

LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES
DE GUERRA EN LA JURISPRUDENCIA
INTERNACIONAL PENAL*

*THE “GRAVITY” OF WAR CRIMES
IN INTERNATIONAL
CRIMINAL CASE LAW*

ROSMERLIN ESTUPIÑÁN-SILVA**

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Rosmerlin Estupiñán-Silva, *La “gravedad” de los crímenes de guerra en la
jurisprudencia internacional penal*, 20 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 185-212 (2012).

Código SICI: 1692-8156(201206)12:20<185:GCGJIP>2.0.TX;2-C

* La mayor parte de este artículo fue redactada en el marco de las prácticas profesionales realizadas por la autora en el seno de la Corte Penal Internacional (marzo-julio de 2010) y se han efectuado las actualizaciones pertinentes en materia jurisprudencial hasta la fecha de su publicación en 2012.

** Abogada, Universidad Industrial de Santander. DEA en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad de Valencia, España. Máster Oficial en Cooperación al Desarrollo con Especialidad en Movimientos Migratorios, Universidad de Valencia. Máster 1 Libre en Droit International des Droits de l’Homme, l’Université Catholique de Lyon, Francia. Máster 2 d’État en Droit Public Spécialité Histoire, Théorie et Pratique des Droits de l’Homme, l’Université Pierre Mendès France Francia. Doctora en Derecho Internacional, Universidad de Valencia.

Contacto: rosmerlin.estupinan@yahoo.com

RESUMEN

El Estatuto de Roma define las funciones y las atribuciones de la Corte Penal Internacional y determina “las reglas de juego” de esta jurisdicción internacional penal permanente. No obstante, el alcance del Estatuto de Roma depende de los desarrollos de la jurisprudencia de la Corte y, en este marco, los elementos constitutivos de los crímenes de guerra se han venido desarrollando más allá de los enfoques clásicos del Derecho Internacional Penal y del derecho interno de los Estados. El presente estudio constituye una revisión teórica de las particularidades que se desprenden del elemento de “gravedad” aplicado a los crímenes de guerra y del tratamiento que se le ha venido dando en la jurisprudencia internacional penal, con particular atención en los casos de la Corte Penal Internacional.

Palabras clave autor: gravedad de los crímenes, elementos constitutivos, crímenes de guerra, Corte Penal Internacional, jurisprudencia.

Palabras clave descriptor: Corte Penal Internacional, crímenes de guerra, jurisprudencia.

ABSTRACT

The Rome Statute defines the powers and functions of the International Criminal Court. These are “the games rules” whose scope is expected to be developed by the Court’s case law. In this framework, the elements of war crimes have been developed beyond the traditional approaches through the judicial activity of the International Criminal Court. Therefore, this analysis seeks to identify a number of peculiarities about the element of “gravity” in the prosecution of war crimes, in particular, at the permanent international criminal jurisdiction.

Key words author: *gravity of the crimes, constitutive elements, war crimes, International Criminal Court, case law.*

Key words plus: *International Criminal Court, war crimes, jurisprudence.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. - I. LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA. - II. LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CPI. - III. LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y EL CONCURSO DE INFRACCIONES EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PENAL. - CONSIDERACIONES FINALES. - BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La noción de crímenes de guerra acuñada por el Derecho Internacional Penal forma parte de un núcleo relativo a los crímenes internacionales de la más alta gravedad, que evolucionó en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) bajo el nombre de “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”¹, de conformidad con los principios del Estatuto y en la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg².

En 1950, en el marco de la formulación de los principios de Núremberg, la CDI utilizó la categoría de “crímenes de guerra” (principio VI-b) y afirmó la vigencia de la responsabilidad internacional penal individual y el carácter consuetudinario de dichas infracciones, pese a lo cual, la reglamentación de los crímenes de guerra fue dejada de lado por tratarse de un tema de codificación inconveniente a la política de paz y seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)³.

El sistema de la ONU retomó la cuestión jurídica penal relativa a las violaciones de “las leyes y los usos de la guerra” en el Informe CDI 1983, que incluyó un balance del proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁴. Este Informe señaló tres aspectos fundamentales de la evolución del concepto de crímenes de guerra como parte del Derecho Internacional Penal: Primero, el hecho de que los crímenes internacionales tienen una unidad profunda de naturaleza

1 CDI, doc. A/40/10* (26-7-1985): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones*, 81 pp. (en adelante: “Informe CDI 1985”), p. 14, pár. 63. Todos los informes de la Comisión de Derecho Internacional pueden ser consultados en el sitio oficial: <http://www.un.org/law/ilc/>

2 ILC, doc. A/CN.4/13 and Corr. 1-3, (12-4-1949): *Report of the International Law Commission on the work of its first Session*, 290 pp. (en adelante: “Informe CDI 1949”), p. 281, pár. 18.

3 ILC, doc. A/CN.4/34 (29-7-1950): *Report of the International Law Commission on the work of its Second Session*, 385 pp. (en adelante “Informe CDI 1950”), p. 377, párs. 118-119.

4 La definición de agresión en 1974 le permitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas retomar el estudio del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, ordenando a la CDI revisar el proyecto a la luz de los avances del Derecho Internacional. Véanse: NU, doc. A/RES/36/106 (10-12-1981): *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 1 pág.; NU, doc. A/RES/37/102 (16-12-1982): *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 2 págs.

debido a su gravedad particular⁵. En consecuencia, los crímenes de guerra sufrieron la adición del elemento de gravedad como un componente intrínseco a su carácter de crímenes internacionales. Este elemento había sido discutido y descartado en el Informe CDI 1951, siguiendo la jurisprudencia de Núremberg⁶. Segundo, la CDI estimó que los crímenes de guerra conciernen a los individuos y no comprometen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya responsabilidad depende de un régimen particular derivado de su naturaleza abstracta⁷. Esta posición será constante en los trabajos de la CDI y dará lugar a un estudio independiente sobre la responsabilidad de los Estados⁸. Tercero, el hecho de que todas las infracciones concebidas por los diferentes instrumentos internacionales de las diferentes épocas no constituyen necesariamente delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad⁹. De hecho, toda violación de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977 puede ser considerada como una infracción al Derecho Internacional de los Conflictos Armados, pero no necesariamente es un crimen de guerra bajo la jurisdicción penal internacional¹⁰.

