



Revista

América

MÉXICO

Número 3 • Junio 2012



Elementos del *Common Law* en el Derecho Penal Internacional*

Javier Dondé Matute

Instituto Nacional de Ciencias Penales, México

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: En el presente artículo el autor hace una comparación entre diversos tipos penales y figuras selectas del Derecho Penal sustantivo que se encuentran en el *Common Law* y en el Derecho Penal Internacional para tratar de establecer hasta qué grado esta tradición jurídica ha influido en esta rama del Derecho Internacional. Después de analizar textos legislativos y resoluciones judiciales el autor concluye que la influencia no ha sido tan importante como comúnmente se percibe; sin embargo, del *Common Law* se pueden extraer diversas herramientas de sistematización y análisis que ayudarían a comprender mejor el Derecho Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional, crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, empresa criminal común, Derecho Penal comparado.

ABSTRACT: This paper compares different criminal types and selected figures from fundamental criminal law found in *Common Law* and in international criminal law in order to find out how this law tradition has influenced this branch of international law. After examining juristic writings and judicial decisions the author comes to the conclusion that this influence has not been as considerable as commonly thought. Nonetheless *Common Law* can provide several tools for systematization and analysis that could contribute to a better understanding of international criminal law.

KEY WORDS: International Criminal Court, crimes against humanity, genocide, war crimes, joint criminal enterprise, compared criminal law.

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del *Common Law*. III. Referencias expresas al *Common Law*: A. Palabras preliminares. IV. Análisis de delitos; A. Homicidio; B. Violación; C. Confabulación delictiva (Conspiracy). V. Otros aspectos relevantes no constitutivos de delitos: A. Empresa criminal común. VI. Elementos subjetivos en el Estatuto de Roma y en el Código Penal Modelo. VII. Los Elementos de los Crímenes y el Código Penal Modelo. VIII. Dos consecuencias adicionales del análisis por elemento en el *Common Law*. IX. Conclusiones.

* El presente artículo es el resultado de una estancia de investigación realizada en la Universidad de California en Davis. Quiero agradecer los comentarios de los profesores Miguel Méndez y Jack Chin, así como su disponibilidad para aclarar mis dudas e inquietudes sobre el Derecho Penal del *Common Law*. También expreso mi agradecimiento a Beth Greenwood por su hospitalidad durante la estancia de investigación.

I. Introducción

La investigación que da origen a este artículo surge de la inquietud por determinar hasta qué punto el sistema penal del *Common Law* ha repercutido en el desarrollo y práctica del Derecho Penal Internacional (DPI). La inquietud surge de la postura de que esta familia jurídica ha tenido una influencia desbordada en la conformación de esa nueva rama del Derecho Internacional, por lo menos en comparación con la familia Romano-Germánica (*Civil Law*). Esta creencia surge de la idea de que en el Derecho Internacional en general y en el DPI en particular hay una dependencia en el precedente y un desprecio por el Derecho escrito o “codificado”.

Del mismo modo, es común suponer que el análisis del Derecho Penal sustantivo en los tribunales internacionales sigue la tradición anglosajona, tanto en las formas de autoría y participación como en el desglose de los elementos de los tipos penales. Esta creencia quizá surge del hecho de que en varias de las sentencias de los tribunales *ad hoc* se emplean términos propios del *Common Law*, como *mens rea* o *actus reus*.

Debido a lo anterior, era necesario iniciar una investigación en Derecho Penal sustantivo del *Common Law*, en un primer momento para establecer científicamente la veracidad de las afirmaciones anteriores y, de poderse comprobar, tener elementos para entender de mejor manera el DPI.

La presente investigación es el resultado de una estancia de investigación realizada en la Universidad de California en Davis, en donde tuve la oportunidad de acercarme al Derecho Penal del *Common Law* y hacerme de herramientas que me ayudaran a entender algunos aspectos del DPI que a primera vista no eran de fácil explicación, quizá debido a su origen anglosajón. Estos comentarios, que podrían parecer anecdóticos, en realidad tienen gran relevancia para explicar la metodología de esta investigación.

En primer lugar, es importante señalar que desde hace varios años mi línea de investigación ha sido el DPI y el Derecho Penal comparado, y es el punto de partida del presente trabajo. Dicho de otra manera, es la constante, y los elementos del *Common Law* que se han seleccionado son las variables. En efecto, como mi formación no se basa en la tradición jurídica del *Common Law*, no era lo ideal partir de este presupues-

to como una constante, pues mis conocimientos del Derecho Penal apenas se empezaron a formar con la referida estancia de investigación.

La referencia a la investigación realizada en California tiene otra importancia fundamental. El *Common Law* no es único y se ha desarrollado en forma diversa en distintas partes del mundo. Las reglas del *Common Law* no son iguales en Inglaterra, Australia, la India, Canadá o Sudáfrica, por ejemplo. Esto sin mencionar las combinaciones con el *Civil Law* que se han dado en lugares como los últimos mencionados o en Escocia. En Estados Unidos, como el Derecho Penal es estatal y federal, también ha tenido un desarrollo diferente en cada sistema jurídico nacional; incluso algunos estados han abandonado el *Common Law* tradicional y han optado por propuestas consideradas más modernas como la del Código Penal Modelo [*Model Penal Code* (MPC)].

Por ende, es imposible que esta investigación pretenda abarcar todo el *Common Law*. Ni siquiera es factible decir que se consideró como referente el *Common Law* de Estados Unidos, pues éste difiere de uno a otro estado. No obstante, la mayoría de las referencias que se presentan para ilustrar las normas de esta familia jurídica hacen referencia a California o al MPC, acreditado como una sistematización y reformulación importante del Derecho Penal de Estados Unidos, como se explicará en su momento.

Así pues, es importante tener presente este sesgo metodológico que surgió de las circunstancias. No obstante, cuando se estime conveniente se harán referencias al Derecho Penal de Inglaterra. Al respecto, es importante hacer también una aclaración metodológica: el Derecho Penal en Inglaterra no ha sido codificado como en Estados Unidos, no solamente en precedentes sino en leyes especiales, y por ello se emplean referencias a fuentes secundarias que han elaborado ya la tarea de darle coherencia a esta rama del Derecho en ese sistema jurídico. En efecto, como en la primera etapa del estudio se pretendió describir las normas del *Common Law*, se consideró suficiente utilizar estas fuentes porque el trabajo científico del presente estudio no descansa primordialmente en el análisis o crítica del Derecho Penal anglosajón.

Esta aclaración conduce de manera directa a otra explicación metodológica importante. Al emprender la identificación del estado del arte se encontró que hay muy poco material y antecedentes de la influen-

cia del Derecho Penal del *Common Law* en el DPI¹ y, sobre todo, en la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto CPI). Esto contrasta con lo que se puede encontrar en materia procesal, lo cual fue prioritario en las discusiones de la Conferencia de Roma.²

Los elementos citados complican el uso de documentos para determinar el alcance que tuvo el *Common Law* en el desarrollo del DPI y del Estatuto CPI. En efecto, como se comprobó con la simple revisión del estado del arte que no había evidencia contundente de que el *Common Law* hubiera influido en el desarrollo del DPI, fue imposible documentar este aspecto. En consecuencia, se decidió emplear el método de investigación comparado. Consecuentemente, se analizó la práctica de los tribunales y las estructuras en los instrumentos internacionales, en contraste con los códigos nacionales. Entonces, para determinar si se habían adoptado indirectamente las fórmulas del primero, se hizo necesario estudiar los aspectos relevantes de esta familia jurídica y contrastarlos con el cuerpo normativo vigente en el DPI.

Establecido el método, se seleccionó el material que iba a ser objeto de la comparación. Aquí hubo igualmente un sesgo personal al preferirse la inclusión de los tipos penales —debido también a los antecedentes en mi línea de investigación— que parten del principio de legalidad penal y de los tipos penales en el ámbito internacional.

Así pues, se privilegiaron los tipos penales y, entre ellos, los que tuvieran algún antecedente en el *Common Law* tradicional, los llamados *Common Law crimes*; es decir, los 11 delitos que originalmente surgieron en esta familia jurídica; así se decidió estudiar el homicidio, la violación, el secuestro y el *conspiracy*. De éstos, se tuvo que eliminar casi de inmediato el secuestro (*kidnapping*), pues, otra vez, a partir de la revisión del estado del arte se determinó que no había suficientes resoluciones en los tribunales *ad hoc*, ya no digamos ante la CPI, para estudiar tal delito, si

bien hay resoluciones que estudian otras formas de privación ilegal de la libertad como el encarcelamiento ilegal; pero como la privación ilegal de la libertad no es un *Common Law crime*, se salía de los parámetros establecidos con antelación para la presente investigación.

Cabe notar que los tipos penales en el Estatuto CPI prevén elementos contextuales como “la pauta manifiesta de conducta” en el genocidio, el ataque contra la población civil en el caso de los crímenes de lesa humanidad y el conflicto armado para los crímenes de guerra. Éstos son elementos propios de estos crímenes internacionales que, por lo mismo, no tienen un reflejo en el ámbito nacional y menos en delitos nacionales como los mencionados. Por tal razón los elementos contextuales se excluyeron del análisis inicial.

Si bien el punto de partida fueron los tipos penales, hubo otros aspectos que no podían dejarse fuera de este estudio, como la relevancia de los elementos subjetivos, la estructura del MPC y otras figuras como la empresa criminal común [*Joint Criminal Enterprise* (JCE)] que son de suma importancia en el DPI y que era imposible excluir de este análisis.

La última aclaración metodológica es que mucho del material empleado está en inglés, no sólo el relativo al *Common Law* sino el del DPI, en particular las sentencias de los tribunales *ad hoc* que, mientras la CPI no genere una jurisprudencia más nutrida, seguirá siendo una fuente importante de esta rama del Derecho Internacional. Así, es importante señalar que las traducciones son propias en lo general, aunque también se usaron los digestos en español de Human Rights Watch que recopilan los extractos más importantes de las sentencias de los tribunales *ad hoc*.

Hechas las aclaraciones pertinentes, la estructura de esta investigación se desglosa a continuación.

En el capítulo dos se presenta una breve exposición del Derecho Penal del *Common Law*. Se parte del supuesto de que los lectores del presente estudio no están familiarizados con dicha tradición jurídica,

¹ Adrian Bos, “From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1, Oxford University Press, 2002, pp. 35-64. Los crímenes de genocidio y lesa humanidad no generaron mucha controversia, por ello la discusión fue escasa. Solamente los crímenes de guerra provocaron polémica, pero en todo caso fue la inclusión de algunas figuras típicas, pero no la tradición jurídica que debería imperar en su construcción.

² Sobre los aspectos procesales del Estatuto de la CPI y las tradiciones jurídicas nacionales, véanse Robert Christensen, “Getting to Peace by Reconciling Notions of Justice: The Importance of Considering Discrepancies between Civil and Common Legal Systems in the Formation of the International Criminal Court”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, otoño-invierno de 2001-2002, pp. 391-423, y Immi Tallgren, “Sense and Sensibility of International Criminal Law”, *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, núm. 3, pp. 561-595.

por lo que se da una breve explicación de los conceptos básicos que serán utilizados con mayor frecuencia en los capítulos siguientes. Es un capítulo meramente descriptivo y que, por lo mismo, se basa en bibliografía básica, pues su finalidad es basarse en conceptos claros para la comparación propuesta.

El siguiente capítulo parte de lo obvio. Se analizan las referencias expresas al *Common Law* hechas por los tribunales *ad hoc*, ya que en los tratados internacionales y en los demás instrumentos internacionales no se presentan esas referencias. Aquí, la idea es destacar aquellos casos en los cuales, a pesar de los antecedentes, se ha recurrido al Derecho anglosajón para tratar de darles contenido a diversos conceptos o figuras jurídicas. No obstante, por los límites autoimpuestos a este trabajo únicamente se consideran las relevantes para el mismo.

En el capítulo cuatro se abordan los crímenes que serán materia central de análisis: homicidio, violación y *conspiracy*. A cada delito le corresponde un apartado en el que primero se describe el concepto en el DPI, ya que, como dijimos, es el punto de partida; luego se define el concepto según el *Common Law* (con las advertencias ya explicadas) y se concluye con el contraste de ambos tipos penales.

En los siguientes capítulos se estudian aquellos aspectos que no encuadran con facilidad en los rubros anteriores. El primero de los aspectos que se aborda es la JCE, que no es un delito sino una forma de autoría, para cuyo análisis se retoma el método comparado descrito para el capítulo anterior. El segundo aspecto que se estudia son los elementos subjetivos. *A priori*, parece haber una similitud entre la estructura y los conceptos empleados en el MPC y del Estatuto CPI, por lo que se considera pertinente hacer una comparación para determinar si hay alguna semejanza que valga la pena destacar. Del mismo modo, aquí también se estudia la similitud entre la estructura del MPC y de los elementos de los crímenes, sobre todo en el detalle en desglosar los elementos del tipo y la inclusión pormenorizada de ciertos elementos subjetivos.

El último aspecto que se analiza es el empleo del análisis por elemento utilizado en el MPC y su posible uso para estudiar los tipos penales. Este rubro es muy diferente de los demás porque se busca replicar

el método de análisis del MPC para los tipos penales en el Estatuto CPI, sobre todo para explicar la aparente disyuntiva entre los elementos contextuales y las conductas subyacentes a los crímenes internacionales. No es un estudio comparado ni el análisis de la influencia del *Common Law* en el Estatuto CPI, por eso contrasta; es más bien una propuesta y el análisis de su viabilidad.

II. Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del *Common Law*

Si bien no se pretende realizar un análisis exhaustivo del Derecho penal del *Common Law*, es importante hacer algunas precisiones iniciales. Como se señaló, el presente estudio se concentra en la forma de analizar los crímenes en la tradición anglosajona y su repercusión en el Derecho Penal Internacional (DPI). Esto significa que no forman parte de este trabajo otras figuras del Derecho Penal como las formas de autoría o las excluyentes de responsabilidad, aunque es inevitable que en algunos casos sea necesario hacer referencia a estos aspectos del Derecho Penal.

En consecuencia, sólo será necesario hacer algunas aclaraciones y precisar ciertos conceptos respecto de los delitos en particular.³ Al respecto hay que explicar, aunque sea de manera breve, los elementos del delito y la interpretación de las leyes penales en el sistema del *Common Law*. Es preciso recordar que el presente estudio se realiza desde la perspectiva del *Common Law* de Estados Unidos y que se hará referencia a otros sistemas jurídicos cuando se estime indispensable.

En el Derecho Penal del *Common Law* los delitos tienen dos elementos, el *actus reus* y el *mens rea*. El *actus reus* corresponde a los elementos del tipo penal, a la descripción típica prevista en las leyes y la conducta que se adecua a ella. Para estos sistemas jurídicos, lo trascendental es que se sancione una conducta que se realizó en forma voluntaria; es otra forma de excluir la penalización de pensamientos o las condiciones del autor.⁴

La revisión de la jurisprudencia y de la doctrina muestra que hay más preocupación por establecer que no se trata de un acto u omisión que por hacer una definición conceptual. Por consiguiente, es posible

³ Si se busca profundizar en el estudio del Derecho Penal del *Common Law*, se recomienda consultar a detalle las fuentes que se citan en este apartado.

⁴ Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, 3ª ed., West Group, St. Paul, 2000, pp. 207 y 208 (Hornbook Series).

encontrar casos que establecen que no hay conducta cuando la persona se encuentra en estado de inconsciencia⁵ o cuando se sufre un ataque epiléptico.⁶ También se ha discutido si la drogadicción⁷ o la homosexualidad⁸ pueden sancionarse.

Estas premisas se retoman en el MPC⁹ al señalarse que una persona sólo puede ser considerada culpable por una conducta que no es otra cosa que un acto u omisión voluntaria de la cual es físicamente capaz.¹⁰ A continuación se señalan los “actos” que no se consideran voluntarios¹¹ y las condiciones que deben reunirse para que una omisión sea penalizada.¹² (Un dato curioso es que fue preciso expresar en el MPC que la posesión es una conducta.¹³)

La circunstancia de que los códigos penales expresen una definición o hagan un acercamiento general a lo que constituye una conducta no tiene repercusiones en el análisis de los delitos en particular. En estos casos, el estudio del delito se hace mediante la identificación de la conducta o *actus reus* particular y, en resumidas cuentas, de la argumentación de por qué lo descrito en la ley no constituye una conducta. Tal método de análisis se explicará con detenimiento al estudiar los crímenes en particular, pues se puede adelantar que esta forma de concebir el delito fue adoptada por el Derecho Penal Internacional.

El segundo elemento de los delitos es el *mens rea* o elemento subjetivo. La conducta debe ser voluntaria, eso queda claro del *actus reus*; por tanto, es indispensable conocer cuál es el grado de voluntad necesario para realizar la conducta. Cabe destacar que en las formulaciones más modernas, como el MPC, ya no

se emplea el término *mens rea* o elemento subjetivo, sino el de *culpability* y, en consecuencia, grados de culpabilidad.¹⁴ En el *Common Law* tradicional existe una enorme confusión terminológica porque en las distintas leyes y decisiones judiciales se emplean términos como *maliciously*, *intentionally*, *negligently*, *willfully* y *feloniously*, entre otros.¹⁵ Sin embargo, no queda claro cuál es la distinción entre cada uno de estos términos, pues muchas veces sus contornos y significados se traslapan o dependen de la interpretación de cada tribunal.¹⁶

Al respecto se ha dicho que uno de los grandes avances del MPC es poner orden en cuanto a los elementos subjetivos del delito.¹⁷ Este código reconoce los siguientes elementos subjetivos: *purposely*, *knowingly*, *recklessly* y *negligently*,¹⁸ y los define para tratar de remediar la confusión del *Common Law* tradicional.

Purposely (con propósito) implica que la persona tiene como finalidad cometer la conducta y alcanzar el resultado. *Knowingly* implica una certeza casi absoluta de que la conducta llevará al resultado penalizado. *Recklessly* se refiere a que la conducta realizada tiene una probabilidad sustancial de llevar al resultado. *Negligently* significa que la persona toma un riesgo injustificado que causa el daño.¹⁹ Como el propósito de este estudio no es hacer un análisis exhaustivo de estos conceptos, se mencionan aquí pero se detallarán en los capítulos posteriores si se considera necesario.²⁰

Hay dos cuestiones que es importante subrayar. En primer lugar, ya se señalaba respecto del *actus reus*

⁵ *People v. Newton*, 8 Cal. App.3d 359.

⁶ *People v. Decina*, 2 N.Y.2d 133.

⁷ *Robinson v. California*, 370 US 660 (1962).

⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

⁹ Para los antecedentes del MPC, véase Herbert Wechsler, “The Challenge of a Model Penal Code”, *Harvard Law Review*, vol. 65, 1951-1952, p. 1097. Para un análisis de la parte general del MPC, véase Markus D. Dubber, *Criminal Law. Model Penal Code*, Foundation Press, Nueva York, 2002.

¹⁰ MPC, sec. 2.01 (1). “A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct which includes a voluntary act or the omission to perform an act which he is physically capable.”

¹¹ *Ibid.*, sec. 2.01 (2).

¹² *Ibid.*, sec. 2.01 (3).

¹³ *Ibid.*, sec. 2.01 (4).

¹⁴ *Ibid.*, sec. 2.02; LaFave, *op. cit.*, p. 228.

¹⁵ Ronald L. Gainer, “The Culpability Provisions of the Model Penal Code”, *Rutgers Law Journal*, vol. 19, 1988, pp. 575 y 581.

¹⁶ Laurie L. Levenson, *The Glannon Guide to Criminal Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 2005, pp. 26-29, y LaFave, *op. cit.*, 226-227.

¹⁷ Commentaries sec. 2.02, p. 230.

¹⁸ Para una visión crítica de esta estructura, véanse sección 2.02 y Kenneth W. Simons, “Should the Model Penal Code’s Mens Rea Provisions be Amended?”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, 2003.

¹⁹ Levenson, *op. cit.*, pp. 29 y 30, y Commentaries sec. 2.02, pp. 233 y 244.

²⁰ En el empleo de estos términos he prescindido de traducciones para evitar confusión, aunque conceptos como *recklessly* podría coincidir con “dolo eventual” y *negligently* con “culpa”; considero que es mejor conservar los significados originales.

que en el *Common Law* los delitos se estudian identificando los elementos particulares de cada uno, es decir, la conducta y el elemento subjetivo, *mens rea* o *culpability*. Esta mecánica es aún más evidente en relación con el segundo elemento. El MPC establece que cada delito debe incluir el o los elementos subjetivos con los que se puede cometer. En otras palabras, el legislador debe incorporar los grados de *culpability* que considere relevantes en el aspecto penal. Así, cuando hay una omisión legislativa, se establece una cláusula genérica que determina que el requerimiento mínimo es el *recklessly*.²¹

En segundo lugar, es importante destacar que a cada uno de los elementos del tipo penal le puede corresponder un elemento subjetivo o grado de *culpability* diferente. A esto se le denomina *análisis por elemento* (*Element Analysis*), que adquirirá relevancia en apartados posteriores.²² El análisis por elemento significa que a cada elemento material le puede corresponder un umbral subjetivo distinto, por lo que el análisis y la correlación de los tipos penales se deben hacer elemento por elemento. Éste se opone al *análisis por delito* (*Offense Analysis*), común en el *Civil Law* y que implica que a cada tipo penal le corresponde un elemento subjetivo.²³

Es fundamental señalar que no es (del todo) correcto pensar que los abogados en los sistemas del *Common Law* estudian los delitos haciendo referencia a los dos elementos que los constituyen. Si bien se pueden encontrar algunas referencias a esta estructura analítica en la doctrina o en las resoluciones judiciales, lo cierto es que no corresponden a una teoría general, como es la teoría general del delito en los sistemas del *Civil Law*. Como se señaló en párrafos anteriores, lo que suele analizarse son los aspectos particulares o distintivos de cada delito. Pensar en principios generales que se pudieran aplicar a cada delito es una concepción continental del Derecho Penal.

Sobre estos temas se profundizará más adelante. En este apartado se pretende establecer algunas bases que permitan entender la influencia que en su momento puede tener el *Common Law* en el DPI.

III. Referencias expresas al *Common Law*

A. Palabras preliminares

En este capítulo se identifican y explican las referencias que los tribunales *ad hoc* han hecho al *Common Law*. Se trata de casos en los cuales expresamente se asume que el *Common Law* ha sido empleado para darles contenido a distintos conceptos jurídico-penales previstos en los estatutos de esos tribunales. Es importante notar que dichas referencias pueden realizarse como parte del estudio de los sistemas jurídicos nacionales, lo cual quizá incluya también referentes al *Civil Law*. En todo caso, es importante distinguir entre aquellos supuestos en los cuales solamente se recurre al *Common Law* o a ambas familias jurídicas prefiriendo el concepto proveniente de la tradición jurídica anglosajona. Por otra parte, hay que aclarar, con base en una perspectiva metodológica, que los casos que aquí se analizan no son los únicos que podría haber. Simplemente se seleccionaron algunos que podrían ser de interés y, en ciertas ocasiones (homicidio, *conspiracy*, *incitement*), relevantes para capítulos posteriores. En este sentido, se hace una invitación al lector a replicar esta búsqueda con otros conceptos y figuras jurídicas.

Es probable que *Celebici* sea uno de los casos en que ha sido más relevante la influencia del *Common Law* en el Derecho Penal Internacional, pues se mencionan fuentes de esta familia jurídica en dos momentos distintos para establecer las bases de la interpretación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y para sustentar las disposiciones relativas al homicidio.

En el caso *Furundzija* la Segunda Sala de Primera Instancia del TPIY estableció las bases para la aplicación del Derecho Penal nacional al Derecho Penal Internacional. Lo anterior con el propósito de determinar los contornos de la violación como crimen de guerra. Para empezar, la Sala determinó que se puede recurrir al Derecho Penal nacional cuando las normas del Derecho Internacional, como los tratados, la cos-

²¹ Sección 2.02 (3). “When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto.”

²² MPC sec 2.02 (4). “When the law prescribing an offense prescribes the kind of culpability that is sufficient for the commission of an offense, without distinguishing among the material elements thereof, such provision shall apply to all the material elements of the offense, unless a contrary purpose plainly appears.”

²³ Para una explicación detallada del sistema de análisis por elemento de los tipos penales, véase Paul H. Robinson y Jane A. Grall, “Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and beyond”, *Stanford Law Review*, vol. 35, pp. 681-768.

tumbre y los principios generales del Derecho Penal Internacional o del Derecho Internacional general son insuficientes para determinar los alcances de un tipo penal.²⁴

A la par, se deben satisfacer las siguientes condiciones: primero, se deben considerar los sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law* por igual, salvo disposición en contrario; hay que tener en cuenta los denominadores comunes presentes en ambas familias jurídicas. En segundo lugar, se deben tener en cuenta los rasgos particulares del Derecho Penal Internacional y de los tribunales internacionales. Esto hace indeseable que se hagan trasplantes de manera formal.²⁵

Con estas bases, la Sala procedió a dar la definición típica de violación. Para ello, consideró que la penetración vaginal y anal eran rasgos comunes en los distintos sistemas jurídicos del mundo.²⁶ También consideró que la penetración oral no era un elemento uniforme en todas las jurisdicciones estudiadas,²⁷ pero consideró pertinente incluir esta modalidad toda vez que el Derecho Internacional Humanitario tiene como objetivo salvaguardar la dignidad humana y criminalizar dicha conducta sería compatible con tal fin.²⁸ Así, la Sala siguió sus propias reglas de aplicación y adecuó el Derecho Penal nacional a las exigencias del Derecho Penal Internacional.²⁹

Otro ejemplo importante del empleo del mecanismo citado se halla en el caso *Akayesu*, uno de los primeros resueltos por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) al establecer el significado de la complicidad para cometer genocidio, según su estatuto. La Primera Sala de Primera Instancia comienza su análisis de esta figura señalando que la complicidad es una forma de participación tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*; dado que el cómplice es

la persona que se asocia con el autor principal. Sin embargo, al citar la fuente de esta afirmación se retoma una de un diccionario jurídico del *Common Law*.³⁰ A continuación, la Sala señala que los elementos de la complicidad en *Civil Law* pueden ser de tres formas: instigación, auxilio y asistencia (*aiding and abetting*) y procuración de medios.³¹ En seguida señala que en el *Common Law* la complicidad es muy parecida, pues incluye auxilio y asistencia (*aid and abet*), consejo y procuración de medios.³² Cabe notar que las fuentes empleadas para sustentar lo anterior fueron el Derecho Penal senegalés y el Derecho Penal francés, por parte del *Civil Law*; mientras que por parte del *Common Law* no se mencionan citas adicionales.

La Sala decidió retomar los elementos de complicidad encontrados en el Derecho Penal de Ruanda,³³ sin embargo, las explicaciones adicionales se sacan del *Common Law*. En primer lugar, se establece un elemento subjetivo para la complicidad. Se explica que quien es cómplice debe conocer que brinda asistencia para la comisión del delito, debe actuar con conocimiento (*knowingly*).³⁴ A pesar de ello, no es necesario que el cómplice desee que se cometa el delito, inclusive puede lamentar que el delito se haya cometido. Para fundamentar dicha regla se emplearon distintos casos ingleses.³⁵

En el mismo caso *Akayesu* la Sala tuvo que determinar la naturaleza del delito de incitación pública y directa para cometer genocidio. En primer lugar, se determinó que en el *Common Law* la incitación es una forma de participación, así como en algunos países de América Latina la provocación (en opinión de la Sala un equivalente de la incitación) es una forma específica de participación. No obstante, se aclaró que en general en las jurisdicciones del *Civil Law* la incitación es vista como una forma de complicidad.³⁶ A pesar de

²⁴ *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T (Trial Chamber), 10 de diciembre de 1998, párr. 177.

²⁵ *Ibid.*, párr. 178.

²⁶ *Ibid.*, párr. 180.

²⁷ *Ibid.*, párr. 182.

²⁸ *Ibid.*, párr. 183.

²⁹ Véase también *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T (Trial Chamber I), 7 de junio de 2001, párrs. 69 y 70. Otro ejemplo de la incorporación del Derecho Penal nacional al Derecho Penal Internacional en esta resolución respecto de los alcances de la complicidad. *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21, Judgement (Appeals Chamber), 20 de febrero de 2001, párr. 590. *Diminished capacity is no defense.*

³⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T (Trial Chamber), 2 de septiembre de 1998, párr. 527.

³¹ *Ibid.*, párr. 533.

³² *Ibid.*, párr. 535.

³³ *Ibid.*, párr. 537.

³⁴ *Ibid.*, párr. 538.

³⁵ *Ibid.*, párr. 539.

³⁶ *Ibid.*, párr. 552.

que la Sala recurrió a ambas familias jurídicas para tratar de explicar la naturaleza de la incitación, en su argumentación concluye que el estatuto prevé que se trata de un delito independiente,³⁷ lo cual implicaría que el Derecho Penal Internacional tiene una forma distinta de entender esta figura jurídica.

Por último, la Sala recurre por igual a fuentes del *Common Law* y del *Civil Law* para establecer que la incitación puede consistir en amenazas u otras formas de presión, al parecer algo común a ambas familias jurídicas.³⁸ Del *Civil Law* se retoma la noción de que la incitación (o provocación) es pública cuando se realiza en un lugar público, y directa cuando se refiere a la comisión de un delito específico;³⁹ en particular, se retoma el Derecho Penal francés. Del *Common Law* se adopta la idea del delito formal o inacabado (*inchoate offense*) para señalar que la incitación se puede sancionar aunque el delito no se realice pues es un delito autónomo que se agota en sí mismo,⁴⁰ al igual que el *conspiracy*, como se verá más adelante. Es importante señalar que en este caso también se recurre al Derecho Penal ruandés.⁴¹

Al establecer los cánones de interpretación que el TPIY debiera utilizar, la Sala de Primera Instancia señala que empleará reglas provenientes tanto del *Common Law* como del *Civil Law*, con el argumento de que en ambas familias jurídicas la finalidad es la misma: desentrañar el significado del instrumento legislativo en cuestión, que en el presente caso fue el Estatuto de TPIY.⁴²

A pesar de esta aclaración inicial, la Sala recurre a fuentes del *Common Law*, en particular a fuentes inglesas, para determinar las reglas de interpretación que empleará. Así, una vez establecida como premisa la interpretación literal del Estatuto, se hace alusión a la “regla de oro” de la interpretación, que consiste en modificar el sentido textual para evitar “injusticias, absurdos, anomalías o contradicciones que no hubieran sido la intención del legislador”. No obstante, para sustentar el uso de esta regla se recurre al

voto particular de Lord Simon of Glaisdale en el caso *Maunsell v. Olins*.⁴³

De la mano con el comentario anterior está la adopción de la *regla del daño (Mischief Rule)*, que tiene como objetivo descifrar la finalidad del instrumento legislativo y que proviene directamente del *Heydon's Case*. En este caso, la judicatura se hizo cuatro preguntas para establecer la intención legislativa: ¿cuál era la norma que establecía el *Common Law* antes de la adaptación de la ley?, ¿cuál era el daño o perjuicio que el *Common Law* no resolvía?, ¿cuál fue el remedio que buscó establecer el Parlamento? y ¿cuál era la verdadera o auténtica razón del remedio? Así, los tribunales debían reprimir el daño y promover el remedio legislativo con su interpretación.⁴⁴

Para responder a estas preguntas se recurrió a otro caso inglés: *AG V. Prince of Hanover*, en el cual Viscount Simonds consideró para su voto los siguientes elementos: otras disposiciones de la ley que se busca interpretar, el preámbulo, el estado actual del Derecho de la materia en cuestión, otras leyes similares (*in parti materia*) y el daño que se busca evitar.⁴⁵

Por último, la Sala rechazó la idea de que se pudieran llenar lagunas legislativas, como sucede en el *Civil Law*, pero cuya práctica se considera repugnante por parte del *Common Law* al ser vista como una usurpación de las funciones legislativas por los órganos judiciales.⁴⁶

En una parte posterior de la sentencia se hace un análisis del homicidio intencional como crimen de guerra. Desde el inicio de dicho análisis se recurre al método empleado de manera generalizada por las jurisdicciones del *Common Law*, que divide el delito en dos elementos: el *actus reus* y el *mens rea*. El *actus reus* del homicidio intencional lo compone la acción necesaria para cometer del delito, es decir, la muerte de la víctima como resultado de una acción realizada por el acusado. Por su parte, el *mens rea* del delito se refiere al elemento subjetivo, que en el caso particular lo constituye la intención. Aquí, el alcan-

³⁷ *Ibid.*, párr. 554.

³⁸ *Ibid.*, párr. 555.

³⁹ *Ibid.*, párrs. 556 y 557.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 562.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-T (*Trial Chamber*), 16 de noviembre de 1998, párr. 159.

⁴³ *Ibid.*, párr. 162.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 164.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 165.

ce de la intención fue parte de la *litis* presentada por las partes y se analiza en los siguientes párrafos. Sin embargo, para efectos del presente análisis es importante destacar que la división en estos dos elementos se sustenta en el caso *Morrisette v. United States* de la Suprema Corte de Estados Unidos, es decir, en una jurisdicción del *Common Law*.⁴⁷

La discusión entre las partes se centró en el término intencional (*willful*). En este aspecto, la Sala realizó un análisis mucho más equilibrado entre el texto en inglés y la versión en francés del Estatuto del TPIY.⁴⁸ Sin embargo, procede a realizar un estudio del término *malice* que se emplea en diversas jurisdicciones del *Common Law* para referirse a los homicidios en los que el acusado demuestra tener tanto una mala intención (*ill-will*) como una malévola y corrupta indiferencia por la vida y la seguridad de los individuos. En otras palabras, el *mens rea* se satisface en el *Common Law* cuando se comprueba que el individuo está consciente de que sus acciones quizá causen la muerte o es indiferente ante la posibilidad de que se cause la muerte con sus acciones. Para efectos de este estudio es significativo notar que se emplearon fuentes de Estados Unidos, Inglaterra y Canadá para llegar a esta conclusión.⁴⁹

Se hace un estudio somero del dolo eventual que pudiera ser el equivalente en las jurisdicciones del *Civil Law*,⁵⁰ pero la Sala termina por adoptar la definición del MPC, la cual indica que el *mens rea* se ve satisfecho con la demostración de que existe una “manifiesta y extrema indiferencia al valor de la vida humana”.⁵¹ Esta definición coincide con el concepto de *recklessness* del *Common Law* que, como señala la Sala, equivale al dolo eventual. Sin embargo, aunque el resultado hubiera sido el mismo al señalar que el homicidio intencional como crimen de guerra se satisface con el dolo eventual, lo relevante para efectos del presente estudio es que se adoptó el concepto an-

glosajón y se sustentó la conclusión en fuentes de esa familia jurídica.⁵²

Por otro lado, resulta interesante ver las referencias directas que se hacen al delito de *conspiracy* o confabulación para cometer genocidio, dado que se trata de una figura que se origina en el *Common Law*.⁵³ En el caso *Musema* del TPIR se realizó dicho análisis.

Al estudiar el alcance del *conspiracy*, la Primera Sala de Primera Instancia del TPIR abordó dicha figura desde la perspectiva del *Common Law* y del *Civil Law*, y destacó una diferencia muy importante respecto del concepto en ambas familias jurídicas. En la tradición anglosajona el *conspiracy* es una forma de participación que se sanciona por sí misma, mientras que en la tradición jurídica continental se considera que es una forma de adelantar la punibilidad y que sanciona la intención criminal o los actos preparatorios de la conducta principal y, por tanto, se limita a los delitos más graves en contra del Estado.⁵⁴

Al respecto, la Sala señala que en *Civil Law* hay dos tipos de *conspiracy*: la confabulación simple, que implica sólo el acuerdo de voluntades para cometer un delito, y la confabulación con actos materiales, que es una forma agravada y que se distingue por la comisión de actos preparatorios. Estas dos formas representan el *actus reus* del delito de *conspiracy*. Cabe destacarse que para hacer esta distinción la Sala se basó nada más en el Derecho Penal francés.⁵⁵

Por su lado, según la Sala el *actus reus* se describe de la siguiente manera: “en el *Common Law* el delito de *conspiracy* se realiza cuando dos o más personas acuerdan un objetivo común, siendo éste un objetivo criminal”.⁵⁶ Como se verá más adelante, la definición de este delito de acuerdo con las normas del *Common Law* no es del todo precisa, pero es la que se incorporó al presente análisis. Por su parte, el *mens rea* es la intención de cometer genocidio, es decir, coincide con el elemento subjetivo específico

⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 424 y 425.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 433.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 434.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 435.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 436.

⁵² *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-A (*Appeals Chamber*), 29 de julio de 2004, párrs. 34-39. Confirma que en Derecho Penal Internacional el concepto de *recklessness* coincide con el de dolo eventual.

⁵³ Sobre la evolución histórica del *conspiracy*, véase Francis B. Sayre, “Criminal conspiracy”, *Harvard Law Review*, vol. 35, 1921-1922, pp. 393-427.

