *"And for Such Time As": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities.* N.Y.U International Journal of Law and Politics, 42, pp. 741- 768.

107 Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

de participar directamente en las hostilidades dejó de realizar actos hostiles por un tiempo considerable.

Tal es el caso de un campesino que ayuda, por una sola vez, a un grupo armado organizado a ubicar el campamento de las fuerzas armadas que patrullan en la zona, para que se lleve a cabo un ataque sorpresa contra estas últimas. Debe tenerse en cuenta que la razón principal para que las personas protegidas pierdan su protección en este caso, no es porque representen una amenaza para la parte adversa, sino porque han decidido participar directamente en el conflicto[108].

Cuando se trata de personas protegidas que se vinculan frecuentemente a las hostilidades, presenta mayor dificultad para determinar en dónde empieza y termina la pérdida de su protección. Alejándose del criterio del CICR, algunos autores como Boothby afirman que en estos casos hay que entender que se pierde la protección de forma continua sin importar los intervalos en los cuales no se desempeñen funciones que puedan entenderse como participación directa[109]. Esta posición se fundamenta en que la participación persistente de estas personas es un claro indicador de conductas futuras[110]. De este modo, las personas que durante el día son campesinos y de noche toman parte directa en las hostilidades, perderían su protección de forma constante, dado que de su comportamiento reiterado se puede deducir con facilidad que al día siguiente también tomarán las armas al llegar la noche. En consecuencia, para determinar si una persona protegida que participa en las hostilidades de manera repetitiva y persistente ha dejado de hacerlo, se requiere, según estos autores, un acto claro de renuncia que no dé lugar a ambigüedades[111].

---

108 Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis.* Harvard National Security Journal, 1, pp. 5-44

109 Boothby, B., 2010, *"And for Such Time As": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities.* N.Y.U International Journal of Law and Politics, 42, pp. 741- 768.

110 Ibid., p. 162.

111 Idem.

Por su parte, Melzer afirma que cuando del comportamiento de una persona presuntamente protegida no se puede sino concluir que se encuentra participando de manera persistente y reiterada en las hostilidades, debe entenderse que ejerce una función continua de combate a favor de una de las partes en conflicto y que por tanto no es objeto de protección frente a los ataques de la parte adversa. Melzer (2010) llega a esta conclusión porque:

> En la práctica, un civil [persona protegida] que regularmente y consistentemente participe directamente en hostilidades en apoyo a una parte beligerante estará casi siempre afiliado a una fuerza armada o grupo organizado y, así, podrá ser considerado como un miembro de facto que asume funciones continuas de combate para ese grupo o fuerza. […] Esto incluye no solamente al sujeto que se encuentre armado a tiempo completo, sino también a los contratistas privados contratados para defender objetivos militares, así como el notorio "granjero de día y combatiente de noche" quien, supuestamente de manera paralela a su vida pacífica de cada día, asume una función continua de combate que involucra actos como ubicar […] minas, o proporcionar inteligencia táctica o apoyo logístico para ataques específicos.

Con las precisiones hechas por Melzer la discusión sobre "la puerta giratoria" parece quedar resuelta. Así, si del conjunto de conductas que desarrolla una persona protegida se observa continuidad en la participación en las hostilidades, esta perderá su protección porque *de facto* se considerará que cumple con funciones continuas de combate. En todos los otros casos, incluyendo aquellos en los que haya duda sobre la participación reiterada de una persona protegida en las hostilidades, deberá afirmarse, siguiendo la posición del CICR, que la protección se pierde únicamente durante los intervalos en los que dicha participación perdure.

En cuanto a la doctrina del acto de renuncia que no dé lugar a ambigüedades planteada por Boothby, creemos que genera numerosos problemas prácticos, debido a la alta probabilidad de que numerosos miembros de alguna de las partes del conflicto, o no tengan conocimiento del acto de renuncia, o no tengan certeza sobre la renuncia efectiva de una persona que ha participado continuamente de manera directa en las hostilidades.

6. CONCLUSIÓN

Distinguir entre quienes pueden ser objeto legítimo de ataque y quienes no, ha de atender, en la medida de lo posible, a las circunstancias y particularidades de cada tipo de participación[112]. En primer lugar, se debe establecer si las personas a quienes se busca atacar hacen parte o no de las fuerzas armadas de un Estado o de un grupo armado organizado, para lo cual debe analizarse si cumplen una función continua de combate dentro del mismo. Para ello, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes factores: si portan armas abiertamente, si utilizan uniformes, si fueron (o están siendo) entrenadas para el combate o si reciben algún pago por servir en las filas.

La obtención de información acerca de estos aspectos es más accesible en el caso de las fuerzas armadas, al existir documentos formales que evidencian la pertenencia a las mismas. Sin embargo, puede dificultarse en el caso de los grupos armados organizados operativos en los conflictos armados no internacionales, por lo que será necesario recurrir a la prueba indiciaria.

Cuando no pueda afirmarse que una persona es miembro de las fuerzas armadas de un Estado o de un grupo armado organizado, deberá concluirse que, en principio, permanece bajo la protección del Derecho Internacional Humanitario (DIH). No obstante, esta protección podrá perderse en caso de participación directa en las hostilidades. Para ello, será necesario analizar si el supuesto acto de participación directa en las hostilidades cumple con los requisitos del umbral de daño, causalidad directa y nexo beligerante. En aplicación de los mismos, toda persona protegida que realice actos que constituyan a una parte integral de una operación militar específica, la cual tenga el objetivo y la capacidad de dañar al adversario y beneficiar con ello a una de las partes del conflicto, se entenderá que ha "participado directamente en las hostilidades" y perderá su protección. No es indispensable que la contribución de la persona protegida, ya se realice dentro o fuera del campo de batalla, tenga en sí mismo la capacidad de causar daño a la contraparte, pero sí se exige que brinde un aporte significativo a una operación militar concreta que tenga dicha capacidad.

---

112 TPIY, *Prosecutor v. Perisic, Case No. IT-04-81-T, Judgment, 6 September 2011.*

Sin embargo, no constituyen participación directa en las hostilidades, aquellos actos de apoyo a la logística general del esfuerzo bélico de una de las partes en conflicto como ocurre con los contratistas y empleados civiles, tanto de las fuerzas armadas como de los grupos armados organizados, los cuales conservan su protección a menos que asuman funciones continúas de combate o participen directamente en operaciones militares específicas.

Además, las conductas realizadas en legítima defensa no pueden ser catalogadas como actos de participación directa en las hostilidades, y por ello no hacen perder la protección a las personas protegidas que las llevan a cabo.

Finalmente, teniendo en cuenta que la protección se pierde durante el tiempo en el que se participa directamente en las hostilidades, debe analizarse para cada caso concreto la frecuencia con la que se participa directamente en las mismas. Si la participación es reiterada se concluye que la persona ejerce funciones continuas de combate, es decir, podrá ser considerada un miembro *de facto* del grupo a favor del cual ejecuta actos hostiles. Si, por el contrario, se trata de una participación esporádica (o con largos intervalos de tiempo que separan a un acto de participación de otro), la pérdida de protección sólo se producirá mientras se desarrolle el acto de participación directa en las hostilidades. En caso de duda deberá afirmarse que la protección se pierde únicamente durante los intervalos en los que dicha participación perdure. Además, en este último caso, si se tienen dudas sobre la participación directa en las hostilidades en un momento en concreto, será necesario abstenerse de ejercer la violencia contra la persona de que se trate.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/01-01/06, TC I, Judgment pursuant article 74 of the Statute, 14 March 2012.*

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR, *Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998.*

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No IT-04-1-AR72-A, Appeals Judgement, 15 July 1999.*

TPIY, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Case No. IT-01-42-A, Judgment, 17 July 2008.*

TPIY, *Prosecutor v. Perisic, Case No. IT-04-81-T, Judgment, 6 September 2011.*

Doctrina

Boothby, B, 2010, *"And for Such Time As": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities. N.Y.U International Journal of Law and Politics, 42, pp. 741- 768.*

Crawford, E., 2011, *Regulating the Irregular – International Humanitarian Law and the Question of Civilian Participation in Armed Conflicts, University of California, Davis, 18(1), pp. 163-190.*

Giraldo J., 2015, Política y Guerra sin Compasión. En Eduardo Pizarro Leongómez & Víctor Manuel Moncayo Cruz (Ed.), Contribución al Entendimiento del Conflicto Armado Colombiano, Comisión Histórica del Conflicto y de sus Víctimas.

Jenks, C., 2013, *Law as Shield, Law as Sword: The ICC´s Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Participation in Hostilities. Natl Security and Armed Conflict Law Rev.,* 3, pp. 106-124.

Melzer, N., 2010, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC´S Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities. N.Y.U International Law and Politics,* 42, pp. 831-916.

Olasolo, H., 2007, Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate. Tirant lo Blanch, Edición 1°.

Schmitt, M., 2009, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements, N.Y.U Journal of International Law and Politics,* Volume 4, pp. 697-739.

Bosch, S., 2014, *The International Humanitarian Law and the Notion of Direct Participation in Hostilities- A Review of the ICRC Interpretative Guide and Subsequent Debate. PER, 17(3), pp. 999-1046. Doi: http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v17i3.05*

Schmitt, M., 2010, *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis. Harvard National Security Journal,* 1, pp. 5-44.

Tonkin H., 2005, *Defensive Force under the Rome Statute. Melbourne Journal of International Law,* 6, pp. 1-32.

United Nations War Time Commission, Hostages, The Hostages Trial, XV Law Reports of Trials of War Criminals, London, 1947.

Williamson, J.A., 2010, *Challenges of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities. Duke Journal of Comparative and International Law,* 20, pp. 457-471.

Yoram D., 2013, *Direct Participation in Hostilities. Tilburg Law Review,* Vol. 18, pp. 3-16.

Informes, resoluciones y otros documentos

Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December.*

Comité Internacional de la Cruz Rojam, 2011*, International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts, Report, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 28 November - 1 December.*

Comité Internacional de la Cruz Roja, 1987, *Commentary on the Additional Protocols of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers.*

Convención IV, (C.IV), Respecto de las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre, La Haya, 18 de octubre 1907.

Convenio de Ginebra I, (CG.I), Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto 1949.

Convenio de Ginebra II, (CG.II), Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 12 de agosto 1949.

Convenio de Ginebra III, (CG.III), Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto 1949.

Convenio de Ginebra IV, (CG.VI), Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 12 de agosto 1949.

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 2010, *Kononov v. Latvia. 17 May 2010, Appl. 36376/04.*

Estatuto de Roma (ER), A/CONF.183/9, 17 de julio1998.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA I), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 junio 1977.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, (PA II), relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales, 8 junio 1977.

United Nations, General Assembly, 1968, Resolution 2444 (XXIII), Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 19 December.

25. Aportes de la jurisprudencia internacional penal con respecto a la prueba de los crímenes de naturaleza sexual[*]

DAVID ALEJANDRO DELGADO[*]
MARÍA CAROLINA FAJARDO CANO[*]
NICOLÁS GONZÁLEZ TAMAYO[*]
HÉCTOR LEÓN HERNÁNDEZ[*]
ALEJANDRO JARAMILLO[*]
VÍCTOR MANUEL MIRANDA LEYVA[*]
ANGÉLICA RODRÍGUEZ[*]
CAROLINA OLANO[*]

1. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA PRUEBA DE LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL

Los crímenes de naturaleza sexual —que han socavado especialmente la integridad de un sinnúmero de mujeres y menores— han sido históricamente una consecuencia del desarrollo de los conflictos armados, en los que los ataques contra la población civil consti-

---

* Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).
* Clínica Jurídica Internacional (2012-I).

tuyen una realidad cotidiana[1]. En la actualidad, lejos de reducirse el empleo de la violencia sexual en los conflictos, ésta es frecuentemente utilizada por las partes enfrentadas, sin distinción de sexo o edad, como una táctica de terror y sometimiento, traumatizando gravemente a las víctimas y afectando profundamente el bienestar de las comunidades a las que pertenecen[2].

La proliferación de los crímenes de naturaleza sexual ha provocado que poco a poco se hayan desarrollado distintas normas internacionales que tipifican sus principales aspectos, incluyendo la práctica y valoración de la prueba. El punto de partida son los respectivos estatutos del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (TIPY), el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR) y la Corte Especial para Sierra Leona (CESL), en los que no se recoge ninguna mención expresa a la prueba de los crímenes de naturaleza sexual, ni a la práctica del testimonio de las víctimas en el juicio oral. Tanto los artículos 20 (1) y (4), y 22 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia (ETIPY), como los artículos 19 (1) y (4), y 21 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (ETIPR)[3], se limitan a referencias genéricas sobre la protección de víctimas y testigos en general, que habrán de ser desarrolladas en las reglas de procedimiento y prueba.

Las reglas 75 sobre medidas de protección de las víctimas y los testigos, y 79 sobre audiencias a puerta cerrada, de las reglas de procedimiento y prueba del TIPY, el TIPR y la CESL, recogen diversas medidas para, con el fin de proteger a las víctimas y los testigos, poder practicar la prueba a puerta cerrada o prestar testimonio a través de distintos medios electrónicos o especiales. Sin embargo, tampoco

---

1 Cohen, D., 2012, *Prosecuting Sexual Violence from Tokyo to the ICV*, en Bergsmo, M., Butenschon Skre A., y J. Wood, E. (ed.), *Understanding and Proving International Sex Crimes*. Beijing: Torkel Opsahl *Academic EPublisher*; Sácouto S. y Cleary K., 2008, *The Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court.*

2 Pratt, M. y Werchick L., 2004, *Sexual Terrorism: Rape as a Weapon of War in Eastern Democratic Republic of Congo. An assessment of programmatic responses to sexual violence in North Kivu, South Kivu, Maniema, and Orientale Province.*

3 El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona no recoge ni siquiera estas referencias generales recogidas en el ETIPY y el ETIPR.

estas disposiciones contienen una referencia específica a las víctimas de crímenes de naturaleza sexual. En consecuencia, la única referencia a estas últimas se encuentra en la regla 96, común a las Reglas de Procedimiento y prueba del TIPY (RPPTPIY), las Reglas de Procedimiento y prueba del TIPR (RPPTPIR) y las Reglas de Procedimiento y prueba de la CESL, que regula la práctica de la prueba en casos de asalto sexual, estableciendo los siguientes principios básicos: (a) la corroboración del testimonio de la víctima no es requerida; (b) el consentimiento no es válido como defensa si la víctima ha sido sometida, amenazada o tiene motivo para temer violencia, coacción, detención u presión psicológica en su propia persona o en la de un tercero; (c) antes de que se admita cualquier elemento de prueba sobre el consentimiento de la víctima, el acusado debe convencer a la Sala de Primera Instancia, a puerta cerrada, de su relevancia y credibilidad; (d) la prueba sobre la conducta sexual previa de la víctima no es admisible.

Sobre esta base, los artículos 68(2) y 69(2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) y las reglas 70 y 71 de las Reglas de Procedimiento y prueba de la CPI (RPP) desarrollan la que hasta el momento es la normativa más elaborada en el ámbito de la práctica y la valoración de la prueba de los crímenes de naturaleza sexual. Las dos primeras disposiciones establecen que, a pesar del carácter público de las audiencias, la Sala competente, con el fin de proteger, en particular, a las víctimas de delitos de naturaleza sexual y a los menores de edad, puede decretar que parte del juicio oral se celebre a puerta cerrada o el testimonio sea dado a través de medios electrónicos u otros medios especiales (Art. 68(2)), incluyendo grabaciones de video o audio o transcripciones de declaraciones escritas (Art. 69(2)).

Por su parte, la regla 71 de las RPP, establece que "teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo". Además, la regla 70 de las RPP establece los siguientes principios aplicables a la prueba en casos de violencia sexual:

El consentimiento de la víctima no podrá inferirse (a) de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la

fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; (b) de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; ni (c) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Con el desarrollo de las normas internacionales sobre práctica y valoración de la prueba de los delitos de naturaleza sexual, ha aparecido una serie de cuestionamientos en cuanto a las medidas que se deben adoptar en los planos nacional e internacional, a efectos de reforzar los mecanismos judiciales que permitan traer ante la justicia a los presuntos responsables, y proveer a las víctimas una pronta y adecuada reparación[4].

En este contexto, el presente trabajo analiza los principales aportes jurisprudenciales realizados por los tribunales internacionales penales en relación con los elementos de prueba utilizados para mostrar la comisión de delitos sexuales. Para ello, el texto se estructura en una introducción, una conclusión y cuatro secciones, cada una de ellas dedicada a uno de los cuatro tribunales internacionales penales que consideramos han sido más relevantes en esta materia: el TIPY, el TIPR, la CESL y la CPI.

2. TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

En los casos *Prosecutor v. Nikolić* (2003), *Prosecutor v. Furundzija* (1998) y *Prosecutor v. Kunarac et. al.*(2001), en los que el rango jerárquico de los acusados es bajo, el objeto de la actividad probatoria ante el TIPY se ha centrado en (a) la existencia de los delitos; y (b) su comisión material por los propios acusados, su presencia en la escena

---

4 Bastick, M., Grimm K. y Kunz R., 2007, *Sexual Violence In Armed Conflict. Global Overview and Implications for the Security Sector.*

del crimen o, en caso de haber sido cometidos por terceras personas cuando no se encontraban presentes en la escena del crimen, el conocimiento que tenían de su comisión y su grado de influencia sobre los autores materiales.

En estos casos se ha utilizado como principal medio de prueba el testimonio de las víctimas, a quienes no se les ha exigido exactitud o precisión absoluta en cuanto a los datos proporcionados en sus declaraciones (días, horas, o incluso nombres de personas), toda vez que, en consideración a su grave afectación psicológica, no se ha impuesto una exigencia probatoria muy alta a fin de evitar una doble victimización[5]. Además, se han admitido también testimonios indirectos, cuyo valor probatorio se ha visto incrementado cuando han podido ser confirmados por otros medios probatorios, especialmente, por las declaraciones de testigos directos[6].

En el caso Kunarac et. al., una de las defensas presentó una prueba pericial para demostrar la impotencia sexual del imputado, y la consecuente imposibilidad de consumar un crimen sexual[7]. En este escenario, a pesar de haberse corroborado la información presentada por el experto, la Sala de Primera Instancia no otorgó, sin embargo, mayor relevancia a la misma por tratarse de una enfermedad padecida en una época distinta a aquellas en la que se produjeron los delitos sexuales imputados[8].

Existe ante el TIPY un segundo tipo de casos, que son aquellos dirigidos contra superiores de mayor rango jerárquico, en los que la actividad probatoria se ha centrado en mostrar la existencia de una Empresa Criminal Común (ECC), desde la cual los imputados

---

5 TIPY, 1998, *Case of the Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement,* IT-95-17/1-T, 10 December 1998; TIPY, 2001, *Case of the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Judgement,* IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 February 2001; TIPY, 2003, *Case of the Prosecutor v. Dragan Nikolić, Judgement, IT-94-2-S, 18 December de 2003.*

6 TIPY, 1998, *Case of the Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement,* IT-95-17/1-T, 10 December 1998; TIPY, 2001, *Case of the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Judgement,* IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 February 2001.

7 TIPY, 2001, *Case of the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Judgement,* IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 February 2001.

8 Ibid., párss. 807

utilizaron su posición jerárquica para promover la comisión de los delitos por sus subordinados en aras de alcanzar el objetivo común de la ECC. Los casos Krajisnic y Brdanin, responden a esta segunda tipología[9].

En estos casos, el esfuerzo probatorio por demostrar la existencia de los crímenes sexuales es menor, centrándose el mismo, además de en mostrar la existencia de una ECC[10], en establecer la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la participación de los acusados en la misma[11], el conocimiento de éstos sobre los hechos punibles[12], y la intención de que sus subordinados los lleven a cabo[13]. En este contexto, la prueba de la posición de autoridad de los acusados y de la influencia de los mismos sobre sus subordinados (autores materiales de los delitos) ha adquirido particular relevancia.

El hecho de que el objeto de la prueba varía entre los dos tipos de casos de crímenes de naturaleza sexual analizados, no implica un cambio sustancial en los medios probatorios empleados, ya que en los casos Brdanin y Krajisnik, al igual que en los casos Nikolic, Furundzija y Kunarac et. al., la prueba testimonial ha sido el principal medio para demostrar los hechos imputados[14].

En este sentido, la Sala de Primera Instancia en el caso Brdanin ha subrayado que el valor probatorio de los testigos directos, incluyendo a las víctimas de crímenes de naturaleza sexual, depende de

---

9 TIPY, 2006, *Case of the Prosecutor v. Momcilo Krajisnic, Judgement,* IT-00-39-T, 27 September 2006; TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement,* IT-99-36-T, 1 September 2004.

10 Ibid., párss. 250-265; 883-886.

11 TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement,* IT-99-36-T, 1 September 2004.

12 TIPY, 2006, *Case of the Prosecutor v. Momcilo Krajisnic, Judgement,* IT-00-39-T, 27 September 2006; TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement,* IT-99-36-T, 1 September 2004.