La CDI continuó utilizando la categoría de “actos cometidos en violación de las leyes y los usos de la guerra”, pero señaló la incompatibilidad de este concepto con la prohibición general de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacio-

5 CDI, doc. A/38/10*(22-7-1983): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35º periodo de sesiones*, 101 pp. (en adelante: “Informe CDI 1983”), p. 14, párs. 46-48.

6 ILC, doc. A/CN.4/48 and Corr. 1-2 (27-7-1951): *Report of the International Law Commission on its Third Session*, 144 pp. (en adelante: “Informe CDI 1951”), p. 136, pár. 11 como comentario al artículo 2.

7 Informe CDI 1983, óp. cit., p. 16, pár. 61, siguiendo los razonamientos de la Comisión encargada del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados: CDI, doc. A/31/10* (23-7-1976): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º periodo de sesiones*, 165 pp. (en adelante: “Informe CDI 1976”), p. 102, pár. 21, como comentario al artículo 19.

8 CDI, doc. A/39/10* (27-7-1984): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36º periodo de sesiones*, 113 págs. (en adelante: “Informe CDI 1984”), p. 11, pár. 32.

9 *Ibid.*, p. 12, pár. 40.

10 *Ibid.*, p. 13, pár. 47.

nales, conforme a los objetivos y principios de la Carta de las Naciones Unidas¹¹.

En este marco fue elaborada la noción de *crímenes de guerra* del Estatuto de Roma. En efecto, este abandonó la noción de “delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” y adoptó la de “crímenes internacionales”, pese a lo cual se mantuvo el espíritu de dichas ofensas que “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (preámbulo del Estatuto de Roma).

Los crímenes de guerra bajo jurisdicción de la CPI se refieren al conjunto de interdicciones de carácter convencional y consuetudinario del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad. Dicho de otro modo, es claro que todas las infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados no son crímenes internacionales que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esta conclusión es producto del debate del último siglo en la materia¹².

No obstante, la adopción final de la noción de crímenes de guerra en el Estatuto de Roma abarca una gran mayoría de “violaciones graves”, “violaciones de excepcional gravedad”, o “infracciones graves”, precisando la consecuencia penal de cada interdicción¹³.

Los crímenes de guerra debieron incorporar el sentido de la “violación al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados” como un complejo convencional y consuetudinario de “las leyes y los usos de la guerra”¹⁴. Además, la adopción por

11 *Ibid.*, p. 12, pár. 40.

12 CDI, doc. A/46/10 (19-7-1991): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones*, 147 pp. (en adelante: Informe CDI 1991), p. 113 párs. 2 y 3 de los comentarios al artículo 22; CDI, doc. A/51/10 (26-7-1996): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, 157 pp. (en adelante “Informe CDI 1996”), p. 59, pár. 8 como comentario al artículo 20.

13 NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995): *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, 66 pp. (en adelante: “NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995)”), p. 16, pár. 75; Informe CDI 1986, *op. cit.*, p. 48, párs. 104-105.

14 Elementos de los Crímenes, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo B (10-9-2002), (en adelante: “CPI, Elementos de los Crímenes”), artículo 8, introducción; CDI, doc. A/44/10* (21-7-1989): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su*

parte del Derecho Internacional de la categoría de “crímenes” perteneciente al Derecho Penal exigió una adaptación a las reglas y los principios relativos a los delitos y las penas.

Por tanto, en la etapa preliminar de preparación del Estatuto de Roma fue descartado y considerado inconveniente el hecho de restringirse a la adopción de un Estatuto de procedimiento y jurisdicción que excluyera el contenido mismo de los crímenes de guerra¹⁵. En revancha, la incorporación, en el Estatuto de Roma, de los elementos de definición de los crímenes de guerra y el establecimiento de una lista exhaustiva de incriminaciones, fueron considerados como los medios más pertinentes para garantizar el respeto del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*¹⁶.

En 1996, el Comité preparatorio para el establecimiento de la CPI hizo uso de los elementos de definición de los crímenes que fueron formulados en el Informe CDI 1996 relativo al Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, para incorporarlos directamente al Estatuto de Roma y asegurar el cumplimiento del principio de legalidad en materia penal¹⁷.

El artículo 8 del Estatuto de Roma es el resultado de la elaboración internacional en materia de crímenes de guerra. Estudiado en su conjunto, ese artículo contiene unos elementos generales de definición (artículo 8-1) y una formulación de las incriminaciones o actos punibles (artículo 8-2).

41ª periodo de sesiones, 151 pp. (en adelante: “Informe CDI 1989”), pp. 57-58, párs. 104-108.

15 CDI, doc. A/49/10 (22-7-1994): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º periodo de sesiones*, 193 pp. (en adelante: “Informe CDI 1994”), p. 41, pár. 4 como comentario al artículo 20. Este Informe sugirió una lista de crímenes, incluidas las violaciones graves a las leyes y usos aplicables a los conflictos armados sin referirse a su definición, pues paralelamente la CDI continuaba trabajando en el proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuyo contenido de los crímenes preveía ser la base de derecho sustantivo de la CPI agregada por vía convencional.

16 NU, doc. A/AC.244/L.2 (20-3-1995): *Provisional estimates of the staffing, structure and costs of the establishment and operation of an International Criminal Court, Preliminary report of the Secretary-General*, 14 pp. p. 5, pár. 8.

17 Informe CDI 1996, óp. cit., pp. 57-58, artículo 20.

I. LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA

El Estatuto de Roma formula los crímenes de guerra a partir de la siguiente consideración general del artículo 8-1: “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

Esta formulación remite a la noción de gravedad que fue abordada en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, a partir de la naturaleza de las infracciones (infracciones graves)¹⁸. La CPI optó por un método mixto de definición que hizo de la condición de “gravedad” un elemento intrínseco perteneciente a los crímenes de guerra bajo su jurisdicción y un criterio facultativo de competencia dependiente de las consecuencias de las conductas incriminadas.