⁵⁴ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T (*Trial Chamber I*), 27 de enero de 2000, párr. 186.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 189.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 190.

de destruir por completo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.⁵⁷

Al margen de que se adopte un concepto continental o uno anglosajón del *conspiracy*, la Sala llegó a la conclusión de que no es necesario que se consuma el delito principal (*substantive offence*), en este caso el genocidio.⁵⁸

No obstante, el conflicto que buscaba resolver la Sala era si se podía condenar a una persona por *conspiracy* cuando el delito se consumaba. De acuerdo con la tradición del *Common Law*, el *conspiracy* se agota con el acuerdo de voluntades, por lo que la comisión posterior del genocidio sería un delito distinto y se podría condenar por ambos. Por su parte, con base en la tradición del *Civil Law*, la comisión del delito (genocidio) subsume al acuerdo de voluntades para cometerlo, por lo que se podría solamente condenar por el delito ya consumado.⁵⁹

La Sala adoptó el concepto del Derecho continental por considerarlo más favorable al acusado. Pero también pesó en su determinación que, según la Convención contra el Genocidio, la *conspiracy* sólo se incluyó para sancionar aquellas conductas que por sí solas no constituyen genocidio, pero en caso de que este delito se consumara ya no tendría caso castigar cualquier acto previo o preparatorio.⁶⁰

De estas breves líneas se pueden extraer algunas reflexiones preliminares. El Derecho Penal nacional fue para los tribunales *ad hoc* una fuente importante para la elaboración de conceptos que apenas se mencionaban sin mayor explicación en los estatutos de estos tribunales. Por lo menos en teoría, dicha incorporación debe intentar establecer un balance entre las normas del *Civil Law* y del *Common Law*. Sin embargo, en los casos analizados se evidencia la preferencia por el uso de fuentes anglosajonas en temas como la interpretación de los instrumentos legislativos y el homicidio intencional. En efecto, incluso en aquellos en los cuales las normas de ambos sistemas son similares, se prefiere basar la conclusión del tribunal en una norma prevista en el *Common Law*. Aun cuando se acaba por adoptar una regla prevista en el *Civil Law*, el análisis del delito se realiza con la fórmula *actus reus/mens rea*, como

se evidencia en el caso del *conspiracy*. Aunque aquí es importante señalar que se prefirió la regla continental debido a su más próxima adaptación al Derecho Internacional Humanitario y no por preferir ese sistema.

Otra serie de casos (por ejemplo, *Akayesu*) lleva a la conclusión de que los tribunales *ad hoc* pueden recurrir a los principios rectores del *Common Law* o del *Civil Law*, pero cuando el Derecho o la familia jurídica del lugar donde ocurrieron los hechos aporta elementos suficientes para darle contenido a la norma del Derecho Penal Internacional, los tribunales la aplicarán en forma directa. Esta fuente nacional de Derecho se codificó en el artículo 21 (1) (c), que señala:

En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

Si bien algunas de estas reflexiones son importantes, es necesario someterlas a prueba ante el análisis más detallado de delitos particulares y su subsecuente aplicación. Éste será el objetivo de los capítulos posteriores.

IV. Análisis de delitos

A. Homicidio

El homicidio quizá sea la conducta más recurrente en DPI, pues forma parte de las tres categorías de crímenes internacionales. En efecto, es una forma de comisión de genocidio y es, si se actualizan los elementos contextuales pertinentes, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra.

Con independencia de que la privación de la vida lleve distintos nombres: asesinato (*murder*), en el contexto de los crímenes de lesa humanidad; homicidio intencional (*willful killing*), en el contexto de los crímenes de guerra, y matanza (*killing*), en el contexto del genocidio, la jurisprudencia de los tribunales

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 192.

⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 193 y 194.

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 196 y 197.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 198.

ad hoc ha señalado que los elementos objetivos (*actus reus*) son los mismos.⁶¹ Esta circunstancia simplifica el análisis de tal conducta y su similitud con el homicidio en los sistemas del *Common Law*.

La única distinción entre el homicidio en estos dos contextos es que en el caso de los crímenes de guerra es ilegal privar de la vida a personas protegidas por los convenios de Ginebra, es decir, a heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil en general; en términos generales, a quienes no participan en las hostilidades.⁶² Sin embargo, dicha circunstancia no afecta el presente análisis, pues este sujeto pasivo calificado es propio del elemento contextual conflicto armado y no afecta a la conducta en particular. Es importante recordar que los elementos contextuales no se abordan aquí. Por consiguiente, a menos de que sea relevante establecer una distinción, en este apartado se empleará el término *homicidio* para designar por igual a las descripciones típicas del DPI.

Desde las primeras resoluciones de los tribunales *ad hoc* se ha señalado que el homicidio no es una conducta que entrañe dificultades para explicar el acto prohibido, dado que se trata de una conducta reconocida como delictiva en todas las jurisdicciones nacionales.⁶³ No obstante, el objeto del presente análisis será considerar si se adoptan argumentos y elementos del *Common Law* en la descripción de la conducta. En el caso *Akayesu* se adoptó una de las primeras definiciones de homicidio, que se divide en tres elementos:

1. La víctima está muerta.
2. La muerte fue causada por un acto u omisión del acusado o un subordinado.
3. Al momento de la muerte, el acusado o un subordinado tuvieron la intención de matar u ocasionar un daño corporal grave a la persona, con el conocimiento de que

era probable que dicho daño corporal causara la muerte de la víctima, y es indiferente (*reckless*) en cuanto a la muerte.⁶⁴

El único cambio importante que ha sufrido esta definición típica inicial ha sido la aclaración y expansión de las personas que pueden cometer un homicidio, ya que se eliminó la referencia a los subordinados para incluir cualquier forma de responsabilidad vicaria (*vicarious liability*).

Así, encontramos que la formulación moderna se encuentra expresada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Brdjanin*:

1. La víctima está muerta.
2. La muerte fue causada por un acto u omisión del acusado, o de una persona o personas por cuyos actos u omisiones es penalmente responsable el acusado.
3. El acto fue realizado, o la omisión tuvo lugar, por parte del acusado, o por una persona o personas por cuyos actos u omisiones éste es responsable penalmente, con una intención:

De matar, o

De infligir graves lesiones o graves daños corporales, con el conocimiento razonable de que dicho acto u omisión probablemente causaría la muerte.⁶⁵

De esta manera, el *actus reus* es el acto u omisión que causa la muerte de la víctima, como se asienta en los primeros dos puntos señalados.⁶⁶ Por su parte, el *mens rea* es la intención (*intention*) de causar la muerte o de infligir los daños corporales que ocasionan la muerte, con “imprudente indiferencia por la vida humana (*reckless disregard for human life*)”.⁶⁷

Es importante precisar que como umbral mínimo del *mens rea* basta la imprudencia (*recklessness*). Esto se deduce de la aplicación de dichos elementos en casos concretos.⁶⁸ Sin embargo, en *Blaskic* se incluye

⁶¹ Véanse *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2 (*Appeals Chamber*), 17 de diciembre de 2004, párr. 38; *Prosecutor v. Strugar*, IT-01-42 (*Trial Chamber*), 31 de enero de 2005, párr. 236; *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, IT-02-60 (*Trial Chamber*), 17 de enero de 2005, párr. 642, y *Prosecutor v. Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, ICTR-96-7 (*Trial Chamber*), 18 de diciembre de 2008, párr. 2117.

⁶² *Ibid.*, párr. 38.

⁶³ *Prosecutor v. Akayesu* (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 587.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 589. “The Chamber defines murder as the unlawful, intentional killing of a human being. The requisite elements of murder are: 1. the victim is dead; 2. the death resulted from an unlawful act or omission of the accused or a subordinate; 3. at the time of the killing the accused or a subordinate had the intention to kill or inflict grievous bodily harm on the deceased having known that such bodily harm is likely to cause the victim’s death, and is reckless whether death ensues or not.”

⁶⁵ *Prosecutor v. Brđjanin*, IT-99-36-T (*Trial Chamber*), 1º de septiembre de 2004, párr. 381.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 382. Véase también *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-42/2-T (*Trial Chamber*), 26 de febrero de 2001, párr. 229.

⁶⁷ *Prosecutor v. Kordic and Cerkez* (*Trial Chamber*), *op. cit.*, párr. 229.

⁶⁸ Véanse *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T (*Trial Chamber*), 3 de marzo de 2000, párr. 153, y *Prosecutor v. Limaj et al.*, IT-03-66-T (*Trial Chamber*), 30 de noviembre de 2005, párr. 241.

una formulación parecida al *recklessness*; aquí, la Sala de Primera Instancia aclaró que el daño corporal debe producirse cuando se puede asumir razonablemente (*reasonably assume*) que causará la muerte.⁶⁹

El caso *Strugar* tiene especial interés para nuestro estudio. Destaca que en el mismo nunca se emplea el término *recklessness*, que es propio de los sistemas del *Common Law*. Por el contrario, se señala que el daño corporal causado debe tener una alta probabilidad de causar la muerte de la víctima, no una mera posibilidad. Sin embargo, agrega que esto no significa que se hable de un dolo eventual (en términos textuales) dado que “en algunos casos la descripción de la intención indirecta como *dolus eventualis* pudo haber opacado la cuestión porque puede suponerse que el *dolus eventualis* tal y como se entiende y aplica en un sistema jurídico particular ha sido el estándar adoptado por el Tribunal”.⁷⁰

Esta formulación es interesante por dos motivos. En primer lugar, el uso textual de la expresión dolo eventual, que no es propia de los sistemas del *Common Law* y que además es de uso reiterado en los tribunales *ad hoc*. En segundo lugar, el esfuerzo por deslindarse de las formulaciones nacionales del dolo eventual o su equivalente funcional, la *recklessness*, aunque sin dar mayores detalles sobre este razonamiento.

Al respecto, es importante hacer referencia al caso *Brdjanin*, en donde se argumenta que el homicidio se puede cometer con el dolo eventual (de nuevo usando la versión en latín de *dolus eventualis*) y lo define de la siguiente manera: “si el autor se involucra en una conducta que pone en peligro la vida, su homicidio se convierte en intencional si él se ‘reconcilia a sí mismo’ o ‘hace las paces’ con algo parecido a la muerte”. Continúa la Sala de Primera Instancia: “El límite del *dolus eventualis*, por lo tanto, implica el concepto de imprudencia (*recklessness*) pero no el de negligencia (*negligence*) o el de negligencia grave (*gross negligence*)”.⁷¹ Esta sentencia

confirma lo anterior, pues se emplean conceptos del *Common Law* y del *Civil Law* en forma indistinta y sin fundamentarse en el Derecho nacional.

Un aspecto que es preciso comentar es la inclusión de la premeditación como umbral del *mens rea* para el homicidio, polémica que se dio sobre todo en el TPIR. Ésta surgió de la discrepancia entre las versiones en inglés y en francés del Estatuto del TPIR. Mientras que la versión en inglés dice *murder*, el cual no es necesario que se cometa con premeditación; la versión en francés dice *assassinat*, que sí la requiere. En un primer momento, el TPIR demandó que los homicidios fueran todos premeditados al considerar que esta interpretación era más favorable al acusado.⁷² No obstante, con el tiempo se descartó esta noción y se adoptó la formulación del TPIY que no requiere premeditación.⁷³ De hecho, en el caso *Akayesu* se señaló que la versión en francés fue un mero error de traducción.⁷⁴

Ante la CPI, la interpretación de lo que constituye homicidio ha variado mucho. En el caso *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares emplea el método tradicional de análisis al dividir los elementos en *actus reus* y *mens rea*.⁷⁵ El *actus reus* de homicidio entonces es la muerte de la víctima causada por un acto del autor, que puede ser una acción u omisión.⁷⁶ Además, se recurrió a la regla general del artículo 30 del Estatuto de la CPI que exige “intención y conocimiento (*intent and knowledge*) de los elementos del crimen”. La Sala reconoció que el artículo 30 solamente establece los supuestos de dolo directo, en primer y segundo grado, excluyendo el dolo eventual. En otras palabras, que el crimen se cometió con la intención y el conocimiento de que se provocaría la muerte o de que ésta se “producirá en el curso normal de los acontecimientos”.⁷⁷

Así, ante la CPI hay dos cambios sustanciales pero relacionados: desaparece el supuesto del *actus reus* de

⁶⁹ *Prosecutor v. Blaskic (Trial Chamber), op. cit.*, párr. 153.

⁷⁰ *Prosecutor v. Strugar (Trial Chamber), op. cit.*, párrs. 235 y 236. “In some cases the description of an indirect intent as *dolus eventualis* may have obscured the issue as this could suggest that *dolus eventualis* as understood and applied in a particular legal system had been adopted as the standard in this Tribunal.”

⁷¹ *Prosecutor v. Brdjanin (Trial Chamber), op. cit.*, párr. 386.

⁷² *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR-95-1-T (Trial Chamber)*, 21 de mayo de 1999, párrs. 137-140, y *Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-20-T (Trial Chamber)*, 15 de mayo de 2003, párr. 373.

⁷³ *Prosecutor v. Nzabirinda, ICTR-01-77-T (Trial Chamber)*, 23 de febrero de 2007, párr. 25.

⁷⁴ *Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber), op. cit.*, párr. 588.

⁷⁵ Véase *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges, ICC-01/05-01/08 (Pre-Trial Chamber II)*, 15 de junio de 2009, párr. 130.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 131.

⁷⁷ *Ibid.*, párrs. 135-138.

que la muerte sea causada por un daño corporal y se excluye el dolo eventual o la *recklessness*. Estas dos exclusiones están relacionadas, pues del daño corporal que se sabe probablemente cause la muerte de la víctima se desprende una hipótesis de *recklessness*.

Para efectos del presente estudio es importante notar que se emplean los términos dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado, los cuales son conceptos que, aunque podrían tener un equivalente funcional en el *Common Law*, se emplean con mayor frecuencia en el contexto del *Civil Law*.

Definir el homicidio en el Derecho Anglosajón es una tarea que resulta más complicada de lo que podría pensarse.⁷⁸ La definición original del homicidio en el *Common Law* dice que es matar ilegalmente a un ser humano o a un feto con malicia y deliberación.⁷⁹

Esta definición establece que cualquier acto u omisión que cause la muerte de otra persona es un homicidio. A esto se le puede denominar el *actus reus*, aunque es importante señalar que la doctrina por lo regular no usa este término para describir los elementos objetivos de este delito. Por su parte, la frase arcaica de *malice and aforethought* constituye el elemento subjetivo. En un comienzo sólo se consideraba que los homicidios premeditados tenían relevancia penal, postura que se ha ampliado al reconocer que hay muchas maneras en las que un homicidio debe sancionarse por la vía penal;⁸⁰ incluso, como se verá con posterioridad, se permite una forma muy limitada de *recklessness* en las tipificaciones más modernas.⁸¹

De acuerdo con el Código Penal de California, la malicia puede ser expresa o implícita. La primera es

una “manifestación deliberada de voluntad para ilegalmente privar de la vida a otra persona”. La malicia es implícita cuando “no hay una provocación considerable o cuando las circunstancias que rodean a la muerte muestran abandono y corazón depravado”.⁸²

Una formulación más moderna del homicidio se puede encontrar en el Código Penal Modelo (MPC).⁸³ La sección 210.01 señala que comete homicidio quien “con propósito, conocimiento, imprudencia o negligencia causa la muerte de otra persona”.⁸⁴ Por otra parte, el grado más alto de homicidio, que es el *murder*, es aquel que se comete con propósito, conocimiento o imprudencia “bajo circunstancias que manifiesten una indiferencia extrema por el valor de la vida humana”.⁸⁵ El *mens rea* es lo que determinará los grados del homicidio.⁸⁶

Para permitir la comparación con el DPI es importante especificar dos precisiones. En primer término, la posibilidad de cometer tanto homicidio con *recklessness* como homicidio al realizar un daño corporal que ocasione la muerte. Como se vio en el apartado anterior, en los tribunales *ad hoc* se aceptan estas dos figuras, por lo que resulta indispensable incorporar su regulación en el *Common Law*.

En las jurisdicciones que han codificado el *Common Law* tradicional, frases como *depraved heart* o *abandoned and malignant heart* representan una forma de *recklessness*, aunque muy elevada; en algunas jurisdicciones se equipara a una *recklessness* extrema (*gross recklessness*) y en el caso de California es malicia implícita.⁸⁷ Cabe destacar que esta forma de *recklessness* implica la creación de un riesgo. Pero

⁷⁸ En este apartado se reseñan aspectos que permitan la comparación con el DPI. Por consiguiente, se excluyen figuras como el homicidio culposo (*manslaughter*) o el homicidio consecuencia de otro delito (*felony murder rule*), que son propios del *Common Law*. Para un análisis más completo y propuesta de reforma, véase Herbert Wechsler y Jerome Michael, “A Rationale of the Law of Homicide”, *Columbia Law Review*, vol. 37, núm. 5, mayo de 1937, pp. 701-761.

⁷⁹ “Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice and aforethought.” Se toma como base la definición del Código Penal de California, que codifica el homicidio tradicional del *Common Law*. California Penal Code sec. 187 (a).

⁸⁰ Wechsler, *op. cit.*, pp. 707 y 708.

⁸¹ John Cyril Smith y Brian Hogan, *Criminal Law*, 9ª ed., Butterworths, Londres, 1999, p. 348. En Inglaterra este término también ha sido abandonado. La *Homicide Act 1957* fue un esfuerzo por modernizar en ese país el homicidio del *Common Law*.

⁸² *Ibid.*, sec. 188. “Such malice may be express or implied. It is express when there is manifested a deliberate intention unlawfully to take away the life of a fellow creature. It is implied, when no considerable provocation appears, or then the circumstances attending the killing show an abandoned and malignant heart.”

⁸³ El MPC influye en otros sistemas del *Common Law*. Véase Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., Oxford, 2003, p. 265.

⁸⁴ “A person is guilty of criminal homicide if he purposely, knowingly, recklessly or negligently causes the death of another human being.”

⁸⁵ MPC, sec. 210.2 (1) “[...] criminal homicide constitutes murder when: (a) it is committed purposely or knowingly; or, (b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life”. Véase *People v. Registrar*, Court of Appeals of New York, 1983. No se trata de un elemento de tipo penal sino de una descripción de las circunstancias.

⁸⁶ El análisis de los elementos subjetivos aquí señalados se explica con mayor detalle en el apartado “Elementos subjetivos en el Estatuto de Roma y en el Código Penal Modelo”.