13 Ibid., párss. 987-1005; 2357-2366.

14 TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement, IT-99-36-T, 1 September 2004*; TIPY, 2006, *Case of the Prosecutor v. Momcilo Krajisnic, Judgement,* IT-00-39-T, 27 September 2006.

comprobar su confiabilidad objetiva[15]. Para ello es necesario tener en cuenta el grado de compatibilidad entre el testimonio en el juicio oral y las declaraciones escritas antes del mismo[16]. A este respecto, la Sala de Primera Instancia ha reconocido que algunos aspectos del testimonio oral de un testigo no pueden ser idénticos a la información contenida en sus declaraciones previas escritas[17], puesto que a un testigo se le pueden hacer preguntas en el juicio que no se le hayan realizado previamente, o puede también, a raíz de ciertas preguntas, recordar detalles antes olvidados u omitidos[18]. Asimismo, la Sala se ha mostrado consciente de que los testimonios sobre hechos que se produjeron al menos diez años antes, pueden implicar incertidumbres debido a la fragilidad de la percepción humana[19], de manera que la ausencia de detalles no implica necesariamente su descrédito[20]. En consecuencia, no se ha rechazado la credibilidad de un testigo que anteriormente haya relatado la esencia de los hechos, a pesar de que se puedan encontrar ciertos detalles contradictorios en su testimonio[21].

En relación con los testigos que no presenciaron directamente los hechos imputados, la Sala de Primera Instancia ha subrayado que la prueba indirecta es admisible según la práctica y la jurisprudencia del TIPY[22], de manera que el hecho de que un elemento de prueba tenga un carácter indirecto (ya haya sido escuchado de un testigo directo, o sea un mero "rumor"), no necesariamente le priva de va-

---

15 TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement,* IT-99-36-T, 1 September 2004; otros factores también tenidos en cuenta por la Sala de Primera Instancia han sido el conocimiento que los testigos tengan sobre los hechos presuntamente constitutivos de crímenes, su falta de interés personal en el caso, su integridad y el hecho de que están obligados a decir la verdad en los términos de la declaración solemne que realizan.

16 Ibid., párss. 26.

17 TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement,* IT-99-36-T, 1 September 2004.

18 Ibid., párr. 34.

19 Ibid., párr. 25.

20 Ibid., Nota al pie 21.

21 Ibid., párr. 34. Nota al pie 22..

22 Ibid., párr. 28

lor probatorio[23], puesto que este depende de su voluntariedad, veracidad y confiabilidad, a la luz del resto de elementos de prueba presentados[24]. Este es también el caso de las declaraciones escritas, donde la ausencia de oportunidad de interrogar a la persona que las realizó, así como el hecho de que un rumor sea de "primera mano", son factores relevantes para atribuirle un mayor o menor valor probatorio[25]. Sin embargo, lo cierto es que la propia Sala de Primera Instancia en el caso Brdanin ha reconocido que el valor probatorio que se otorga a los elementos de prueba indirectos suele ser menor que el atribuido al testimonio oral de un testigo que ha sido interrogado bajo juramento, si bien en última instancia ello dependerá de las circunstancias infinitamente variables que rodean a los distintos elementos de prueba[26].

Finalmente, en cuanto a la prueba documental, la Sala de Primera Instancia en el caso Brdanin ha admitido la mayor parte de los documentos presentados, variando únicamente el valor probatorio atribuido a los mismos a la luz de: (a) el contexto general de los demás elementos de prueba[27]; y (b) la determinación, mediante el análisis de su origen y su cadena de custodia, sobre la autenticidad de los documentos presentados (incluyendo aquellos que contienen las declaraciones escritas de los testigos)[28].

A diferencia del caso Brdanin, en el caso Krajisnik, y a pesar del alto volumen de elementos de prueba admitidos en el caso (3800 de la Fiscalía, 330 de la Defensa y 27 allegados directamente por la Sala[29]), la Sala de Primera Instancia no ha expuesto de forma tan exhaustiva cuál es el tratamiento dado a los mismos, a pesar de haber adoptado una política general favorecedora de la admisión de elementos de prueba, con tal de que fueran compatibles con espíritu

---

23 Ibid., párr. 29.
24 Ibid., Nota al pie 25-29.
25 Ibid., párr. 29..
26 Ibid., Nota al pie 30
27 Ibid., párr. 30.
28 Ibid., párr. 31, 34.
29 TIPY, 2006, *Case of the Prosecutor v. Momcilo Krajisnic, Judgement, IT-00-39-T, 27 September 2006.*

del ETIPY y los principios generales del derecho, particularmente, el principio *indubio pro reo*[30].

En términos generales, la Sala de Primera Instancia ha rechazado el valor probatorio de aquellas pruebas que, como resultado del conjunto del expediente del caso, resultan poco fiables o irrelevantes para el propósito de llegar a una determinación judicial[31]. En particular, la Sala ha contrastado el testimonio del propio Krajisnik con las pruebas aportadas por la Fiscalía, consistentes mayoritariamente en testigos directos (incluyendo víctimas de crímenes de naturaleza sexual) e indirectos, pruebas documentales, declaraciones en medios de comunicación, intercepción de llamadas telefónicas y actas de reuniones presididas por el acusado, lo que le ha llevado a rechazar las alegaciones del acusado sobre su desconocimiento de los delitos imputados, incluyendo los crímenes de naturaleza sexual[32].

3. TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA

En los casos contra Jean-Paul Akayesu (alcalde de la localidad de Taba, Ruanda, que ostentaba el control exclusivo de su policía municipal y comunitaria, y donde al menos dos mil personas de origen tutsi fueron asesinadas) y Théoneste Bagasora (director de gabinete en el Ministerio de Defensa durante el conflicto armado en Ruanda, y persona a cargo de la gestión del Ministerio de Defensa en ausencia del Ministro), los medios probatorios a los que se ha dado mayor importancia son los testimonios de las víctimas y de otros testigos directos, las declaraciones de los testigos indirectos, y los informes de las visitas de los acusados a los lugares donde se cometieron los delitos[33]. Sin embargo, de entre todos ellos, ambas Salas de Primera Instancia

---

30 Ibid., párr. 22.

31 Ibid., Nota al pie 40.

32 Ibid., párrs. 291, 304, 327, 372, 461, 545, 1105.

33 TIPR, 1998, *Case of the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement,* ICTR-96-4-T, 2 September 1998; TIPR., 1998, *Case of the Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Judgement, ICTR-98-41-T, 18 December de 2008.*

han dado prioridad al testimonio de las víctimas de los crímenes de naturaleza sexual[34].

La actividad probatoria en el caso Akayesu ha contado con una amplia variedad de testigos directos, principalmente víctimas, que han declarado sobre el hecho de que el acusado había presenciado la comisión de violaciones ocurridas en las propias instalaciones de la alcaldía de Taba y en sus alrededores[35]. La Sala de Primera Instancia ha dado más valor probatorio a estos testimonios que a los informes escritos y hojas de registro, que permiten acreditar las visitas a la alcaldía de Taba y sus alrededores mientras los crímenes imputados eran cometidos[36].

La Sala de Primera Instancia se ha ocupado, en particular, de dos cuestiones importantes en lo relativo a la valoración de la prueba: (a) el impacto del trauma en los testigos; y (b) las cuestiones de interpretación, unidas a aquellas circunstancias culturales que pudieran afectar a la comprensión de los elementos de prueba presentados[37]. En cuanto a la primera, la Sala ha traído a colación la regla 96(i) de las RPPTPIR, que se ocupa específicamente de aquellos casos de testimonios de víctimas de violencia sexual, subrayando que no es necesaria su corroboración, toda vez que cuentan con una presunción de fiabilidad[38].

Con relación a la segunda, la Sala de Primera Instancia se ha ocupado de diversos términos empleados indistintamente por los testigos (por ejemplo, el adulterio, el empleo de una cama, la toma por la fuerza o la coerción), y que han sido traducidos genéricamente como "violación". A través de consultas con sus intérpretes oficiales, la Sala ha distinguido los contextos específicos en que se emplea cada término, y ha señalado que, si bien la comprensión del contexto en el que se utiliza cada término es fundamental para una comprensión de

---

34 Ibid., párrs. 449-460; 1724-1727.

35 TIPR, 1998, *Case of the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement,* ICTR-96-4-T, 2 September 1998.

36 Ibid., párr. 449.

37 TIPR, 1998, *Case of the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement,* ICTR-96-4-T, 2 September 1998.

38 Ibid., párr. 134.

su significado, todos ellos se refieren a crímenes de la competencia del TIPR[39].

En el caso contra Bagosora, además de los testimonios de las víctimas que han permitido probar la comisión de los distintos crímenes de naturaleza sexual[40] sin necesidad de acudir a la corroboración[41], se han admitido también los testimonios de varios expertos, que han contribuido a establecer un patrón de conducta dentro de un lugar y tiempo determinados [42].

Asimismo, la Sala de Primera Instancia ha utilizado varios testimonios de testigos presentados por la defensa para probar la sistematicidad y el patrón de conducta en la comisión de crímenes de naturaleza sexual, puestos en marcha por la organización encabezada por el acusado, o que al menos contaban con la aquiescencia de la misma[43]. Esta situación se ha producido en particular en relación con los crímenes sexuales cometidos en recintos religiosos. Así, varios testigos de la defensa han declarado haber presenciado crímenes en lugares como el recinto *Saint Charles Lwanga Church*[44], mientras que los hechos alegados por la Fiscalía se referían a delitos cometidos en *St.*

---

39 Ibid., párrs. 152-153.

40 TIPR., 1998, *Case of the Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Judgement,* ICTR-98-41-T, 18 December de 2008.

41 Ibid., párr. 138.

42 Ibid., párrs. 1728-1733.

43 Las defensas de los acusados presentaron en su mayoría pruebas testimoniales, dirigidas a mostrar la inocencia de los acusados. En el caso contra Renzaho, testigos como HIN y PER, negaron la existencia de las violaciones sexuales imputadas. Así mismo, los testigos DBB y DCC en el caso Akayesu, aseguraron que no habían oído acerca de violaciones ocurridas en la alcaldía de Taba. La Sala de Primera Instancia, no obstante, no dio valor probatorio a estos testimonios (y en algunos casos llegó incluso a inadmitir los mismos), porque o bien se trataba de testigos indirectos cuyo valor probatorio no era comparable a los testigos presenciales aportados por la Fiscalía, o incluso los mismos acusados habían aceptado que se produjeron ciertos crímenes de naturaleza sexual. Sin embargo, esto no impidió que las Salas de Primera Instancia les atribuyeran cierto valor probatorio para la construcción de los contextos de los delitos.

44 Ibid., párrs. 934-935.

Josephite Centre[45]. Ante esta situación, la Sala de Primera Instancia ha llegado a la conclusión de que los testigos de la defensa han dado cuenta de hechos sexuales muy similares, aunque cometidos en otro recinto, lo que, en su opinión, prueba el contexto y el patrón de conducta dentro de un marco espacio-temporal[46].

El caso contra Sylvestre Gacumbitsi, dirigente del Movimiento Revolucionario Nacional para la Democracia y Desarrollo (MRND por sus siglas en francés), presenta algunas particularidades importantes debido a la ausencia de testigos directos que incriminen al acusado. En este contexto, la Sala de Primera Instancia ha atribuido un valor probatorio importante a la declaración de un testigo presencial que, sin ver directamente al acusado, reconoció la voz de éste como aquella que aparecía en los llamamientos públicos para perseguir a los tutsis[47]. Además, la Sala ha subrayado que el hecho de que a una víctima de violación sexual se le encuentren incongruencias entre su declaración escrita y su testimonio oral, no afecta necesariamente su credibilidad[48].

Finalmente, y también de forma excepcional, la Sala de Primera Instancia ha admitido como elementos de prueba en el caso Renzaho grabaciones radiales, al llegar al convencimiento de que el acusado había realizado peticiones públicas a través de una emisión radial, incitando a cometer violaciones en contra de las mujeres tutsis[49].

---

45 Ibid., pp. 54-63.

46 Ibid., párr. 1616.

47 TIPR, 1998, *Case of the Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Judgement,* ICTR-98-41-T, 18 December de 2008.

48 El TIPR ha admitido también, en los casos contra Bagosora, Renzaho y Akayesu, testimonios que presentaban incongruencias respecto a las fechas y otros aspectos, bajo el argumento de que el sufrimiento vivido a raíz de las violaciones y el contexto en el que se encontraba Ruanda puede dejar graves consecuencias psíquicas y mentales, las cuales se traducen en que las víctimas no puedan tener mayor exactitud en sus declaraciones.

49 TIPR, 2009, *Case of the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Judgement, I*CTR-97-31-T, 14 July 2009.

4. CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

En la CESL, los crímenes de naturaleza sexual han sido objeto, en particular, de los casos relativos a los miembros del Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC por sus siglas en inglés) y del Frente Revolucionario Unido (RUF por sus siglas en inglés)[50]. En ambos casos, la Fiscalía ha alegado que los miembros del AFRC y del RUF, cometieron de forma generalizada violencia sexual (incluyendo violaciones y llegando en ocasiones a la esclavitud sexual) contra numerosas mujeres y niñas[51], conformando un patrón de conducta conforme al cual los perpetradores secuestraron y detuvieron a las víctimas, obligándolas a realizar actos sexuales[52].

Las partes en los casos AFRC y RUF presentaron mayoritariamente prueba testifical, lo que encaja con la práctica general ante la CESL en relación con otro tipo de delitos, puesto que si bien las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CESL recogen cinco tipos de medios probatorios[53], los elementos de prueba documentales, tales como los informes de organizaciones internacionales o el testimonio

---

50 En enero de 2004 la Sala de Primera Instancia de la CESL determinó agrupar y juzgar a los acusados en función de su pertenencia a los distintos grupos armados en conflicto. Como resultado, los casos existentes fueron agrupados en cuatro: (a) el caso *Prosecutor v. Sesay, Kallon y Gbao* correspondiente a altos mandos del Frente Unido Revolucionario (RUF, por sus siglas en inglés); (b) el caso *Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu* correspondiente a altos mandos del Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC, por sus sigals en inglés); (c) el caso *Prosecutor v. Norman, Fofana* y *Kondewa*, correspondiente a altos mandos de las Fuerzas de Defensa Civil (CDF, por sus siglas en inglés); y (d) el caso *Prosecutor v. Taylor*, ex Presidente de Liberia. Únicamente en las causas RUF, AFRC y en el caso *Taylor* se imputaron crímenes de naturaleza sexual.

51 CESL, 2003, *Case of the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Indictment, SCSL-03, 07 March 2003*; CESL, 2003, *Case of the Prosecutor v. Morris Kallon, Indictment, SCSL-03, 07 March 2003.*

52 Idem.

53 *Rules of Procedure and Evidence of the Special Court for Sierra Leone,* enero 16 de 2002; CESL, 2007, *Case of the Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T, 20 June de 2007*; CESL, 2012, *Case of the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgement, SCSL-03-01-T, 18 May 2012.*

de peritos, han jugado un papel secundario[54]. La prueba testifical presentada por las partes en los casos AFRC y RUF, puede dividirse en dos grupos: (a) la proveniente de víctimas de violencia sexual; y (b) aquella dada por quienes observaron directamente los hechos o supieron indirectamente de ellos de una u otra forma.

Con respecto a ambos tipos de testimonios, las Salas de Primera Instancia han tomado como parámetro de valoración su consistencia, coherencia y credibilidad. Así, para cada testimonio presentado se ha elaborado un análisis individual para contrastar cuidadosamente cada una de las declaraciones con el resto de material probatorio presentado por las partes[55].

De igual manera, las Salas de Primera Instancia han decidido tomar en cuenta la situación particular atravesada por algunas personas al testificar, puesto que muchos de los testigos presentados en la audiencia han declarado sobre hechos de los que han sido víctimas, y a raíz de los cuales han sufrido un menoscabo en su integridad física y/o emocional. Por ello, al evocar tales actos durante la práctica de la prueba, y considerando el estrés que puede ocasionar declarar ante un órgano jurisdiccional internacional, se ha aceptado la alta probabilidad de que el contenido del testimonio podría verse afectado por esta situación[56]. En este contexto, las Salas han considerado innecesario entrar en un escrutinio exhaustivo de los testigos durante su declaración, puesto que éste podría revictimizarles[57].

Un análisis comparativo entre los dos tipos de testimonios arriba mencionados, arroja que los testimonios de las víctimas de delitos sexuales han tenido un mayor peso probatorio que los testimonios de quienes conocieron directa o indirectamente sobre los hechos

---

54 CESL, 2012, *Case of the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgement, SCSL-03-01-T, 18 May 2012.; Human Rights Watch,* 2002*, We will kill you if you cry, Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict.*

55 CESL, 2007, *Case of the Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T, 20 June de 2007*; CESL, 2012, *Case of the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgement,* SCSL-03-01-T, 18 May 2012.

56 Ibid., párrs. 111; 173.

57 Idem.

imputados[58]. A esta conclusión se llega atendiendo a los supuestos en los que la Sala de Primera Instancia en el caso RUF ha aceptado testimonios únicos, sin corroboración, para comprobar algunos de los hechos imputados[59].

Además, teniendo en cuenta las dificultades de obtener elementos de prueba que muestren la concurrencia de los distintos elementos de los crímenes de naturaleza sexual, las Salas de Primera Instancia de la CESL han afirmado la necesidad de flexibilizar algunos estándares. Así mismo, han subrayado la necesidad de establecer elementos guía para la evaluación de la credibilidad de los testigos, sobre todo teniendo en cuenta los contextos de coerción en los que se encuentran las víctimas en el momento de la comisión de los delitos[60].

5. CORTE PENAL INTERNACIONAL

La jurisprudencia de la CPI ha desarrollado, particularmente en los casos Katanga y Bemba[61], una serie de elementos que completan

---

58 CESL, 2003, *Case of the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Indictment,* SCSL-03, 07 March 2003; los casos en que la Fiscalía ofreció testimonios únicos de quienes, sin ser víctimas, conocieron directa o indirectamente sobre los hechos imputados, y que fueron considerados suficientes por la Sala de Primera Instancia para probar los mismos, fueron muy pocos. Dichos testimonios fueron sometidos a un estricto análisis de los estándares probatorios estipulados y tuvieron la particularidad de no ser controvertidos por la Defensa. En contraste, los testimonios únicos de víctimas de delitos de violencia sexual fueron más recurrentes y en su mayoría fueron considerados suficientes para comprobar los crímenes de violación y esclavitud cometidos en Sawao y Bumpeh, aun cuando fueran controvertidos en su contenido por la Defensa.

59 CESL, 2007, *Case of the Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu, Judgement,* SCSL-04-16-T, 20 June de 2007; la Sala de Primera Instancia no dio valor probatorio a los testimonios únicos presentados por la Fiscalía en el caso AFRC por considerarlos vagos y faltos de los elementos necesarios para establecer los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

60 CESL, 2003, *Case of the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Indictment,* SCSL-03, 07 March 2003.

61 CPI, 2007, *Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of Charges,* ICC-01/04-01/06, 29 January 2007; CPI, 2009, *Case of*

lo dispuesto en el ECPI y las RPP en materia de práctica y valoración de la prueba de los crímenes de naturaleza sexual.

En primer lugar, los hechos constitutivos de los crímenes de esclavitud sexual y violación han sido probados en ambos casos mediante testimonios orales, tanto de víctimas directas que fueron secuestra-

---

the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, 15 June de 2009; CPI, 2008, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges,* ICC-01/04-01/07, 30 September 2008; la CPI cuenta a la fecha con nueve situaciones bajo investigación, dentro de las cuales se sustancian veintitrés casos individuales (CPI, s.f). Para desarrollar el presente análisis, se puso particular énfasis en los casos contra Germain Katanga –líder de las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (FRPI) —quien jugó un papel esencial en la planificación e implementación del ataque contra la aldea de Bogoro el 23 de febrero de 2003— y Jean Pierre Bemba —fundador del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) y su brazo armado, el Ejército de Liberación del Congo (ELC), que fue una de las partes involucradas en el conflicto armado en la República Centroafricana. Ambos casos comportan la comisión de crímenes de naturaleza sexual. En contraste con los estos dos casos, la Sala de Primera Instancia del caso Lubanga no ha encontró al acusado responsable de ningún crimen de naturaleza sexual. Si bien, durante la sustanciación del juicio oral, los representantes legales de las víctimas solicitaron la consideración de cargos adicionales de índole sexual, la Sala de Apelaciones determinó que, para no afectar los derechos del acusado, no había lugar al cambio de calificación jurídica de aquellos hechos que podían calificarse como crímenes de naturaleza sexual, puesto que la Fiscalía no los había imputado en el momento procesal oportuno. Ahora bien, la propia Sala de Apelaciones señaló, que el problema presentado no impedía que la configuración de los hechos probados como crímenes de naturaleza sexual pudiera ser tenida en cuenta en la determinación de la pena y el establecimiento de las reparaciones. En vista de ello, la Sala de Primera Instancia evaluó testimonios directos que probaron diversos actos de violación cometidos por comandantes y soldados de las FPLC contra de menores durante su reclutamiento y entrenamiento, llegando incluso a que algunas víctimas fungieran como esclavas domésticas, o provocando su expulsión del grupo armado por el hecho de haberse quedado embarazadas. El análisis de los medios probatorios permitió a la Sala estudiar las modalidades más apropiadas para reparar a las víctimas de violencia sexual, y establecer la necesidad de priorizar la asistencia para las víctimas pertenecientes a grupos especialmente vulnerables, como las víctimas de violencia sexual o de género.

das y violadas por combatientes, como de testigos indirectos cuyas declaraciones han sido corroboradas por las víctimas directas[62]. De esta forma, el tratamiento probatorio en la CPI coincide con la tendencia observada en el resto de los tribunales internacionales examinados, ya que la prueba testimonial prevalece como el principal medio probatorio para los crímenes de naturaleza sexual[63].