La incorporación de la noción de gravedad fue el resultado de la revisión del tratamiento dado a los crímenes de guerra hasta los juicios de Núremberg. De hecho, en el Estatuto y la jurisprudencia de Núremberg, la categoría de crimen no estuvo ajustada al sentido de gravedad de la infracción, sino asociada únicamente a la existencia de una violación del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados. Esta visión de los crímenes de guerra pretendió no dejar sin castigo las infracciones, aunque algunas de ellas no pertenecieran a la categoría de crímenes en el sentido estricto del Derecho Penal¹⁹. El elemento general de la gravedad fue también el producto de la preocupación humanitaria universal ante la apreciación hecha por la comunidad internacional en su conjunto sobre la extensión de la tragedia y del horror de los conflictos armados²⁰.

Los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma se orientaron a la adopción del criterio general de gravedad para definir

18 Informe CDI 1989, óp. cit., p. 57, párr. 98.

19 Informe CDI 1951, óp. cit., p. 136, párr. 59, como comentario al artículo 2-11; Informe CDI 1989, óp. cit., p. 57, párr. 91.

20 Informe CDI 1983, óp. cit., p. 14, párr. 48 y p. 16, párr. 65.

los crímenes internacionales de mayor trascendencia, incluidos los crímenes de guerra, antes de enumerar los actos susceptibles de ser considerados como tales. La definición de los crímenes de guerra como graves en sí mismos fue constatada en la práctica convencional, en el Derecho Consuetudinario y en la consolidación de los principios y las reglas del Derecho Internacional, incluidos los principios establecidos en materia del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados por medio de la jurisprudencia internacional²¹.

Aunque la noción de gravedad no estuvo originalmente en la definición internacional de los crímenes de guerra, formó parte de los criterios de definición de las infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I adicional, relativo a los conflictos armados internacionales²². Estos instrumentos internacionales previeron consecuencias jurídicas a las infracciones graves, las únicas susceptibles de una sanción penal obligatoria por parte de los Estados, por el hecho de dar lugar a la configuración de crímenes de guerra en el sentido internacional del término.

El artículo 8-1 del Estatuto de Roma determina el umbral de gravedad que debe tener una infracción *in concreto* para que ella sea considerada como un crimen de guerra bajo la competencia de la CPI.

La pertenencia de dicha infracción a un plan mayor y el hecho de que el acto criminal cause daños al conjunto de la comunidad, hacen que un homicidio intencional, que una violación sexual o que la destrucción y la apropiación de bienes, puedan ser considerados como crímenes de guerra del Derecho Internacional que sobrepasan los límites del Derecho Penal de los Estados²³.

21 NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995), óp. cit., pp. 16-17, párs. 72-76.

22 Informe CDI 1989. óp. cit., p. 56, pár. 88 et p. 57, pár. 103.

23 La Decisión de la CPI relativa a la situación de Kenia introdujo un análisis de la gravedad de la situación con un umbral bajo de prueba y sin un examen previo del umbral de gravedad de los crímenes *in concreto*, en esta fase de apertura de la investigación. Véase: CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (en adelante: “CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr”), párs. 58 y 61. Sobre los peligros de dicho

La inclusión de la gravedad como elemento de definición general de los crímenes de guerra fue objeto de bastantes debates durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma. Las tres propuestas planteadas desde el inicio y hasta el final de los trabajos preparatorios dan cuenta de esa discusión²⁴, y una interpretación teleológica del artículo 8 del Estatuto de Roma, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, autoriza este análisis.

Los Estados debatieron en torno a tres alternativas de inclusión del estudio del “plan o política” y de la perpetración “sobre una gran escala” como componentes de la gravedad. Por una parte, ciertos Estados consideraron que estos elementos de definición debían ser obligatorios y determinantes exclusivos de la competencia de la CPI en materia de crímenes de guerra²⁵. Un segundo grupo se inclinó por considerar que dichos elementos debían ser retenidos de un modo preponderante o “en particular”, pero dejando a la CPI la libertad de apartarse de dicho análisis²⁶. Un tercer grupo propuso simplemente la exclusión de estos criterios de definición relativos a la gravedad y la adopción de las prácticas de Núremberg al respecto²⁷.

Finalmente, los Estados negociaron las dos opciones contradictorias adoptando el “plan o política” y la “gran escala” como

análisis, véase: CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul, (en adelante: “CPI, *Situation of Kenya*, Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr”), párs. 9-10. La jurisprudencia de la CPI se encuentra disponible (en inglés y francés) en el sitio oficial: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>

24 NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998): *Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court. Addendum*, 173 pp. (en adelante: “NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998)”), p. 25.

25 Opción 1. “The jurisdiction of the Court shall extend to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court shall have jurisdiction in respect of the crimes listed in article X (war crimes) only when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. (Subrayado fuera del texto), *Ibid.*

26 Opción 2. “The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court shall have jurisdiction in respect of the crimes listed in article X (war crimes) in particular when committed as a part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”. (Subrayado fuera del texto), *Ibid.*

27 Opción 3. “No provision on threshold”, *Ibid.*

criterios de jurisdicción a tener en cuenta en el análisis de modo particular, pero no de modo perentorio. De ahí que la CPI puede apartarse del estudio de dichos elementos en el análisis *in concreto* de los crímenes de guerra, pues estos no son de naturaleza obligatoria, aunque su uso sea preferible y recomendable.

Por otro lado, la existencia de estos elementos no se exige de modo acumulativo. La existencia de un “plan o política” y la comisión de las incriminaciones en una “gran escala” son elementos alternativos tendientes a probar la gravedad de los crímenes y uno solo de ellos es suficiente para que la condición material de gravedad del artículo 8-1 del Estatuto de Roma se considere cumplida. Esta tesis de alternancia retenida por el Estatuto de Roma de la CPI²⁸ fue el producto de la jurisprudencia constante de los tribunales *ad hoc* en la materia²⁹.

II. LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CPI

La jurisprudencia de la CPI ha hecho énfasis en dichas nociones como elementos cualitativos y cuantitativos que determinan el umbral de gravedad de un crimen de guerra como crimen internacional que se halla sometido a su competencia³⁰.