⁸⁷ *Commonwealth v. Malone*, Supreme Court of Pennsylvania, 354 Pa. 180 (1946), y Levenson, *op. cit.*, p. 132.

no basta que dicho riesgo no sea razonable o que sea de grado elevado, aunque se sepa que se está creando dicho riesgo.⁸⁸

Es complicado identificar la distinción entre una simple *recklessness* y la *recklessness* extrema que hace que se pase de un homicidio culposo a un homicidio intencional (*murder*). En el MPC se emplea la frase “bajo circunstancias que manifiesten una indiferencia extrema por el valor de la vida humana” para describir la imprudencia. Esto implica una distinción con el homicidio culposo (*reckless manslaughter*), que se puede cometer sólo con *recklessness* pero sin la calificación de este elemento subjetivo.⁸⁹

Por otro lado, está la posibilidad de cometer homicidio al causar un daño corporal grave, regla que al parecer ha estado vigente desde los orígenes del *Common Law*.⁹⁰ En la doctrina se reconoce que la malicia incluye cualquier conducta que implique la intención de cometer un daño corporal grave, en el entendido de que la lesión pudiera fácilmente causar la muerte.⁹¹

Esta fórmula no se encuentra en el MPC. De hecho, se abandonan varios de los conceptos tradicionales del *Common Law*, como la malicia en el homicidio, que reemplaza con sus propios elementos; en este caso, con sus elementos subjetivos. Sin embargo, se puede concluir que causar un daño corporal grave en forma intencional entra en los supuestos de la *recklessness* extrema que contempla el tipo penal de homicidio.

A pesar de que los tribunales *ad hoc* no emplean referencias directas al *Common Law* en el análisis y la forma de estructurar el delito, hay claras similitudes con esa familia jurídica. Es evidente en el caso de la malicia (*malice*), que ni siquiera se menciona en el DPI. El resultado de muerte y la intención de cometerla son claras similitudes. Sin embargo, quizás el aspecto más relevante se encuentra en la posibilidad de que se perpetre este delito a través de la *recklessness*. Es un tema que se ha debatido mucho en los sistemas jurídicos nacionales y ha evolucionado desde la primera formulación del homicidio exclusivamente como una acción premeditada. En particular, resalta la forma de *recklessness* extrema, que es exclusiva para el homicidio y se encuentra en el *Common Law*, aunque con una formulación más clara en el MPC y en el DPI por

igual. Por ende, se debe recalcar que el daño corporal grave es una expresión que se encuentra en ambos sistemas jurídicos, al igual que la *recklessness* o el *dolus eventualis* en los sistemas del *Civil Law*, o se puede decir que el daño corporal grave que causa la muerte no existe en los sistemas continentales como parte del homicidio. Sin embargo, lo que es característico es que se maneje en el DPI con la misma técnica que se emplea en el *Common Law* para determinar su contenido y alcance.

No obstante lo anterior, el esquema presentado por el Estatuto de la CPI parece haber cambiado lo que se entendía por homicidio en los tribunales *ad hoc* y, por tanto, las similitudes con el *Common Law* son menos frecuentes. El artículo 30 del Estatuto de Roma no comprende la *recklessness*. Esta regla general tiene consecuencias para el homicidio, ya sea como crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio. Ya no es posible cometer homicidio con el *mens rea* de *recklessness*, ni siquiera la forma más agravada de la *gross recklessness*. Tampoco se prevé la posibilidad de cometer homicidio a partir del daño corporal grave, por lo menos a la luz de la jurisprudencia reciente de la CPI. Eliminar dos figuras que como se vio tienen arraigo en el *Common Law*, aleja al homicidio de esta tradición jurídica en el nuevo DPI y hace que los mecanismos de interpretación y aplicación del Derecho anglosajón sean cada vez menos relevantes para el DPI. Que esto quiera decir que ahora es más relevante el *Civil Law* es algo difícil de concluir con la evidencia que se tiene. Con certeza, la CPI no cita en materia de homicidio fuentes del *Civil Law*. En todo caso se retoman casos de los tribunales *ad hoc* como *Akayesu* y *Tadic*, pero principalmente el propio texto del Estatuto de Roma. Esto podría apuntar a la autonomía del DPI y que ya no depende, como lo hacía antes, de retomar aspectos de los sistemas jurídicos nacionales.

B. Violación

La violación ha sufrido una transformación en el DPI. La jurisprudencia ha reconocido dos variantes: la primera formulación comprendida en el caso *Akayesu* del TPIR y una reformulación prevista en el caso

⁸⁸ LaFave, *Criminal Law*, *op. cit.*, p. 666.

⁸⁹ MPC, sec. 210.3 (1), y Ashworth, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

⁹⁰ Wechsler, *op. cit.*, p. 702.

⁹¹ Levensen, *op. cit.*, p. 131, y LaFave, *op. cit.*, p. 664.

Kunarac del TPIY. A continuación se describen estas dos formas de entender la violación.

En el caso *Akayesu* se dispuso que la violación en el DPI no se describiera en forma mecánica, en la que se detallan objetos y partes del cuerpo humano. En esa resolución de la Sala de Primera Instancia se dijo que la violación se puede emplear para la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona, por lo que constituye una violación de la dignidad humana.⁹² Con base en lo anterior, la Sala definió la violación como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas”.⁹³

Esto se resolvió a pesar de reconocer que en los sistemas jurídicos nacionales (sin indicar cuáles) las definiciones típicas de violación son más específicas. Sin entrar en detalle, la Sala de Primera Instancia señaló que el denominador común de los tipos penales de violación es la cópula (*intercourse*) sin consentimiento y que puede realizarse mediante el uso de objetos y orificios del cuerpo que no suelen considerarse sexuales.⁹⁴ Esta definición se ha empleado de manera reiterada por los tribunales *ad hoc*.⁹⁵

Por su parte, esta definición claramente ambigua ha sido modificada por el TPIY, sobre todo en el caso *Kunarac*.⁹⁶ No obstante que la culminación de esta nueva formulación se le atribuye a la Sala de Apelación del TPIY en el mencionado caso, es importante retomar los antecedentes de dicha sentencia, que en realidad no hizo más que reafirmar lo que ya trabajaban con anterioridad las Salas de Primera Instancia del tribunal.

El antecedente más importante de la reformulación de la definición de violación se encuentra en el caso

Furundzija. Esta resolución tiene particular relevancia para los presentes fines porque se reconoció que en ninguno de los cuerpos normativos internacionales (Derecho Internacional Humanitario, DPI o Derecho Internacional de los Derechos Humanos) existía una definición de violación que fuera lo bastante precisa para dar cumplimiento al principio de especificidad, que es una variable del principio de legalidad penal. Por tanto, se consideró que era necesario extraer los denominadores comunes de las jurisdicciones nacionales.⁹⁷ Resalta que como la Sala de Primera Instancia ya había considerado la formulación de *Akayesu* sobre violación, se puede concluir que se consideró que dicha descripción típica violaba el principio de legalidad penal y, por ende, se justificaba apartarse de la misma y recurrir a los sistemas jurídicos nacionales.⁹⁸

Después de hacer un balance de los tipos penales en diversas jurisdicciones nacionales (que en principio parecen incorporar referencias al *Common Law* y al *Civil Law*) se llegó a la conclusión de que la violación es “la penetración sexual del cuerpo humano por la fuerza por el pene o por la inserción por la fuerza de objetos en la vagina o el ano”.⁹⁹

El punto más polémico fue la violación por penetración de la boca con el pene, pues al parecer no era una forma de violación reconocida por todos los sistemas jurídicos evaluados. Sin embargo, la Sala recurrió a los principios del DPI y estableció que, en tanto esta conducta constituía una violación a la dignidad humana, se podría incluir en la definición típica de violación.¹⁰⁰ A tal razonamiento se agregó que la inclusión no violaba el principio de legalidad penal porque aun en los sistemas jurídicos que no la consideran como violación, esta conducta estaba penalizada con

⁹² *Prosecutor v. Akayesu (Trial Chamber)*, *op. cit.*, párr. 597.

⁹³ *Ibid.*, párr. 598. “The Chamber defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive.” En el contexto de los crímenes de guerra, véase *Prosecutor v. Musema*, *op. cit.*, párrs. 285, 220, 221 y 226.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 596. “While rape has been defined in certain national jurisdictions as non-consensual intercourse, variations on the act of rape may include acts which involve the insertion of objects and/or the use of bodily orifices not considered to be intrinsically sexual.”

⁹⁵ *Prosecutor v. Muhimana*, ICTR-95-1B (*Trial Chamber*), 28 de abril de 2005, párrs. 537-540. En esta resolución se establece un recuento de lo establecido en *Akayesu* y de las sentencias posteriores que han empleado esta definición.

⁹⁶ *Prosecutor v. Muvunyi*, ICTR-00-55 (*Trial Chamber*), 12 de septiembre de 2006, párrs. 517 y 518 y 520-522. En dicha resolución se intenta conciliar ambas posturas.

⁹⁷ *Prosecutor v. Furundzija (Trial Chamber)*, *op. cit.*, párr. 177.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 178. No obstante, se establecen los principios para recurrir a sistemas jurídicos nacionales, y las limitaciones existentes al hacer esta extrapolación.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 181. “[...] the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus”.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 182 y 183.

algún otro nombre, como violencia sexual agravada (*aggravated sexual violence*).¹⁰¹

Así, el *actus reus* de la violación se definió de la siguiente manera:

- (i) la penetración sexual, independientemente de que sea leve:
 - (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto empleado por el perpetrador; o
 - (b) la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- (ii) por medio de coerción, por la fuerza o amenaza del uso de la fuerza contra la víctima u otra persona.¹⁰²

Por último, la Sala indica que si bien la violación implica una penetración, aunque sea leve, otros delitos de naturaleza sexual pueden ser penados por otros tipos penales.¹⁰³

La Sala de Primera Instancia en el caso *Kunarac* retoma la definición típica de *Furundzija*, pero la reformula al considerar que la coerción o el uso de la fuerza no son los únicos factores que se pueden considerar para determinar si hay una violación. Se hace una nueva evaluación de los sistemas jurídicos nacionales para fundamentar que la violación se puede realizar mediante el uso de la fuerza o intimidación o amenazas para emplear la fuerza,¹⁰⁴ porque la víctima se encuentra en un estado temporal o permanente de vulnerabilidad resultado de una incapacidad permanente (por ejemplo, edad, enfermedad mental o física) o transitoria (engaño, presión psicológica o intoxicación).¹⁰⁵ Al margen de la naturaleza de estos factores, comparten que “tienen el efecto de negar la voluntad de la víctima o la posibilidad de negarse libremente

a los actos sexuales; ya sea en forma temporal o permanente”.¹⁰⁶

Para efectos del presente estudio es importante señalar que las conclusiones anteriores se basaron en sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law*. Sin embargo, se dedicó un apartado especial a analizar que la falta de consentimiento es un factor decisivo en el *Common Law* para determinar la existencia de la violación. Para sustentar esta afirmación, se citan disposiciones legales de Inglaterra, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, India y Sudáfrica (aunque estos dos últimos países tienen sistemas mixtos).¹⁰⁷

Así, el nuevo tipo penal de violación (*actus reus*) quedó de la siguiente manera: “la penetración sexual, independientemente de que sea leve: (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto empleado por el perpetrador; o (b) la boca de la víctima por el pene del perpetrador; cuando dicha penetración sexual ocurra sin consentimiento de la víctima”. En el entendido de que el consentimiento debe otorgarse de manera voluntaria y como resultado del libre albedrío de la víctima según las circunstancias del caso. Por su parte, “el *mens rea* es la intención de penetrar, con el conocimiento de que se realiza esta conducta sin el consentimiento de la víctima”.¹⁰⁸

La Sala de Apelaciones del TPIY confirmó la nueva definición de violación, pero tuvo cuidado de aclarar dos aspectos. En primer lugar, que no es necesario que haya resistencia por parte de las víctimas para que se configure la violación.¹⁰⁹ En segundo lugar, subrayó que ciertas circunstancias pueden crear un ambiente coercitivo que impida que la víctima ejerza su liber-

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 184; *Prosecutor v. Brđjanin (Trial Chamber)*, op. cit., párr. 1012, y *Prosecutor v. Kamuhanda*, ICTR-99-54 (*Trial Chamber*), 22 de enero de 2004, párr. 710. Estas conductas también podrían constituir tortura, persecución o esclavitud.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 185.

(i) *the sexual penetration, however slight:*

(a) *of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator any other object used by the perpetrator; or*

(b) *of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;*

(ii) *by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.*

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 187.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23 & 23/1 (*Trial Chamber*), 22 de febrero de 2001, párrs. 443-445.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 446-452.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 452. “The common denominator underlying these different circumstances is that they have the effect that the victim’s will was overcome or that her ability freely to refuse the sexual acts was temporarily or more permanently negated.”

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrs. 453-456. El Código Penal de Bélgica se cita sólo de manera residual.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 460. “[...] the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.”

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23 & 23/1 (*Appeals Chamber*), 12 de junio de 2002, párr. 128.

tad de negarse al acto sexual, como en el caso específico de que las víctimas se encuentren detenidas en cuarteles militares, campos militares y residencias de soldados.¹¹⁰ Si bien se menciona el Código Penal alemán como sustento de lo anterior, el énfasis se centra en las disposiciones de Estados Unidos, en el ámbito estatal y federal, que penalizan con severidad los actos sexuales en centros penitenciarios contra las personas recluidas.¹¹¹

El Estatuto de la CPI no define la violación, ya sea como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra, por lo que es necesario recurrir a los Elementos de los Crímenes. Al respecto, se señala:

1. Que el autor 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 vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar 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 u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.¹¹²

Asimismo, en los pies de página se aclara el siguiente concepto: “El concepto de ‘invasión’ se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género”, y lo que debe entenderse por “persona incapaz”: “Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad”.

Como se puede ver, se retoma la especificidad del tipo penal de *Kunarac*, así como las preocupaciones que se expresaron por limitar la violación a casos de coerción, uso de la fuerza y amenazas previstas originalmente en *Furundzija*. Por su parte, la especificidad

está muy alejada de lo que en un principio se planteó en *Akayesu*. Numerosos elementos que se retomaron del *Common Law* de manera expresa en la segunda formulación de violación, como la falta de consentimiento (temporal o permanente) y la violación aprovechándose de las circunstancias que niegan el libre albedrío, se vuelven a tomar en esta nueva definición típica.

En cuanto a los elementos subjetivos o *mens rea*, los casos que hasta ahora se han confirmado señalan que se adopta la regla general del artículo 30 del Estatuto de la CPI. Sobresale, sobre todo, que en el *caso Katanga* la Primera Sala de Cuestiones Preliminares emplea la terminología del *Civil Law*, es decir, el “dolo directo de primero y segundo grado”,¹¹³ mientras que en el *caso Bemba* la Segunda Sala de Cuestiones Preliminares emplea los términos “intención y conocimiento” (*intent and knowledge*), propios del *Common Law*;¹¹⁴ además de ser los términos que se emplean a la letra en este precepto.

En el *Common Law* tradicional la violación se definía como “la cópula de forma ilegal con una mujer sin su consentimiento por medio de la fuerza, miedo o engaño”.¹¹⁵ Sin embargo, existe también el estupro, que se considera como una variante de la violación creada por la legislatura (*statutory rape*).

La propia definición establece con claridad los elementos del tipo penal de violación, aunque algunos de ellos necesitan una aclaración adicional. La cópula implica cualquier tipo de penetración por mínima que sea. La ilegalidad se entiende al considerar que en algunos sistemas jurídicos del *Common Law* no se considera violación si se impone la cópula al cónyuge. El consentimiento va dirigido al *mens rea*, pues el autor debe saber que la mujer no ha consentido la cópula. La cópula sin consentimiento es insuficiente, es forzoso que se emplee algún medio para conseguir la cópula; es por ello que el *Common Law* tradicional exige que el autor use la fuerza, miedo o engaños.¹¹⁶

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 132. Véase *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-01-64 (*Appeals Chamber*), 7 de julio de 2006, párr. 151. En este caso se mencionó que las circunstancias en las que se cometen crímenes internacionales son en sí mismas coercitivas y coartan la libre voluntad de las víctimas.

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 131.

¹¹² Como se señaló en la metodología de este estudio, se excluyen los elementos contextuales. La definición es idéntica para la violación como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra.

¹¹³ *Prosecutor v. Katanga and Chui, Confirmation of charges*, ICC-01/04-01/07 (*Pre-Trial Chamber I*), 30 de septiembre de 2008, párr. 441.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges, op. cit.*, párr. 126.

¹¹⁵ Levenson, *op. cit.*, p. 410 (“Unlawful sexual intercourse with a woman without her consent by force, fear, or fraud”), y LaFave, *op. cit.*, p. 752. También se define como “the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will”.

¹¹⁶ Levenson, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

Es importante señalar, en cuanto al *mens rea*, que en Inglaterra no se permite que la falsa creencia de que la víctima ha consentido se realice en forma imprudente (*reckless*), lo cual ha sido adoptado por diversos estados de Estados Unidos.¹¹⁷ Por su parte, el MPC no se aparta mucho del concepto de violación del *Common Law* tradicional, aunque es más específico al señalar los elementos del tipo:

Un hombre que tenga cópula con una mujer que no es su cónyuge comete violación si:

- (a) la obliga al acto por medio de la fuerza o amenazas de muerte inminente, daño corporal grave, dolor extremo o privación de la libertad en contra de cualquier persona; o [si]
- (b) él ha disminuido sustancialmente su posibilidad de evaluar o controlar su conducta al proporcionarle o mediante el empleo, sin su conocimiento, de drogas, tóxicos u otros medios que tengan el propósito de impedir su resistencia; o
- (c) la mujer se encuentra inconsciente; o
- (d) la mujer tiene menos de 10 años de edad.¹¹⁸

Es importante notar que por cópula (*sexual intercourse*) se entiende penetración, aunque sea leve, vaginal, oral o anal. También se aclara que la eyaculación no es necesaria para configurar la cópula.¹¹⁹

Como el MPC no aclara cuál es el elemento subjetivo que debe aplicarse para la violación aplica el propósito (*purposely*), el conocimiento (*knowingly*) o la imprudencia (*recklessly*), de conformidad con la regla general prevista en la sección 2.02 (3). En otras palabras, se excluye la violación culposa.¹²⁰

Esto confirma la propuesta de que la violación es un delito de intención general (*general intent crime*),

lo cual significa que el elemento subjetivo se configura con la acción misma, sin importar que se tenga conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho; entre éstas, la más importante es si se tiene conocimiento de que la mujer no otorgó su consentimiento. Esta postura casi desestimaría el elemento subjetivo (*strict liability*), lo cual para una conducta tan grave parece inaceptable. Por ello, los tribunales en Estados Unidos e Inglaterra han permitido que las personas acusadas de violación argumenten error en cuanto al consentimiento otorgado, aunque esta posibilidad se encuentra muy limitada. En el *caso Morgan*, la Cámara de los Lores sostuvo que el jurado debía determinar si la persona acusada tenía la intención de cometer la violación. En otras palabras, si conocía las circunstancias que generaban la falta de consentimiento y aun así impuso la cópula. Hay que hacer hincapié en que es irrelevante que las circunstancias fueran irrazonables.¹²¹ El Parlamento confirmó después esta postura, aunque con algunas modificaciones. Si bien se permite que la persona acusada alegue que consideraba que la cópula era voluntaria, esta creencia debe ser razonable y de conformidad con todas las circunstancias. El tipo penal de violación en Inglaterra es el siguiente:

Violación

- (1) Una persona (A) comete un delito si
 - (a) de manera intencional penetra la vagina, ano o boca de otra persona (B) con su pene,
 - (b) B no consiente la penetración, y
 - (c) A no cree razonablemente que B consiente.
- (2) Para determinar si una creencia es razonable se deben considerar todas las circunstancias, incluidos los pasos que tomó A para asegurarse de que B consintiera.¹²²

¹¹⁷ *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, HOUSE OF LORDS [1976] AC 182 [1975] 2 All ER 347, [1975], 30 de abril de 1975.