En segundo lugar, en el marco de las actuaciones de confirmación de cargos, se ha estipulado que como regla general, al valorar testimonios provenientes de fuentes conocidas, deberá realizarse un examen casuístico sobre su valor probatorio que tome en cuenta factores tales como (a) la coherencia interna del propio testimonio; (b) el conjunto de las otras pruebas practicadas en el juicio oral; (c) la confiabilidad de la fuente del testimonio; y (d) la posibilidad que tiene la defensa de controvertir dicha fuente[64].

En tercer lugar, en el marco de la propia audiencia de confirmación de cargos, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II han realizado dos precisiones importantes. Por una parte, las Salas han señalado que desconocer la fuente precisa del testimonio no implica *per se* la inadmisibilidad de la prueba, toda vez que tal situación puede reflejarse en el valor probatorio que la Sala atribuya a la misma, pudiendo exigir que ésta sea cotejada con el acervo probatorio general del caso, examinándose así su consistencia y veracidad[65]. Por otra parte, en lo que respecta a los testigos menores de edad, la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP) ha concluido en el caso Katan-

---

62 CPI, 2009, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, 15 June de 2009*; CPI, 2014, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de March de 2014;* CPI, 2008, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07, 30 September 2008.*

63 Idem.

64 CPI, 2009, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, 15 June de 2009.*

65 CPI, 2008, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07, 30 September 2008;* CPI, 2009, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, 15 June de 2009.*

ga que al valorar tales testimonios es indispensable tener en cuenta las circunstancias específicas de los testigos menores, incluyendo las dificultades para encontrar una explicación completa, coherente y lógica de los acontecimientos vividos, o el desvanecimiento de los recuerdos con el paso del tiempo[66]. Así, en razón de lo anterior, se han aplicado las normas 54(1)(b) y 42(9) del ECPI, y la regla 17(3) de las RPP, de forma que en los procedimientos con estas características se incorporen peritos en el tratamiento de menores[67].

Junto a la prueba testifical, en el caso Bemba en particular han sido presentados diversos tipos de prueba documental, incluyendo documentos de las Naciones Unidas[68], uno de Amnistía Internacional (2004) y tres de la Federación Internacional de Derechos Humanos[69]. Estos medios de prueba han sido empleados en el marco de la confirmación de cargos para corroborar testimonios directos y para evidenciar el gran número de actos de violación que tuvieron lugar en los sitios mencionados por los testigos directos[70]. Con esta misma finalidad, las partes han presentado también transcripciones de entrevistas, videos, registros de una gran variedad de organizaciones, cartas, fotografías y mapas[71].

Para concluir, conviene subrayar que, en el año 2014, la Fiscalía hizo público su documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género, en el que se considera este tipo de crímenes entre sus objetivos estratégicos, determinando dedicar parte de sus recursos e investigación a la capacitación de sus personas y persecución

---

66 CPI, 2014, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute,* ICC-01/04-01/07-3436, 7 de March de 2014.

67 CPI, 2008, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, I*CC-01/04-01/07, 30 September 2008.

68 Organización de las Naciones Unidas, 2002, *Central African Republic Weekly Humanitarian Update.*

69 Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 2002, *Communiqué de presse de la FIDH daté du 5 novembre 2002.*

70 CPI, 2009, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges,* ICC-01/05-01/08-424, 15 June de 2009.

71 Ibid., párr. 11.

de los principales responsables de crímenes sexuales[72]. Además, en cuestiones procedimentales y probatorias, la Fiscalía asume el compromiso de buscar enfrentar el bajo porcentaje de denuncias de estos crímenes debido a factores sociales, culturales o religiosos, al estigma para las víctimas y a la falta de elementos de prueba disponibles[73].

6. CONCLUSIÓN

En el ámbito del Derecho internacional penal, la normativa contenida en los artículos 68(2) y 69(2) del ECPI y en las reglas 70 y 71 de las RPP, constituyen la regulación más desarrollada hasta el momento en el ámbito del Derecho internacional penal en lo que se refiere a la práctica y valoración de la prueba de los delitos de naturaleza sexual. La misma es consecuencia del largo proceso gestado a través del TIPY, el TIPR y la CESL, y que se inició con la visibilización del carácter gravísimo de los actos de violencia sexual y la consecuente necesidad de adoptar medidas específicas encaminadas a prohibir, prevenir, sancionar y reparar los mismos.

El desarrollo de las actuales normas sustantivas y procesales concernientes a los crímenes sexuales no ha traído, sin embargo, la solución a algunos de los grandes desafíos técnico-procesales derivados del alto grado de exigencia que requiere su investigación y enjuiciamiento. Cuestiones como la dificultad en la obtención de testimonios fiables, la habitual inexistencia de testigos oculares o la exigencia en algunas instancias del conocimiento directo del superior jerárquico, por poner sólo algunos ejemplos, han sido en la práctica sorteadas hasta el momento, con suerte desigual, en la manera en que se detalla en el presente trabajo.

---

72 *International Criminal Court*, Fiscalía, 2014, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*.

73 Idem; aún más importante, la política de la Fiscal irá encaminada a la protección de la seguridad, la salud física y psicológica, la dignidad y la privacidad de víctimas y testigos durante la investigación. Asimismo, establece que tratará de perseguir los crímenes sexuales por sí solos sin importar que éstos se subsuman en otro tipo de delitos.

La jurisprudencia que aborda estas cuestiones, donde destaca la tendencia observada en los cuatro tribunales internacionales penales analizados de hacer prevalecer la prueba testimonial (en particular el testimonio de las víctimas) como el principal medio probatorio para los crímenes de naturaleza sexual (y ello a pesar de la habitual inexistencia de testigos oculares), sirve, a su vez, como punto de partida para fortalecer un sistema probatorio centrado en la protección de la dignidad e integridad de las víctimas, que, sin menoscabo de los derechos del acusado, ha de servir de referencia para que los operadores jurídicos nacionales ejerzan la jurisdicción penal frente a los responsables de crímenes internacionales de naturaleza sexual.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona

CESL, 2003, *Case of the Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Indictment, SCSL-03, 07 March 2003.*

CESL, 2003, *Case of the Prosecutor v. Morris Kallon, Indictment, SCSL-03, 07 March 2003.*

CESL, 2007, *Case of the Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu, Judgement, SCSL-04-16-T, 20 June de 2007.*

CESL, 2009, *Case of the Prosecutor v. Sesay, Kallon y Gbao, Judgement, SCSL-04-15-T, 2 March 2009.*

CESL, 2012, *Case of the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgement, SCSL-03-01-T, 18 May 2012.*

Corte Penal Internacional

CPI, 2008, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07, 30 September 2008.*

CPI, 2008, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of Arrest, ICC-01/05-01/08-1, 23 May 2008.*

CPI, 2009, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/05-01/08-424, 15 June de 2009.*

CPI, 2012, *Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.*

CPI, 2014, *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de March de 2014.*

CPI, 2007, *Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007.*

CPI, 2015, Case *of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Amended order for reparations (Annex A) ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, 3 March 2015.*

CPI, 2015, *Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Amended order for reparations (Annex 1), ICC-01/04-01/06-3129-Anx1, 3 March 2015.*

CPI, 2015, *Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Amended order for reparations (Annex 2), ICC-01/04-01/06-3129-Anx2, 3 March 2015.*

Jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia

TIPY, 1998, *Case of the Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement, IT-95-17/1-T, 10 December 1998.*

TIPY, 2001, *Case of the Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Judgement, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 February 2001.*

TIPY, 2003, *Case of the Prosecutor v. Dragan Nikolić, Judgement, IT-94-2-S, 18 December de 2003*

TIPY, 2004, *Case of the Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement, IT-99-36-T, 1 September 2004.*

TIPY, 2006, *Case of the Prosecutor v. Momcilo Krajisnic, Judgement, IT-00-39-T, 27 September 2006.*

Jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para Ruanda

TIPR, 1996, *Case of the Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Indictment, ICTR-96-7-I, 1996.*

TIPR, 1998, *Case of the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, 2 September 1998.*

TIPR., 1998, *Case of the Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Judgement, ICTR-98-41-T, 18 December de 2008.*

TIPR, 2009, *Case of the Prosecutor v. Tharcisse Renzaho, Judgement, ICTR-97-31-T, 14 July 2009.*

Doctrina

Amnistía Internacional, 2004, *Central African Republic, Five months of war against women.*

Bastick, M., Grimm K. y Kunz R., 2007, *Sexual Violence In Armed Conflict. Global Overview and Implications for the Security Sector.*

Cohen, D., 2012, *Prosecuting Sexual Violence from Tokyo to the ICV*, en Bergsmo, M., Butenschon Skre A., y J. Wood, E. (ed.), *Understanding and Proving International Sex Crimes.* Beijing: Torkel Opsahl *Academic EPublisher.*

International Criminal Court, Fiscalía, 2014, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes.*

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 2002, *Communiqué de presse de la FIDH daté du 5 novembre 2002.*

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 2003, *Quand les éléphants se battent, c'est l'herbe qui souffre.*

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 2006, *République centrafricaine, Oubliées, stigmatisées: la double peine des victimes de crimes internationaux.*

Human Rights Watch, 2002, *Sowing Terror, Atrocities against civilians in Sierra Leone.*

Human Rights Watch, 2002, *We will kill you if you cry, Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict.*

Kirby P., 2012, *How is rape a weapon of war? Feminist International Relations, modes of critical explanation and the Study of wartime sexual violence. European Journal of International Relations, 19(4), 797-821.*

Organización de las Naciones Unidas, 2002, *Central African Republic Weekly Humanitarian Update.*

Pratt, M. y Werchick L., 2004, *Sexual Terrorism: Rape as a Weapon of War in Eastern Democratic Republic of Congo. An assessment of programmatic responses to sexual violence in North Kivu, South Kivu, Maniema, and Orientale Province.*

Rules of Procedure and Evidence of the Special Court for Sierra Leone, enero 16 de 2002.

Sácouto S. y Cleary K., 2008, *The Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court.*

Women's Initiatives for Gender Justice, 2005, *Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & The International Criminal Court's Elements of Crimes.*

26. La aplicación de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder a delitos de violencia sexual: particular atención a los supuestos en que se configuran como crímenes de lesa humanidad y de guerra[*]

MARIANA DE LA ROCHE[*]
DAVID DELGADO[*]
DANIELA ESCALLÓN VICARÍA[*]
CARLOS FONSECA SÁNCHEZ[*]
HÉCTOR-LEÓN HERNÁNDEZ[*]
JULIÁN JACCARD[*]
JOEL RAMÍREZ MENDOZA[*]

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia, los efectos del conflicto armado han sido devastadores y han afectado de manera particular a ciertos sectores de la población que presentan una vulnerabilidad manifiesta, como es el caso de aquellas mujeres que al encontrarse inmersas en las zonas de conflicto sufren toda clase de violencia, incluso de naturaleza sexual.

---

[*] Escrito bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo.
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).
[*] Clínica Jurídica Internacional (2011-II).

La violación[1], tipificada en el Código Penal colombiano como acceso carnal[2], ha sido tradicionalmente considerada en la dogmática penal aplicada en Colombia como un delito de propia mano, de manera que sólo podría realizar la conducta típica quien comete el acto materialmente, sin que su comisión pueda ser delegada en otro. *Contrario sensu*, no podría cometer el delito quien actúa por persona interpuesta.

Sin embargo, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá se interrogó sobre la posibilidad de imputar a los comandantes paramilitares por los delitos de violación cometidos por los miembros de los Bloques o Frentes que dirigían. Desde una perspectiva teórica, esto equivaldría a imputar dicho delito a través de la figura de la autoría mediata[3].

En este contexto, el presente artículo analiza la posibilidad de aplicación de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder en delitos de violencia sexual. Para ello, expone en primer lugar la condición vulnerable de la mujer en el marco del conflicto armado colombiano y las obligaciones del Estado colombiano al respecto, para a continuación analizar la pregunta desde un ángulo jurídico-dogmático, y terminar estudiando las posibles respuestas que

---

1 Por su parte, según los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional (EC), comete el delito de violación quien "haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo" cuando "la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento". Esta conducta puede constituirse tanto en un crimen de lesa humanidad, Artículo 7 (1) (g) (1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), como en un crimen de guerra, Artículos 8 (2) (b) (xxii) (1) y 8 (2) (e) (vi) (1) del ECPI.

2 Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, art. 205.

3 La autoría mediata equivale a una forma de autoría donde la comisión del delito se hace a través de otra persona.

pueden brindarnos la jurisprudencia de los tribunales internacionales, el derecho comparado y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ).

2. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO COLOMBIANO ANTE LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO

2.1. La vulnerabilidad de la mujer en el conflicto armado colombiano

En el Auto 092 de 2008[4] (que desarrolla la Sentencia T-025 de 2004)[5], la Corte Constitucional (CC) colombiana identificó hasta diez circunstancias que evidencian la vulnerabilidad de la mujer en el contexto del conflicto armado colombiano[6]. Entre ellas, la Corte

---

4 Corte Constitucional de Colombia, 2008, Auto 092 del 3 de marzo de 2009, M. P., Manuel José Cepeda Espinosa

5 Corte Constitucional de Colombia, 2004, Sentencia T-025 de 22 de enero, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa: En la sentencia T-025 del 2004, la Corte Constitucional colombiana declaró la existencia de un "estado de cosas inconstitucional" con relación al desplazamiento forzado que se presentaba en el país; Corte Constitucional de Colombia, 2008, Auto 092, M.P., Manuel José Cepeda Espinoza: en concreto, al constatar importantes violaciones de los derechos fundamentales de la población víctima de desplazamiento, la Corte impartió varias órdenes encaminadas a hacer cesar esas violaciones y a garantizar el goce efectivo de dichos derechos. Sin embargo, la Corte declaró que persistía este estado de violación "masiva, sistemática, profunda y persistente" de los derechos fundamentales de esta población, afectando de manera particular a las mujeres.

6 Corte Constitucional de Colombia, 2008, Sentencia Auto 092 de 22 de enero, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa: en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional ha identificado diez (10) riesgos de género en el marco del conflicto armado colombiano, es decir, diez factores de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres por causa de su condición femenina en el marco de la confrontación armada interna colombiana, que no son compartidos por los hombres, y que explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzoso sobre las mujeres; Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica. Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano. Bogotá: Ediciones Semana; Ley 1448

Constitucional mencionó en primer lugar la "violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado"[7].

En específico, la Corte expuso la existencia de reiteradas denuncias relativas a casos de violencia sexual, y en particular de violaciones que resultaban de una estrategia de guerra de los actores armados al margen de la ley[8]. En ese orden de ideas, la Corte concluyó que la violencia sexual contra la mujer no se presentaba como una conducta punible ordinaria y aislada, sino como un patrón regular de las acciones de guerra dirigidas a obtener una ventaja estratégica de carácter militar[9].

---

de 2011: Ley de víctimas y de restitución de tierras reconoce que las mujeres son un grupo expuesto a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3° de presente Ley.

7 Corte Constitucional de Colombia, 2008, Sentencia Auto 092 de 22 de enero, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Corte Constitucional de Colombia, 2008, Sentencia Auto 092 de 22 de enero, M.P, Manuel José Cepeda Espinosa: Dichos actos en contra de la mujer incluyen "(a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura —tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de,poblados—, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley; (b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliadores reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad […]".

9 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica. Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano. Bogotá: Ediciones Semana. Pp. 216 y ss.: sin embargo es pertinente mencionar que no toda la violencia sexual que existe en Colombia tiene una relación con el conflicto armado interno. El caso colombiano se diferencia de situaciones como la de la República Central Africana, actual-

Ejemplo paradigmático de esta situación es el caso de la región Caribe colombiana[10], donde la violencia sexual que se cometió contra las mujeres entre 1997 y 2005 tenía una relación estrecha con el auge del paramilitarismo[11] y el control social que desplegó sobre los habitantes de dicha región. Según el Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación (ahora Centro Nacional de Memoria Histórica), esta violencia, cuando cometida como estrategia de guerra, respondió a dos fines principales.

Por un lado, se utilizaba como castigo contra aquellas mujeres que no se ceñían a las normas de comportamiento impuestas por los grupos paramilitares[12], con el fin de lograr doblegar a la población civil[13]. En estos casos, se trataba de violencia sexual ejercida contra

---

mente ante la Corte Penal Internacional (CPI), donde la violencia sexual que sustenta la acusación de la Fiscalía es únicamente asociada al contexto de conflicto armado; Benetech & Corporación Punto de Vista, 2011, *Using Quantitative Data to Assess Conflict-Related Sexual Violence in Colombia: Challenges and Opportunities*, Bogotá: Opciones Gráficas Editores: En efecto, la violencia sexual no siempre se ejerció como una estrategia militar. Casos como los que se presentaron en el Caribe colombiano muestran que dicha violencia hacía parte del control social que ejercían los paramilitares en la región pero también nutrían los apetitos sexuales de los perpetradores.

10 Verdad Abierta, 2011, Fallo Simbólico contra la violencia sexual en el conflicto armado, Bogotá: Sin embargo, esta no es la única región de Colombia donde se presentaron comportamientos delictivos directamente dirigidos contra la mujer.

11 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica. Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano, Bogotá: Ediciones Semana. Pp. 52: En la reconstrucción de este contexto se quiso hacer énfasis en el carácter premeditado del conjunto de acciones que emprendieron los paramilitares entre 1997 y 2005 para alcanzar sus fines. Esta organización buscaba, a través del uso de repertorios de terror y la consolidación de alianzas, la expulsión de las guerrillas, la conquista de territorios estratégicos y su transformación en autoridad incuestionable en el Caribe colombiano.

12 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica. Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano, Bogotá: Ediciones Semana, pp. 158.

13 Es interesante notar que entre las Juntas argentinas (régimen autoritario que existió en Argentina desde 1976 hasta 1983 compuesto por sucesivas juntas militares) y los paramilitares en Colombia, aunque se trate de dife-

víctimas determinadas que, por lo general, eran líderes sociales, mujeres que rechazaban las imposiciones paramilitares, o compañeras de hombres señalados como enemigos de la organización.

Por otro lado, la violencia sexual contra las mujeres. Se utilizó también para 'sembrar la semilla de los propios' y acabar así con los enemigos. En estos casos, las víctimas eran mujeres que no cometieron necesariamente "'infracciones' contra la normativa social paramilitar"[14], tratándose por tanto de víctimas indeterminadas, que, si bien hacían parte de una comunidad a la cual los paramilitares buscaban dominar, no eran individualizadas por su comportamiento.

2.2. Las obligaciones relativas a la protección de la mujer en el sistema interamericano de derechos humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención de *Belém do Pará*[15], de las cuales Colombia es Estado Parte, brindan una protección especial a la mujer dada su condición de vulnerabilidad[16]. En aplicación de las mismas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha afirmado que, en el marco de los conflictos armados, la violencia sexual contra las mujeres amerita especial atención. Esto se traduce en la obligación de los Estados Parte, incluyendo a Colombia, de adoptar medidas dirigidas a prevenir, investigar y sancionar los delitos sexuales contra las mujeres[17],

---

rentes aparatos de poder, uno de origen legal y otro ilegal, existe un paralelo en la utilización de la violencia sexual como método para doblegar a poblaciones determinadas.

14 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica. Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano, Bogotá: Ediciones Semana, pp. 158

15 La adopción de la Convención *Belém do Pará*, refleja una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra la mujer, y su relación con la discriminación históricamente sufrida. (Caso Campo Algodonero, 2009, Párr. 61).

16 Velazco Arroyo J. C., 2007, Discriminación Positiva, Diversidad Cultural y Justicia, *Revista de Filosofía Daimon*, 41, pp. 141-156.

17 CorteIDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2006; CorteIDH, Caso

y en particular, en la obligación de que la investigación de dichos delitos se dirija a la verdadera sanción de los perpetradores, máxime si hay agentes estatales involucrados[18].

El alcance de estas obligaciones se especifica en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú[19], donde la CorteIDH mencionó que los Estados Parte deben brindar (i) "mecanismos necesarios para resolver la desigualdad real en la que pueden encontrarse las mujeres cuando buscan acceder a la justicia"[20] teniendo en cuenta (ii) la condición específica de la mujer, a quien la violencia afecta de forma especialmente grave[21]. Todo esto en el marco de una justicia

---

Ximenes Lopes vs. Brasil, Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006; CorteIDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de septiembre de 2006: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: […] actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

18 CorteIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2011, párr. 87; CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006, párr. 256; CorteIDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de septiembre de 2006, párr. 177; CorteIDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de septiembre de 2006, párr. 119; Artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará, interpretado a la luz de los artículos 5, 1.1 y 2 de la CADH.

