



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LA RELACION ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA Y LOS
ELEMENTOS DE LOS CRIMENES DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL PARA EL DELITO DE GENOCIDIO EN EL
CASO CONTRA OMAR AL BASHIR**

El derecho aplicable por la CPI

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

PAULA TELLO JURIN

PROFESOR GUÍA: CLAUDIA CÁRDENAS

Santiago, Chile

2014

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

CAPITULO I: DERECHO APLICABLE POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. DERECHO APLICABLE SEGÚN EL ARTÍCULO 21 DEL ESTATUTO DE ROMA.....	10
2. POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA Y LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE GENOCIDIO.....	14

CAPITULO II: DELITO DE GENOCIDIO EN EL ESTATUTO DE ROMA Y LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.

1. CONCEPTO DE GENOCIDIO, ORIGEN E INFLUENCIA DE LA DEFINICIÓN ESTABLECIDA EN LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948.....	20
2. ESTRUCTURA DEL GENOCIDIO.....	22
2.1 <i>Elementos tradicionalmente reconocidos</i>	23
2.1.1 Aspecto externo.....	23
2.1.1.1 Grupos protegidos.....	24
2.1.1.2 Acciones típicas.....	24
2.1.2 Aspecto interno.....	25
2.1.2.1 Dolo general.....	25
2.1.2.2 Dolo especial o intención genocida.....	26
2.2 <i>Eventual existencia de un elemento contextual</i>	27

CAPITULO III: CRITERIOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UNA CONTRADICCIÓN ENTRE EL ESTATUTO Y LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE GENOCIDIO EXPLICITADOS A PROPÓSITO DEL CASO CONTRA AL BASHIR.

1. SITUACIÓN EN LA QUE SE ENMARCA EL CASO AL BASHIR.....	31
2. PRINCIPALES DECISIONES QUE REFLEJAN LOS DISTINTOS CRITERIOS EN EL CASO AL BASHIR.....	35
2.1 <i>Primera Orden de Detención en contra de Al Bashir</i>	35
2.1.2 Contenido de la orden de detención.....	36
2.2 <i>Decisión de la Sala de Apelaciones respecto de la apelación de la primera orden de detención presentada por la Fiscalía</i>	37
2.3 <i>Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en la segunda orden de detención contra Omar Al Bashir</i>	38
3. REQUISITOS DEL GENOCIDIO Y LA EXISTENCIA O NO DE UNA CONTRADICCIÓN ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA Y LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES, EN RELACIÓN AL ELEMENTO CONTEXTUAL.....	40
4. CRITERIO UTILIZADO POR LA CPI PARA ESTABLECER LA INEXISTENCIA DE UNA CONTRADICCIÓN IRRECONCILIABLE ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA Y LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL CASO AL BASHIR.....	50
5. CRITERIO ESTABLECIDO EN LA OPINIÓN DISIDENTE DE LA JUEZA ANITA USACKA.....	52
5.1 <i>Elementos del crimen de genocidio, existencia de un elemento contextual</i>	54
5.2 <i>Existencia de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos de los Crímenes</i>	55
5.2.3 Consecuencias de aplicar este criterio que establece la existencia de una contradicción para el caso Al Bashir.....	59

CAPITULO IV: CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LOS DISTINTOS CRITERIOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UNA CONTRADICCIÓN ENTRE EL ESTATUTO DE ROMA Y LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES EN MATERIA DE GENOCIDIO.

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA MAYORÍA EN OPOSICIÓN AL DE LA OPINIÓN DISIDENTE	61
1.1 <i>Un cambio en la definición tradicional de genocidio</i>	61
1.2 <i>Asimilación de una incompatibilidad a una contradicción irreconciliable</i>	64
2. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE APLICAR LOS DISTINTOS CRITERIOS.	65
2.1 <i>Exclusión de casos que podrían ser considerados como genocidio conforme a los criterios tradicionales</i>	65
2.2 <i>El criterio que sigue la Corte puede servir como precedente para posteriores resoluciones del mismo tribunal</i>	66
3. POSIBLES CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PENAL EN GENERAL.	67
CONCLUSIÓN	69
BIBLIOGRAFÍA	72

INTRODUCCIÓN.