¹¹⁸ MPC, sec 213.1 "A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if: (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or (c) the female is unconscious; or (d) the female is less than 10 years old."

¹¹⁹ MPC, sec 213(2) "Sexual intercourse includes intercourse per os or per anus, with some penetration however slight; emission is not required."

¹²⁰ Para una explicación detallada de los elementos que constituyen la violación de conformidad con el MPC, véase LaFave, *op. cit.*, pp. 762-777.

¹²¹ LaFave, *op. cit.*, pp. 758-761.

¹²² Sexual Offences Act 2003, sec.

1. Rape.

(1) A person (A) commits an offence if

- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
- (b) B does not consent to the penetration, and
- (c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

La definición de *Akayesu* es la propuesta de definición de violación que más se aparta del concepto de violación del *Common Law*. En un principio se desechó el empleo de un enlistado de partes del cuerpo para describir la conducta, lo cual es importante para definir con precisión este tipo penal. Como se desprende de las definiciones típicas de los sistemas analizados, es común que se empleen términos como vagina, ano, pene o boca para determinar el alcance de la conducta. En todo caso, quizá haya controversia en torno a qué orificios pueden ser penetrados para que se configure la violación. La penetración oral con el pene no formó parte del tipo penal en Inglaterra hasta la reforma de 2003.

Quizá sea más determinante el empleo del verbo rector de la conducta. Todo tipo penal debe iniciar con un verbo que determina el acto u omisión que, de acuerdo con ciertas condiciones o circunstancias descritas también en el tipo penal, configura el delito. Así, mientras en *Akayesu* se usa el término “invasión”, en los sistemas del *Common Law* queda claro que es necesaria una penetración, aunque leve. Cabe destacar que el verbo “penetrar” es mucho más preciso que “invadir”.

Por último, el aspecto que causa mayor controversia en el DPI es el uso del término “coerción”. Al paso del tiempo se consideró muy restrictivo este término porque dejaba fuera muchas circunstancias que impedían el libre ejercicio de la libertad de la víctima. Esta situación no parece haber causado tanta controversia en el derecho del *Common Law*, ya que desde los inicios del tipo penal se ha preferido usar la falta de consentimiento.

En la línea de casos que culminó con la apelación en el caso *Kunarac* se nota un acercamiento a los criterios nacionales para definir la violación. Ya desde el inicio del cambio de criterio en el caso *Furundzija* se recurrió a los sistemas jurídicos nacionales para determinar los elementos de las conductas que, como la violación, solamente se describían en los instrumentos internacionales. Desde entonces se precisó que la violación implica una penetración de la vagina, ano o boca por el pene. Cabe señalar que la controversia que la Sala de Primera Instancia identificó en el plano nacional sobre la posible inclusión de la boca como orificio quizá se identifique también en el *Common*

Law. Mientras que el MPC ya reconocía la penetración oral, en Inglaterra no se tipificó ésta como parte de la descripción hasta 2003. Por consiguiente, en este aspecto hay que notar que se dificulta sacar conclusiones sobre la influencia del *Common Law*.

Además, es importante destacar que en el DPI se prevé la posibilidad de que la víctima sea penetrada por un objeto; esto contrasta con el *Common Law*, en que ninguno de los sistemas jurídicos evaluados se toma en cuenta esta posibilidad.

El cambio que despusa de *Akayesu* a *Furundzija*, que es la sustitución de la “coerción” por cualquier circunstancia que niegue o debilite la posibilidad de la víctima para realizar la cópula, es un elemento común en ambos sistemas jurídicos. Al evaluar los tipos penales es importante notar que la falta de consentimiento se describe de modo diverso en estos sistemas jurídicos.

El MPC menciona como parte de la falta de consentimiento que la víctima sea menor de diez años. Este supuesto no se encuentra previsto en el DPI y ni siquiera se puede inferir con facilidad de la descripción prevista en los Elementos de los crímenes, a pesar de que hubo cuidado al detallar gran cantidad de supuestos en los cuales el consentimiento no está presente. En forma similar, no se incluye el supuesto de que la víctima no otorgue su consentimiento porque se encuentra inconsciente y tampoco se puede inferir a la ligera de los supuestos que se expresan en la descripción.

A la inversa, hay supuestos como la detención, opresión psicológica o el abuso de poder que se expresan en el DPI como circunstancias que niegan la libertad, pero que no están previstas en los sistemas del *Common Law* analizados.

Otra diferencia importante es que, por lo menos en el contexto de la CPI, la definición típica es neutral en cuanto al género. Un hombre o una mujer puede ser perpetrador o víctima del delito de violación. Esto explica el uso del término ambiguo de “invasión” que al parecer se había abandonado en *Furundzija*. Por el contrario, en los sistemas del *Common Law* se desprende de los tipos penales enunciados que sólo un hombre puede ser perpetrador y únicamente una mujer puede ser víctima de violación.

La última diferencia importante tiene que ver con el elemento subjetivo necesario para cometer violación. Mientras que los tribunales *ad hoc* aceptaban

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

la posibilidad de que la violación se cometiera con *recklessness*, el Estatuto de la CPI ha elevado el nivel de *mens rea* necesario a *intent and knowledge* o dolo directo de segundo grado, según la terminología empleada por cada una de las Salas de Cuestiones Preliminares que han resuelto confirmar cargos por este delito. Esto se debe a que éstos son los niveles mínimos previstos en el artículo 30 del Estatuto de la CPI. Esto implica que haya también un alejamiento respecto del *Common Law*, en que con algunas variables se acepta la posibilidad de que el perpetrador haya actuado con *recklessness*. Aunque esto se evidencia en el MPC, al parecer en Inglaterra el umbral es distinto, pues la excepción al conocimiento creada en el caso *Morgan* y su posterior codificación implica que el *mens rea* que se exige es mayor, en particular al caso concreto. De cualquier modo, los parámetros no parecen coincidir con el DPI actual al definir el elemento subjetivo necesario para cometer el delito de violación.

C. Confabulación delictiva (Conspiracy)

La conspiración o, dicho de manera más correcta, la confabulación delictiva es un delito muy antiguo y de mucho arraigo en el *Common Law*, aunque no exento de cambios y adaptaciones, como se verá más adelante. Sin embargo, en el DPI sólo se ha empleado en relación con el genocidio. Así lo prevén el estatuto del TPIY en su artículo 4º y el estatuto del TPIR en su artículo 2º; ambos al retomar la definición y alcance previstos en la Convención para prevenir y sancionar el genocidio.

Para efectos de análisis hay que tener presentes las disposiciones comunes a los tres instrumentos internacionales:

Serán castigados los actos siguientes:

- El genocidio;
- La [confabulación delictiva] para cometer genocidio;¹²³
- La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- La tentativa de genocidio;
- La complicidad en el genocidio.¹²⁴

El alcance limitado de la aplicación de la confabulación delictiva se refleja en el hecho de que el TPIY no ha sentenciado a nadie por este crimen. Por ello, aquí solamente se analizarán sentencias del TPIR en el entendido de que aun en ese foro el desarrollo es escaso.

El TPIR ha empleado el análisis propio de cualquier otro delito o crimen internacional clasificando entre los elementos de *actus reus* y *mens rea*. El primero lo constituye el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para cometer el genocidio, lo cual ha sido confirmado por la Sala de Apelaciones.¹²⁵

Este acuerdo de voluntades es independiente de que después se materialice la conducta que se acuerda cometer; en otras palabras, el genocidio.¹²⁶ Precisamente, ésa es la naturaleza de los delitos inacabados (*inchoate offences*): que no es necesario que se materialice el delito principal, mucho menos el resultado si es que se requiere.¹²⁷ En cuanto a este tipo de delitos, la Sala de Apelaciones del TPIR señaló:

Un delito inacabado se consuma simplemente por el uso de medios o procesos que se calcula producirán efectos dañinos, independientemente de que dichos efectos se produzcan. En otras palabras, un delito inacabado sanciona la comisión de ciertas conductas capaces de constituir un paso en la comisión de otro delito, aunque este delito, de hecho, no se cometa.¹²⁸

¹²³ En las traducciones oficiales se emplea el término “asociación” en lugar de “confabulación delictiva”, pero no parece correcto el uso de esta palabra pues la *conspiracy* y la asociación son conceptos distintos. Como se verá en el desarrollo de este apartado, el primero implica mucho menos elementos que una “asociación”.

¹²⁴ Ésta es la versión en inglés:

The following acts shall be punishable:

(a) genocide;
(b) conspiracy to commit genocide;
(c) direct and public incitement to commit genocide;
(d) attempt to commit genocide;
(e) complicity in genocide.

¹²⁵ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, ICTR-99-52-A (Appeals Chamber), 28 de noviembre de 2007, párr. 894.

¹²⁶ *Prosecutor v. Seromba*, ICTR-2001-66-1 (Trial Chamber), 13 de diciembre de 2006, párr. 345.

¹²⁷ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (Appeals Chamber), *op. cit.*, párr. 720, y *Prosecutor v. Bikindi*, ICTR-01-72-T (Trial Chamber), 2 de diciembre de 2008, párr. 405.

¹²⁸ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (Appeals Chamber), *op. cit.*, párr. 720. “An inchoate offence (‘crime formel’ in Civil Law) is consummated simply by the use of a means or process calculated to produce a harmful effect, irrespective of whether that effect is produced. In other words, an inchoate crime penalizes the commission of certain acts capable of constituting a step in the commission of another crime, even if that crime is not in fact committed.”

Antes de abordar el elemento subjetivo de la confabulación delictiva es importante recalcar que el TPIR no considera que sea parte del *actus reus* un acto exteriorizado (*overt act*) posterior al acuerdo de voluntades. La mejor expresión de que dicho elemento está ausente en el concepto de confabulación delictiva en el ámbito internacional se encuentra en el voto particular del juez Shahabuddeen en la apelación en el caso *Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*.

Aunque el voto es parcialmente disidente, este juez compartió la postura de la mayoría en el sentido de que el acto exteriorizado no es necesario para configurar el delito. Este voto es interesante para efectos del presente estudio porque retoma la discusión sobre la influencia que ha tenido el *Common Law* en la evolución del DPI, al subrayar que esta tradición jurídica ha sido dominante y que es necesario tener en cuenta otras tradiciones jurídicas, sobre todo el *Civil Law*. No obstante estas afirmaciones, el juez consideró que la exégesis de la confabulación delictiva que se localiza en los sistemas anglosajones es la que prevalece en DPI, sobre todo en el caso del genocidio.¹²⁹ En conclusión, “el derecho internacional humanitario toma el proceso de llevar a cabo un acuerdo para cometer genocidio un delito autónomo”.¹³⁰

Así, para el juez Shahabuddeen la diferencia entre la confabulación delictiva en el *Civil Law* y en el *Common Law* estriba en que el primero considera que penalizar el mero acuerdo de voluntades implicaría sancionar los pensamientos de las personas involucradas en la confabulación. En la tradición anglosajona, si bien se requiere un acto exterior, lo cual resolvería el problema de sancionar los pensamientos de las personas, este acto puede ser el acuerdo mismo. En otras palabras, para la exteriorización de la conducta es suficiente el acuerdo mismo, no es necesario un acto posterior para encaminar la comisión del delito principal.¹³¹

Para efectos de este estudio es importante precisar que dichas conclusiones del juez Shahabuddeen se fundamentan en el caso inglés *Mulcahy v. R.*, en el Código Penal de Estados Unidos y la resolución de *Hamdan v. Rumsfeld*. Por su parte, cita los códigos penales de Alemania y Francia como ejemplos del *Civil Law*.¹³²

Sobresale el hecho de que en estos tribunales solamente se haya incorporado la confabulación delictiva para cometer genocidio, debido a las consecuencias importantes que tiene para el *mens rea*. Dado que el tipo penal de genocidio tiene un elemento subjetivo específico que consiste en “la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal”, no sorprende que el TPIR señale que las personas que cometen la confabulación delictiva para cometer genocidio deben tener la misma intención.¹³³

El desarrollo jurisprudencial de la confabulación delictiva no aporta más elementos. El resto de los casos que abordan el tema se limitan a señalar cuándo está probado el acuerdo de voluntades. Así, por ejemplo, se señala que no es necesario que haya un acuerdo formal¹³⁴ o que el mismo se puede inferir entre líderes de distintas instituciones cuando actúan en conjunto.¹³⁵

El hecho de que la confabulación delictiva no fue incorporada en el Estatuto de la CPI confirma su abandono en el DPI.

Lo que más se le asemeja es la forma de autoría prevista en el artículo 25 (3) (d). Sin embargo, como apuntaremos después, esta figura tiene más similitudes con la empresa criminal común que con el delito que aquí se analiza.¹³⁶ Incluso para el caso concreto del genocidio, se mantiene la “instigación pública y directa” como único delito inacabado de los que en un principio preveía la Convención para prevenir y sancionar el crimen de genocidio y que se retomó en los estatutos de los tribunales *ad hoc*.¹³⁷

¹²⁹ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeals Chamber), Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, 28 de noviembre de 2007, párrs. 2-6.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 6, “[...] international humanitarian law treats the process of making an agreement to commit genocide as an autonomous crime”.

¹³¹ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeals Chamber), Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, *op. cit.*

¹³² *Idem*.

¹³³ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeals Chamber), op. cit.*, párr. 894; *Prosecutor v. Seromba (Trial Chamber), op. cit.*, párr. 347, y *Prosecutor v. Musema, op. cit.*, párr. 192.

¹³⁴ *Prosecutor v. Kajelijeli*, ICTR-98-44-A (*Trial Chamber*), 1º de diciembre de 2003, párr. 787.

¹³⁵ *Prosecutor v. Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, ICTR-98-41-T (*Trial Chamber*), párr. 2088.

¹³⁶ Véase el apartado “Empresa criminal común”.

¹³⁷ Véase artículo 25 (3) (e).

Por su parte, el *conspiracy* anglosajón se puede dividir también en los dos elementos tradicionales, *actus reus* y *mens rea*. La base del *conspiracy* y del *actus reus* es el acuerdo de voluntades para cometer una conducta delictiva o una conducta lícita por medios ilegales.¹³⁸ En la formulación más antigua del *conspiracy*, éste era el único elemento que se requería; sin embargo, las formulaciones más modernas de este delito exigen un acto exteriorizado (*overt act*), aunque es cierto que tal elemento adicional no está generalizado ni parece haber un patrón para determinar en qué casos se requiere un acto exteriorizado. En el Código Penal de Estados Unidos hay conductas muy graves que no requieren dicho acto, pero en el MPC este requisito se obvia solamente para conductas que no son consideradas graves (*misdemeanors*). Otro ejemplo se encuentra en California, donde es necesario el acuerdo de voluntades y el acto exteriorizado, pero el *conspiracy* sólo se puede procesar en los casos enlistados en la propia sección del Código Penal. Además, el acuerdo de voluntades para cometer una conducta ilícita por medios ilegales es una formulación que al parecer se ha abandonado, pues no se encuentra en ninguna de las legislaciones consultadas.¹³⁹

El *mens rea* tampoco está exento de complicaciones, pues tiene dos elementos distintos. En primer término, consiste en la intención de acordar la comisión del delito principal, y en segundo, es el propósito (*purpose*) de que se realice de manera satisfactoria el delito principal. El propósito es el elemento subjetivo más elevado que reconocen los sistemas del *Common Law*, por lo que constituye un umbral probatorio muy elevado.¹⁴⁰ Éste podría considerarse otro límite al alcance tan amplio que en principio tiene este delito.

Una regla del *Common Law*, que fija a su vez un límite importante al alcance del delito de *conspiracy* es la *Wharton Rule*, la cual en esencia establece que en la comisión de un delito que por su naturaleza implica la participación de dos o más personas no puede procesarse también por *conspiracy*; esta regla

se ha empleado para delitos como bigamia, adulterio o incesto, y su objetivo es no sancionar dos veces la misma conducta.¹⁴¹

Esto nos lleva a un aspecto importante del *conspiracy*: la *Wharton Rule* parte de la idea de que éste es un delito autónomo, que por sus elementos se agota con el acuerdo de voluntades o, en su caso, con la realización de uno de los confabuladores del acto exteriorizado;¹⁴² es independiente del delito principal y se puede procesar por *conspiracy* al margen de que este último se realice o no. Además es importante recalcar que es un delito en sí mismo, porque parecería fácil confundirlo con una forma de autoría o participación en la comisión del delito principal. Como se verá más adelante, esto ha causado problemas metodológicos al querer compararlo con la empresa criminal común en DPI que sí es una forma de autoría y que, por lo tanto, tiene una naturaleza jurídica diferente al *conspiracy*.

Es conveniente notar que, por lo menos en Estados Unidos, el *conspiracy* ha adquirido un grado de complejidad muy importante, lo cual quizá tenga sus orígenes en el caso *Pinkerton*, en virtud del cual se estableció que cualquiera de los confabuladores es responsable de los actos de los demás en la consecución del fin acordado aunque no tenga conocimiento de su comisión.¹⁴³

La *Regla Pinkerton* ha sido muy limitada en algunas jurisdicciones. El propio MPC ha desechado la regla, pues únicamente permite la sanción a los confabuladores cuando conocen del acto concreto.¹⁴⁴

Dos formas de *conspiracy* muy sofisticadas implican la participación de más de dos personas. La primera se ilustra con una rueda y tiene su origen en el caso *Kotteakos*. En estos supuestos hay una organización o red en la que participan diversas personas, quizá con distintas funciones. En el centro de la rueda está un operador que conoce los movimientos y conductas de todos los miembros de la red, pero entre los demás participantes es posible que no se conozcan.