19 CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006, párr. 256.

20 Rincón, T., 2010, Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario Bogotá, pp. 143.
Esta protección que tiene que desplegar el Estado se encuentra encaminada a restablecer la balanza en el marco del trato desigual que ha sido destinado a las mujeres de manera histórica.

21 Rincón, T., 2010, Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario Bogotá, pp. 143. El reconocimiento de esta afectación diferenciada y desproporcionada es fundamental para ampliar y fortalecer la capacidad de las autoridades judiciales penales de percibir adecuadamente el daño específico, particular y distinto que puede sufrir una mujer víctima; y crea, a su vez, las condiciones para sa-

que busque la verdad, la justicia y la reparación[22]. De tal manera que la protección de la mujer en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) implica que los Estados Parte no sólo deben favorecer un acceso idóneo y efectivo a la justicia, sino también (i) adaptar "la tipificación de conductas, como expresión de una política criminal y penitenciaria"[23], e (ii) implementar métodos especiales para investigar las causas y las razones de los delitos que afectan a las mujeres, de manera particularmente discriminatoria.

En situaciones de conflicto armado, estas obligaciones también se aplican, con independencia de si la violencia contra la mujer resultó de un plan estratégico desarrollado por un actor armado o no. Postura que cobra todo su sentido en el caso colombiano, donde la dirigencia paramilitar no siempre ordenó la comisión de esta violencia, pero sí contribuyó a crear un ambiente propicio y alentador para ello[24].

---

tisfacer —dentro del proceso penal— la necesidad de un trato diferenciado en relación con la mujer, por ejemplo, en la atención que se le debe brindar, en la protección que se le debe asegurar, y en el recaudo y la valoración probatoria.

22 Rincón, T., 2010, Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario Bogotá, pp. 143. El Estado tiene la obligación de investigar los hechos. El establecer cómo sucedieron estos hechos, por qué sucedieron, quién o quiénes fueron sus autores — materiales, intelectuales, y potenciales encubridores— no es una carga de la mujer víctima o de sus familiares, y no es tampoco una cuestión de meros intereses privados o particulares, es una obligación en cabeza de la autoridad judicial.

23 Rincón, T., 2010, Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario Bogotá, pp. 144: Establecer una política criminal y penitenciaria diferenciada en razón del género responde a la condición de vulnerabilidad particular de la mujer que resulta, entre otros factores, de comportamientos arraigados en la sociedad contemporánea. En efecto, se ha venido reconociendo que "la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos, está arraigada, de manera profunda, en la tradición, en la cultura y en la historia de las distintas sociedades".

24 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica. Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano, Bogotá: Ediciones Semana, pp. 218.

Así, vemos que ante la particular vulnerabilidad de la mujer en el conflicto armado colombiano, el Estado tiene unas obligaciones específicas encaminadas a paliar esta condición, lo que le exige, entre otras cosas, adaptar su política criminal y penitenciaria, así como su manera de perseguir a los penalmente responsables.

3. ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO

Sánchez-Vera explica que la categoría de los delitos de propia mano ha sido elaborada para incluir en la misma aquellos delitos que, por su propia naturaleza, no pueden ser delegados en otro[25]. En este sentido, tal como afirma Claus Roxin, "son delitos de propia mano aquellos delitos que sólo pueden ser llevados a cabo mediante la propia ejecución corporal de las acciones típicas"[26].

Los delitos sexuales, y en particular la violación, han sido tradicionalmente vistos como delitos de "propia mano", porque en los mismos se ha considerado que el estímulo y/o satisfacción del victimario constituían un elemento objetivo del tipo penal, lo que hacía que la acción de penetrar a la víctima no pudiera ser delegada en otra persona.

Asimismo, como afirman Fernando Velásquez[27] en España, la concepción tradicional de los delitos de propia mano sólo permitía la autoría directa, excluyendo la autoría mediata, la coautoría material impropia o la coautoría mediata.

Sin embargo, esta postura tradicional ha sido cuestionada por algunos académicos a través de dos argumentos principales. El pri-

---

25 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., 2004. El denominado "delito de propia mano", Respuesta a una situación jurisprudencial. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 31.

26 Íbid.

27 Velásquez Velásquez, F., 2004, Manual de Derecho Penal Parte General, Bogotá: Editorial Temis, pp. 454; Velásquez Velásquez, F., 2009, Derecho Penal General Parte General. Cuarta edición, Bogotá: Editorial Comlibros y Cia, pp. 879; Mir Puig, S., 2005, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición. Montevideo: Editorial B de F, pp. 386.

mero fue desarrollado por autores como Maqueda (1992), Choclán Montalvo[28], y Sánchez-Vera[29], quienes consideran que la categoría de delitos de propia mano ha perdido vigencia y valor dentro de la dogmática penal. Según este último, esta figura correspondería a una concepción naturalista del verbo rector del tipo penal, que, si bien fue dominante en la escuela clásica del derecho penal, fue superada por la misma evolución del concepto de acción[30]. En consecuencia, en la actualidad los tipos penales de la parte especial deben interpretarse sistemáticamente en conjunto con la parte general del Código Penal, excluyendo con ello las interpretaciones estrictamente literales de los tipos penales, fruto de un rigor contraproducente[31/32].

Sobre esta premisa, Sánchez-Vera distingue entre circunstancias fácticas y jurídicas. Las primeras serían delegables ya que el autor mediato puede instrumentalizar a otro para que cometa el tipo penal (así, por ejemplo, si una persona decide cometer una violación contra una mujer y no puede realizarla por falta de erección, puede instrumentalizar a un tercero para cometer dicha violación). Esta situación se daría en particular cuando, como en el caso de los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, los delitos sexuales se utilizan como una estrategia bélica contra el enemigo. Según esta posición, o bien el legislador utiliza en la descripción del tipo penal la expresión "el que de propia mano", o no habría razón alguna de-

---

28 Choclán Montalvo, J. A., 1995, ¿Es el delito de violación un delito de propia mano?, A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1994, AP 3, 39 y ss.

29 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., 2004, El denominado "delito de propia mano", Respuesta a una situación jurisprudencial, Madrid: Editorial Dykinson, pp. 193-194.

30 Idem.

31 Idem.

32 Bajo este orden de ideas una interpretación literal del tipo penal excluye también la figura del coautor en conductas que son tipificadas por el legislador con la expresión "el que…". De igual forma, una mujer no podría tener responsabilidad penal porque el pronombre "él que" es masculino. Sin embargo, a pesar del tenor literal tipo, esta interpretación no se sigue en la práctica.

rivada del tenor literal de la norma para que la ejecución de circunstancias fácticas como las descritas no pudiera ser delegada[33].

En relación con las circunstancias jurídicas, estas no serían delegables puesto que quien decide cometer el delito no puede instrumentalizar a otro, dado que sobre él hay un deber especial de cuidado. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de la prevaricación, que tradicionalmente también ha sido considerado como un delito de propia mano porque debe ser necesariamente cometido por un funcionario o autoridad pública. Sin embargo, según Sánchez-Vera, esta imposibilidad de delegación no se debería a que estos tipos penales sean de propia mano, sino a que se trata de infracciones de deberes jurídicos propios del sujeto activo.

El segundo argumento a través del cual se cuestiona la posición mayoritaria que califica los delitos sexuales, y en particular la violación, como delitos de propia mano[34], ha venido "particularmente desde quienes defienden la teoría objetivo material del dominio del hecho —proveniente de Welzel—, y sobre la base del concepto del bien jurídico protegido"[35].

Según este argumento, desarrollado por académicos como Muñoz Conde y Gómez Rivero (2004), la descripción del tipo penal no contiene expresamente la exigencia de estímulo o satisfacción alguna del autor. En consecuencia, para estos autores, debe evitarse una concepción de la violación desde la perspectiva del autor del hecho punible (desde la que el estímulo o satisfacción jugarían

---

33 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., 2004, El denominado "delito de propia mano", Respuesta a una situación jurisprudencial. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 197-207.

34 Bacigalupo, E., 1999, Derecho Penal Parte General, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, P. 512.Resolviendo estos problemas se puede responsabilizar a personas que ostentan un alto grado de mando en una estructura jerarquizada de poder en casos de delitos sexuales cometidos por sus subalternos. Si bien en el contexto colombiano no se ha dado un verdadero debate y más bien se da por sentada la figura de los delitos de propia mano, la inminente necesidad de una verdadera discusión en este tema nos exige revisar estos temas que no han sido controvertidos suficientemente.

35 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, pp. 55.

un papel importante como elemento objetivo del tipo), para más bien configurar el delito sobre la base del bien jurídico de la víctima que se pretende proteger con la norma penal. De esta manera, como el factor determinante es el bien jurídico protegido que consiste en la libertad e integridad sexual de la víctima, la satisfacción sexual del autor adquiere una posición secundaria, por no decir irrelevante[36].

Consecuencia de la configuración del delito sexual como un ataque contra la libertad e integridad sexual de la víctima, es la pérdida de toda justificación jurídica para mantener la diferencia entre la posibilidad de ser autor mediato en un caso de lesiones personales o de tortura, y la imposibilidad de serlo en casos de violación[37]. Esta conclusión se refuerza en el marco de las situaciones de conflicto armado, porque en las mismas la violencia sexual pierde su carácter estrictamente individual, para asumir la forma de ataque a la población civil, en particular a las mujeres detenidas, como estrategia militar[38].

---

36 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, p. 56 "Una visión de esta naturaleza no habría más que consagrar una visión puesta en el atacante, olvidando a la víctima del ataque, cuando en realidad, la prohibición de la acción está dirigida a la protección del bien jurídico de las potenciales víctimas; El Código Penal colombiano establece en el Libro primero, Título IV, los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales como un claro referente a los bienes jurídicamente relevantes que se quieren proteger con la tipificación de conductas como el acceso carnal violento.

37 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, p. 56: No existe ninguna razón para que pueda admitirse la coautoría y la autoría mediata cuando se realiza cierta acción sobre el cuerpo de una víctima, por ejemplo, clavarle un cuchillo en el abdomen (lesiones, homicidio) o aplicarle descargas de electricidad mediante la picana eléctrica, colgarlo por horas de las muñecas, o infringir cualquier clase de dolor físico y/o psíquico (tortura), y al mismo tiempo se la rechace (sic) cuando la acción sobre el cuerpo de la víctima consiste en un acto que socialmente tiene una connotación sexual.

38 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, pp. 56.

4. APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

4.1. Corte Penal Internacional

Los artículos 7(g) y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional ("ECPI"), a diferencia del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia ("TPIY"), recogen de manera autónoma los delitos sexuales de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otros abusos sexuales de similar gravedad como tipos penales específicos de lesa humanidad y como crímenes de guerra.

4.1.1. Caso de Germain Katanga *y* Mathieu Ngudjolo

La CPI ha aplicado la figura de la autoría mediata en este tipo de delitos en la decisión de confirmación de cargos contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo[39]. En este caso, los hechos fueron cometidos en la región de Ituri, en el pueblo de Bogoro al noreste de la República Democrática del Congo[40]. Allí, los acusados planearon y prepararon conjuntamente el ataque contra Bogoro para tomar el

---

[39] Germain Katanga fue comandante en jefe del grupo armado organizado denominado Force de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI). Por su parte Mathieu Ngudjolo fue el comandante en jefe del grupo armado organizado denominado Front des Nationalistes et Intégrationnistes (FNI). Estos grupos se unieron principalmente para combatir a miembros de la etnia Hema, representada por la Union des Patriotes Congolais (UPC) y por su brazo armado las Forces Patriotiques pour la Liberation du Congo, FPLR.

[40] CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008. Los conflictos entre UPC y la unión entre FRPI y FNI se enmarcan en el deseo de controlar la región de Ituri y la explotación de sus recursos naturales que incluyen oro, diamantes y coltán. En efecto, los objetivos principales de ambas organizaciones era adquirir el control sobre Ituri. Además, estos conflictos se enmarcan en las tensiones que existían entre las diferentes etnias que se encuentran en la región, oponiéndose principalmente los Hema a los Lendu. Siendo el UPC representativo de los HEMA, el FRPI de los Ngiti y el FNI de lo Lendu.

control de la localidad, ya que se trataba de un nudo importante de comunicaciones en la región. Para ello era necesario provocar el desplazamiento de la población de etnia Hema que allí habitaba (aproximadamente 7000 personas) y derrotar al contingente de la Unión Patriótica Congolesa ("UPC"), que la defendía. Durante el ataque, se cometieron delitos sexuales, incluyendo esclavitud sexual contra las mujeres de Bogoro, entre otros delitos[41/42]. En efecto, tras la toma de la localidad por las fuerzas atacantes, las mujeres fueron forzadas a convertirse en "esposas" de sus agresores, a cocinar para ellos, a obedecer sus órdenes y a comprometerse en actos de naturaleza sexual, incluyendo violaciones[43].

A través de las pruebas presentadas durante la audiencia de confirmación de cargos, se demostró que hubo fundamentos sustanciales para creer que estos actos sexuales se desarrollaron en un ambiente de coerción, el cual propició la comisión de los delitos. Para desarrollar el concepto de coerción, la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I de la CPI citó la sentencia del Tribunal Internacional Penal para Ruanda ("TPIR") en el caso Akayesu donde se afirma que:

> El ambiente coercitivo no requiere fuerza física. Más bien, las amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coacción que provocan miedo o desesperación pueden constituir coerción, que puede ser inherente en ciertas circunstancias, tales como el conflicto armado o la presencia militar[44].

En este contexto se desarrolla el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder[45]. En efecto, dicho modo

---

41 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 348.

42 Adicionalmente, cometieron asesinatos, reclutamiento de menores y destrucciones a la propiedad, como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad respectivamente.

43 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 349.

44 TPIR. *Prosecutor v. Paul Akayesu., Trial Judgement*, Case IT-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 688.

45 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008; Olasolo, H., 2013, Tratado de Autoría y participación en Derecho penal internacional,

de responsabilidad se fundamenta en considerar que la autoría no se limita a quienes realizan materialmente los elementos objetivos del delito, sino que también abarca a quienes, como en este tipo de casos, controlan su comisión[46].

La SCP I concluyó que había motivos sustanciales para creer que Katanga y Ngudjolo eran responsables por haber planeado y ordenado conjuntamente el ataque a Bogoro. Además, la SCP I también concluyó que los acusados realizaron sus respectivas contribuciones al plan común a través de las organizaciones que dirigían (Katanga el FRPI —Fuerza de Resistencia Patriótica en Ituri—, y Ngudjolo el FNI —Frente Nacional Integracionista—). El hecho de tratarse de estructuras militares jerarquizadas, en el seno de las cuales el cumplimiento de las órdenes era casi automático dada la fungibilidad de sus

---

Valencia: Tirant lo Blanch: La SCP I especificó las características que debe tener el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para que se pueda hablar de autoría mediata en este tipo de organizaciones. El primer elemento es que la persona acusada tiene que tener el control sobre la organización. Esto implica que tanto el dirigente como los subordinados sean miembros del mismo aparato organizado de poder. En consecuencia, el campo de aplicación de la autoría mediata sea más limitado que el de responsabilidad del superior ya que requiere que el dirigente y el autor material pertenezcan a una misma organización y que esta se encuentre organizada jerárquicamente, de manera que exista una relación jerárquica (superior-subordinado) entre el dirigente y el autor material del delito. El segundo elemento, que se combina con el primero, es que la organización esté organizada de manera jerárquica. El tercer elemento es que la ejecución de los crímenes se encuentre asegurada a través de un cumplimiento casi automático de las órdenes del superior. Con relación a este elemento, la SCP I habló de la fungibilidad de los miembros de la organización. Por medio de dicho fenómeno, esta reconoció que los aparatos organizados de poder están estructurados de tal manera que las órdenes impartidas por el superior han de ser cumplidas de manera casi automática. Sin embargo, la SCP I señaló que el automatismo en el cumplimiento de las órdenes del superior, si bien requiere siempre una organización de carácter jerárquico, puede ser consecuencia de factores distintos al de la fungibilidad de sus miembros, como es el caso del sometimiento a los menores a entrenamientos particularmente crueles y duros.

46 Ambos K. & Grammer C., 2003, Dominio del hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann en *Revista Penal*, 12, pp. 28.

miembros, unido al poder de mando que tenían los imputados sobre las mismas y al uso de dicho poder para llevar a cabo sus respectivas aportaciones al plan común, justificaba, en opinión de la SCP I, la aplicación de la coautoría mediata en el presente caso[47].

En particular, es destacable la aplicación de la coautoría mediata con relación a los delitos sexuales. En efecto, según la SCP I, ambos sospechosos fueron conscientes y aceptaron mutuamente que la realización del plan común de ocupar el pueblo de Bogoro podría resultar en la comisión de crímenes sexuales. Esto en el entendido de que los delitos de violación constituían una práctica común en la región de Ituri, reconocida por los soldados y sus comandantes; con el agravante que estos mismos soldados ya habían cometido anteriormente delitos de violación y que Katanga y Ngudjolo habían recibido informes sobre la manera en que se habían desarrollado ataques anteriores y conocían la suerte de las mujeres y niñas que habían sido previamente capturadas[48]. Es por ello que la mayoría de la SCP I, con el salvamento de voto de la Jueza Anita Usacka[49], imputó a título de dolo eventual a los acusados en el grado de responsabilidad de coautores mediatos.

A pesar de los cargos confirmados por la SCP I, la Sala de Primera Instancia II ("SPI II") terminó absolviendo a ambos acusados de los delitos sexuales que le fueron imputados. Así, a Mathieu Ngudjolo, la SPI II lo absuelve debido a que la Fiscalía no logró demostrar, más allá de toda duda razonable, su calidad de líder militar ni antes ni después del ataque al pueblo de Bogoro. Al caerse un elemento fundamental de este modo de responsabilidad, a saber la función de dirigente, la SPI II descartó la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a Ngudjolo a título de coautor mediato y, por tanto, lo absolvió de todos los cargos[50].

---

47 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008, párr. 444-568.

48 Idem.

49 Queda por precisar que el salvamento de voto de la Jueza Usacka no está relacionado con la aplicación de la figura de la autoría mediata sino con sus dudas en cuanto la inclusión de la figura del dolo eventual en el ECPI.

50 CPI, *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-02/12-3, 18 de Diciembre de 2012, párrs. 110-111 y 490-503.

Con relación a Germain Katanga, la SPI II concluyó que la Fiscalía tampoco había logrado demostrar ni la existencia de un aparato organizado de poder en el seno de la milicia que llevó a cabo los ataques contra Bogoro, ni el control que Katanga ejercía sobre los crímenes cometidos por dicha milicia, en el sentido del artículo 25(3)(a) del ECPI[51]. Por esta razón no prosperó la imputación a título de autor mediato. Sin embargo, en ejercicio del poder que le concedió el artículo 55 del Reglamento de la Corte, la SPI II decidió modificar el modo de responsabilidad que le había sido imputado a Katanga y optó por aplicar el establecido por el artículo 25(3)(d) del ECPI, que corresponde a la complicidad, donde la contribución del autor deja de ser "esencial" para ser "significativa". Aún a título de cómplice, la SPI II tampoco le reconoció responsabilidad penal de Katanga por los crímenes de naturaleza sexual, puesto que consideró que no existían pruebas suficientes para demostrar que estos fueron cometidos amplia y repetidamente durante el ataque a Bogoro, descartando así que los delitos sexuales registrados hicieran parte de un propósito o plan común[52].

En todo caso, conviene subrayar que tanto en relación con Mathieu Ngudjolo, como con respecto a Germain Katanga, la SPI II no consideró que la aplicación de la coautoría mediata a delitos sexuales supusiera una falta de adecuación del modo de responsabilidad al delito imputado. Por el contrario, fueron las deficiencias probatorias de la Fiscalía las que llevaron a la SPI II a declarar la ausencia de responsabilidad de los dos acusados por los delitos sexuales que les habían sido imputados.

4.1.2. Caso de Omar Al Bashir

Otro caso de la CPI relativo a delitos sexuales es el de Omar Al Bashir[53], quien según la SCP I cometió presuntamente crímenes de

---

51 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga. Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436. 7 Marzo de 2014.

52 Ibid.

53 Actualmente presidente de la República del Sudán.

guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio[54] contra los miembros de las etnias Fur, Massalit y Zaghawa en la región de Darfur (Sudán)[55] desde marzo de 2003 hasta el 14 de julio de 2008 (fecha en que fue imputado por la Fiscalía).