28 CPI, Pre-trial Chamber I (30 September 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges, p. 412.

29 TPIY, Trial Chamber II (7 May 1997): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-T, Opinion and Judgment (en adelante: “TPIY, Trial Tadic, IT-94-1-T”), p. 648; TPIY, Chambre d’Appel (12 juin 2002): *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt (en adelante: “TPIY, Arrêt Kunarac et consorts, IT-96-23 & IT-96-23/1-A”), p. 93. Pese a que la versión francesa del Estatuto del TPIR emplea la conjunción «et» en lugar de la conjunción «ou» entre los elementos «généralisée» y «systématique», el Tribunal Penal Internacional para Ruanda adoptó la interpretación de «ou» disyuntivo que fue retenida por la CPI. Esta cuestión fue resuelta en la sentencia del juicio de Akayesu: TPIR, Trial Chamber I (2 September 1998): *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case ICTR-96-4-T, Judgment (en adelante: “TPIR, Trial Akayesu, ICTR-96-4-T”), p. 579, nota 143. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se encuentra disponible (en inglés y francés) en sus sitios oficiales respectivos: <http://www.icty.org/action/cases/4>; <http://www.unict.org/Cases/tabid/204/Default.aspx>

30 CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, óp. cit., notas 33, 34 y 37, p. 62; CPI, Pre-trial Chamber I (8 February 2010): *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Public redacted Decision on the Confirmation of Charges, párs. 31-32.

Primero, la CPI debe precisar el alcance de su jurisdicción en los términos del artículo 1 del Estatuto de Roma, conforme a su mandato, que la reenvía a los crímenes más graves de trascendencia internacional. Por este hecho, los crímenes de guerra, tal como fueron concebidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma, están sometidos a un triple filtro de gravedad.

Inicialmente, como elemento especial de incriminación. Cada una de las conductas punibles del artículo 8-2 del Estatuto de Roma está definida a partir del criterio de gravedad heredado del Derecho Internacional de los conflictos armados: se trata de infracciones “graves” de los Convenios de Ginebra (artículo 8-2-a del Estatuto de Roma), de violaciones “graves” de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (artículo 8-2-b del Estatuto de Roma), de violaciones “graves” del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 relativo a los conflictos armados no internacionales (artículo 8-2-c del Estatuto de Roma), y de violaciones “graves” de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados internos prolongados (artículo 8-2-e del Estatuto de Roma). De hecho, los trabajos preparatorios de la CPI procedieron a una selección de actos susceptibles de ser considerados crímenes de guerra, siguiendo el método de enumeración de los Convenios de Ginebra de 1949 y seleccionando cada incriminación en función de su mayor gravedad dentro del conjunto de infracciones al Derecho Internacional de los conflictos armados³¹.

Segundo, la gravedad es un elemento general de definición de los crímenes de guerra. El segundo test de gravedad ha pasado hasta ahora desapercibido en la jurisprudencia de la CPI y se manifiesta en el artículo 8-1 del Estatuto de Roma bajo la forma de la verificación de un “plan o política” o de la perpetración a “gran escala” de las conductas punibles³². Este filtro de grave-

31 NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998), óp. cit., pp. 10-25.

32 Pignatelli y Meca, Fernando. Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pp. 234-256. En: Consuelo Ramón Chornet (coord.). El Derecho Internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados. Valencia, Tirant lo Blanch editores. (2002). 234-256, p. 244; Bazelaire, Jean-Paul; Cretin, Thierry. La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye. P. 77. Paris, Presses universitaires de France. (2000).

dad no corresponde a la naturaleza intrínseca de una conducta individual (elemento de incriminación) sino a las consecuencias y al marco de esta en el conjunto de la sociedad y en el contexto del conflicto armado. Cabe hacer notar que la imputación por crímenes de guerra está basada en la preocupación humanitaria universal de protección en tiempos de guerra. Por tanto, la perpetración de un crimen de guerra, grave en sí mismo, puede activar la competencia de la CPI, en particular cuando forma parte de un espectro de gran escala que toca al conjunto de la sociedad o cuando involucra una empresa criminal que se vale de estos actos para ejecutar una política o plan específico en contribución a los esfuerzos de la guerra³³.

En tercer lugar, la gravedad es una condición de admisibilidad de la causa ante la CPI³⁴. Debe ser tenida en cuenta por el fiscal al momento de abrir una investigación (artículo 15 del Estatuto de Roma) y, en general, se cuenta entre las condiciones de admisibilidad del asunto sometido a examen de la CPI (artículos 17-1-d y 53-1 del Estatuto de Roma)³⁵. Como ha señalado la CPI, todos los crímenes bajo su jurisdicción son graves, y en este sentido, la referencia al test de gravedad como condición de admisibilidad tiene un valor de salvaguarda adicional para proteger a la jurisdicción frente a la sumisión de casos periféricos y frente a la instrumentalización de la justicia internacional penal³⁶. Por otra parte, el análisis sistemático de los filtros de gravedad de los crímenes de guerra bajo competencia de la CPI, permite establecer

33 Informe CDI 1996, *óp. cit.*, p. 59, párr. 6 como comentario al artículo 20.

34 Haciendo un análisis contextual, la Sala preliminar I habló de la existencia de un doble filtro de gravedad, como condición de admisibilidad de la investigación sobre una situación y, como condición intrínseca del caso derivado de la situación ya admitida. Véase: CPI, Chambre préliminaire I (24 février 2006): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-8-Corr-tFR, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo, párr. 44.

35 CPI, *Situation of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, *óp. cit.*, párr. 52.

36 *Ibid.*, párrs. 32 y 56. Sin embargo, en la situación de Kenia la Corte descartó el examen del umbral de gravedad de los crímenes probables dejándolo para un examen posterior del caso concreto y al mismo tiempo permitió un umbral bajo de prueba para la gravedad requerida en el análisis de una situación (*Ibid.*, párr. 58). Esta combinación de circunstancias ha autorizado a la Oficina del Fiscal a abrir investigación en la situación de Libia con un umbral bajo de prueba acerca de la gravedad de la situación y sin un estudio preliminar de la gravedad de los crímenes probables.

criterios importantes frente al tratamiento de la imputación de cara a otros crímenes internacionales de igual entidad.