Mediante el Estatuto de Roma (en adelante ER o Estatuto) adoptado en 1998, se creó la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). Con esto, finalmente se logró la existencia de un tribunal permanente con competencia en los crímenes de derecho internacional. Dicho Estatuto entró en vigencia el 1 de julio del año 2002, y hoy por hoy es una importante fuente de derecho penal internacional.

En el artículo 9 del Estatuto de Roma, se contempla la creación de los Elementos de los Crímenes (en adelante EC o Elementos) “que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto”¹, texto que fue adoptado en septiembre del año 2002.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando existe conflicto entre ambos cuerpos legales? En el artículo 21 letra a del Estatuto de Roma se establece que: “La Corte aplicará:

¹ ONU. Asamblea Diplomática de Plenipotenciarios 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. 66p.

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba”. En el artículo 9.3 del mismo se establece que: “Los Elementos de los Crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”. Dicho esto, queda bastante claro que ante una incompatibilidad entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes debe prevalecer el primero, lo cual nos lleva a otra pregunta: ¿Cuándo habría tal incompatibilidad? ¿Bajo qué criterios podemos establecer la existencia de ésta, y por ende, prescindir de los Elementos de los Crímenes, en todo cuanto contradiga el Estatuto?

Estas preguntas intentaremos responder en este trabajo, y para eso nos basaremos en la interpretación que ha hecho la CPI en el caso contra el actual presidente de Sudán Omar Hassam Ahmad Al Bashir (en adelante, Al Bashir) por el delito de genocidio.

El artículo 6 del Estatuto de Roma reproduce la definición tradicional del delito de genocidio, tal como la encontramos en la Convención para la Sanción y Prevención del delito de Genocidio de 1948². No obstante, en los

² Artículo 2: “Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional se exige un elemento adicional a esta definición, que no ha sido exigido ni por el Estatuto ni por la Convención recién mencionada, de aquí que surge la discusión para definir la existencia o no de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos respecto de este elemento contextual.

La Corte Penal Internacional ha emitido, a petición de la Fiscalía (quien solicitó se dictara una orden de detención contra Al Bashir por los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio) y mediante la Sala de Cuestiones Preliminares, dos órdenes de detención en contra de Al Bashir. La primera de ellas, en 4 de marzo de 2009, por crímenes de lesa humanidad y de guerra. La segunda de ellas, emitida tras la apelación de la Fiscalía, por la misma Sala de Cuestiones Preliminares con fecha 12 de julio de 2010, por los crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio. Centraremos nuestro trabajo en ambas resoluciones, y las demás relacionadas, ya que allí encontraremos los criterios que utilizó la propia

-
- (a) Matanza de los integrantes del grupo;
 - (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los integrantes del grupo;
 - (c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
 - (d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
 - (e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

CPI para establecer la inexistencia de una contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes.

Son de suma importancia por una parte la decisión de la primera orden de detención, en la que la mayoría establece que no existe contradicción entre el artículo 6 del Estatuto y los Elementos de los Crímenes, y por otra parte la opinión disidente de la jueza Anita Usacka respecto de esta misma decisión, quien argumenta, que sí habría contradicción entre ambos cuerpos legales y por lo mismo debiera prescindirse de la aplicación de los Elementos de los Crímenes a este respecto.

Este trabajo está compuesto por 4 capítulos, en el primero de ellos, trataremos el derecho aplicable por la Corte, lo que nos permitirá definir cuales son las fuentes de Derecho Internacional en que la Corte basa su decisión, y si existe o no una jerarquía entre ellas. Así mismo, este capítulo nos ayudará a entender en principio qué ocurre ante una incompatibilidad entre el Estatuto y los elementos (qué fuente debe prevalecer).

En el segundo capítulo, ahondaremos en la definición del delito de genocidio, la que establece el Estatuto, y los orígenes de la misma (la

establecida en la Convención de 1948 y en otras legislaciones posteriores). Haremos una breve descripción del delito de genocidio y su estructura, a modo de entender este delito.