Entre los distintos crímenes que le fueron imputados, se encuentra el de lesa humanidad de violación que habría sido cometido por miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de los servicios de inteligencia de Sudán, así como por militantes de las milicias aliadas "Janjaweed"[56]. Para la SCP I, Al Bashir sería responsable de es-

---

54 La SCP I emitió una segunda Orden de Arresto el 12 de junio de 2010, donde afirma que: hay motivo razonable para creer también que, como parte del ataque ilícito del Gobierno del Sudán contra la mencionada parte de la población civil de Darfur y teniendo conocimiento de dicho ataque, las fuerzas del Gobierno del Sudán sometieron, en toda la región de Darfur: (a) a miles de mujeres civiles, pertenecientes principalmente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, a actos de violación; (b) a civiles pertenecientes principalmente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, a actos de tortura; y (c) a cientos de miles de civiles, pertenecientes principalmente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, a actos de traslado forzoso.

55 El contexto en el cual se llevan a cabo los crímenes arriba mencionados, se da tras el ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, aparentemente realizado por milicias que contestaban el régimen de Al Bashir. Entre ellas están, el Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (MLS, por sus siglas en francés) y el Movimiento Justicia e Igualdad (MJE). Tras este ataque, Al Bashir, como presidente de la República del Sudán, decide lanzar un ataque de contrainsurgencia en el cual no sólo moviliza a todas las estructuras del Estado sudanés sino que hace un llamado a las milicias paramilitares denominadas los Janajaweed.

56 Las milicias Janjaweed fueron utilizadas como un aparato armado de apoyo en la consecución del plan de persecución de la insurgencia que había puesto en pie Omar Al Bashir. El Fiscal de la CPI asegura que la movilización de los Janjaweed en contra de los grupos étnicos perseguidos permitía a Al Bashir de disfrazar el conflicto como puramente tribal, desligado de una acción orquestada por el Estado. Dicha movilización se realizó a través de financiamiento y de ascensos de jefes tribales a altos puestos del gobierno, así como a través de la liberación de las prisiones de líderes tribales. Por otro lado, la movilización se fomentó desde los altos mandos del gobierno sudanés. En efecto, altos funcionarios participaron en el fomento y reclutamiento de milicias. Entre ellos, *Ahmad Harun* pasó varios meses en Darfur, movilizando, armando, reclutando y financiando la creación de estas mili-

tos delitos como autor mediato (o alternativamente como coautor mediato)[57], conforme al artículo 25(3)(a) del ECPI, dado que, al ser comandante *de iure* y *de facto* de las fuerzas armadas y al tener el control sobre el "aparato" del Estado de Sudán, habría logrado dirigir las distintas ramas del mismo para la ejecución coordinada del plan común[58]. Sin embargo, este caso no ha presentado mayor desarrollo debido a que Al Bashir sigue prófugo.

4.1.3. Caso de Jean-Pierre Bemba

En el caso contra Jean-Pierre Bemba también se imputó al acusado el delito de violación sexual cometido por las fuerzas del *Mouvement de Libération du Congo* ("MLC"), tanto como crimen de lesa humanidad según el artículo 7(1)(g), y como crimen de guerra a través del artículo 8(2)(e)(vi)[59]. Jean-Pierre Bemba era comandante en jefe del MLC durante la misión que desarrollaron en el territorio de la República Centroafricana ("RCA"), en apoyo de las fuerzas leales al entonces presidente de la RCA, Ange-Félix Patassé. El plan común entre Bemba y Patassé consistió en mantener a éste último en el po-

---

cias. De tal manera que la creación de un aparato armado paralelo al del Estado, fundado en organizaciones tribales, estuvo a cargo del gobierno sudanés y bajo la dirección y supervisión de Omar Al Bashir. (CPI, 2008, *Public redacted version of Prosecution's Aplication under Article* 58).

57 CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir,* ICC-02/05-01/09-1, *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* 4 Marzo de 2009, párr. 7.

58 Idem; CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir.* ICC-02/05-01/09-95, 12 de julio de 2010.

59 CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-1, *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* 4 Marzo de 2009, párrs. 188, 288; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of arrest for Jean Pierre Bemba Gombo replacing the warrant of arrest issued on 23 May* 2008. ICC-01/05-01/08-1, 23 de mayo de 2008, párr. 21; Según la SCP III en su orden de arresto, los delitos, cometidos presuntamente en los pueblos de PK12, Fouh, Boy-Rabe y Mongoumba, entre octubre de 2002 y marzo de 2003, fueron el resultado de la ejecución de un plan común entre Ánge-Félix Patassé, presidente en aquel entonces de la RCA, y Jean-Pierre Bemba, presidente y comandante en jefe del Movimiento por la Liberación de Congo (MLC).

der, mientras Bemba recibiría apoyo logístico y estratégico[60]. Dicha movilización se dio en el marco de la respuesta armada al intento de golpe de Estado que había sido orquestado por François Bozizé, antiguo jefe del Estado Mayor de las fuerzas armadas de la RCA[61].

Si bien la orden de arresto consideró a Bemba como coautor mediato de los delitos, porque al controlar tanto *de jure* como *de facto*[62] el MLC, tenía pleno conocimiento del carácter esencial de su contribución en la ejecución del plan común[63], en la Decisión de Confirmación de Cargos no prosperó la caracterización de coautoría mediata, recurriendo en su lugar a la responsabilidad del superior del artículo 28 del ECPI como forma de imputación[64].

4.2. Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia

En el TIPY, los delitos sexuales, y en particular la violación, no han sido tratados a través de un tipo penal de manera autónoma,

---

60 Ibid.

61 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of arrest for Jean Pierre Bemba Gombo replacing the warrant of arrest issued on 23 May* 2008. ICC-01/05-01/08-1, 23 de mayo de 2008, párr. 9.

62 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of arrest for Jean Pierre Bemba Gombo replacing the warrant of arrest issued on 23 May* 2008. ICC-01/05-01/08-1, 23 de mayo de 2008 párr. 52 – 55, 75 – 81, 83. Sobre la estructura jerárquica del MLC; Sobre el carácter esencial de la contribución de Bemba a la ejecución del plan común, sobre el conocimiento que tenía Bemba de su posición de liderazgo en el MLC así como de su papel en la ejecución del plan común.

63 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of arrest for Jean Pierre Bemba Gombo replacing the warrant of arrest issued on 23 May* 2008. ICC-01/05-01/08-1, 23 de mayo de 2008, párr. 69 – 72. El plan común consistía en: (a) el envío por Jean-Pierre Bemba de una parte importante de las fuerzas del MLC al territorio de la RCA para apoyar militarmente a Patassé en el conflicto que este último sostenía frente a la tropas dirigidas por François Bozizé; y (b) el apoyo logístico y estratégico de Patassé a Bemba contra el entonces presidente de la República Democrática del Congo Joseph Kabila.

64 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo,* ICC-01/05-01/08, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo,* 15 de junio de 2009. párrs. 374, 401

sino dentro de otros tipos penales de lesa humanidad como los de persecución, tortura u otros tratos inhumanos. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso contra Moncilo Krajisnik[65], vice-presidente de la autodenominada República Serbia de Bosnia, a quien se le condenó en primera instancia como coautor mediato de delitos sexuales con base en la denominada "empresa criminal común en el nivel del liderazgo" [66]. Según afirma Olasolo, se trata esta de una forma *sui generis* de coautoría mediata —que es el resultado de la aplicación conjunta de la coautoría conforme a la doctrina de la empresa criminal común (ECC), y la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder[67]—, a través de la cual el TPIY ha declarado penalmente responsables como coautores mediatos a altos dirigentes políticos y militares por los delitos materialmente cometidos por sus subordinados[68].

En el caso de Moncilo Krajisnik, el delito base por el que fue condenado fue el de persecución como crimen de lesa humanidad[69] como consecuencia de los tratos inhumanos cometidos por fuerzas serbo-bosnias en 35 municipalidades del territorio de la República Serbia de Bosnia, entre el 1 de julio de 1991 y el 30 de diciembre de 1992, con el propósito común de desplazar forzosamente de este territorio a la población que no fuese de origen serbio[70]. Según la Sala de Primera Instancia, dichos tratos inhumanos tuvieron principalmente lugar en centros de detención, donde la población mu-

---

65 Esto no solo ocurre en el caso de Krajisnik sino también en el de Martic, al igual que en los textos de acusación de los casos Karadzic y Mladic.

66 TPIY, *Prosecutor v. Momćilo Krajisnik, Judgement*, IT-00-39-T, 27 de septiembre de 2006, párr. 4. Momcilo Krajsnik fue Presidente del Congreso de la autoproclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, posteriormente denominada República Spraska, y uno de los miembros clave, número dos, de su Presidencia.

67 Olasolo, H., 2013, Tratado de Autoría y participación en Derecho penal internacional, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 393 – 397.

68 TPIY, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement*, IT-99-36-A, 3 de abril de 2007, párr. 413.

69 Además de persecución, se acusa a Momcilo Krajisnik por exterminio, asesinato, deportación y otros actos inhumanos como crímenes contra la humanidad.

70 TPIY, *Prosecutor v. Momćilo Krajisnik*, Judgement. IT-00-39-T, 27 de septiembre de 2006, párr. 775 y ss.

sulmana y croata detenida fue violada o abusada sexualmente. Así por ejemplo, en los centros de detención en Foca, mujeres y jóvenes fueron abusadas regularmente en el motel Bukovica, en los centros de trabajo en Buk Bijela, en Srednja Skola y en la casa de Karaman en Miljevina. También se presentaron abusos sexuales en el campo de concentración Luka en Brcko[71].

A pesar de no encontrarse en el lugar de los hechos, la Sala de Primera Instancia, concluyó que Krajisnik tuvo una posición central en la ejecución del plan común al ayudar a establecer y consolidar en Bosnia y Herzegovina el Partido Socialista Serbio y las estructuras de la República Serbia de Bosnia, incluyendo los funcionarios públicos, las comisiones de guerra y el Ministerio del Interior, que fueron utilizadas para la comisión de los delitos en ejecución del plan común[72]. Asimismo, según la Sala de Primera Instancia, Krajisnik desplegó también sus habilidades políticas tanto a nivel nacional como internacional para facilitar la ejecución del plan común[73].

La Sala de Apelación desestimó la calificación jurídica hecha por la Sala de Primera Instancia, considerando que se había producido una deficiente aplicación de la doctrina de la empresa criminal común, al no determinar suficientemente el grupo de personas que formaban parte de la ECC[74]. Pese a ello, la Sala de Apelación reconoció la responsabilidad de Krajisnik, teniendo en cuenta que la campa-

---

71 Así, por ejemplo, en la misma decisión (párr. 804) se observa cómo mientras un subordinado de Krajisnik, Dragoljub Kunarac, violaba a una mujer en la detención en Foca, expresaba que las violaciones contra mujeres musulmanas era una forma en que la población serbia demostraba su superioridad sobre la población musulmana.

72 TPIY, *Prosecutor v. Momčilo Krajisnik, Judgement*, IT-00-39-T, 27 de septiembre de 2006. párr. 1120

73 Ibid.

74 Para la Sala de Apelaciones, si bien no era necesario mencionar a todo miembro de una ECC, siendo suficiente referir a estos a través de una categoría de personas (p. ej. "fuerzas armadas de la República Serbia de Bosnia"), tampoco se podía llegar al punto de no especificar el grupo al cual pertenecen los miembros de la ECC. En consecuencia, para la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia erró en su decisión al nombrar como miembros de la empresa criminal común a "políticos locales, militares y comandantes de policía, líderes paramilitares y otros", indeterminación

ña de persecución contra la población no serbia se llevó a cabo por órdenes del acusado, que el territorio en el cual se desarrolló la persecución era controlado por Krajisnik y sus fuerzas, y que las víctimas se encontraban en una situación particular de vulnerabilidad. De tal manera que la sentencia de apelación no rechaza la aplicación de la autoría mediata para delitos sexuales.

Con posterioridad, la Fiscalía del TPIY, ha venido utilizando el concepto de ECC para el nivel de liderazgo como en el Tercer Escrito Reformado de Acusación de 27 de febrero de 2009 contra Radovan Karadzic, ex Presidente de la República Srpska y en el Segundo Escrito Reformado de Acusación de 1 de junio de 2011 contra Ratko Mladic, ex Comandante en Jefe del Estado Mayor del Ejército de la República Srpska. Ambos Escritos de Acusación presentan grandes similitudes, alegando la existencia de una campaña de persecución, que incluye actos de violencia sexual, cuyo propósito común es el desplazamiento forzado permanente de musulmanes y croatas de aquellos territorios reclamados por los serbo-bosnios en Bosnia y Herzegovina[75].

5. APLICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En derecho interno, la jurisdicción española y la argentina han sido las más destacadas en superar la posición tradicional frente a los modos de responsabilidad relacionados con los delitos de violencia sexual.

La Sala Penal del Tribunal Supremo español, en su sentencia del 2 de noviembre de 1994, con ponencia de Bacigalupo Zapater, declaró

---

agravada por cuanto no especificó el periodo de tiempo durante el cual sucedieron los crímenes.

75 TPIY, *Prosecutor v. Radovan Karadzic, Third Amended Indictment*, IT-95-5/18-PT, 27 de febrero de 2009, párr. 6; TPIY, *Prosecutor v. Ratko Mladić, Second Amended Indictment,* IT-09-92-I, 1 de junio de 2011, párr. 5; Es importante anotar que en el caso de Karadzic, la sentencia de apelación acorde a la Regla 98 bis del Reglas de Procedimiento y Prueba, el análisis se enfoca más en la intención de genocidio dentro de la Tercera categoría de ECC (*Prosecutor v. Karadzic,* 2013, párrs. 111-116).

que en el delito de violación el interés del autor puede consistir simplemente en dañar el bien jurídico protegido por la norma penal, (la libertad e integridad sexual de la víctima) y no necesariamente obtener una satisfacción sexual y corporal directa. En consecuencia, afirmó la Sala Penal que no existía obstáculo dogmático alguno para la aplicación de formas de autoría distintas de la autoría directa, como por ejemplo la autoría mediata, en relación con el delito de violación[76]. En consecuencia, autor directo sería quien ejecutase la acción corporal de acceder sexualmente a la víctima, mientras que autor mediato sería el que mediante el control que ejerce sobre el autor directo se asegurará de la realización de la acción[77].

Más recientemente, la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, en su sentencia del 23 de noviembre de 2011, condenó a Luciano Benjamín Menéndez, General de Brigada al mando del III Cuerpo del Ejército con sede en Córdoba, como autor mediato de las violaciones realizadas por el Departamento de Información de la Policía del Estado de Mendoza (D2) en diferentes centros penitenciarios de dicho Estado, durante la dictadura militar argentina entre 1976 y 1983[78].

---

76 De tal manera que termina imputando a título de autoría mediata una mujer que había ejercido violencia sobre la víctima del acceso carnal violento. Para el Ponente, la violencia en el momento de comisión del delito es una cooperación necesaria que permite que la violación se lleve a cabo y es, de tal manera, "una manifestación del condominio del hecho y, consecuentemente, de la autoría en sentido estricto". Tribunal Supremo español, 1994.

77 Tribunal Supremo Español, STS 13921/1994, Ra 8386, Ponente Bacigalupo Zapatero, 2 de noviembre de 1994.

78 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011: La evidencia estudiada por la Cámara indica que entre 1975 y 1983 el Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza (D2) funcionó como un centro de detención contra quienes por motivos políticos eran disidentes o por ser consideradas parte de la subversión. Este departamento tuvo tanto personal de la Policía como del Ejército quienes cometieron, torturas y violaciones sexuales. El cargo de Luciano Benjamín Menéndez, Comandante del III Cuerpo del Ejército y jefe de la Zona 3 de la "lucha contra la subversión", lleva a la Cámara a inferir que Menéndez dio las órdenes verbales para que se cometieron los ilícitos en el D2.

La Cámara Federal parte de las recomendaciones que el Comité para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer hace al Estado Argentino para que "adopte medidas proactivas para hacer públicos, enjuiciar y castigar los incidentes de violencia sexual perpetrados durante la pasada dictadura, en el marco de los juicios por crímenes de lesa humanidad, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1820/2008 del Consejo de Seguridad y que se concedan reparaciones a las víctimas"[79]. Seguidamente consideró aplicable al presente caso la autoría mediata por aparatos organizados de poder, dado que la Junta Militar ejerció el dominio sobre la planificación y preparación del terrorismo de Estado desarrollado mediante una política de desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales y otros delitos de lesa humanidad cometidos contra presuntos opositores al régimen militar[80]. La sentencia subrayó, en particular, la función esencial que jugó el Teniente General Jorge Rafael Videla en la organización del aparato organizado de poder a través del que se llevaron a cabo tales delitos[81].

La Cámara Federal reconoció que la comisión de delitos sexuales, especialmente la violación de mujeres y hombres, respondió a la sistematicidad de una política de Estado que buscaba la "lucha contra la subversión"[82]. Dicha política se plasmó a través de diversos métodos dirigidos a doblegar la voluntad de las víctimas, de manera que la

---

79 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez del 23 de noviembre de 2011, pp. 22 y 113.

80 Aunque la Cámara no lo diga expresamente, se puede inferir de la sentencia que: (a) hubo una autoridad con una capacidad de mando; (b) por ser el mismo Estado el aparato organizado, había fungibilidad del autor inmediato; (c) que si bien las conductas se ajustaban al marco jurídico interno, estas violaban los tratados internacionales que había reconocido el Estado argentino; y (d) como los subalternos eran agentes de seguridad, como la Policía y el Ejército del Estado, estaban dispuestos a cumplir las órdenes y la políticas de la Junta de manera automático.

81 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, pp. 22 y 113.

82 Para entender el fondo de la sentencia, resulta necesario exponer su contexto. Las Juntas Militares se dan en febrero de 1975 tras el Decreto 261/75, por el cual se ordena al Comando General del Ejército instaurar una política para neutralizar y/o aniquilar la subversión en la provincia de Tucumán.

violencia sexual no fue sino uno más de los procedimientos dirigidos a hacer efectiva dicha política de aniquilamiento de la subversión. Los delitos cometidos fueron principalmente ejecutados por subalternos, en desarrollo de las directivas dadas por sus superiores[83]. Los altos mandos fueron responsables por las directivas genéricas contra la subversión, sin importar que en la política reflejada en dichas directivas no se hiciese mención expresa a la comisión de violaciones u otros abusos sexuales contra las víctimas.

La Cámara Federal afirmó que el tipo penal de violación en el Código penal argentino vigente en el momento de cometerse los hechos imputados entre 1976 y 1983, no exigía la satisfacción del estímulo o satisfacción del autor. En consecuencia, el factor determinante del delito de violación sería la afectación del bien jurídico protegido de la víctima (consistente en su libertad e integridad sexual), lo que haría absolutamente irrelevante la satisfacción sexual del agente[84]. En consecuencia, ni la violación constituiría un delito de propia mano, ni la autoría mediata estaría excluida de su ámbito de aplicación.

---

83 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, p. 47: Los ataques existieron porque fueron planificados y decidida su ejecución, en la cadena de transmisión de las directivas y en la ejecución del acto lesivo. No es el caso que los mandos superiores o intermedios supieron y toleraron tales agresiones, y que tal omisión de evitarlas los colocó en la infracción del deber derivado de su posición de garantes, y los hace responsable por ello. De lo que se trata es de la intervención comisiva consistente en impartir órdenes, o retransmitirlas en su marco general, destinadas al aniquilamiento del "enemigo subversivo", cualesquiera fueran los medios para arribar a tal fin.

84 Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011, p. 56: Una visión de esta naturaleza no habría más que consagrar una visión puesta en el atacante, olvidando a la víctima del ataque, cuando en realidad, la prohibición de la acción está dirigida a la protección del bien jurídico de las potenciales víctimas.

6. APLICACIÓN EN LOS PROCESOS ADELANTADOS EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA

En los diferentes procesos que se han venido adelantando dentro del marco de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, encontramos que la Sala de Conocimiento del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá ha aplicado la autoría mediata por aparatos organizados de poder a los casos relativos a delitos sexuales, principalmente en relación con el delito de violación.

En el caso de Edgar Ignacio Fierro Flórez, siendo este la primera vez donde se aplicó la figura de autoría mediata por aparatos organizados de poder en delitos sexuales[85], el hecho número 23 relata que miembros del Bloque Norte —Frente José Pablo Díaz de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)—, accedieron carnalmente a la señora C. B. y posteriormente cometieron homicidio como represalia por negarse a pagar una suma de dinero que le estaba exigiendo este grupo paramilitar[86]. En el momento en que Fierro Flórez se entera de estos hechos da la orden de ejecutar a una de las personas que cometieron brutalmente la violación y el homicidio[87]. Ante esta situación, la Fiscalía imputó los delitos de homicidio en persona protegida (por la señora C. B.), homicidio agravado (por la muerte de uno de sus subalternos), tortura, acceso carnal violento, exacción, y porte ilegal de armas[88]. Fierro Flórez aceptó los cargos como autor mediato dado que los hechos fueron cometidos por sus

---

85 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Auto de Control de Legalidad de Cargos contra Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León, Rad. 110016000253–2006–81366, 14 de diciembre de 2010; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de primera instancia contra Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León, Rad. 110016000253–2006–81366, 7 de diciembre de 2011.

86 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Auto de Control de Legalidad de Cargos contra Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León, Rad. 110016000253–2006–81366, 14 de diciembre de 2010, párr. 320.