Como se desprende, la definición del carácter grave de las conductas descritas por el artículo 8 del Estatuto de Roma es intrínseca, aunque eso no impide que el establecimiento de la gravedad pertenezca a la jurisdicción internacional penal y, por este hecho, la CPI puede valerse de la gravedad para establecer su competencia, independientemente de la calificación grave en sí misma del acto punible³⁷.

La jurisprudencia reciente de la CPI ha reiterado que los elementos de: “plan o política” y “gran escala” en la perpetración de los crímenes de guerra, no son un prerrequisito de jurisdicción, pero sirven como guía práctica a la Corte³⁸.

En efecto, la primera sentencia de enjuiciamiento emitida por la CPI el 14 de marzo de 2012, en el asunto *Lubanga*, utiliza estos elementos como guía en el análisis de los hechos materia de responsabilidad en el crimen de reclutamiento y conscripción de menores de 15 años. La CPI introdujo el *plan o política* como una cuestión relevante en la verificación del plan común y estableció la perpetración de los elementos materiales del crimen a *gran escala* como un hecho probado más allá de la duda razonable y pertinente para demostrar la participación del acusado en el plan común generador de responsabilidad internacional penal³⁹.

III. LA “GRAVEDAD” DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y EL CONCURSO DE INFRACCIONES EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PENAL

El examen de la incriminación por crímenes de guerra en contextos de macrocriminalidad no puede aislarse del examen de otras infracciones del Derecho Internacional Penal. En este sentido, cuando un concurso de infracciones es admitido, permite

37 CPI, *Situation of Kenya*, Dissenting opinion, ICC-01/09-19-Corr, óp. cit., párs.14-15.

38 CPI, Trial Chamber I (14 March 2012): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, pár. 9, nota 6.

39 *Ibid.*, párs. 1130, 1354-1355.

declarar a la persona responsable de infracciones múltiples por causa de los mismos hechos.

El concurso de infracciones es una noción de derecho romano-germánico que ha sido integrada a la jurisprudencia de la CPI y de los tribunales *ad hoc*. El concurso real de infracciones exige que el acusado cometa dos o más infracciones violando, por actos distintos, la misma norma o varias normas y el concurso ideal de infracciones se presenta cuando un mismo hecho viola varias normas⁴⁰. La posibilidad del concurso ideal de infracciones es una constante en el marco de crímenes internacionales cuya imputación depende del ejercicio probatorio sobre sus elementos constitutivos.

La jurisprudencia constante de los tribunales *ad hoc*, desde las primeras decisiones en los asuntos *Tadic* y *Akayesu*, siguiendo las prácticas jurídicas de los tribunales después de la Segunda Guerra Mundial, ha estimado que el concurso de infracciones no contraviene el principio de *ne bis in idem* y constituye una práctica común en las jurisdicciones penales internas e internacionales.

En particular, el TPIY consideró que una misma conducta puede constituir un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad:

[...] it is clear that war crimes may also constitute crimes against humanity; the same offences may amount to both types of crime. This is also the approach followed by the Nuremberg Tribunal. Indictment Nuremberg 1 contained charges of both war crimes and crimes against humanity and included the statement that “[t]he prosecution will rely upon the facts pleaded under Count Three [war crimes] as also constituting Crimes Against Humanity”.

40 TPIR, Trial Chamber III (15 May 2003): *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case ICTR-97-20-T, Judgment and Sentence (en adelante: “TPIR, Trial Semanza, ICTR-97-20-T”), párs. 408-409; TPIY, Appeals Chamber (20 February 2001): *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic “Pavo”, Hazim Dilic and Esad Landzo “Zenga”, Celebici case*, Case IT-96-21-A, Judgment (en adelante: “TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A”), p. 397.

*Subsequently, in its ruling on individual defendants, the Nüremberg Tribunal grouped war crimes and crimes against humanity together. Similar statements occur in other cases tried on the basis of Control Council Law [...]*⁴¹.

En este sentido, el TPIY llamó la atención sobre la importancia del concurso ideal de infracciones para efectos de la dosificación penal, teniendo en cuenta que la pena no depende de si las conductas se alegan de forma acumulativa o alternativa, sino de la gravedad del injusto que ha sido probado:

In any event, since this is a matter that will only be relevant insofar as it might affect penalty, it can best be dealt with if and when matters of penalty fall for consideration.

*What can, however, be said with certainty is that penalty cannot be made to depend upon whether offences arising from the same conduct are alleged cumulatively or in the alternative. What is to be punished by penalty is proven criminal conduct and that will not depend upon technicalities of pleading*⁴².

Por su parte, el TPIR confirmó la jurisprudencia del TPIY afirmando, adicionalmente, que la condena en concurso de infracciones debía efectuarse bajo ciertas condiciones, en particular: (i) cuando la ofensa contiene elementos constitutivos diferentes; (ii) cuando las normas creadas protegen valores jurídicos o intereses diferentes; y (iii) cuando es necesario condenar por ambas ofensas, a fin de describir plenamente la dimensión de los crímenes:

It is clear that the practice of concurrent sentencing ensures that the accused is not twice punished for the same acts. Notwithstanding this absence of prejudice to the accused, it is still necessary to justify the prosecutorial practice of accumulating criminal charges [...]

On the basis of national and international law and jurisprudence, the Chamber concludes that it is acceptable to convict the accused of two offences in relation to the same set of facts in the following circumstances:

(1) where the offences have different elements; or (2) where the provisions

41 TPIY, Appeals Chamber (15 July 1999): *The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"*, Case IT-94-I-A, Judgment, párs. 700-701. En el mismo sentido: TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, óp. cit., párs. 410-411.

42 TPIY, Trial Chamber II (14 November 1995): *The Prosecutor v. Dusko Tadic "Dule"*, Case ICTR-94-I-T, Decision on the Defense Motion on Form of the Indictment, pár. 10.

*creating the offences protect different interests; or (3) where it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did [...]*⁴³.