Igualmente nos referiremos a los Elementos de los Crímenes y a un elemento en particular, exigido en este texto, el llamado elemento contextual.

Ya en el tercer capítulo, entraremos de lleno al tema que nos convoca, identificando los dos criterios que establece la Corte para determinar la existencia de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos. A modo de contextualización, en este capítulo haremos una breve reseña acerca de los hechos ocurridos en Sudán, para luego adentrarnos en la intervención concreta de la Corte Penal Internacional.

Con el objeto de entender lo que en la práctica sucedió, daremos cuenta de la apelación de la Fiscalía de la Primera orden de Detención, de la decisión de la Sala de Apelaciones, y finalmente de la Segunda Orden de Detención en contra de Al Bashir.

Acto seguido, trataremos los criterios plasmados en las resoluciones relativas al caso contra el actual presidente de Sudán, en primer lugar, la Orden de detención en contra de Al Bashir, la decisión que en ella manifiesta la mayoría, y también la opinión disidente de la magistrado Anita Usacka. Determinaremos cuáles son los criterios para establecer una contradicción que establece la Corte en ambos casos, y cuales son las consecuencias de aplicar uno u otro.

Por último, en el capítulo 4 analizaremos las consecuencias de ambos criterios (criterios para establecer la existencia de una contradicción) y su aplicación, esto con el objeto de analizar y por ende de decidir cuál de los dos criterios es el más acertado, en base a la investigación realizada y teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación.

CAPITULO I: Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional.

1. Derecho aplicable según el artículo 21 del Estatuto de Roma.

Esta investigación está basada en un caso de competencia de la Corte Penal Internacional (Fiscalía contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir), y en el derecho aplicable por la misma Corte. A partir de esto, analizaremos cuales fueron los criterios utilizados por la CPI para establecer la existencia o inexistencia de una contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes. Para esto, debemos tener claro el derecho aplicable por la Corte, a lo que se dedica el artículo 21 del Estatuto de Roma:

“Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

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

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

En una primera aproximación, podemos rescatar dos cuestiones de suma importancia para la interpretación de este artículo:

- En primer lugar, el artículo 21 del Estatuto de Roma intenta aunar dos posiciones que surgen entre los Estados partes y que intentan establecer el grado de discrecionalidad de los jueces al determinar el derecho aplicable³.

Más importante aún, de acuerdo al tema que nos convoca, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 21⁴ del ER, es que los jueces pueden utilizar como precedente decisiones anteriores, lo que refleja la importancia de esta investigación, pues el mismo criterio que ha seguido la Corte, para establecer la inexistencia de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos, puede perfectamente volver a ser utilizado con posterioridad.

³ Por un lado, la mayoría de los Estados partes estima que ante cualquier duda la Corte debe acudir a los principios generales de derecho penal internacional, esta posición se encuentra expresamente recogida en la letra b del citado artículo. Y por otro lado, una minoría de los Estados partes se inclinan por la opción de que ante cualquier duda los jueces deben acudir al derecho local, nacional, es así como se establece en la letra c del artículo 21 del Estatuto.

Como podemos ver, ambas posiciones se encuentran presentes en el citado artículo, lo que permite a los jueces de la Corte interpretar el derecho aplicable de acuerdo a principios generales de derecho internacional, y en su defecto, de acuerdo a principios derivados de legislaciones nacionales.

⁴ Art 21.2 ER “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.”

- En segundo lugar, el artículo 21 del ER establece una jerarquía de derecho aplicable, que consiste en aplicar en primer lugar el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes, y las Reglas de Procedimiento y Prueba (lo que corresponde a la letra a del artículo 21.1 del ER). A este orden de prelación, le siguen los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, y finalmente, en defecto de todo lo anterior, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo.

Esta jerarquía establecida en el ya citado artículo 21 del Estatuto, tiene un vacío que si bien no se encuentra resuelto en dicho artículo, se resuelve mediante la aplicación de otras normas del mismo Estatuto. Este vacío consiste en que dentro de la misma letra a del artículo 21⁵ no queda claro qué debe prevalecer, si el Estatuto, los Elementos, o las Reglas de Procedimiento y Prueba, no obstante, no existe duda de que el Estatuto es lo que prevalece, esto por lo siguiente:

⁵ Art 21 letra a) ER “En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.”