87 Ibid.

88 Idem., párr. 327.

subalternos[89]. La Sala de Conocimiento, confirmó que esta era la figura correcta para imputar este tipo de delitos sexuales[90].

La aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder a delitos sexuales se desarrolló posteriormente en los autos de control de legalidad de cargos en los casos contra Miguel Ángel Melchor Mejía Munera et. al., y Ramón Isaza et. al., este último ya con sentencia de primera instancia. En el primer caso, siendo los imputados miembros del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)[91], la Sala consideró que la violencia sexual, especialmente los accesos carnales, podían ser entendidos como una forma de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales internacionales penales[92]. La tortura se dio en cuanto que las violaciones sobrepasaron el fin de la satisfacción sexual, teniendo como finalidad humillar, castigar, o degradar a la víctima[93].

En los hechos número 7, 16, 20, 21, 28, y 34, donde se recogieron delitos de acceso carnal en persona protegida, en concurso heterogéneo y sucesivo con otros delitos como tortura en persona protegida, homicidio en persona protegida y desaparición forzada, encontramos que principalmente Mejía Munera y Villa Zapata, son considerados responsables como autores mediatos por ser comandantes de este Bloque[94]. La razón por la que la Sala consideró este modo de au-

---

89 Íbid.

90 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de primera instancia contra Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León, Rad. 110016000253–2006–81366, 7 de diciembre de 2011, párr. 647.

91 A título informativo, las AUC fueron un grupo armado que existió en Colombia entre 1996 y 2006.

92 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012, párr.196-203.

93 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012, p. 215-217.

94 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012; Es importante resaltar que el Hecho N° 7 es el mismo que se relata en el caso de José Rubén Peña

toría fue porque, si bien tenían un discurso de no agresión sexual, su indiferencia y desinterés mostraron tolerancia con estas conductas, lo que para la Sala es tomado como una forma de apoyo, y seguidamente se entiende que "[e]se apoyo, se traduce en ánimo, facilidad o consentimiento, es decir una orden implícita"[95].

En el caso contra Ramón Isaza et. al. se analiza la responsabilidad penal de los comandantes de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM)[96] por diferentes hechos, incluyendo el hecho número 33 referido a actos de violencia sexual, cuya responsabilidad es atribuida a Ramón María Isaza Arango, máximo comandante de las ACMM, y Walter Ochoa Guisao, comandante del Frente Omar Isaza de esta estructura. Tanto en el Auto de Control de Legalidad como en la Sentencia de primera instancia se mencionó este hecho, conocido como la "masacre de los cazadores", donde en cuatro fosas comunes se encontraron 12 cuerpos, entre ellos el de la señora A. M., que según las diferentes versiones libres de los postulados, y la prueba física aportada, fue víctima de violación antes de su muerte[97]. En esta ocasión, la Sala también consideró que la violencia sexual puede darse en concurso con la tortura, y por tal razón se legalizaron los cargos de acceso carnal violento y tortura en persona protegida[98].

Tobón en el Hecho N° 2, dado que José Peña Tobón y los demás postulados eran subalternos de Mejía Munera y Villa Zapata; en este caso se condena a los comandantes de Peña Tobón y alias "Tom" por sus conductas realizadas, bajo la modalidad de autoría mediata en EOP.

95 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de Primera instancia de Ramón María Isaza Arango y otro, Rad. 110016000253-2007-82855, 29 de mayo de 2014.

96 Las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio fueron otro grupo armado que existió en Colombia desde mediados de los años 1980 hasta 2006.

97 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de Primera instancia de Ramón María Isaza Arango y otros, Rad. 110016000253-2007-82855, 29 de mayo de 2014, párr. 159 – 165.

98 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012, párr.881,906,908; Tri-

Posteriormente la Sala de Conocimiento afirmó la responsabilidad penal de Ramón María Isaza Arango y a Walter Ochoa Guisao como autores mediatos[99] en base a los pronunciamientos de: (i) la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza en el caso de Luciano Menéndez, refiriéndose a que la teoría de la propia mano plantea la exigencia de la satisfacción sexual del agente, que no se encuentra recogida dentro del tipo penal[100]; y (ii) la SCP I de la CPI en la decisión de confirmación de cargos de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo y en las órdenes de arresto contra Omar Al Bashir[101].

7. CONCLUSIÓN

La realidad internacional y nacional ha revelado que la mujer se ve particularmente afectada por los conflictos armados y que, por lo tanto, se trata de un sujeto vulnerable que merece una protección especial[102]. Esta protección implica, entre otras acciones positivas del

---

bunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de Primera instancia de Ramón María Isaza Arango y otros, Rad. 110016000253-2007-82855, 29 de mayo de 2014, párr. 879-886.

99 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012, párr.1001-1006; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de Primera instancia de Ramón María Isaza Arango y otros, Rad. 110016000253-2007-82855, 29 de mayo de 2014, párr. 1004-1008.

100 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012, párr.989-992.

101 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012, párr.973-996; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de Primera instancia de Ramón María Isaza Arango y otros, Rad. 110016000253-2007-82855, 29 de mayo de 2014, párr.989.

102 Incluso hasta el punto que la CPI y los Tribunales *Ad Hoc* (TPIY y TPIR) han considerado que la falta de consentimiento de la víctima de violación sexual no deba ser probada y que la "coacción" se considera como un elemento inherente a circunstancias como conflictos armados y presencia militar, en una clara posición garantista respecto de la población victimizada.

Estado, la investigación efectiva de los crímenes cometidos contra las mismas, adaptando su política criminal y sus modos de imputación al contexto particular de los conflictos armados.

Autores como Sánchez-Vera (2004) consideran que la tradicional aplicación de la categoría de propia mano en los delitos sexuales implica una limitación a la protección de los bienes jurídicos de libertad e integridad sexual de la víctima. De tal manera que, adoptando una perspectiva pro víctima, difícilmente se puede sostener la aplicación de dicha teoría centrada en el estímulo y/o satisfacción específica del victimario.

La consideración de los delitos sexuales como delitos de propia mano no sólo ha recibido una creciente crítica doctrinal, sino que lo ha sido también rechazada por la jurisprudencia internacional y comparada. Desde una perspectiva internacional, la CPI y el TIPY aplican cada vez más la (co)autoría mediata mediante aparatos organizados de poder a los delitos sexuales. Así mismo, encontramos que casos de la jurisprudencia española y argentina son concordantes en cuanto a que la satisfacción del victimario es irrelevante, dado que lo que busca la norma es proteger el bien jurídico de libertad e integridad sexual de la víctima, y es en este sentido que debe interpretarse la norma.

En particular, el fallo de la Cámara de Apelaciones de Mendoza en el caso contra Luciano Benjamín Menéndez (2011) retoma la posición de Sánchez-Vera y reconoce que la gravedad de los crímenes, en particular los sexuales, cometidos a través de un aparato organizado de poder con una política criminal precisa, implica dejar atrás los límites propuestos por la categoría de la propia mano. De igual forma encontramos que esta postura ha sido acogida por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz en Bogotá a partir de sus diferentes autos de control de legalidad de cargos y sentencias en los casos contra Edgar Ignacio Fierro Flórez et. al. (2011), Miguel Ángel Melchor Mejía Munera et. al. (2012), y Ramón Isaza et. al. (2012 y 2014).

Todo ello no hace sino subrayar cómo la aplicación de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder a los delitos sexuales, en particular cuando éstos conforman crímenes de lesa humanidad y de guerra, no sólo ha sido acogida por los tribunales

internacionales y nacionales, sino que aparece como necesaria para reflejar el verdadero alcance de la responsabilidad de aquellos dirigentes que utilizan las organizaciones que dirigen para asegurar su comisión.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CorteIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006.

CorteIDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2006.

CorteIDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de septiembre de 2006.

CorteIDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de septiembre de 2006.

CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006.

CorteIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009.

CorteIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2011.

Corte Penal Internacional

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo. Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) of the Statute.* ICC-01/04-01/07-436 Anx1, 21 de abril de 2008.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges, 30 september* 2008.

CPI, *Situation in Darfur, The Sudan*, *Public redacted version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 15 July* 2008. ICC-02/05-157-AnxA, 12 de septiembre de 2008.

CPI, *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo.* J*udgment pursuant to Article 74 of the Statute,* ICC-01/04-02/12-3, 18 de Diciembre de 2012

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga.* Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07-3436. 7 Marzo de 2014.

CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir,* ICC-02/05-01/09-1, *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 Marzo de 2009.

CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* ICC-02/05-01/09-95, 12 de julio de 2010.

CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of arrest for Jean Pierre Bemba Gombo replacing the warrant of arrest issued on 23 May* 2008, ICC-01/05-01/08-1, 23 de mayo de 2008.

CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean- Pierre Bemba Gombo,* 15 de junio de 2009.

Tribunal Internacional para Ruanda

TPIR, *Prosecutor v. Paul Akayesu., Trial Judgement,* Case IT-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

TPIY, *Prosecutor v. Momćilo Krajisnik*, *Judgement,* IT-00-39-T, 27 de septiembre de 2006

TPIY, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Judgement,* IT-99-36-A, 3 de abril de 2007.

TPIY, *Prosecutor v. Momćilo Krajisnik*, Judgement, IT-00-39-A, 17 de marzo de 2009.

TPIY, *Prosecutor v. Radovan Karadzic, Third Amended Indictment*, IT-95-5/18-PT, 27 de febrero de 2009.

TPIY, *Prosecutor v. Ratko Mladić, Second Amended Indictment*, IT-09-92-I, 1 de junio de 2011.

Jurisprudencia nacional

Argentina

Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Caso de Luciano Menéndez, 23 de noviembre de 2011.

Colombia

Corte Constitucional, Auto 092, 14 de abril de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia T-025, 22 de enero de 2004.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros, Rad. 110016000253-2008-83612, 4 de septiembre de 2012.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Auto de Control de Legalidad de Cargos contra Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León, Rad. 110016000253-2006-81366, 14 de diciembre de 2010.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Auto de control de legalidad de cargos de Ramón María Isaza Arango y otros, Rad. 110016000253-2007-82855, 5 de octubre de 2012.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de primera instancia contra Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León, Rad. 110016000253-2006-81366, 7 de diciembre de 2011.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de Primera instancia de Ramón María Isaza Arango y otros, Rad. 110016000253-2007-82855, 29 de mayo de 2014.

España

Tribunal Supremo Español, STS 13921/1994, *Ra 8386*, Ponente Bacigalupo Zapatero, 2 de noviembre de 1994.

Doctrina

Ambos K. & Grammer C., 2003, Dominio del hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann en *Revista Penal*, 12.

Bacigalupo, E., 1999, Derecho Penal Parte General, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Benetech & Corporación Punto de Vista, 2011, *Using Quantitative Data to Assess Conflict-Related Sexual Violence in Colombia: Challenges and Opportunities*, Bogotá: Opciones Gráficas Editores.

Choclán Montalvo, J. A., 1995, ¿Es el delito de violación un delito de propia mano?, A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1994, *AP* 3, 39 y ss.

Gómez Rivero, M. C., 2006, ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano? *Wolters Kluwer*. Recuperado de http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/286/276.

Maqueda Abreu, M. L., 1992, Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal, Madrid: Editorial Tecnos.

Mir Puig, S., 2005, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición. Montevideo: Editorial B de F.

Olasolo, H., 2013, Tratado de Autoría y participación en Derecho penal internacional, Valencia: Tirant lo Blanch.

Rincón, T., 2010, Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario Bogotá.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., 2004, El denominado "delito de propia mano". Respuesta a una situación jurisprudencial, Madrid: Editorial Dykinson.

Velásquez Velásquez, F., 2004, Manual de Derecho Penal Parte General, Bogotá: Editorial Temis.

Velásquez Velásquez, F., 2009, Derecho Penal General Parte General, Cuarta edición, Bogotá: Editorial Comlibros y Cia.

Velazco Arroyo J. C., 2007, Discriminación Positiva, Diversidad Cultural y Justicia, *Revista de Filosofía Daimon*, 41, 141-156.

Informes, resoluciones y otros documentos

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2011, Grupo de Memoria Histórica, Mujeres y guerra, víctimas y resistentes en el Caribe colombiano, Bogotá: Ediciones Semana.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

Colombia, 2011, Ley 1448, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

Verdad Abierta, 2011, Fallo Simbólico contra la violencia sexual en el conflicto armado, Bogotá, Recuperado de http://www.verdadabierta.com/component/content/article/41-violencia-contra-mujeres/3571-el-fallo-simbolico-de-la-violencia-sexual-en-el-conflicto

Epílogo

Aproximaciones al concepto de macro-criminalidad en la legislación y jurisprudencia colombianas de justicia y paz

MAURICIO VANEGAS MOYANO*

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia, si bien el concepto de patrón de macro-criminalidad aparece por primera vez recogido en el plexo normativo de Justicia y Paz[1], se puede evidenciar que ya con anterioridad la jurispru-

---

* El Prof. Mauricio Vanegas Moyano realizó, en su condición de profesor de la Universidad del Rosario (Colombia), una inestimable colaboración a la Clínica Jurídica Internacional durante su primera cohorte en el segundo semestre de 2011.

1 El artículo 15 de la ley 975, modificado por el artículo 10 de la ley 1592 de 2012, alude a que la develación de los patrones de macro-criminalidad es fundamental para el esclarecimiento de la verdad respecto al actuar de los grupos armados organizados al margen de la ley, dado que es una herramienta eficaz para descubrir el contexto de violencia generalizada y sistemática potenciada por la existencia de un conflicto armado no internacional en Colombia. Así mismo, el artículo 18 de la misma ley (concordado con los artículos 2.2.5.1.2.2.5 y 2.2.5.1.2.2.7 del Decreto 1069 de 2015) alude a que, en caso de existir una inferencia razonable, a partir de los elementos materia de prueba, evidencia física, información legalmente obtenida o versión libre del postulado del procedimiento de Justicia y Paz, de la autoría y participación en conductas punibles que forman parte de un dinámica de patrón de macro-criminalidad, lo procedente es solicitar la audiencia ante el Magistrado de Control de Garantías competente para la formulación de imputación respectiva. Así mismo, al (a los) postulado (s) le asiste(n) la facultad de acogerse a sentencia anticipada cuando, en-

dencia hacía esfuerzos importantes para establecer un acercamiento al mismo, mediante el análisis de lo que se denominaba como "tendencias" o "aproximaciones"[2], indicando qué requisitos habrían de tenerse en cuenta para su construcción, precisamente con base en la lógica y dinámica en la que se desarrolla la comisión de las conductas penales más atroces (genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario) que ofenden y ponen en peligro bienes jurídicos que trascienden la simple órbita individual hasta insertarse en lo que se podría denominar bienes jurídicos supranacionales o universales.

El presente trabajo comienza con una aproximación general al concepto de macro-criminalidad, para posteriormente abordarlo a partir de la normatividad colombiana, y su interrelación con los

---

tre otros requisitos, éste (estos) acepta(n) hechos que forman parte de un patrón de macro-criminalidad esclarecido con anterioridad mediante una sentencia pronunciada (artículo 18 de la ley 1592 de 2012, concordado con el artículo 2.2.5.1.2.3.2 del Decreto 1069 de 2015). Para ahondar sobre la concreción de los requisitos para acogerse a la terminación anticipada del proceso basados en los mismos hechos que fueron objeto de patrones develados en una sentencia en firma anterior, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto interlocutorio del 30 de septiembre de 2015. Radicado 46.721. M.P: Eugenio Fernández Carlier. En fin, la develación o descubrimiento de los patrones de macro-criminalidad también juega un papel esencial en el desarrollo de la audiencia concentrada en desarrollo de dicho procedimiento especial (artículo 2.2.5.1.2.2.11 del Decreto 1069 de 2015).

[2] Así por ejemplo, a manera de ilustración, véase entre otras, Sentencia del 24 de septiembre de 2015 proferida por la Sala de Conocimiento de Justicia Y Paz de Medellín (Bloque Cacique Nutibara). M.P: Rubén Darío Pinilla Cogollo. También sentencia del 14 de diciembre de 2014 del mismo Tribunal y mismo magistrado ponente (Sentencia contra Jesús Ignacio Roldán Pérez). Más allá de que para la época en que se desarrollaban las distintas fases procesales en estricto sentido no se aplicaban los lineamientos del artículo 17 del Decreto 3011 de 2013 (que desarrolla las reformas introducidas por la ley 1592 de 2012), lo cierto es que la judicatura hizo importantes esfuerzos para al menos esbozar la identificación de patrones de macro-criminalidad en los casos sometidos al juzgamiento. Así mismo, es importante evocar la aproximación de este fenómeno que realiza la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2014b)

conceptos de análisis de contexto, patrón de macro-criminalidad, práctica, modus operandi, plan y política. El trabajo concluye con el estudio de los análisis de macro-criminalidad realizados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema y las Salas de Justicia y Paz, poniendo en evidencia las dificultades que giran en torno a su aplicación toda vez que en varias de las sentencias dictadas en virtud de la ley 1592 de 2012, los magistrados no aceptan los patrones de macro-criminalidad presentados por la Fiscalía, alegando falencias, entre otras, de orden metodológico —si bien diversos salvamentos de voto en dichas sentencias presentan posiciones menos rígidas al respecto.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MACRO-CRIMINALIDAD

La macro-criminalidad es la criminalidad de los grandes colectivos, de aparatos de poder estatales y de sistemas de injusto de carácter político[3] lo que hace referencia a comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macro-acontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional[4], diferenciándose cualitativamente de las conocidas formas "normales" de criminalidad y también de las conocidas formas "especiales" (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y a la función particularmente activa que desempeña el Estado[5].

---

3 Jäger citada en Alpaca, A., 2013, Cuadernos de Trabajo del CICAJ N.°3. Obtenido de Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional, pp. 38: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/ALFREDO-ALPACA.pdf

4 Jäger citada en Ambos, K., 14 de Diciembre de 2015, Konrad Adenauer Stiftung, Obtenido de La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática, p. 48: http://www.kas.de/wf/doc/kas_6061-1522-1-30.pdf?080604213314

5 Ibíd., p. 44.

Si bien para Alfredo Alpaca, siguiendo las posturas de Jäger y Haan, la macro-criminalidad se caracteriza por ser un fenómeno que contempla en sus fundamentos la realización de diversos sucesos criminales que son —y esto es lo fundamental— ordenados, iniciados, alentados u ocultados por la autoridad de los Gobiernos[6], lo cierto es que la realización de hechos criminales con estas características no son cometidos solamente por los Gobiernos sino que pueden ser cometidos por grupos o aparatos organizados de poder (guerrillas, paramilitares por ejemplo) que tengan la organización, la capacidad y la logística de realizarlos.

Los hechos delictivos estudiados por la macro-criminalidad son de interés complementario del Derecho Internacional Penal, pues aunque se reconozca una importante contribución de carácter estatal, no se debe dejar de tener presente la idea fundamental de que son finalmente los individuos (…) quienes planifican, dirigen y ejecutan tales hechos y por ello deberán responder penalmente[7]. En ese orden de ideas, el concepto de macro-criminalidad se circunscribe a los crímenes de Derecho internacional que ponen en riesgo la paz y seguridad internacional (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio), caracterizados por configurarse como crímenes de sistema[8]. En consecuencia, la macro-criminalidad requiere, en mayor o menor medida, una planificación de la comisión de crímenes a gran escala, donde hay una confabulación de personas que los pla-

---

6 Alpaca, A., 2013, Cuadernos de Trabajo del CICAJ N.°3, Obtenido de Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional, p. 17: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/ALFREDO-ALPACA.pdf

7 Ibíd., p. 38.

8 Olasolo, H., 2015, El Derecho Internacional Penal ante el Fenómeno de la Criminalidad Organizada en la Sociedad Global. En Letra Derecho Penal (1), 114-136. El profesor Héctor Olasolo afirma que la macro-criminalidad se puede extender a otro crímenes complejos ya que no existe impedimento para "que algunas de las manifestaciones más graves de la violencia ejercida por las estructuras empresariales clandestinas que tienen como principal actividad los delitos transnacionales, puedan ser calificadas como crímenes internacionales, en particular como crímenes de lesa humanidad, y deben por lo tanto recibir una respuesta apropiada a la naturaleza de los mismos a través del Derecho internacional penal."

nean y ejecutan, presentando formas extraordinariamente crueles de actuar en donde las víctimas quedan indefensas frente a la máquina criminal, y que se reiteran en el tiempo, presentando características comunes que dan cuenta de ese grado de organización, dentro de un determinado territorio[9]. En consecuencia, quedan fuera del concepto de macro-criminalidad, la comisión de hechos aislados, o cometidos al azar sin ninguna clase de conexión, o que son frutos de una "conducta desviada de individuos"[10].

En la Ley 1592 de 2012, que modificó la Ley 975 de 2005, se estableció la estrategia de investigación de los crímenes de sistema lo que incorporó un cambio sustancial, al consagrar que la verdad ya no se busca desde la perspectiva de los hechos individuales de cada perpetrador, con esquemas de investigación tradicionales, sino sobre los contextos, las causas y los motivos de los patrones de macro-criminalidad en el accionar de los grupos a los que pertenecieron[11], dejando en manos de la justicia ordinaria la investigación y juzgamiento de las conductas punibles individualmente causadas.