Sin embargo, se ha establecido como regla general que las declaraciones de culpabilidad múltiples por los mismos hechos sean limitadas debido al perjuicio que pueden ocasionar al acusado y que, en todo caso, las penas deben ser concurrentes (no consecutivas)⁴⁴. En consecuencia, no es justificable condenar a un acusado por dos crímenes en relación con el mismo conjunto de hechos cuando un crimen es de menor entidad o cuando la responsabilidad en uno es accesoria:

*However, the Chamber finds that it is not justifiable to convict an accused of two offences in relation to the same set of facts where (a) one offence is a lesser included offence of the other, for example, murder and grievous bodily harm, robbery and theft, or rape and indecent assault; or (b) where one offence charges accomplice liability and the other offence charges liability as a principal, e.g. genocide and complicity in genocide*⁴⁵.

De la misma manera, para limitar la proliferación de condenas en concurso ideal de infracciones, los tribunales *ad hoc* establecieron como condición indispensable que cada crimen concurrente contenga por lo menos un elemento material distinto cuya prueba sea necesaria:

Having considered the different approaches expressed on this issue both within this Tribunal and other jurisdictions, this Appeals Chamber holds that reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple convictions, lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision

43 TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, óp. cit., párs. 466 y 468.

44 *Ibid.*, párs. 461-470; TPIR, Trial Chamber II (21 May 1999): *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case ICTR-95-1-T, Judgment (en adelante: “TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T”), párs. 625-650; TPIR, Trial Chamber I (6 December 1999): *The Prosecutor v. Andersen Nderubumwe Rutaganda*, Case ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence (en adelante: “TPIR, Trial *Rutaganda*, ICTR-96-3-T”), p. 108-119; TPIY, Appeals Chamber (24 March 2000): *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case IT-95-14-A, Judgment, p. 60; TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, óp. cit., p. 405.

45 TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, óp. cit., p. 468.

*involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other*⁴⁶.

En caso contrario, la jurisprudencia ha determinado que el juez debe proferir la condena en el marco del crimen mejor adaptado al caso por su especificidad y en la hipótesis de dos crímenes uno de los cuales contiene un elemento material adicional, la condena debe proferirse únicamente por este:

*Where this test is not met, the Chamber must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principle that the conviction under the more specific provision should be upheld. Thus, if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered only under that provision*⁴⁷.

Dado que solamente distintos crímenes pueden justificar condenas concurrentes, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra han sido usualmente materia de concurso⁴⁸, a diferencia de las ofensas que constituyen simultáneamente crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales e internos (en el marco de los conflictos armados de naturaleza compleja), donde el concurso ha sido descartado a favor de los crímenes de guerra en conflicto armado internacional⁴⁹. En la práctica de la jurisprudencia internacional, se ha decretado el concurso por homicidios múltiples cometidos en gran escala⁵⁰, tortura⁵¹, tratamientos inhumanos y detención ilegal⁵², entre otros. En todo caso, los intereses que la comunidad internacional entiende proteger pueden coincidir en algunas circunstancias y

46 TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, óp. cit., párs. 412-413; TPIR, Chambre d'Appel (16 novembre 2001): *Le Procureur c. Alfred Musema-Uwimana*, Case ICTR-96-13-A, Arrêt, párs. 361-363.

47 TPIY, Appeals *Delalic and others*, IT-96-21-A, óp. cit., párs. 412-413.

48 *Ibid.*, pár. 82.

49 *Ibid.*, párs. 423-424.

50 TPIR, Trial *Semanza*, ICTR-97-20-T, óp. cit., párs. 334-339; TPIR, Trial *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, óp. cit., párs. 108 y ss.

51 TPIR, Trial *Semanza*, ICTR-97-20-T, óp. cit., párs. 342-343.

52 TPIY, Appeals Chamber (17 December 2004): *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2-A, Judgment, párs. 1032 y ss.

el concurso de infracciones debe aplicarse siempre en función de los hechos propios a cada causa y de la prueba particular sobre la cual se funda la acusación.

CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la “gravidad” de los crímenes de guerra resulta de extrema importancia en la práctica judicial colombiana. El sistema jurídico colombiano incorporó el Estatuto de Roma de la CPI a la legislación interna mediante la Ley 742 de 2002, que fue declarada exequible⁵³ en la Sentencia C-578 de 2002⁵⁴. Por su parte, la Ley 1268 de 2008 incorporó las Reglas de Procedimiento y Prueba⁵⁵, y los Elementos de Crímenes de la CPI y la Sentencia C-801 de 2009 constató tal incorporación al bloque de constitucionalidad⁵⁶.

Por efecto de la armonización constitucional, los crímenes de guerra contenidos en el Estatuto de Roma se entienden directamente incorporados al bloque de constitucionalidad colombiano

53 La declaración de “exequibilidad” es una constatación de la conformidad y la validez de la norma en el ordenamiento interno. Por su parte, la declaración de “inexequibilidad” tiene dos componentes: la declaración de inconstitucionalidad de la norma estudiada y la orden de retiro de la norma del ordenamiento jurídico nacional.

54 Ley 742 de 2002, de 7 de junio, “*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.826; CC, Sala Plena (30 de julio de 2002); *Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”*, Sentencia C-578/02, Sentencia de constitucionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (CC) puede ser consultada en el sitio oficial: <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaC/normas.php>

55 Reglas de Procedimiento y Prueba, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo A (10-9-2002).

56 Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “*Por medio de la cual se aprueban las “reglas de procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.219; CC, Sala Plena (10 de noviembre de 2009); *Revisión de constitucionalidad la “Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “Por medio de la cual se aprueban las “reglas de procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002”*, Sentencia C-801/09, Sentencia de constitucionalidad, pár. 12.2 Decisión.

en su calidad de materia sustancial, en el marco de aplicación particular derivado del principio de complementariedad frente a la legislación nacional. Esta incorporación opera porque la regulación puntual de la Ley 742 de 2002 se ajusta a los parámetros consagrados en los artículos 93, 94 y 214-2 de la Constitución Política de Colombia, que además recoge integralmente el contenido de los Convenios de Ginebra de 1949.