¹³⁸ LaFave, *op. cit.*, p. 567.

¹³⁹ A manera de ejemplo, véase el análisis realizado a la legislación federal en Heather J. Sigler, "Federal Criminal Conspiracy", *American Criminal Law Review*, vol. 46, 2009.

¹⁴⁰ Al respecto, véase Levenson, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

¹⁴¹ Phillip E. Johnson y Morgan Cloud, *Criminal Law: Cases, Materials and Text*, 7ª ed., West Group, St. Paul, 2002, pp. 668 y 669.

¹⁴² Paul Marcus, "Conspiracy: the Criminal Agreement in Theory and in Practice", *Georgetown Law Journal*, vol. 95, 1976-1977.

¹⁴³ *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946).

¹⁴⁴ Mark Noferi, "Towards Attenuation: a 'New' Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability", *American Journal of Criminal Law*, vol. 91, 2005-2006. En este artículo se detalla la aplicación de *Pinkerton* por los tribunales federales y la búsqueda de límites a la formulación original para imponer sanciones penales de acuerdo con este esquema.

En tanto cada persona tiene una función, es responsable de los actos que comete y de las confabulaciones que se relacionen con ello, pero no de los hechos o conductas que no pudiera previsiblemente inferir. Claro, la persona en torno a quien giran las actividades tiene conocimiento completo de la operación y es responsable de todas las conductas, incluidos los delitos principales que se derivan de los *conspiracies* individuales.¹⁴⁵ Una salvedad importante es que si las personas tienen una finalidad en común (aunque no lo sepan y no se conozcan), entonces se puede procesar a todos por un gran *conspiracy* y los delitos principales resultado del mismo.

El propio caso *Kotteakos* sirve de ejemplo. *Kotteakos* era una persona que solicitaba préstamos falsos por medio de un agente, el cual se encontraba en el centro de la operación. En torno a él giraban 32 personas que también gestionaban estos préstamos. Lo que el fiscal buscaba era sancionar un solo *conspiracy* y los delitos principales producto de la misma. Pero la Suprema Corte no permitió esa estrategia por considerar que se trataba de diversos *conspiracies* pequeños y que las personas sólo eran penalmente responsables de ellas en lo individual y, más importante, de los delitos principales acordados en cada una, no de la totalidad de las conductas delictivas realizadas por la red.¹⁴⁶

El segundo tipo de *conspiracy* complejo es el de la cadena. Al igual que en el caso de la rueda, aquí hay una red en la cual cada participante tiene una función. La modalidad más común es cuando hay una cadena de distribución de sustancias ilegales (como drogas o, en su momento, alcohol). Por ejemplo, una persona produce la sustancia, otra la transporta, otra la vende al mayoreo y otra la vende al menudeo. Todos tienen una función, saben o deberían saber que hay otras personas que participan, aunque no las conozcan. La persona que produce la sustancia debe estar consciente de que, finalmente, alguien del otro lado de la cadena la vende al público; de lo contrario, ¿para qué la produce? De igual manera, quien vende la sustancia debe saber que hay alguien produciéndola.¹⁴⁷

A pesar de que el MPC ya no acepta la modalidad de *Pinkerton*, reconoce las dos formas de *conspiracy* complejas, aunque se hace hincapié en el elemento subjetivo para limitar su alcance. La sección 5.03 (2) señala: “Si una persona culpable de cometer *conspiracy*, como se define en la subsección (1) de esta sección, sabe que la persona con la que ha confabulado para cometer un delito ha confabulado con otra persona o personas para cometer el mismo delito, ella es culpable de confabular con esa otra persona o personas, las conozca o no las conozca, para cometer el delito”.¹⁴⁸ Por otra parte, la sección 5.03 (3) establece: “Si una persona confabula para cometer varios delitos, es culpable de un solo *conspiracy* siempre y cuando esos múltiples delitos sean el objeto del mismo acuerdo de voluntades o relación confabulatoria continua”.¹⁴⁹

Nótese cómo en el primer supuesto es determinante que la persona sepa (*know*) que otras personas participan de la confabulación y cometen actos para su consecución, de lo contrario no puede haber un solo *conspiracy* complejo. El elemento subjetivo es la clave para establecer el alcance de la conducta. En la segunda hipótesis normativa el elemento decisivo es el objetivo en común que tienen todos los miembros de cometer *conspiracy*.

Existen más diferencias con la confabulación delictiva en el DPE que con el *conspiracy* en el *Common Law*. Esto con seguridad se debe a que este delito nunca se desarrolló y los tribunales prefirieron emplear figuras como la empresa criminal común o la autoría mediata para responsabilizar penalmente a las personas que participan en forma indirecta en la comisión de un crimen internacional. A pesar de que la Carta de Núremberg preveía la confabulación delictiva para cometer cualquiera de los crímenes de su competencia (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la paz),¹⁵⁰ este crimen ha ido desapareciendo del ámbito internacional; en todo caso, se ha restringido al ámbito del genocidio en la propia convención y en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, pero está ausente en el Estatuto de la CPI.

¹⁴⁵ *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946).

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Levenson, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

¹⁴⁸ “If a person guilty of conspiracy, as defined by Subsection (1) of this Section, knows that a person with whom he has conspired to commit a crime has conspired with another person or persons to commit the same crime, he is guilty of conspiring with such other person or persons, whether or not he knows their identity, to commit such crime.”

¹⁴⁹ “If a person conspires to commit a number of crimes, he is guilty of only one conspiracy so long as such multiple crimes are the object of the same agreement or continuous conspiratorial relationship.”

¹⁵⁰ Carta de Núremberg, art. 6.

Por su parte, en el *Common Law*, por lo menos el que se ha desarrollado en Estados Unidos, el *conspiracy* aún es un crimen importante y de amplia aplicación; además, ha adquirido formas complejas como las que se establecieron en los casos *Pinkerton* y *Kotteakos*.

La esencia en ambos sistemas jurídicos continúa siendo el acuerdo de voluntades para cometer un delito posterior. Hay otra similitud que destaca: en ambos sistemas jurídicos el *conspiracy* o confabulación delictiva es visto como un delito autónomo del principal. Esto es claro en el *Common Law*, y aunque no se ha señalado en forma expresa en el DPI, se infiere de la redacción del delito de genocidio en los estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la Convención contra el Genocidio, en los que la confabulación delictiva para cometer genocidio y otras formas inacabadas, como la instigación, se incluyen en el mismo apartado que el genocidio como tal, pero independientes de las formas de autoría y participación que reconocen. Asimismo, el TPIR se ha pronunciado sobre la comisión del genocidio y de la confabulación delictiva para cometer genocidio en distintos apartados, confirmando su autonomía,¹⁵¹ lo que permite concluir que también se le considera un delito autónomo, en apego a la tradición del *Common Law*.

Mientras que en el DPI no se reconoce el acto exteriorizado, en el *Common Law* aún sigue vigente, aunque no en todos los casos. El elemento subjetivo también es importante, pues en el *Common Law* se requiere tener la voluntad de participar en el acuerdo y de cometer la conducta delictiva acordada. Por otra parte, en el DPI la confabulación delictiva se ha limitado a casos de genocidio y en la finalidad del acuerdo se requiere que haya una intención específica, precisamente la de destruir a uno de los grupos humanos señalados en el tipo penal.

V. Otros aspectos relevantes no constitutivos de delitos

A. Empresa criminal común

Fijar las bases de la empresa criminal común (ECC) fue una tarea que realizó primero el TPIY. El citado tribunal determinó que, a pesar de que su Estatuto no establecía expresamente esta figura ni su naturaleza jurídica, ésta formaba parte del Derecho Consuetudinario Internacional¹⁵² y había sido considerada como una forma de autoría de crímenes internacionales.¹⁵³ Cabe señalar que en este rubro el TPIR ha seguido la jurisprudencia del TPIY.¹⁵⁴

No obstante, los estatutos no preveían el *actus reus* ni el *mens rea* necesarios para acreditar esta forma de participación, por lo que otra vez se recurrió al Derecho Consuetudinario Internacional.¹⁵⁵ Del análisis de los antecedentes se desprendió que hay tres categorías distintas de la ECC y que éstas contienen un *actus reus* y un *mens rea* distintos.¹⁵⁶

La primera categoría, conocida como *básica*, es aquella en la cual los autores deciden participar en forma voluntaria en un plan común (*common design*) para llevar a cabo un delito o crimen, aunque cada uno de ellos tenga un papel distinto en la comisión de la conducta (*actus reus*). Así, aunque la persona no realice materialmente la conducta debe tener la intención de que se concrete (*mens rea*).¹⁵⁷

La segunda categoría, conocida como *sistemática*, depende de dos circunstancias: la existencia de una unidad administrativa o militar y una posición del autor particular que realiza la conducta.¹⁵⁸ Con base en ello, el *actus reus* es la participación en la unidad que comete las conductas ilegales. Mientras tanto, el *mens rea* estriba, por un lado, en el conocimiento de

¹⁵¹ Véase *Prosecutor v. Musema*, *op. cit.* (Trial Chamber), Apartado 7 (Veredicto).

¹⁵² *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1 (Appeals Chamber), 15 de julio de 1999, párr. 190, y *Prosecutor v. Vasiljevic*, IT-98-32 (Appeals Chamber), 25 de febrero de 2004, párr. 95.

¹⁵³ *Prosecutor v. Vasiljevic* (Appeals Chamber), *op. cit.*, párr. 102.

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, ICTR-96-10A & 17A (Appeals Chamber), 13 de diciembre de 2004, párr. 468. Para un análisis crítico de la ECC y la forma en la cual se obvian los principios rectores del Derecho penal para sancionar a quienes cometen crímenes internacionales, véase Allison Marston Danner y Jenny S. Martinez, "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, vol. 93, núm. 75, 2005.

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Tadic* (Appeals Chamber), *op. cit.*, párr. 194. Para un desarrollo más detallado de la sentencia de apelación de Tadic, de donde surge la doctrina de la ECC, véase Marston Danner y Martinez, *op. cit.*, p. 103.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 195. Véase Kai Ambos, *Fundamentos de la imputación en el Derecho internacional penal*, Porrúa, México, 2009, pp. 119-156. Para un análisis detallado de la imputación a través de la ECC, véase también Héctor Olásolo Alonso, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2010, pp. 113-133.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 196.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 202.

la existencia de la unidad y, por el otro, en la intención de que dicha unidad realice las conductas ilegales.¹⁵⁹

La tercera categoría, o *de extensión*, es aquella en la cual la conducta delictiva no se acuerda según ninguna de las primeras dos categorías, pero es una consecuencia previsible (*foreseeable*) de la existencia de la unidad que tiene una finalidad criminal.

La Sala de Apelaciones del TPIY resumió tres elementos del *actus reus* de la ECC (con independencia de la categoría): pluralidad de sujetos, existencia de un plan común para realizar alguna conducta criminal y participación del autor en el plan común.¹⁶⁰ Lo que varía es el *mens rea* del autor según cada categoría de la ECC. Para la primera categoría es necesaria la intención de realizar la conducta delictiva para la cual se desarrolló el plan común; para la segunda categoría el elemento subjetivo consiste en conocer la existencia de la unidad que realiza el plan común y tener la intención de realizar la conducta delictiva, y para la tercera categoría se debe tener la intención de formar parte del plan común, que le sea previsible la conducta realizada por alguno de los otros miembros del plan común y que haya tomado de manera consciente dicho riesgo (*willingly taken that risk*).¹⁶¹

Analizar este concepto con base en los parámetros del *Common Law* resulta complicado por razones metodológicas, porque no existe una figura parecida en esta familia jurídica. Para sustentar la existencia de la tercera categoría de la ECC, la Sala de Apelaciones en el caso *Tadic* afirmó que la imputación por consecuencias preVISIBLES (*foreseeable*) dentro de un plan común (*common plan*) tiene sustento en diversas jurisdicciones, tanto del *Civil Law* como del *Common Law*. Sin embargo, las referencias se centran en sustentar la posibilidad de que se sancione con base en un elemento subjetivo reducido equiparable al dolo eventual o al *recklessness*.

Por lo que respecta a las referencias que se toman de jurisdicciones del *Common Law*, existe un problema metodológico importante: las citas empleadas corresponden a casos de *conspiracy*, el cual es un delito en estas jurisdicciones pero no una forma de autoría. Así pues, aunque sea posible sancionar a quienes participan en una organización y que, por ello, sea previsible que otros miembros de la asociación cometan delitos que pudieron ser preVISIBLES, esto no se puede comparar con una forma de autoría. En el caso concreto de Estados Unidos se menciona la teoría *Pinkerton*, la cual establece que todos los conspiradores son responsables penalmente de las conductas de los otros, siempre y cuando éstas hayan sido realizadas para cometer los actos acordados en el *conspiracy* y hayan sido preVISIBLES, como una forma de conseguir dicho fin.¹⁶² En efecto, algunos autores han tratado de encontrar analogías entre la ECC y el *conspiracy* del *Common Law*,¹⁶³ además de otras figuras como las leyes RICO (Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act) y las leyes antiterroristas en Estados Unidos. Sin embargo, al comparar elemento por elemento terminan por encontrarse más diferencias que similitudes.¹⁶⁴

Aparte de lo anterior, el propio DPI ha diluido la aplicabilidad de esta forma de autoría en resoluciones más recientes que las de *Tadic*. En las Salas Extraordinarias para Camboya pusieron en duda el sustento de la ECC de la tercera categoría en costumbre internacional,¹⁶⁵ es decir, precisamente la forma de autoría que se le imputó a *Tadic*.

Además, la CPI también se ha visto renuente en aplicar la ECC en sus resoluciones de confirmación de cargos. Esta forma de autoría ha sido reconocida en el artículo 25 (3) (d) del Estatuto de Roma, el cual señala:

De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 203.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25 (Appeals Chamber), 17 de septiembre de 2003, párr. 31.

¹⁶¹ *Prosecutor v. Vasiljevic* (Appeals Chamber), *op. cit.*, párr. 101.

¹⁶² *Pinkerton v. United States*, *op. cit.*

¹⁶³ Véanse Ambos, *op. cit.*, pp. 132 y 133, y Jens David Ohlin, "Joint Intentions to Commit International Crimes", *Chicago Journal of International Law*, vol. 10, invierno de 2010-2011. Este último autor no considera la diferencia en la naturaleza jurídica que se ha señalado aquí, pero considera que es funcional comparar a la ECC con el *conspiracy* debido a que cumplen con el mismo objetivo.

¹⁶⁴ Véanse Catherine H. Gibson, "Testing the Legitimacy of the Joint Criminal Enterprise Doctrine in the ICTY: A Comparison of Individual Liability for Group Conduct in International and Domestic Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 18, 2007-2008, p. 521, y Marston Danner y Martinez, *op. cit.*, pp. 139 y 141.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Thirith et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCB (PTC38), *Decision on Appeals of the Co-Investigative Judges on Joint Criminal Enterprise (Pre-Trial Chamber)*, 20 de mayo de 2010. Para un análisis de esta resolución, véase Jared L. Watkins y Randle C. DeFalco, "Joint Criminal Enterprise and the Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Rutgers Law Review*, vol. 63, 2010, p. 193.

de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...]
d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i. Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
- ii. A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Esta cláusula tiene semejanzas con la categoría dos de la ECC, dado que presume que hay un grupo (lo cual no se requiere en la primera categoría) y exige la intención de cometer el crimen, no una mera previsión¹⁶⁶ (como en la categoría tres).¹⁶⁷ La CPI ha preferido emplear figuras como la coautoría,¹⁶⁸ la responsabilidad del superior jerárquico¹⁶⁹ y la coautoría mediata mediante aparatos organizados de poder.¹⁷⁰

La última de estas resoluciones tiene un peso importante para la presente discusión, pues se sustenta en una teoría que tiene su origen en el *Civil Law*. A lo largo de la justificación para incorporar la autoría mediata por medio de aparatos organizados de poder se emplean fuentes latinoamericanas y, en especial, la teoría de dominio del hecho de Claus Roxin, que proviene de la doctrina alemana, es decir, del *Civil Law*;¹⁷¹ incluso la Sala de Cuestiones Preliminares parece abandonar la figura de la ECC por considerar que tiene inconsistencias que esta nueva forma de autoría resuelve.¹⁷²

Que hasta el momento la CPI no haya desechado el uso de la ECC no significa que el *Civil Law* haya sustituido al *Common Law* en temas de criminalidad

organizada. Como ya se vio, el origen de la ECC descansa en el Derecho Consuetudinario Internacional, o por lo menos así lo entendió el TPIY. Si bien hay referencias al *Common Law*, en particular a la teoría *Pinkerton*, hay problemas para establecer que éste fue el sustento de la ECC.

VI. Elementos subjetivos en el Estatuto de Roma y en el Código Penal Modelo

En este apartado se hace una comparación entre los elementos subjetivos previstos en el Estatuto de la CPI y en el MPC. Se parte de la hipótesis de que la estructura y el contenido del artículo 30 del Estatuto son muy similares a los previstos en el MPC. Esto significa que hay una diferencia importante con el *Common Law* tradicional que aún prevé términos arcaicos, como se vio en párrafos anteriores.¹⁷³ Pero de haber una coincidencia entre el MPC y el precepto del Estatuto de la CPI, entonces se excluiría también el *Civil Law* como pauta de análisis de los elementos subjetivos.¹⁷⁴

El análisis comparativo comienza con el texto del artículo 30 del Estatuto de la CPI. Sin embargo, para facilitar la comparación, se debe visualizar dicho texto:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
 - (a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

¹⁶⁶ El hecho de que la palabra *intención* excluya el dolo eventual o el *recklessness* no es unánime. Al respecto, véase Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 758 y 759.

¹⁶⁷ La afirmación de que esta cláusula corresponde a la ECC no está exenta de crítica; al respecto, véase Jens David Ohlin, "Joint Criminal Confusion", *New Criminal Law Review*, vol. 12, núm. 3, verano de 2009.

¹⁶⁸ *Prosecutor v. Lubanga, Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06 (Pre-Trial Chamber I), 27 de enero de 2007; véase también Héctor Olásolo Alonso, "El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforma al Derecho internacional", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, núm. 132, 2008.

¹⁶⁹ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, op. cit.