El profesor Kai Ambos plantea que una investigación de la macrocriminalidad no se agota en la enumeración de los hechos delictivos cometidos por miembros de un GAOML, sino debe estar orientada también en la revelación de los motivos y razones que dieron lugar a los crímenes y los nexos entre estos[12]. Es por ello que en el Manual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y

---

9 En sentido similar, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que "La macro-criminalidad, entendida como fenómeno que trasciende el ámbito de la empresa criminal para incursionar en un aparato delincuencial organizado y jerarquizado, orientado a desarrollar múltiples frentes delictivos dentro de una amplia cobertura geográfica, no puede ser investigada en forma tradicional como si se tratara de una gran cantidad de hechos aislados.

10 Martínez, D., 2014, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ, p. 14

11 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 41035 (29 de Mayo de 2013).

12 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 46721 (30 de Septiembre de 2015), p. 10.

Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación de Colombia se establece que:

> La identificación y reconstrucción de los planes criminales exige realizar dos operaciones complementarias. Desde la perspectiva de la organización criminal, una operación deductiva: es necesario identificar y caracterizar los modus operandi que convierten en resultados el objetivo (política o plan criminal). Desde la perspectiva de los hechos (resultados), una operación inductiva: es necesario identificar y caracterizar posibles patrones, es decir, características similares que tienen los delitos perpetrados y las relaciones que éstos tienen entre sí, en tanto su ocurrencia es necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la maquinaria criminal. La conexión entre política o plan criminal, modus operandi, delitos y patrones es lo que caracteriza a la violencia organizada o planificada, y la distingue de otras formas de violencia o de delincuencia[13].

De esta manera, la Ley 1592 de 2012 introduce para el sistema de Justicia y Paz unas obligaciones específicas a cargo de la Fiscalía, de manera que esta deberá develar el patrón de macro-criminalidad de las acciones delictivas cometidas por los grupos armados organizados al margen de la ley, en el cual se deben reconstruir los contextos, las causas y los motivos del patrón referido.

3. ELEMENTOS INHERENTES AL ANÁLISIS DE LA MACRO-CRIMINALIDAD: LOS CONCEPTOS DE ANÁLISIS DE CONTEXTO, PATRONES DE MACRO-CRIMINALIDAD, PRÁCTICA, *MODUS OPERANDI*, PLAN Y POLÍTICA

El análisis del fenómeno de la macro-criminalidad requiere de la aplicación de toda una serie de conceptos íntimamente relacionados con el mismo, entre los que cabe destacar el análisis de contexto, los

---

13 Martínez, D., 2014, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ, p. 44.

patrones de macro-criminalidad, la práctica, el modus operandi, el plan y la política[14].

3.1. El análisis de contexto

De conformidad con la Directiva 0001 de 2012 el contexto es el "marco de referencia de aspectos esenciales acerca de elementos de

---

[14] En este contexto, la propia Ley 1592 de 2012 introduce también el término priorización, que no se encuentra en nuestra opinión tan relacionado con el establecimiento de los patrones de macro-criminalidad, como con la concentración de la persecución penal en ciertos grupos de individuos, y en particular los llamados máximos responsables. En este sentido, la Directiva 001 del 4 de octubre de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, señala que la priorización "permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalente, para garantizar el acceso a la administración de justicia", teniendo como fines la seguridad ciudadana, el conocimiento del contexto de conflicto armado, la legitimidad y eficacia en la administración de justicia y la atención a las exigencias de la sociedad civil. Ahora bien, esto no quiere decir, que la priorización, al menos en Colombia, no guarde relación alguna con el establecimiento de patrones de macro-criminalidad, porque el propio inciso segundo del artículo 16A establece que "los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables". En cuanto al establecimiento de criterios de priorización de carácter objetivo, subjetivo y complementario, Bergsmo y Saffon han subrayado que la "adopción de criterios claros, adecuados y justificados públicamente para seleccionar y priorizar casos" de crímenes de sistema "es crucial para garantizar el principio de igualdad ante la ley (y con él otros objetivos importantes de la transición), la coherencia, la eficacia y la independencia de la estrategia de persecución, y la legitimidad global del proceso penal". Por su parte, Forer y López Díaz hacen particular énfasis en que la investigación se ha de basar en "la dinámica de sistema en el que las conductas punibles se cometieron, los patrones de conducta de sus miembros, las relaciones de mando y cooperación entre actores armados, para lograr una narrativa que nos permita elaborar el dossier de cada grupo y el mapeo general de sus actividades lo que nos ayudará a establecer si hubo sistematicidad y concierto para cometer los delitos bajo las políticas trazadas por los superiores jerárquicos de cada GAOML".

orden geográfico, político, económico, histórico, y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran". El contexto comprende una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones, entre otros[15]. En ese orden de ideas, el análisis de contexto busca permitir la investigación de las conductas delictivas no como hechos aislados, sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto[16]. Al respecto, se sostiene que:

> La noción de contexto tiene dos funciones sustanciales, según el diseño de política establecido por el Fiscal General para la Fiscalía. Por una parte, el contexto se contempla para entender el crimen en el entorno de sus víctimas y de la realidad en la que se produce, de modo que la investigación penal de los hechos relacionados por los delitos por investigar y su funcionamiento, y también las violaciones derechos humanos y los daños que les causaron, ofrezca una verdad completa. Por otra parte, sirve para conocer la estrategia de la organización delictiva, su funcionamiento interno y externo, las dinámicas regionales, los aspectos logísticos esenciales y las redes de comunicación, entre otro[17].

En virtud de que los crímenes de sistema no son eventos aislados sino que se presentan como resultado de la actuación de estructuras criminales, la función del análisis de contexto como metodología de investigación penal en los crímenes de sistema es la de servir a la Fiscalía General de la Nación de fundamento para determinar las líneas lógicas de investigación, estructurar las imputaciones a través de la consideración de elementos de distinta índole que rodean el delito,

---

15 Fiscalía General de la Nación, 04 de Octubre de 2012, Directiva 0001 del 2012, Colombia.

16 Bernal y Barbosa., 2015, El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia: Ver artículo 2.2.5.1.2.2.2 del Decreto 1069 de 2015, p. 22.

17 Correa, 2015, Análisis de contexto, Estudio desde el derecho constitucional. En B. &. Bernal, El análisis de contexto en la investigación penas: crítica del transplante del derecho internacional al derecho interno (p. 143). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 143.

y guiar las indagaciones a adelantar para determinar las responsabilidades subyacentes por las relaciones de los actores con terceros[18].

El análisis de contexto es además eficaz para contribuir al esclarecimiento de la comisión de conductas delictivas y a dilucidar la responsabilidad penal de los integrantes más importantes de la estructura macro-criminal, ofreciendo así mismo estrategias para llevar a cabo reparaciones de orden colectivo. Ahora bien, esto no significa que pueda constituirse en el elemento de prueba, puesto que como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha subrayado recientemente:

> El contexto es un propósito, pues aún demostrado el cuadro conjunto de un proceder macrocriminal, de allí no se pueden establecer, sin más, responsabilidades, ni es en sí mismo un medio de acreditación, dado que, por el contrario, su conformación debe nutrirse de las fuentes que a la postre demuestran los otros objetivos del proceso, esto es, de las pruebas legal y válidamente aportadas, como por ejemplo, estudios de técnicos y peritos, declaraciones, etc[19].

En este sentido, como ha señalado el alto tribunal, la elaboración del contexto debe seguir parámetros objetivos, es decir que esta elaboración no debe responder a construcciones basadas en la arbitrariedad y el subjetivismo ideológico. En consecuencia:

> No resulta aconsejable que, sin una juiciosa y ponderada evaluación previa, se acuda en la construcción del contexto a toda suerte de documentos, indagaciones o estadísticas, pues resulta innegable que cada uno de ellos contiene una carga ideológica transversal, capaz de distorsionar o hacer más o menos fiable su aporte. Por tanto, si se acogen esos elementos, será necesario que en la decisión el juzgador exprese, sin ambages, por qué tal o cual fuente denota imparcialidad, seriedad, hondura y aproximación efectiva a la reconstrucción de la

---

18 Fajardo Arturo, L. A., 2015, Estado del arte en materia de derecho internacional de los derechos humanos y contexto. En B. y. Bernal, Análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno (p. 297). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 46721, 30 de Septiembre de 2015.

> verdad y, ahí sí, proceda a extractar apartes que le sirvan para edificar el contexto[20].

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-579 de 2013, ha manifestado que si bien el análisis de contexto contribuye eficazmente a desvertebrar macro-estructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición[21], el uso de esta metodología como sucedáneo de prueba no solo vulneraría la Constitución Política, sino también todo un cuerpo normativo de derecho internacional de los derechos humanos que establece el respecto infranqueable del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito penal [22].

3.2. Patrones de macro-criminalidad

Como ha señalado Martínez, [u]n «patrón» se refiere a una serie de eventos que, debido a su frecuencia, ubicación espacial y naturaleza, implican algún grado de planificación y control centralizado. La utilización de los patrones ayuda a comprobar si un crimen en particular forma parte de un proceso planificado. Las inferencias jurídicas que se puedan derivar del análisis de patrones en la evidencia dependerán de los hechos[23].

La Sala de Justicia y Paz de Bogotá ha subrayado en este sentido que:

---

20 Ibíd.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-579, 28 de Agosto de 2013.

22 Bernal Pulido, C., 2015, Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano. En B. &. Bernal, En el análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno (p. 63), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

23 Martínez, D., 2014, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ, p. 21

> De acuerdo con la jurisprudencia internacional, se tiene entonces que un patrón está constituido por actos de carácter sistemático, reiterado o generalizado, que comportan modus operandi particularizados, en cuanto a que ponen en evidencia conductas generalizadas que se perciben claramente como graves violaciones a los Derechos Humanos o al DIH[24].

Surge así la problemática de trasladar los conceptos emanados por jurisdicciones internacionales en materia de Derechos Humanos que buscan establecer si hay responsabilidad de los Estados, no de los particulares, dada la flexibilidad de los estándares probatorios aplicados en estas jurisdicciones para constatar la existencia de patrones de macro-criminalidad. En este sentido, conviene señalar que la jurisdicción especial de Justicia y Paz analiza la responsabilidad de orden penal, por lo que se tiene que sujetar a los estándares probatorios que respeten derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa, lo que requiere un análisis riguroso y definido basado en los elementos de prueba legal y oportunamente allegados al proceso.

Otro problema que se vislumbra con la noción de patrón de macro-criminalidad, es su alusión a los conceptos de generalizado y/o sistemático. Estos son atributos que constituyen la esencia de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, en los crímenes de guerra no se requiere este elemento sistemático. Es por ello que, como Cote y Tarapués han afirmado con ocasión del análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, "la expresión crímenes de guerra cometidos de manera sistemática debe señalar entonces algo distinto a la sola conexión entre el crimen que se debe investigar y el conflicto armado[25]. De ahí que en relación con los crímenes de

---

[24] Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra del postulado Salvatore Mancuso y otros., Rad. 1821, 31 de Octubre de 2014b, párr. 578.

[25] Cote Barco, G., & Tarapues Sandino, D., 2014, El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013. En a. a. Ambos, Justicia de Transición y Constitución, Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional (p. 253). Bogotá: Temis: Es más, en estricto sentido, un hecho aislado puede constituir, según el Derecho Internacional Penal, un crimen de guerra sin

guerra, la expresión patrones de conducta se utilice para referirse a la selección y priorización de aquellas conductas constitutivas de infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, que tienen la relevancia necesaria para que sean investigadas y juzgadas sólo dentro del contexto específico de la Jurisdicción especial de Justicia y Paz[26].

A nivel normativo, la definición de patrones de macro-criminalidad se recoge en el artículo 16 del Decreto 3011 de 2013[27], que reglamenta la Ley 1592 de 2012, de manera que los mismos están conformados por "el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos".

Así mismo, el artículo 2.2.5.1.2.2.4 del mencionado decreto requiere que la constatación de la existencia de un patrón de macro-criminalidad, se deberá contar, entre otros con la identificación de: (a) los tipos de delitos más característicos, incluyendo su naturaleza y número; (b) los fines del grupo armado organizado al margen de la ley; (c) el *modus operandi* del grupo armado organizado al margen de la ley; (d) la finalidad ideológica, económica o política de la victimización y en caso de que la hubiere, su relación con características de edad, género, raciales, étnicas o de situación de discapacidad de las víctimas, entre otras; (e) los mecanismos de financiación de la estructura del grupo armado organizado al margen de la ley; (f) una muestra cualitativa de casos que ilustre el tipo de delitos más característicos que llevaba a cabo el grupo armado organizado al margen de la ley; (g) la documentación de la dimensión cuantitativa de la

---

que sea esencia de probar su sistematicidad. Bastaría con probar su nexo causal con un conflicto armado.

26 Aquellas conductas constitutivas de infracciones graves contra el DIH, que en aplicación del concepto "patrones de macro-criminalidad" no sean investigadas y enjuiciadas por la jurisdicción especial de Justicia y Paz, podrían ser, sin embargo, competencia de otras instancias judiciales.

27 Artículo 2.2.5.1.2.2.3 del Decreto 1069 de 2015.

naturaleza y número de las actividades ilegales cometidas bajo el patrón de macro-criminalidad, utilizándose medios estadísticos en la medida de lo posible; (h) los procesos de encubrimiento del delito y desaparición de la evidencia; y (i) la identificación de excesos o extralimitaciones en la comunicación, implementación y ejecución de las órdenes, si los había. De acuerdo con la jurisprudencia de Justicia y Paz, estos elementos se tienen que dar de forma concurrente, con lo cual se debe rechazar cualquier elemento que busque restringir su alcance[28].

Teniendo en cuenta lo anterior, la Fiscalía deberá presentar una visión sistemática, de contexto, de aquello que está imputando y acusando, estableciendo la prioridad que la gravedad de los delitos, las condiciones y la cantidad de víctimas, un patrón o designio común, sus sitios de ubicación, la época de su comisión, la alarma social que causaron, la condición de mando de los perpetradores, entre otros aspectos[29], por lo que la función del ente acusado no es pasivo, ya que tiene el deber institucional de practicar cuanto medio probatorio esté a su alcance, con el fin de confirmar o informar lo confesado por el desmovilizado, resaltándose que en esa labor de verificación, es apenas natural y obvio que las víctimas jueguen un papel preponderante, pues, a su turno, pueden aportar elementos de juicio en uno u otro sentido[30].

3.3. Práctica y modus operandi

El artículo 2.2.5.1.2.2.3 del Decreto 1069 de 2015 recoge los términos "práctica" y "*modus operandi*", por lo que es necesario establecer su relación con los patrones de macro-criminalidad. Con respecto al concepto de práctica, la Sala de Justicia y Paz de Medellín, con base en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de Derechos

---

28 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Arnubio Triana Mahecha y otros, Rad.2358, 16 de Diciembre de 2014c.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 39.269, 17 de Octubre de 2012.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 32.022, 21 de Septiembre de 2009.

Humanos, identifica tres elementos que lo caracterizan: lo sistemático, lo generalizado y lo reiterado, que también se encuentran presentes al desarrollar la noción de patrón de macro-criminalidad. Así las cosas, según esta corporación, se puede entender por práctica la sumatoria de modus operandi conectados entre sí a través de un nexo causal fáctico[31].

En cuanto al modus operandi, es también mencionado en los artículos 2.2.5.1.2.2.3, 2.2.5.1.2.2.4 y 2.2.5.1.2.2.7 del Decreto 1069 de 2015. Al respecto, vale la pena traer a colación lo que el tratadista Morales Marín ha subrayado, razón por la cual consideramos que también es válido tenerlo en cuenta traspolarlo a ese actuar colectivo característico en la dinámica de los crímenes internacionales, "[l]as personas poseen una especial manera de actuar según sus características específicas. Es decir, cada cual tiene una especial tendencia de hacer las cosas a su modo, lo cual integra sus hábitos, que rara vez desestiman (…). Esta tendencia del individuo a obrar de manera particular y exclusiva la tienen también los delincuentes[32]. Por su parte, la Sala de Justicia y Paz de Medellín ha concluido que el modus operandi es la manera como se lleva a cabo una práctica; es decir, las circunstancias de modo, tiempo y lugar del actuar delictivo[33].

Como señalamos en relación con los patrones de macro-criminalidad, aunque en el ámbito de la responsabilidad internacional de

---

31 Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Olimpo de Jesús Sánchez Caro y otros, Rad. 2008-83626, 16 de Diciembre de 2015: En efecto, en esta providencia se hace alusión a decisiones tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así mismo, la Sala expresa que "[e]n relación con el concepto práctica, H.L. Hart la define como una conducta de carácter general que puede ser percibida por observadores internos o externos y, a partir de dicha observación, se puede concluir que la conducta es uniforme y llevada a cabo por un grupo, aunque esa realización grupal no necesariamente debe ser totalitaria y universal" (Estándares para las investigaciones de ejecuciones extrajudiciales).

32 Morales Marín, G., 2001, Prueba penal y apreciación técnico-científica. Gustavo Ibáñez, p. 252

33 Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Olimpo de Jesús Sánchez Caro y otros, Rad. 2008-83626, 16 de Diciembre de 2015.

los Estados en los tribunales internacionales de Derechos Humanos se hace referencia al modo de identificar las prácticas y los *modi operandi*, la prueba relativa a estos elementos en un proceso penal debe cumplir en todo caso con los estándares probatorios que aseguren el debido proceso y el derecho de defensa.

3.4. Plan o Política

La Real Academia Española define el término "política" haciendo alusión a [o]rientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado[34], acepción que consideramos la más indicada para efectos de este análisis. Por su parte, la propia Real Academia de la lengua define el término "plan" como un proyecto o modelo sistemático de una actuación pública o privada, que se elabora anticipadamente para dirigirla y encauzarla[35].

La definición de los crímenes de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional requiere como elemento de contexto la existencia de un ataque sistemático o generalizado dirigido contra la población civil en ejecución de la política de un Estado o de una organización. Se trata, en definitiva, de conductas punibles altamente complejas que conllevan una multiplicidad de actos de violencia (ataque), que implica el concurso de varios autores, muchos de éstos (sobre todo los autores materiales), actuando bajo el manto del anonimato en el seno de una Entidad[36]. En estas circunstancias, probar que los actos de violencia se llevan a cabo en ejecución de un plan o política, sea de un Estado o de una organización, es complicado porque, aunque se utilicen una serie interrelacionada de medios para conseguir el objetivo de atacar a

---

34 Real Academia Española, 2016, Diccionario de la lengua española.

35 Ibíd.

36 Jurovisc, Y., 2002, *Réflexions sur la specificité du crime contre l'Humanité en Revue Internationale de droit comparé,* 55(3), p. 229.

una población civil, estos no se presentan de manera directa bajo la forma de un plan anunciado, explícito o detallado[37].

En este sentido, es necesario subrayar que las verdaderas intenciones criminales de atentar contra los intereses más preciados del ser humano muchas veces se esconden de manera hipócrita y velada tras un manto de situaciones que aparentan una pretendida legalidad, sin que a primera vista se pueda descubrir fácilmente dicha política o plan criminal. Es por eso que el intérprete debe acudir a la técnica de la inferencia razonable para desentrañarla, analizando en su conjunto la existencia concatenada de una serie de eventos dentro de un determinado contexto temporal y geográfico[38]. Ahora bien, para inferir correctamente la existencia de una política y evitar juicios apresurados e inexactos, es necesario tener en cuenta que las acciones y omisiones que se pretenden inscribir dentro de aquélla, obedecen a un proceso evolutivo y dinámico, razón por la cual se debe realizar un análisis *ex post facto* de conjunto de toda esa cadena de eventos.

---

37 CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, CPI II, *Jugement rendu en application de l'article 74 de Statut, 7 Mars* 2014, párr. 1109.

38 Por ejemplo, en la jurisprudencia del TPYI se trae a colación una serie de situaciones que harían presumir la existencia de una política en este sentido (*Prosecutor v. Tihomir Blaskic,* 2000, párr. 204) Se cita por ejemplo que la política se puede deducir probatoriamente de las circunstancias históricas generales y del cuadro político general dentro de los cuales se inscriben lo actos criminales, de la propaganda mediática, de la movilización de las fuerzas armadas, de la toma de medidas discriminatorias, del alcance de la violencia ejercida, de los nexos entre una jerarquía militar y la estructura política y su programa, del contenido del programa político, entre otras. Estos ejemplos, han sido citados por la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI (Situación en la República de Kenia, 2010, párr. 87). Así mismo, la Jurisprudencia de la Sala de Primera Instancia II de la CPI, también ilustra otros ejemplos que permiten inferior la existencia de la política de atacar a la población civil: el hecho de constatar la repetición de varios actos que se enmarcan dentro de una lógica finalista, la existencia de actividades preparatorias, las movilizaciones colectivas concertadas y coordinadas por parte del Estado o de la organización (*Prosecutor vs. Katanga*, 2014, párr. 1109).