Sin embargo, en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), el examen de los crímenes de guerra ha sido relegado a una plaza secundaria, privilegiando la imputación por crímenes contra la humanidad:

No puede perderse de vista en este punto, que si bien el crimen de guerra puede coincidir como delito de lesa humanidad, este va más allá de la violación de las leyes y costumbres de la guerra, porque lesiona los derechos más fundamentales de la persona humana como ser individual y colectivo. Por eso, desde la perspectiva de la gravedad, si bien es cierto que el desvalor causado por una determinada conducta que al mismo tiempo puede constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un delito común, dependerá en última instancia de la naturaleza de los bienes jurídicos individuales afectados, ha de admitirse que cuando ellos coinciden (vida, integridad física, integridad psicológica, libertad sexual, etc.), debe considerarse que el desvalor derivado de que la existencia de un conflicto armado haya jugado un papel sustancial en la decisión del autor de llevar a cabo una conducta, en su capacidad de realizarse o en la manera en que la misma [sic] fue finalmente ejecutada, no es comparable con el desvalor generado cuando se considera que la conducta formó parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil [...]⁵⁷.

En la práctica, la CSJ ha establecido una especie de jerarquía de dos crímenes internacionales que está basada fundamentalmente en su interpretación de la noción de crímenes de guerra como crímenes de menor gravedad o que no contienen un componente de gravedad comparable al de los crímenes de lesa humanidad:

57 CSJ, Sala de Casación Penal (21 de septiembre de 2009): *La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Radicado núm. 32022, Aprobado: Acta núm. 299, Auto, pp. 227-228. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ) puede ser consultada en el sitio oficial: <http://www.cortesuprema.gov.co/>

Pero además, no puede desconocerse que la comisión múltiple de delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes de lesa humanidad, incrementa la gravedad del delito, porque una víctima que es atacada en el contexto más amplio de un ataque generalizado o sistemático es mucho más vulnerable, en la medida en que se suprimen todos los medios de defensa [...]”⁵⁸.

Esta decisión parece, igualmente, estar inspirada en una interpretación de los crímenes de guerra como transposición simple de las infracciones graves del Derecho Internacional de los Conflictos Armados:

La solución al problema jurídico planteado es de complejas dimensiones, ya que lo que está en juego es la aplicación de normas que sancionan las violaciones graves al derecho internacional humanitario frente a normas que sancionan delitos comunes que pueden enmarcarse dentro del contexto de lesa humanidad [...]”⁵⁹.

En este sentido, es importante recordar dos consideraciones de la jurisprudencia internacional penal en la materia.

Primero, la jurisprudencia internacional penal ha señalado expresamente que cada crimen internacional tiene elementos materiales e intereses que protege, que no pueden hacerse extensivos a otro crimen internacional y que, caso por caso, debe analizarse la importancia de condenar un acusado por más de un tipo de crimen internacional para reflejar la dimensión y la naturaleza de la conducta criminal perpetrada:

[...] genocide, crimes against humanity, and violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II have different elements and, moreover, are intended to protect different interests. The crime of genocide exists to protect certain groups from extermination or attempted extermination. The concept of crimes against humanity exists to protect civilian populations from persecution. The idea of violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II is to protect non-combatants from war crimes in civil war. These crimes

58 Ibid., p. 229.

59 Ibid., p. 231.

have different purposes and are, therefore, never co-extensive. Thus it is legitimate to charge these crimes in relation to the same set of facts. It may, additionally, depending on the case, be necessary to record a conviction for more than one of these offences in order to reflect what crimes an accused committed. If, for example, a general ordered that all prisoners of war belonging to a particular ethnic group should be killed, with the intent thereby to eliminate the group, this would be both genocide and a violation of common article 3, although not necessarily a crime against humanity. Convictions for genocide and violations of common article 3 would accurately reflect the accused general's course of conduct⁶⁰.

Solamente en algunos casos, en el marco de una empresa criminal genocida, el TPIR ha estimado que algunos crímenes de lesa humanidad, como el asesinato y la exterminación, están mejor descritos por medio de la imputación del genocidio, pues el interés que la sociedad pretende proteger es el mismo y pronunciar declaraciones de culpabilidad acumulativas en estos casos sería contrario al principio de *ne bis in idem*⁶¹.

Segundo, la jurisprudencia internacional penal ha descartado cualquier tipo de jerarquía posible entre los crímenes internacionales que pueda privilegiar uno sobre otro en sí mismo, y, por el contrario, ha estimado que cada caso debe proveer los elementos necesarios para establecer cuál (o cuáles) crímenes describen de mejor manera la conducta perpetrada:

Conversely, the Chamber does not consider that any of genocide, crimes against humanity, and violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II are lesser included forms of each other. The ICTR Statute does not establish a hierarchy of norms, but rather all three offences are presented on an equal footing. While genocide may be considered the gravest crime, there is no justification in the Statute for finding that crimes against humanity or violations of common article 3 and additional protocol II are in all circumstances alternative charges to genocide and thus lesser included offences. As stated, and it is a related point, these offences have different constituent elements. Again, this consideration renders multiple convictions for these offences in relation to the same set of

60 TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, óp. cit., pár. 469.

61 TPIR, Trial *Kayishema*, ICTR-95-1-T, óp. cit., párs. 640-650.

*facts permissible of common article 3 would accurately reflect the accused general's course of conduct*⁶².

En este sentido, la adopción en Derecho Internacional de la noción de “crímenes de guerra” fue producto de una discusión sobre la guerra en su doble dimensión de conflictos armados internacionales y no internacionales, así como una constatación de la persistencia de la guerra como herramienta en las relaciones de poder, pese a su prohibición⁶³. Por tanto, la existencia de un conflicto armado en el territorio de un Estado supone un compromiso que no se limita a la obligación negativa de abstención en la perpetración de los crímenes de guerra.

El Estado parte tiene una obligación positiva de protección de la población civil y de persecución y sanción de los responsables de los crímenes de guerra que se cometan hasta el fin de las hostilidades⁶⁴. Esa responsabilidad se deriva del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados. Además, tales infracciones pueden ser elementos materiales de los crímenes de guerra, independientemente de las causas que hayan dado origen al conflicto⁶⁵.

Finalmente, a pesar de la creación reciente de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente, siguen existiendo crímenes de guerra que quedan fuera de su competencia, lo cual se explica porque la responsabilidad de los Estados sigue siendo principal en la persecución y sanción de los crímenes internacionales (artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma).