¹⁷⁰ *Prosecutor v. Katanga and Chui, Confirmation of Charges*, op. cit.

¹⁷¹ *Ibid.*, párrs. 496 y 498.

¹⁷² *Ibid.*, párr. 506.

¹⁷³ Véase el apartado "Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del *Common Law*".

¹⁷⁴ Algunos esfuerzos dogmáticos pretenden explicar desde su perspectiva los alcances de los elementos subjetivos previstos en el artículo 30. Al respecto, véase Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, trad. de Ezequiel Malarino, Duncker & Humboldt/Temis/Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 384-399. Para un análisis interesante que intenta incorporar elementos de ambas tradiciones jurídicas, aunque enfocándose en la estructura del artículo 30 del Estatuto de la CPI, véase Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C./Asser Press, La Haya, 2005, pp. 102-116.

(b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.¹⁷⁵

Es importante señalar que según el precepto transcrito hay dos elementos subjetivos en el régimen de la CPI: la intención y el conocimiento, que se refieren a los “elementos materiales” que se desglosan en los párrafos 2 y 3 del artículo. Así, la *intención* significa que la persona busca realizar (*engage*) la conducta y busca que se realicen las consecuencias o está consciente de que lo harán en el curso normal de los hechos. En cuanto al elemento *conocimiento*, significa que la persona sabe que se llevarán a cabo las consecuencias de su conducta o que se producirán en el curso normal de los hechos.

Por su parte, el MPC tiene conceptos muy parecidos con definiciones asimismo similares a las previstas en el Estatuto de la CPI. La sección 2.02 prevé cuatro elementos subjetivos, pero los que aquí interesan son los primeros dos: *purposely* y *knowingly*. La primera similitud es que los elementos subjetivos remiten a los elementos materiales del delito que, aunque no se definen en el MPC, se infiere del texto que aluden a la conducta, las circunstancias y el resultado, igual que en el Estatuto de la CPI.¹⁷⁶ En todo caso, quizá sea más significativo señalar lo que excluyen, pues en la tradición del *Civil Law* los elementos subjetivos deben

referirse a las excluyentes del delito, lo cual es irrelevante en el Estatuto de la CPI y en algunos casos del *Common Law* moderno, como el MPC.¹⁷⁷

La definición de *purposely* es la siguiente:

Una persona actúa con propósito con respecto a algún elemento material del delito:

(i) si el elemento está relacionado con la naturaleza de su conducta o un resultado de la misma; es su objetivo consciente realizar una conducta de esa naturaleza o causar dicho resultado;

(ii) si el elemento está relacionado con las circunstancias relacionadas, la persona está consciente de que existen dichas circunstancias o cree o desea que existan.¹⁷⁸

El propio MPC, en la sección 1.13 (12), equipara los términos *intentionally* o *intent* con *purposely*, con lo que cierra la brecha en cuanto a las diferencias terminológicas.

Como se puede observar en ambos casos, la persona debe buscar la realización de la conducta delictiva y desear las consecuencias que se desprenden de la misma. Las diferencias estriban en que en el MPC la persona debe buscar la realización del resultado, mientras que el Estatuto de la CPI además permite con esta figura que las consecuencias sean inevitables, aunque no sea la pretensión principal de la persona que se lleven a cabo. Por otro lado, mientras que el MPC prevé que este elemento subjetivo esté relacionado con las circunstancias del delito como elemento subjetivo, el Estatuto de la CPI solamente lo refiere a la conducta y el resultado.

En cuanto al elemento subjetivo *conocimiento*, el MPC establece lo siguiente:

¹⁷⁵ Estatuto de la CPI, art. 30:

1. *Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.*

2. *For the purposes of this article, a person has intent where:*

(a) *In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;*

(b) *In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.*

3. *For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.*

¹⁷⁶ Para la sistematización de elementos subjetivos y elementos materiales, véase Gainer, *op. cit.*, pp. 579 y 580.

¹⁷⁷ Albin Eser, “Mental elements—Mistake of Fact and Mistake of Law”, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 909 y 911. Este autor también hace notar la similitud que existe entre los elementos materiales en el MPC y en el Estatuto de la CPI.

¹⁷⁸ MPC, sección 2.02 (2) (a):

A person acts purposely with respect to a material element of an offence when:

(i) *if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such result;*

(ii) *if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.*

Una persona actúa con conocimiento respecto de un elemento material del delito:

(i) Si el elemento es de la naturaleza de su conducta o circunstancias relacionadas, está consciente de que su conducta es de esa naturaleza o de que dichas circunstancias existen; y

(ii) si el elemento es un resultado de su conducta, está consciente de que es prácticamente seguro de que su conducta provocará el resultado.¹⁷⁹

En relación con el conocimiento, el Estatuto de la CPI prevé que la persona debe estar consciente de las circunstancias que rodean al hecho (*attendant circumstances*) y del resultado. Sin embargo, en este caso también es posible imputar responsabilidad si se está consciente de que el resultado es una consecuencia lógica de la conducta, aunque no la desee específicamente. Por su parte, en el MPC al regular el conocimiento lo refiere a la conducta y las circunstancias, y señala de manera contundente que se debe tener presente que la conducta es de la naturaleza considerada delictiva y que existen las circunstancias que exige el tipo. En cuanto al resultado, el umbral baja, pues aunque no se reclama una certeza absoluta de que se producirá el resultado, se requiere que sea prácticamente cierta (*practical certainty*).

Se evidencian algunas similitudes entre el MPC y el Estatuto de la CPI. Para empezar, el uso de la terminología es idéntico;¹⁸⁰ esto aleja el elemento subjetivo del *Common Law* tradicional y del *Civil Law*, aunque se pueden buscar equivalencias, por ejemplo respecto del dolo directo o el dolo eventual, éstas son imprecisas.¹⁸¹

Por otra parte, se puede ver que en ambos sistemas tanto los elementos subjetivos van ligados a elementos materiales como que dichos elementos son la conducta, las circunstancias y el resultado. El MPC utiliza un sistema de análisis por elemento,¹⁸² contrario a lo que se percibe en el Estatuto de la CPI, que emplea un análisis por delito, como indica la redacción del artículo 30 del Estatuto de la CPI, el cual señala que

“los elementos materiales del crimen se realizarán con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”; es decir, que los elementos subjetivos se asocian a los elementos materiales en su conjunto.

Esto queda claro al abordarse el tema del conocimiento. En el Estatuto de la CPI no hubo necesidad de especificar que la conducta, que es la base de cualquier delito, tiene que producirse con este elemento subjetivo, pues en todo caso le corresponde la intención; es en las circunstancias y en el resultado donde es preciso aclarar los distintos umbrales subjetivos necesarios.

Esta diferencia repercute en la redacción y, por ende, en la regulación del MPC, porque las definiciones de los elementos subjetivos tienen en cuenta esta consideración, lo cual no lo hace del todo apto como herramienta de análisis del artículo 30 del Estatuto de la CPI. El *Common Law* tradicional tampoco parece ser una herramienta idónea, pues como se vio hay una terrible confusión metodológica y terminológica que por añadidura no corresponde a un sistema como el de la CPI, que en principio sólo tiene dos elementos subjetivos reconocidos.

Por su parte, si bien el *Civil Law* emplea un análisis por delito de los tipos penales, lo cual sería compatible con el Estatuto de la CPI, el empleo de conceptos como *intent* y *knowledge* —propios de un *Common Law* más moderno— dificultaría el uso de la dogmática como herramienta de interpretación. Este obstáculo se habría superado de haberse empleado términos como dolo directo o dolo eventual, que nada más se hallan en las resoluciones de los tribunales *ad hoc*¹⁸³ pero no en el texto del Estatuto. Esto parece indicar que hubo una intención clara de excluir este método de análisis del DPI.

Como aquí se llega a la conclusión de que los elementos subjetivos en el Estatuto de la CPI contienen elementos del MPC y del *Civil Law* (el *Common Law* tradicional parece haber quedado excluido), en cuan-

¹⁷⁹ MPC, sección 2.02 (2) (b):

A person acts knowingly with respect to a material element of the offense when:

(i) *if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and*

(ii) *if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.*

¹⁸⁰ Eser, *op. cit.*, p. 903. Ésta parece ser una traducción literal del *Common Law*.

¹⁸¹ Kai Ambos, *La Parte General...*, *op. cit.*, pp. 384-416.

¹⁸² Sección 2.02. “A person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.”

¹⁸³ Véanse al respecto los diversos ejemplos previstos en el apartado “Algunas consideraciones previas sobre Derecho Penal del *Common Law*”.

to a dicho aspecto se puede concluir que el DPI, tal y como se ha codificado en el Estatuto de la CPI, es un híbrido que merece una doctrina que lo explique en forma independiente de las dos tradiciones jurídicas consideradas.

VII. Los Elementos de los Crímenes y el Código Penal Modelo

Los Elementos de los Crímenes (Elementos) es un instrumento que tiene la función de ayudar a la CPI a interpretar y aplicar los tipos penales previstos en el Estatuto.¹⁸⁴ Es un documento muy detallado que desglosa los elementos típicos de los crímenes que son competencia de la CPI, de tal modo que todas las hipótesis normativas están previstas de manera individual. El detalle en la descripción hace recordar al MPC que con su análisis por elemento obliga a considerar todos los elementos del tipo penal por separado, así como los diversos elementos materiales para poder llegar a la adecuación de cada uno de ellos. Ante esta circunstancia, resulta interesante y, quizás, útil buscar paralelismos que pudieran permitir el uso del MPC como herramienta para la interpretación de los Elementos en el futuro. Esta propuesta se basa asimismo en el hecho de que en el DPI no existe antecedente alguno de un instrumento de tal naturaleza y, como se sugiere, en el Derecho Penal nacional se cuenta con un instrumento similar. Como una nota metodológica, se debe señalar que si bien las similitudes y diferencias pueden ser muchas, aquí nada más se hará referencia a los aspectos ya explorados en apartados anteriores, como los elementos subjetivos y los elementos materiales.

Los Elementos tienen su antecedente directo en la intervención activa que tuvo Estados Unidos para su inclusión en el esquema del Estatuto de la CPI, incluso sugiriendo que fueran un anexo al mismo tratado internacional como una manera de fortalecer el principio de legalidad ante la ambigüedad de algunos de los tipos penales.¹⁸⁵ Aunque no hubo referencias

directas a los sistemas jurídicos nacionales, ya otros autores han encontrado similitudes con el MPC, pero en particular con el Código de Justicia Militar de Estados Unidos.¹⁸⁶

En efecto, la estructura es muy parecida, pues los Elementos cuentan con una introducción general que explica cómo aplicar los elementos subjetivos a los elementos materiales,¹⁸⁷ incluido el valor que se les debe dar a términos que implican juicios de valor como “inhumanos” y “graves”.¹⁸⁸ De igual modo, se explica la estructura de cada hipótesis normativa, de manera que se describen la conducta, las consecuencias (o resultados) y las circunstancias correspondientes, preferentemente en ese orden; en seguida, se incorpora el elemento subjetivo correspondiente y, por último, se señalan los elementos contextuales correspondientes a cada categoría (por ejemplo el conflicto armado para los crímenes de guerra).¹⁸⁹

Al igual que los Elementos a los que literalmente el Estatuto de la CPI asigna una función de interpretación, de igual manera el MPC —aunque no es un instrumento legislativo ni tampoco es Derecho Positivo— ha servido para interpretar la legislación federal y estatal en Estados Unidos.¹⁹⁰

De igual manera, el MPC tiene diversas disposiciones cuya función es guiar la aplicación de los elementos subjetivos a los elementos materiales. Ésta es una diferencia importante con los códigos del *Civil Law* en donde suele haber una parte general donde se incluyen normas aplicables a los tipos penales contenidos en la parte especial, como lo relativo al concurso, la tentativa o el delito consumado y las formas de autoría, entre otras. Sin embargo, estos códigos no contienen reglas o pautas para la aplicación de las reglas generales. Esto es especialmente cierto en lo relativo a los elementos subjetivos, en que el MPC prevé reglas como los grados mínimos de culpabilidad (*culpability*) o los grados de culpabilidad requeridos para cada elemento o cuál se aplica en caso de que el tipo penal no lo especifique.¹⁹¹

¹⁸⁴ Estatuto de la CPI, art. 9 (1).

¹⁸⁵ Mauro Politi, *Elements of Crimes*, en A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 445 y 446.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 446.

¹⁸⁷ Elementos, Introducción general, párr. 2.

¹⁸⁸ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párr. 7.

¹⁹⁰ Véanse *United States v. Jewell*, United States Court of Appeals, 9th Circuit, 1976, 532 F.2d 697; *States v. Coates*, Supreme Court of Washington, 107 Wash. 2d 882, 735 P.2d 64, 1987, y *People v. Marrero*, Court of Appeals of New York, 69 N.Y. 2d 382, 515 N.Y.S. 2d 212, 1987.

¹⁹¹ Sección 2.02 (3) y (4).

Algo similar ocurre con los Elementos, en que el párrafo 2 de la Introducción general establece que elementos subjetivos se aplican para cada crimen:

Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. A continuación se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia.

Ciertamente, el contenido es diferente, pero esto es atribuible al hecho de que, como ya se ha explicado, el Estatuto parte del análisis por delito de los elementos subjetivos del tipo penal y el MPC de un análisis por elemento de los tipos penales. Destaca que en este último método parece ser más apropiado dar instrucciones o guías para la aplicación que en el primero; aun así se adoptó esta disposición. En efecto, en tanto que el Estatuto prevé que los elementos subjetivos (intención y conocimiento) se aplican para todos los tipos penales, no resulta importante establecer bases para su aplicación. En todo caso este párrafo sólo señala la posibilidad de que haya excepciones. Entre éstas, una que podría resultar problemática es el empleo de términos como *willful* en diversos crímenes de guerra, pues sobre este elemento subjetivo que recuerda el *Common Law* tradicional, los Elementos no señalan cómo interpretarlo; es decir, cómo saber si se trata de un sinónimo de conocimiento, según indica el MPC,¹⁹² o de un elemento subjetivo diferente. Para acabar: los Elementos omiten el uso del término.¹⁹³

Un aspecto interesante de los Elementos es que admiten la posibilidad de que por lo menos ciertos

elementos típicos carezcan de elemento subjetivo: “Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos ‘inhumanos’ o ‘graves’, por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa”.¹⁹⁴

En un primer acercamiento, esto parece contrastar con el modelo de análisis por delito que se adoptó en el Estatuto de la CPI y que permeó en los Elementos. Sólo de acuerdo con un esquema de análisis por elemento es posible extraer uno de los elementos materiales y asignarle un elemento subjetivo al resto de los componentes del tipo penal o, como en este caso, no asignarle ninguno.

En efecto, en la medida en que los tipos penales contengan palabras que impliquen juicios de valor, éstos son elementos del tipo penal, y cuando no se les asigna un elemento subjetivo estamos frente a un Derecho Penal Objetivo (*strict liability*), aunque sea en forma parcial y con una justificación congruente. Dörman considera necesario excluir la asignación de un elemento subjetivo a este tipo de juicios de valor para evitar la posibilidad de que una persona alegue que no tenía conocimiento de que su conducta era inhumana o grave,¹⁹⁵ aunque se podría argumentar que les debería asignar a estos juicios de valor un elemento subjetivo menor como *recklessness*.

Estas interrogantes no son ajenas al *Common Law*. Si bien la regla general es que a todos los delitos (o elementos del tipo) les corresponde alguna forma de *mens rea*,¹⁹⁶ hay excepciones en la legislación, la jurisprudencia y en el mismo MPC.

En efecto, en Estados Unidos se ha determinado que la edad de la víctima en los tipos penales de violación equiparada (*statutory rape*) no está sujeta a ningún tipo de elemento subjetivo, basta con comprobar que la víctima tenía la edad que marca el código.¹⁹⁷ Los delitos que se derivan del *Common Law*, aunque se hayan incorporado en los códigos, requie-

¹⁹² MPC, sección 2.02 (8). “A requirement that an offense be committed willfully is satisfied if a person acts knowingly with respect to the material elements of the offense, unless a purpose to impose further requirements appears.”

¹⁹³ Sobre esta problemática, véase Knut Dörman, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court—Sources and Commentary*, ICRC, Cambridge, 2002, pp. 11 y 12.

¹⁹⁴ Elementos, Introducción general, párr. 4.

¹⁹⁵ Dörman, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

¹⁹⁶ *Regina v. Faulkner*, Ireland, Court of Crown Cases Reversed, 13 Cox Crim. Cases 550, 1877.

¹⁹⁷ *Garnett v. State*, Court of Appeals of Maryland, 332 Md. 571, 632 A. 2d 797, 1993.

ren invariablemente un *mens rea*.¹⁹⁸ Sin embargo, los delitos que son creados por el Legislativo, sobre todo aquellos que regulan asuntos de interés público (*public welfare*), pueden carecer de elementos subjetivos. En *Weitzenhoff*, por ejemplo, se determinó que aunque el tipo penal contenía la palabra conocimiento (*knowledge*), ésta se refería a la conducta y no al conocimiento de que se estuviera violando una disposición legal.¹⁹⁹

Además de la regla anterior, el propio MPC establece la posibilidad de que los delitos menores (*violations*) se concreten sin necesidad de probar elemento subjetivo alguno.²⁰⁰ Inclusive, en la medida en que los elementos subjetivos van ligados a los elementos materiales, cualquier otro elemento de la sección 1.13 (12), que señala cuáles son los elementos que no se consideran materiales, puede ser considerado carente de elemento subjetivo.

Así pues, la pregunta es si esta disposición de los Elementos tiene sustento en el *Common Law*. De entrada se pueden descartar las primeras excepciones reconocidas por dicha tradición jurídica, pues los crímenes internacionales no se basan en el *Common Law* (aunque sí las conductas particulares como el homicidio, la violación y el secuestro). Tampoco se pueden considerar conductas de interés público como las que señalan los tribunales de Estados Unidos, pues estas leyes se ocupan de regular la calidad de la leche o de proteger la propiedad estatal, por ejemplo. No obstante, por ser los delitos considerados más graves y de trascendencia internacional,²⁰¹ no pueden tomarse como meras violaciones. Por consiguiente, queda como opción determinar si estamos frente a elementos que no se consideran materiales. Según la sección 1.13 del MPC, no son elementos materiales la prescripción y las cuestiones competenciales, el mal que la legislación busca evitar o prevenir y las excluyentes del delito.²⁰²

Ninguna de las variables reconocidas por el MPC corresponde a elementos que impliquen un juicio de valor. El mal que se busca prevenir podría ser el ele-

mento que más se aproximara, pero esto parece tener relación con el bien jurídico tutelado y no es algo que se exprese con frecuencia en los tipos penales como los juicios de valor, sobre los cuales, precisamente por estar mencionados, se vio la necesidad de expresar que los elementos subjetivos no son aplicables.