4. EL ANÁLISIS DE LA MACRO-CRIMINALIDAD POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LAS SALAS DE JUSTICIA Y PAZ

El proceso de justicia y paz, contrario al modelo procesal penal regulado por la Ley 906 de 2004[39], tiene como presupuesto la desmovilización de los actores armados ilegales y está encaminado a conseguir la reconciliación nacional y la superación del conflicto armado, conforme los compromisos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, propios de un proceso transicional[40]. Es así como los hechos deben ser construidos entre todos los intervinientes, incluidos los magistrados de justicia y paz, desde luego, tomando como base lo confesado por el postulado y la consecuente investigación adelantada por la fiscalía[41], sin que ello represente cambiar la función del ente acusador porque lo que se busca es construir una verdad no solamente formal a partir de la intervención de todos los interesados[42].

De conformidad con lo anterior, las decisiones que se toman al interior del proceso de justicia y paz tienen una carga argumentativa mayor en lo que corresponde al examen de los fenómenos de macro-criminalidad y de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos, atendiendo además al marco internacional. Por consiguiente, el funcionario judicial[43] debe no solo analizar el caso concreto sino contextualizarlo dentro del conflicto, identificando los

---

39 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 41035, 29 de Mayo de 2013. Proceso contradictorio donde "se configura un enfrentamiento entre acusador y defensa, el que debe ser resuelto por un funcionario judicial imparcial, conforme los principios de controversia, igualdad de armas e inmediación de la prueba, entre otros".

40 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 41035, 29 de Mayo de 2013.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 31.539, 31 de Julio de 2009.

42 Ibíd.

43 Al hablar de funcionario judicial la Corte afirma que el Magistrado de Conocimiento podría establecer el contexto y develar los patrones de macro criminalidad.

patrones de violencia y los demás actores seguramente de rango superior que también son responsables[44].

Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, el acto procesal de mayor connotación en la ley de justicia y paz es la acusación: escrito de acusación más el control de legalidad material y formal sobre la aceptación de cargos[45], que de conformidad con la reforma al proceso de justicia y paz establecida en la ley 1592 de 2012 y el Decreto 3011 de 2013 se presenta en la audiencia concentrada de control formal y material de los cargos. Es por esta razón que, como la propia Sala de Casación Penal ha subrayado, las audiencias concentradas son audiencias generadoras de sentencias que identifiquen patrones de macro-criminalidad[46]. Por tanto, la conceptualización de los patrones de macro-criminalidad se debe presentar en "la audiencia concentrada de control formal y material de los cargos[47],teniendo en cuenta los elementos para la identificación de los mismos establecidos en el artículo 17 del Decreto 3011 de 2013.

En la sentencia en contra del postulado Salvatore Mancuso del 31 de octubre de 2014, se habla de una aproximación a los patrones de macro-criminalidad y se establece que anunciar los patrones de macro-criminalidad es una exigencia que asume la Fiscalía y que implica distinguir aquellos de las políticas de grupo[48]. Al fijar una aproximación a los patrones de macro-criminalidad corrige los patrones presentados por la Fiscalía y establece que fijar el estándar probatorio exclusivamente en la versión libre de los postulados genera una serie de inconvenientes. En primer lugar, se restringe el patrón de macro-criminalidad de manera desacertada generando "un efecto contradictorio respecto de los próximos casos que se adopten por vía de la sentencia anticipada, por cuanto, bajo la hipótesis

---

44 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 32.022, 21 de Septiembre de 2009b.

45 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 29560, 28 de Mayo de 2008.

46 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra del postulado Salvatore Mancuso y otros, Rad. 1821, 31 de Octubre de 2014b, párr.727.

47 Ibíd. Párr. 718

48 Ibíd, párr. 727.

planteada por la Fiscalía, el "patrón" estaría sujeto principalmente a la condición de la víctima "como aquella que hubiese tenido vínculos con la subversión", más no a los factores que advierte el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, como la estructura, el *modus operandi*, las relaciones que hicieron posible la operación de determinado Bloque, entre otros[49]. En segundo lugar, utilizar como único medio de prueba de un patrón de macro-criminalidad la versión libre del postulado es insuficiente puesto que en muchas ocasiones la identificación del patrón obedece a lo revelado a lo largo del proceso, es decir, se construye a partir de los mismos hechos y las circunstancias de los mismos[50]. En este orden de ideas, la Fiscalía puede utilizar cualquier medio probatorio para la develación de los patrones de macro-criminalidad.

La Sala de justicia y paz, en el mismo caso, establece que el criterio cuantitativo para la determinación de los patrones de macro-criminalidad reviste una especial importancia[51], pero no es suficiente por lo que para identificar los patrones de macro-criminalidad se deben tener en cuenta criterios cuantitativos y cualitativos. Asimismo, la determinación de la "práctica" es un elemento adicional que permite la identificación de los patrones de macro-criminalidad que se deben establecer junto con los demás elementos pues por si solo tampoco resulta suficiente para los criterios de macro-criminalidad[52]. Por otro lado, la Sala recomienda como "metodología conveniente conceptualizar los patrones desde el Bloque hacia los frentes, no en sentido inverso, en consecuencia el argumento desde el Frente es válido como comprobación del patrón[53].

En un anterior pronunciamiento referente al BLOQUE CUNDINAMARCA, la Sala de justicia y paz hace la siguiente exposición sobre los elementos que deben tener los patrones de macro-criminalidad establecidos en el artículo 17 del Decreto 3011 de 2013, que a su juicio deben cumplirse íntegramente:

---

49 Ibíd, párr. 728 y ss.
50 Ibíd, párr. 728 y ss.
51 Ibíd, párr. 731.
52 Ibíd, párr. 734.
53 Ibíd, párr. 731.

> […] La Sala, en aras de recomendar el uso de enfoques interdisciplinarios para complementar la jurisprudencia nacional e internacional en materia de juzgamiento de crímenes de sistema, recomienda que para identificar y analizar la existencia de un patrón de comportamiento, es necesario tener en cuenta los siguientes elementos:
> a) Un patrón debe ser de fácil reconocimiento, lo que significa, que debe contar con las fuentes de información y las herramientas de procesamiento de datos que permitan verificar empíricamente su existencia.
> b) Un patrón debe identificar las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se presenta. Esto implica abordar perspectivas multicausales en el análisis de los comportamientos criminales de las estructuras armadas que se acogen a los beneficios de la justicia transicional.
> c) Un patrón debe operar a nivel de estructuras sociales, políticas y económicas, y no a nivel de individuos aislados. Esto presupone por ejemplo, que la identificación de patrones de comportamiento criminal, deben enfocar su atención tanto en los roles de cada grupo social que es victimizado dentro de un contexto de conflicto armado, así como las lógicas de violencia a nivel del grupo armado ilegal. Esto significa que la unidad de análisis de los patrones de criminalidad no debe ser la víctima en su manera singular sino la víctima dentro de un contexto de relaciones sociales, políticas y económicas. Igualmente, esto significa que se debe analizar la interacción de los diferentes comandantes y patrulleros bajo ciertos códigos de lenguaje y reglas organizacionales, y no analizar su accionar de manera aislada.
> d) Para la identificación de patrones, se deben utilizar diferentes herramientas cualitativas (entrevistas, grupos focales con víctimas y victimarios, fuentes documentales) y cuantitativas (análisis estadístico de datos, correlaciones, regresiones, etc.) de análisis para probar y sustentar su existencia[54].

Con base en lo anterior, la Sala no aceptó los patrones de macro-criminalidad presentados por la Fiscalía porque: (a) la Fiscalía limitó el concepto de patrón a los tipos penales por lo que no se utilizó el concepto de patrón criminal definido por el Decreto 3011 de 2013; (b) ausencia de criterios metodológicos claros para identifi-

---

54 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra el postulado Luís Eduardo Cifuentes Galindo y Otros, Rad. 2319, 1 de Septiembre de 2014, párr. 950 y ss; Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra del postulado Salvatore Mancuso y otros., Rad. 1821, 31 de Octubre de 2014b, párr. 781 y ss.

car elementos como el universo de víctimas, las unidades de análisis o las muestras, de manera que la Fiscalía "no analiza los elementos que constituyen un patrón criminal"; (c) la ausencia de un enfoque multidisciplinario, al no encontrar la Sala que "la Fiscalía hubiera utilizado enfoques multidisciplinarios que permitieran que desde diversas disciplinas se abordará el tema de la construcción de enfoques diferenciales, lo que a la postre impide tener referentes conceptuales y metodológicos y una batería de variables que ayuden al cruce de datos que permitan un análisis más completo de las actividades desplegadas por los grupos armados ilegales"; y (d) las fuentes de información no se verificaron o contrastaron ya que sólo se utilizó la versión libre de los postulados para la construcción de los patrones; y (vi) la Fiscalía no especificó el tipo de muestra y los criterios técnicos que utilizó para escoger los hechos priorizados[55].

En particular, la Mayoría de la Sala advirtió que "la Fiscalía debió construir una "muestra" que cumpliera con los requisitos de representatividad y confiabilidad. Para poder cumplir con estos requisitos, los expertos en estadística indican que se debe caracterizar el tipo de muestra con la que se está trabajando (por ejemplo, si es una muestra de tipo probabilístico o si es de conveniencia) para poder ajustar los métodos estadísticos más idóneos que permitan identificar el "patrón"[56].

Como puede verse, la construcción de los patrones de macro-criminalidad no se reduce a una enumeración sucesiva o alterna de hechos de violencia, ni mucho menos se configura como una exigencia de naturaleza y propósitos retóricos. Por el contrario, con su develación se despejan rutas para conocer los antecedentes de todo orden que se muestren como determinantes de las prácticas de violencia, las condiciones comunes de gravedad y representatividad de los hechos, y lo más importante, la construcción de la verdad en sus varias

---

55 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra el postulado Luís Eduardo Cifuentes Galindo y Otros, Rad. 2319, 1 de Septiembre de 2014.

56 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra el postulado Luís Eduardo Cifuentes Galindo y Otros, Rad. 2319, 1 de Septiembre de 2014, párr. 998.

proyecciones (siendo esto último fórmula exclusiva para identificar finalmente la factibilidad de la garantía de no repetición)[57].

En consecuencia, la judicatura, en la mayoría de las sentencias dictadas conforme a la ley 1592 de 2012 y su decreto reglamentario, ha rechazado los patrones de macro-criminalidad, cuya identificación debe obedecer a la elaboración de sofisticadas y complejas metodologías, tanto cuantitativas como cualitativas que permitan sustentar que se configuran los patrones de macro-criminalidad de acuerdo con la normatividad vigente[58]. Sin embargo, a pesar de lo anterior, las Salas han optado por emitir la respectiva sentencia.

Esta práctica ha generado controversia entre los magistrados de los tribunales de Justicia y Paz, pues quienes han salvado su voto consideran que en caso de rechazo del reconocimiento de los patrones de macro-criminalidad, la emisión de sentencia va en contravía del espíritu de la ley[59]. Además, para estos magistrados, si bien las metodologías utilizadas para esclarecer un patrón de macro-criminalidad son una guía útil, éstas no pueden caer en tecnicismos complejos porque irían en contravía del derecho a la verdad. En consecuencia, en su opinión, siempre y cuando existan pruebas legal y oportunamente introducidas que acrediten de forma lógica y suficiente la existencia de patrones, prácticas o modus operandi que denoten la existencia de un plan o política macro-criminal (excluyéndose por tanto las conductas criminales fortuitas o inconexas con el proceder

---

57 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra del postulado Salvatore Mancuso y otros, Rad. 1821, 31 de Octubre de 2014b, párr. 591.

58 En efecto, de las cuatro sentencias priorizadas hasta el momento, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la ley 1592 y su respectivo decreto reglamentario, la Sala del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá por mayoría no ha aceptado los patrones de macro-criminalidad presentados por el ente investigador (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2014) (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2014c). Así mismo la Sala de Justicia y Paz de Medellín sólo aceptó uno de los patrones de macro-criminalidad puestos a su consideración (Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, 2015).

59 Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Salvamento Parcial de Voto Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez, Rad. 2008-83626, 16 de Diciembre de 2015, pp. 12-23.

sistemático o generalizado de dichas estructuras), se deberían reconocer los patrones presentados por la Fiscalía[60].

5. CONCLUSIÓN

El desarrollo de análisis de macro-criminalidad, y la consiguiente identificación de patrones de macro-criminalidad, tiene una doble connotación. En primer lugar es una herramienta que ayuda a desarrollar una metodología de investigación más eficiente, pues no se enfoca únicamente en los actos delictivos de forma individual o aislada, sino que apunta a que éstos se realizan como consecuencia de un actuar sistemático, generalizado y reiterado de una organización criminal extraordinariamente compleja. En segundo lugar, es una herramienta que garantiza el acceso a la verdad de una manera mucho más eficaz, pues dichos patrones, se deben enmarcar en un contexto objetivamente develado de violencia generalizada en donde se debe identificar las causas y motivos que llevaron al nacimiento y desarrollo de conductas que atentan de manera grave los derechos humanos.

Los análisis de macro-criminalidad están íntimamente relacionados con los conceptos de análisis de contexto, práctica, modus operandi, plan y política, puesto que permiten identificar patrones de criminalidad, entendidos como modelos de comportamiento criminal que guardan una similitud entre sí, por ser sistemáticos, generalizados y reiterados, y se desarrollan dentro de un determinado ámbito espacial y temporal. Dichos patrones, permiten descubrir un cúmulo de distintas prácticas que aluden a la comisión de conductas ilícitas, así como al tiempo, modo y lugar en que de forma concreta éstas se han realizado. Así mismo, permiten también inferir razonablemente cuál es el plan o política de la organización y cuáles son las causas generadoras de esa violencia sistemática, que se agrava en situaciones de conflicto armado.

---

60 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Salvamento Parcial de Voto Magistrada Lester González Romero, Rad. 2358, 16 de Diciembre de 2014, p. 966-970.

Finalmente, en el ámbito propio de la normatividad de la ley de justicia y paz en Colombia, si bien nada se opondría a que los magistrados puedan rechazar en la sentencia los patrones de macro-criminalidad presentados por el ente investigador (por ejemplo, porque no se concretó adecuadamente la existencia de un plan o política o porque se presentan hechos inconexos y aislados), lo cierto es que sería más acertado que si hay una inconformidad por parte de la judicatura, ésta mediante un diálogo abierto y franco, establezca sus observaciones en la audiencia concentrada[61], pues sólo así posteriormente se construirían sentencias más coherentes y fundamentadas, que contribuyan a la búsqueda efectiva de la verdad. En cuanto los magistrados se encuentran en la obligación de ayudar a la construcción de dicha verdad, junto con los demás actores procesales, esto no puede verse como una intromisión en los deberes de la Fiscalía General de la Nación.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia internacional

Corte Penal Internacional

CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga,* ICC-01/04-01/07-3436, CPI II, *Jugement rendu en application de l'article 74 de Statut, 7 Mars* 2014.

CPI, *Situation in the Republic of Kenya,* ICC-01/09, PTC II, *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 march* 2010.

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia

TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskić,* ICTY-95-14-T, *Trial Chamber, Judgement, 3 March* 2000.

Jurisprudencia nacional

Colombia

Corte Constitucional, Sentencia C-579, 28 de Agosto de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 29560, 28 de Mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 31.539, 31 de Julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 32.022, 21 de Septiembre de 2009b.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 39.269, 17 de Octubre de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 41035, 29 de Mayo de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Interlocutorio, Rad. 46721, 30 de Septiembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia, Rad. 45463, 25 de Noviembre de 2015.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra el postulado Luís Eduardo Cifuentes Galindo y Otros, Rad. 2319, 1 de Septiembre de 2014.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra del postulado Salvatore Mancuso y otros., Rad. 1821, 31 de Octubre de 2014b.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Arnubio Triana Mahecha y otros, Rad.2358, 16 de Diciembre de 2014c.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Salvamento Parcial de Voto Magistrada Lester González Romero, Rad. 2358, 16 de Diciembre de 2014.

Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra el postulado Jesús Ignacio Roldán Pérez. Rad. 82611, 9 de Diciembre de 2014.

Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Edilberto de Jesús Cañas Chavarriaga y otros, Bloque Cacique Nutibara, Rad. 82700, 22 de Septiembre de 2014.

Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Sentencia contra Olimpo de Jesús Sánchez Caro y otros, Rad. 2008-83626, 16 de Diciembre de 2015.

Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, Salvamento Parcial de Voto Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez, Rad. 2008-83626, 16 de Diciembre de 2015.

Doctrina

Alpaca, A., 2013, Cuadernos de Trabajo del CICAJ N.°3, Obtenido de Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/ALFREDO-ALPACA.pdf

Ambos, K et. al., 2014, Justicia de Transición y Constitución: Análisis de la Sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional, Bogotá: Editorial Temis.

Ambos, K., 14 de Diciembre de 2015, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Obtenido de Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdfhttp://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf

Ambos, K., 14 de Diciembre de 2015, *Konrad Adenauer Stiftung,* Obtenido de La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática: http://www.kas.de/wf/doc/kas_6061-1522-1-30.pdf?080604213314

Bergsmo, M., & Saffon, M. P., 2011, Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En K. Ambos, Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales (p. 26), Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Bernal y Barbosa, 2015, El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C., 2015, Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano, En B. &. Bernal, En el análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno (p. 63), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Correa, 2015, Análisis de contexto. Estudio desde el derecho constitucional, En B. &. Bernal, El análisis de contexto en la investigación penas: crítica del transplante del derecho internacional al derecho interno (p. 143), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cote Barco, G., & Tarapues Sandino, D., 2014, El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la

sentencia C-579 de 2013. En a. a. Ambos, Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional (p. 253), Bogotá: Temis.

Fajardo Arturo, L. A., 2015, Estado del arte en materia de derecho internacional de los derechos humanos y contexto, En B. y. Bernal, Análisis de contexto en la investigación penal: crítica del transplante del derecho internacional al derecho interno (p. 297), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Forer, A., & Lopez Diaz, C., 2011, Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia, En K. Ambos, Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales (p. 238), Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Hansen, T., 2011, *The policy requirement in Crimes Against Humanity: lessons from and for the case of Kenya* en *George Washington International Law Revies, 43.*

Jurovisc, Y., 2002, *Réflexions sur la specificité du crime contre* l'Humanité en *Revue Internationale de droit comparé. 55*(3).

Martínez, D., 2014, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ.

Morales Marín, G., 2001, Prueba penal y apreciación técnico-científica, Gustavo Ibáñez.

Olasolo, H., 2015, El Derecho Internacional Penal ante el Fenómeno de la Criminalidad Organizada en la Sociedad Global, En Letra Derecho Penal (1), 114-136.

Informes, resoluciones y otros documentos

Estándares para las investigaciones de ejecuciones extrajudiciales, h. d, s. f., CEJIL,

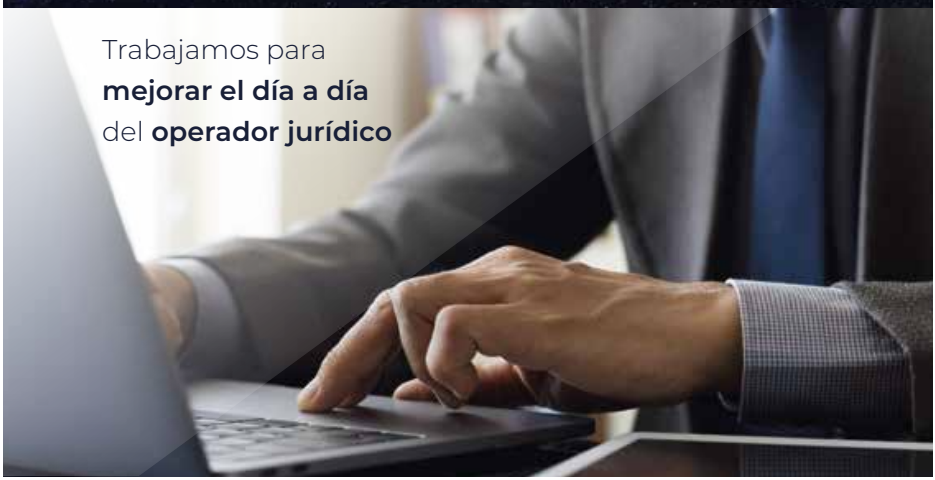
Fiscalía General de la Nación., 04 de Octubre de 2012, Directiva 0001 del 2012, Colombia.

Fiscalía General de la Nación, s. f., Fiscalía, Obtenido de Conceptos: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/conceptos/http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/conceptos/

Real Academia Española, 2016, Diccionario de la lengua española.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica
en expansión



Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

96 369 17 28

atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

979-13-7010-846-5
9 791370 108465

tirant
lo blanch

PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA

PIJ
Perspectivas
Iberoamericanas
sobre la Justicia

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA
IIH
PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

CJI
CLÍNICA JURÍDICA INTERNACIONAL

Universidad del Rosario | Facultad de Jurisprudencia

INSTITUTO
JOAQUÍN
HERRERA
FLORES