62 TPIR, Trial *Akayesu*, ICTR-96-4-T, óp. cit., p. 470.

63 CDI, doc. A/41/10* (11-7-1986): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38º periodo de sesiones*, 70 págs., p. 48, párs. 104-105.

64 Informe CDI 1984, óp. cit., p. 13, p. 40.

65 Szurek, Sandra. *Historique. La formation du droit international pénal*. Pp. 6-22. En: Hervé Ascensio; Emmanuel Decaux; Alain Pellet (eds.) *Droit international pénal*, Paris, Éditions A. Pedone. (2000).

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Bazelaire, Jean-Paul; Cretin, Thierry. *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye.* Paris, Presses universitaires de France. (2000)
- Pignatelli y Meca, Fernando. *Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.* Pp. 234-256. En: Consuelo Ramón Chornet (coord.). *El Derecho Internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados.* Valencia, Tirant lo Blanch editores. (2002)
- Szurek, Sandra. *Historique. La formation du droit international pénal.* Pp. 6-22. En: Hervé Ascensio; Emmanuel Decaux; Alain Pellet (eds.) *Droit international pénal,* Paris, Éditions A. Pedone. (2000).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Elementos de los Crímenes, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo B (10-9-2002)
- Reglas de Procedimiento y Prueba, Instrumentos adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Anexo A (10-9-2002)

DOCUMENTOS OFICIALES

- CDI, doc. A/31/10* (23-7-1976): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28º periodo de sesiones,* 165 págs.
- CDI, doc. A/38/10* (22-7-1983): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35º periodo de sesiones,* 101 págs.
- CDI, doc. A/39/10* (27-7-1984): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 36º periodo de sesiones,* 113 págs.
- CDI, doc. A/40/10* (26-7-1985): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones,* 81 págs.
- CDI, doc. A/41/10* (11-7-1986): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38º periodo de sesiones,* 70 págs.
- CDI, doc. A/44/10* (21-7-1989): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41º periodo de sesiones,* 151 págs.
- CDI, doc. A/46/10 (19-7-1991): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones,* 147 págs.

- CDI, doc. A/49/10 (22-7-1994): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46ª periodo de sesiones*, 193 págs.
- CDI, doc. A/51/10 (26-7-1996): *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48ª periodo de sesiones*, 157 págs.
- ILC, doc. A/CN.4/13 and Corr. 1-3, (12-4-1949): *Report of the International Law Commission on the work of its first Session*, 290 págs.
- ILC, doc. A/CN.4/34 (29-7-1950): *Report of the International Law Commission on the work of its Second Session*, 385 págs.
- ILC, doc. A/CN.4/48 and Corr. 1-2 (27-7-1951): *Report of the International Law Commission on its Third Session*.
- NU, doc. A/50/22 Suplemento 22 (6-9-1995): *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, 66 págs.
- NU, doc. A/AC.244/L.2 (20-3-1995): *Provisional estimates of the staffing, structure and costs of the establishment and operation of an International Criminal Court, Preliminary report of the Secretary-General*, 14 págs.
- NU, doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14-4-1998): *Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court. Addendum*, 173 págs.
- Jurisprudencia internacional penal
- CPI, Chambre préliminaire I (24 février 2006): *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-8-Corr-tFR, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo
- CPI, Pre-trial Chamber I (30 September 2008): *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges.
- CPI, Pre-trial Chamber I (8 February 2010): *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Public redacted Decision on the Confirmation of Charges.
- CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): *Situation in the République of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya.
- CPI, Pre-trial Chamber II (31 mars 2010): *Situation in the République of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Public Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul.
- CPI, Trial Chamber I (14 March 2012): *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. TPIR, Chambre d'Appel (16 novembre 2001): *Le Procureur c. Alfred Musema-Uwimana*, Case ICTR-96-13-A, Arrêt.
- TPIR, Trial Chamber I (2 September 1998): *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case ICTR-96-4-T, Judgment.
- TPIR, Trial Chamber I (6 December 1999): *The Prosecutor v. Andersen Nder-*

- ubumwe Rutaganda*, Case ICTR-96-3-T, Judgment and Sentence.
- TPIR, Trial Chamber II (21 May 1999): *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case ICTR-95-1-T, Judgment.
- TPIR, Trial Chamber III (15 May 2003): *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case ICTR-97-20-T, Judgment and Sentence.
- TPIY, Appeals Chamber (15 July 1999): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-A, Judgment.
- TPIY, Appeals Chamber (17 December 2004): *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case IT-95-14/2-A, Judgment.
- TPIY, Appeals Chamber (20 February 2001): *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic “Pavo”, Hazim Dilic and Esad Landzo “Zenga”, Celebici case*, Case IT-96-21-A, Judgment.
- TPIY, Appeals Chamber (24 March 2000): *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case IT-95-14-A, Judgment.
- TPIY, Chambre d’Appel (12 juin 2002): *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt.
- TPIY, Trial Chamber II (14 November 1995): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case ICTR-94-1-T, Decision on the Defense Motion on Form of the Indictment.
- TPIY, Trial Chamber II (7 May 1997): *The Prosecutor v. Dusko Tadic “Dule”*, Case IT-94-1-T, Opinion and Judgment.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Corte Constitucional. Sala Plena (10 de noviembre de 2009): Revisión de constitucionalidad la “*Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “Por medio de la cual se aprueban las “reglas de procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002”*”, Sentencia C-801/09, Sentencia de constitucionalidad.
- Corte Constitucional. Sala Plena (30 de julio de 2002): *Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”*, Sentencia C-578/02, Sentencia de constitucionalidad.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (21 de septiembre de 2009): *La Fiscalía c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, Radicado núm. 32022, Aprobado: Acta núm. 299, Auto.

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Ley 742 de 2002, de 7 de junio, “*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 44.826.

Ley 1268 de 2008, de 31 de diciembre, “*Por medio de la cual se aprueban las “reglas de procedimiento y prueba” y los “elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional”, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes de Corte Penal Internacional, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002*”, Congreso de la República de Colombia, Diario oficial 47.219.