VIII. Dos consecuencias adicionales del análisis por elemento en el *Common Law*

Como ya se vio en apartados anteriores, el artículo 30 del Estatuto de la CPI emplea un análisis por delito del elemento subjetivo; sin embargo, algunos aspectos de los tipos penales podrían entenderse mejor si se emplea este método en el DPI, en particular dos aspectos en el estudio de los elementos competenciales que, con una criticable técnica legislativa, se han incorporado a las descripciones típicas, así como para distinguir entre los diversos elementos subjetivos que se pueden encontrar en el Estatuto o en los Elementos, en un mismo tipo penal.

La génesis del problema está en la forma en que se han redactado los tipos penales del Estatuto de la CPI. Los tres crímenes originales se dividen básicamente en elementos contextuales o elementos comunes y conductas que cometidas en cierto contexto o con los elementos comunes constituyen un crimen que es competencia de la CPI.

De este modo, el genocidio tiene la intención de destruir a un grupo determinado; los crímenes de lesa humanidad, el ataque contra la población civil y los crímenes de guerra cuentan con el conflicto armado (ya sea internacional o no). Muchas veces las conductas subyacentes a los elementos contextuales o generales contienen elementos subjetivos propios y distintos de los previstos por éstos y es posible que entre sí también haya diferencias en cuanto a los elementos subjetivos requeridos.²⁰³

El primer caso que se presenta es el de los elementos competenciales. Podría decirse que es un problema exclusivo de los crímenes de lesa humani-

¹⁹⁸ *Morrissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952).

¹⁹⁹ *United States v. Weitzenhoff*, United States Courts of Appeals, 9th Circuit, 1 F 3d 1523, 1993.

²⁰⁰ MPC, sección 2.05.

²⁰¹ Estatuto, art. 1º.

²⁰² “[...] ‘material element of an offense’ means an element that does not relate exclusively to the statute of limitations, jurisdiction, venue or to any other matter similarly unconnected with (i) the harm or evil, incident to conduct, sought to be prevented by the law defining the offense, or (ii) the existence of a justification or excuse for such conduct; [...]”

²⁰³ Para un análisis de los crímenes internacionales que son competencia de la CPI, véase Javier Donde Matute, *Tipos penales en el ámbito internacional*, Ubijus, México/Lima, 2012.

dad. El preámbulo del artículo 7 (1) del Estatuto de la CPI estipula lo siguiente: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [...]”.

En otra ocasión critiqué que ésta es en realidad una regla de competencia que se incorpora a los crímenes de lesa humanidad, de tal modo que en realidad solamente cuando alguna de las conductas subyacentes se cometa en este contexto es competencia de la CPI. Sin embargo, en la redacción del precepto termina incorporando este contexto al tipo penal. En aquel estudio yo sugería que se desincorporaran los elementos contextuales del tipo penal y que se establecieran como un criterio de política criminal para su persecución penal. El *Common Law*, por su parte, prevé una alternativa de análisis.²⁰⁴

En Estados Unidos existe un problema similar. La legislación federal tiene que incorporar en los tipos penales la aclaración de que los delitos tipificados son de la competencia de los tribunales federales para no tener un problema de invasión de esferas con los tribunales estatales. La pregunta entonces es qué elemento subjetivo les corresponde a estos elementos típicos. La solución la dio el *caso Yermian*, en el cual la persona sentenciada había dado información falsa a agentes federales, lo cual es un delito. La cuestión es que Yermian no sabía que la información proporcionada a un tercero iba a ser turnada a agentes federales. Esto se agrava si tenemos en cuenta que el tipo penal señalaba que la información debía ser entregada con conocimiento e intención (*knowingly and willfully*). La Suprema Corte determinó que al elemento competencial no le correspondía un elemento subjetivo (*strict liability*), por lo que era irrelevante que el sentenciado supiera que la información se estaba proporcionando a agentes federales.²⁰⁵ Lo anterior se resolvió con base en un caso previo en el cual se determinó que es irre-

levante que la persona sepa que el delito cometido es federal o estatal.²⁰⁶ La misma postura se adoptó en el MPC, que excluye la competencia (*jurisdiction/venue*) de los elementos materiales y por ende de algún requerimiento de subjetividad.²⁰⁷

Aquí no se propone que los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad estén exentos de un elemento subjetivo. Esto sería imposible ante el propio texto del Estatuto de la CPI, el cual exige que la persona tenga conocimiento del ataque en el que participa, pero sí puede ser la base para demandar que ese conocimiento sea mínimo. En efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el *caso Bemba* ha interpretado que el ataque contra la población civil es una circunstancia, por lo que únicamente se aplica el conocimiento del mismo y no la intención de participar en el ataque, elemento subjetivo que sólo corresponde a la conducta y resultado.²⁰⁸ Esto se confirma en los Elementos, donde se aclara que no es necesario que la persona conozca detalles del ataque.²⁰⁹

Este umbral probatorio se enlaza con el segundo de los aspectos destacados al principio de este apartado, pues las conductas subyacentes al ataque contra la población civil contienen diversos elementos subjetivos. El mismo *caso Bemba* es ilustrativo de la diferencia en los umbrales subjetivos en el artículo 7, pues se determinó que el homicidio (*murder*) como crimen de lesa humanidad debería cometerse con intención y conocimiento,²¹⁰ lo mismo que la violación.²¹¹ Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares encontró que el artículo 7 (2) (e) prevé un elemento subjetivo diverso para la tortura, que hace inaplicable la regla general del artículo 30 del Estatuto: la intención de causar dolores o sufrimientos graves. La Sala concluyó que la definición de tortura excluye el conocimiento y exige nada más la intención de cometer tortura.²¹² Así, en un mismo caso encontramos por lo menos tres elementos subjetivos distintos. Esto sin contar con supuestos como el de la persecución que, aunque el Estatuto no haga mención expresa de ella,

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 143-147.

²⁰⁵ *United States v. Yermian*, 468 U.S. 63 (1984).

²⁰⁶ *United States v. Feola*, 420 U.S. 671 (1975).

²⁰⁷ Richard Singer, “The Model Penal Code and Three, Two (Possibly One) Tays Courts Avoid Mens Rea”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, núm. 139, 2000, pp. 206 y 207.

²⁰⁸ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges, op. cit.*, párr. 87.

²⁰⁹ Elementos, introducción a crímenes de lesa humanidad, párr. 2.

²¹⁰ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges, op. cit.*, párrs. 135-138.

²¹¹ *Ibid.*, párr. 163.

²¹² *Ibid.*, párr. 194.

requiere que la conducta se cometa con una intención discriminatoria.²¹³

El caso de los crímenes de guerra es más similar a la ausencia de elemento subjetivo para determinar el contexto requerido: la existencia de un conflicto armado. En los tribunales *ad hoc* hay evidencia de que se necesita de un conocimiento ambiguo, es decir, no detallado, de que existe un conflicto armado para proceder a analizar las conductas concretas.²¹⁴ Al igual que respecto del ataque contra la población civil en los crímenes de lesa humanidad, no se exige que se conozcan los detalles del conflicto armado.

Esta situación ha permeado a los Elementos, en donde la introducción a los crímenes de guerra señala:

- No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;
- En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;
- Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de [...] y que haya estado relacionada con él”.

Como se puede observar, el umbral subjetivo parece ser muy parecido al de los crímenes de lesa humanidad, pues sólo se exige un conocimiento general de los hechos. Esto se ha aplicado por igual en las diversas Salas de Cuestiones Preliminares que, al confirmar los cargos, han debido determinar la existencia de un conflicto armado y que las personas tienen un conocimiento de las circunstancias fácticas que establece la existencia de un conflicto armado.²¹⁵

Esto contrasta con los elementos subjetivos que se requieren en particular para las conductas subyacen-

tes al artículo 8, las cuales demandan umbrales subjetivos muy diversos.

En párrafos anteriores se abordó el tema del uso del vocablo *willfully* como elemento subjetivo de los distintos tipos penales constitutivos de crímenes de guerra y se explicó que en los Elementos se pueden encontrar umbrales subjetivos distintos, de lo que quizás el mejor ejemplo sea el reclutamiento de menores de 15 años de edad que prevé una forma culpable de comisión no prevista en el artículo 30 ni en el tipo penal del artículo 8, ambos del Estatuto de la CPI: “Que el autor haya sabido o *debería haber sabido* que se trataba de menores de 15 años”.²¹⁶

Otro ejemplo ilustrativo de los diversos umbrales subjetivos en el ámbito de los crímenes de guerra lo constituye el conocimiento (*awareness*) de que las víctimas son personas protegidas. Esto es indispensable para los crímenes de guerra previstos en el artículo 8 (2) (a) y (c) del Estatuto de la CPI que remiten a los convenios de Ginebra. En el caso *Bemba* se determinó que la persona debe tener conocimiento (*awareness*) y sólo conocimiento de que la víctima es persona protegida para los casos de homicidio,²¹⁷ violación,²¹⁸ tortura²¹⁹ y ultrajes contra la dignidad humana.²²⁰ Además, que la tortura tiene un elemento subjetivo distinto consistente en la intención de causar dolor y sufrimiento;²²¹ aunque, como ya se vio, la intensidad de los mismos queda excluida de algún tipo de elemento subjetivo conforme a las reglas establecidas en la introducción general a los Elementos.²²²

Este estudio no pretendió presentar un recuento exhaustivo de los elementos subjetivos previstos en el Estatuto de la CPI, los Elementos y la jurisprudencia, sino ilustrar que entre los elementos contextuales o generales de los crímenes competencia de la CPI y las conductas subyacentes, y entre estos últimos, hay una diversidad de elementos subjetivos.²²³ Por tanto,

²¹³ *Prosecutor v. Tadic (Appeals Chamber)*, *op. cit.*, párrs. 283, 292 y 305.

²¹⁴ *Prosecutor v. Kordic and Cerkez (Appeals Chamber)*, *op. cit.*, párr. 311.

²¹⁵ “Aware of the factual circumstances that establish the existence of an armed conflict.” *Prosecutor v. Lubanga, Confirmation of Charges*, *op. cit.*, párr. 406; *Prosecutor v. Katanga and Chui, Confirmation of Charges*, *op. cit.*, párrs. 385-388, y *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, *op. cit.*, párrs. 238-239.

²¹⁶ Cursivas del autor.

²¹⁷ *Prosecutor v. Bemba, Confirmation of Charges*, *op. cit.*, párrs. 275 y 276.

²¹⁸ *Ibid.*, párr. 284.

²¹⁹ *Ibid.*, párr. 293.

²²⁰ *Ibid.*, párr. 304.

²²¹ *Ibid.*, párr. 294.

²²² *Ibid.*, párr. 295.

²²³ Véase también Kai Ambos, “¿Qué significa ‘la intención de destruir’ en el delito de genocidio?”, *Revista Penal*, núm. 26, julio de 2010, pp. 46-64. Aunque partiendo de presupuestos distintos de los propuestos en el presente estudio, este autor trata a su vez de analizar las diferencias subjetivas entre la intención genocida y las conductas subyacentes para distinguir entre las diversas formas de comisión de este crimen internacional.

no hay elementos subjetivos que se apliquen de modo uniforme como en los sistemas del *Civil Law* y algunos del *Common Law* que emplean un análisis por delito de esta clase de elementos. Por el contrario, y a pesar del texto del artículo 30 del Estatuto de la CPI, la diversidad de elementos sugiere que el análisis por elemento, tal y como se propone en el MPC, podría ser una herramienta metodológica más adecuada para el estudio de la relación entre los elementos materiales y los elementos subjetivos en el régimen de la CPI, así como para explicar los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad como normas de competencia integradas al tipo penal.

IX. Conclusiones

La presente investigación se basó en la hipótesis de que el Derecho Penal sustantivo del *Common Law* ha tenido una influencia exacerbada en el desarrollo del DPI y que, como consecuencia, la forma de tipificar las conductas y de analizar los tipos penales corresponde a esa tradición jurídica, la cual se distingue de los sistemas altamente codificados del *Civil Law*. Así, era pertinente poner a prueba dicha creencia con el análisis de las sentencias y los instrumentos internacionales que norman esta rama del Derecho Internacional.

Es cierto que los tribunales *ad hoc* que han generado más jurisprudencia que la CPI han adoptado criterios del *Common Law* para sustentar sus resoluciones. Esta conclusión emana del análisis de los casos en los cuales se ha hecho mención expresa de doctrina, precedentes o legislación (aun legislación modelo como el MPC), jurisdicciones que tienen esta tradición jurídica. Inclusive en el análisis de los tipos penales internacionales se percibe que aunque no haya una mención expresa a las fuentes jurídicas del *Common Law*, éste ha influido en la construcción de conceptos y en la determinación exacta de los elementos del tipo penal.

Sin embargo, dicho análisis arroja que el *Common Law* no ha sido la única tradición jurídica que ha repercutido en la construcción y el desarrollo del DPI. Al buscar estas fuentes, analizar los argumentos de los tribunales y comparar las fuentes codificadas, la investigación observó que el *Civil Law* ha tenido una influencia tan poderosa como la anglosajona. Pero igual de sorprendente ha sido, sobre todo en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, encontrar que siguen vigentes los juicios en Europa posteriores

a la Segunda Guerra Mundial apegados al modelo legislativo de Núremberg. Los procesos que se siguieron de acuerdo con la Ley de Consejo de Control No. 10 por tribunales nacionales (muchos de ellos *ad hoc* o militares) generaron una jurisprudencia que continuó vigente hasta la década de 1990 en el TPIY y el TPIR.

En efecto, para el desarrollo de figuras como el JCE y el TPIY se basó primordialmente en la jurisprudencia posterior a Núremberg. Como ya se vio, lo acertado de este método ha sido cuestionado sobre todo por las Salas Extraordinarias de Camboya. Sin embargo, lo atinado de las conclusiones no es relevante para el presente estudio, pero sí que no se emplearon fuentes del *Common Law* sino aquellas que podríamos considerar del DPI.

No hay que confundirse con el uso de conceptos como *mens rea* o *actus reus*, que son de uso común en las resoluciones, pues al analizar con cuidado el contenido de dichos conceptos se aprecia que no coinciden con los que se suelen emplear en las jurisdicciones del *Common Law*. Aún más, no se encontró rastro alguno de que los tribunales nacionales analizaran los delitos con base en estos dos conceptos, como se puede confirmar en el DPI. Esto quizá tenga su explicación en el hecho de que en el *Common Law* por lo regular es el jurado quien hace este análisis y sus deliberaciones son privadas; sin embargo, esta situación supera los límites del presente estudio.

Al parecer esta conclusión es aplicable al Estatuto CPI. El artículo 30, que es fundamental para la responsabilidad penal individual, contiene conceptos como *intent* o *knowledge* que se emplean con frecuencia en el Derecho Penal anglosajón, pero el contenido varía lo suficiente como para determinar que no hubo una influencia directa de esa tradición jurídica. La escasez de antecedentes sobre el tema impide confirmar por completo esta conclusión.

¿En qué aspecto ha influido más el *Common Law* al DPI? Para muchos parecerá irónico que se note más la influencia en la codificación de los tipos penales, en concreto en los Elementos de los Crímenes. Sobre el particular hay antecedentes: Estados Unidos insistió en que se elaborara dicho documento con características similares al MPC en cuanto a la estructura y detalle en la descripción típica de las conductas, así como en la explicación del uso de elementos subjetivos que se hace en la Introducción general a este instrumento internacional.

Es importante tener presentes los sesgos metodológicos que se advirtieron en la Introducción, pues es posible que se llegue a conclusiones distintas si las variables cambian. Por ejemplo, si el énfasis se pone en el Derecho Penal de Inglaterra y Gales pero no en el de Estados Unidos (que aun así fue muy limitado, según se advirtió), o si se estudian otras figuras como la autoría y participación o el error, que en este estudio casi pasaron inadvertidos al preferir abordar la inquietud desde los tipos penales. Inclusive, si se abordaran otros tipos penales que no sean *Common Law crimes*, las conclusiones también podrían variar.

No obstante, a partir del análisis presentado se puede concluir que el *Common Law* ha tenido una influencia marginal en el desarrollo del DPI, por cierto menor que la que suele percibirse. De dicho análisis se desprende la posibilidad de que el *Civil Law* tampoco haya realizado una aportación significativa. Al parecer los tribunales *ad hoc* han preferido recurrir a las propias fuentes del DPI y emplear solamente fuentes nacionales como último recurso y de acuerdo con un código metodológico muy estricto. Su relevancia reside en que el Estatuto CPI y la propia CPI se basan en esta jurisprudencia, retomándola para la codificación del DPI o como verdaderos precedentes que deben seguirse por considerarlos obligatorios.

Esto lleva a una conclusión más importante e insospechada. El DPI no responde a las fuentes y argumentos comúnmente empleados en el Derecho Penal nacional. El *Common Law* y el *Civil Law* no han ejercido una influencia decisiva en el desarrollo del DPI.

Ha sido más relevante, en todo caso, el propio DPI y los precedentes y antecedentes que ya venían consolidándose, incluso desde Núremberg.

Esta conclusión podría ser a la vez la premisa de una investigación posterior que responda la pregunta de qué tan importante es aún el legado de Núremberg para el DPI. Asimismo, cabe preguntarse cuánto ha contribuido el *Civil Law* al desarrollo del DPI.

Sobre la última pregunta se pueden adelantar algunas conclusiones, pues parecería que el *Common Law* y Núremberg han perdido fuerza en la jurisprudencia de la CPI. Esto se pone de manifiesto en un aspecto tan notorio como los conceptos de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o la coautoría misma, que quizá procedan de presupuestos del *Civil Law* en concreto de la doctrina alemana. Tal dato es curioso además porque las referencias previas al *Civil Law*, parten del Derecho Penal francés que difiere mucho del alemán, lo cual se desprende del uso de citas que generalmente remiten a fuentes francesas o de ex colonias francesas. Estas referencias son importantes y deberán comprobarse en una investigación posterior.

Aun así, el DPI parece no haber dependido mucho del Derecho Penal nacional. Esto implica que se trata de un Derecho Penal independiente de los otros sistemas jurídicos, lo cual implica a su vez que requiere sistematización, interpretación y estudios científicos propios, puesto que se caería en un error metodológico si se emplearan técnicas y métodos nacionales que fueron diseñados para sistemas jurídicos y normas diversos.



Instituto Nacional de Ciencias Penales
Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal
Editorial Ubijus