Mientras el artículo recién citado, establece que la Corte “debe aplicar” el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes, y las reglas de procedimiento y prueba, el artículo 9 define el propósito de los Elementos como “asistir” a la Corte a interpretar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto. A esto debemos sumar lo expresamente establecido en el artículo 9.3 “ Los Elementos de los Crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

Es por esto que, si se determina la existencia de una contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes respecto del genocidio, debe prevalecer el primero, y la Corte deberá prescindir de la aplicación de los Elementos de los Crímenes en todo cuanto no sea compatible con el Estatuto. Si por otro lado, se determina la inexistencia de una contradicción en este aspecto, la Corte deberá aplicar tanto el Estatuto como los Elementos, con las consecuencias que veremos más adelante.

2. Posible contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional en materia de genocidio.

El Estatuto de Roma en sus artículos 6, 7 y 8, tipifica los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. Justamente para la interpretación y aplicación de estos artículos (siempre de manera compatible con el Estatuto) es que la Corte contempla la creación de los Elementos de los Crímenes, texto que fue aprobado en el año 2002.

Los Elementos son una resolución de la Asamblea de Estados Partes del ER, adoptado por mandato del artículo 9 del ER, que tienen por objeto asistir a la Corte, y que en definitiva, contienen una descripción de los elementos que cada una de las conductas tipificadas en los artículos 6, 7 y 8 del ER debe cumplir. Muchas veces, los Elementos detallan o especifican lo que el Estatuto establece, por lo que en estos casos, no consideramos que pudiera existir una incompatibilidad o una contradicción, aún cuando los Elementos agreguen algo que no se encontraba expresamente en el Estatuto, siempre y cuando, tenga por objeto especificar el elemento contenido en el Estatuto. Distinto es el caso, en que los Elementos contemplan elementos distintos de los establecidos en el Estatuto, que pudieren cambiar el sentido de lo que ahí se establece o bien restringirlo, es en este caso, que el intérprete debe analizar la existencia o no de una contradicción.

¿Cómo determinará el intérprete lo anterior? rol fundamental juega aquí el Derecho consuetudinario⁶, reconocido como fuente formal de derecho Penal Internacional, fuente que si bien, en el caso del genocidio hoy se encuentra reemplazada por textos positivos (textos que tienen su origen, según lo establece el autor José Dobovsek en el mismísimo derecho consuetudinario⁷), continúa siendo una fuente de derecho Penal Internacional, tal como lo estima el mismo autor recién citado “La fuente consuetudinaria es la fuente por excelencia en el ámbito internacional. La falta de parlamento, de leyes, de un sistema estructurado y la existencia de entidades soberanas otorgan una significativa relevancia a la costumbre como fuente normativa”⁸.

Ahora bien, en cuanto a las fuentes establecidas en el propio Estatuto, tal como vimos, en el artículo 21 del ER se indica que el Estatuto debe prevalecer ante los Elementos de los Crímenes en el caso de una

⁶ Art. 38 Estatuto Corte Internacional de Justicia: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.”

⁷ DOBOVSEK José. 2008. p.203-204. pr. 463-467. Derecho Internacional Penal, Fuentes Normativas. Buenos Aires, La Ley.

⁸ IDEM. Op. Cit. p.172. pr. 366.

contradicción entre ambos. Es por esto, que es de suma importancia establecer si existe o no una contradicción en materia de genocidio, ya que como veremos más adelante, puede ser muy distinta la sola aplicación del Estatuto de la aplicación del Estatuto y de los Elementos de los Crímenes en conjunto.

Explicaremos dónde podría radicar una posible contradicción entre el artículo 6 del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes para el delito de genocidio, que serán analizadas posteriormente en este trabajo de acuerdo al criterio de la propia Corte.

El artículo 6 del Estatuto de Roma, recoge la definición tradicional del crimen de genocidio del artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, así como también fue recogida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en adelante TPIY, y por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en adelante TPIR. Es decir, la tipificación de este crimen no ha variado en lo absoluto desde 1948: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total

o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; □ b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; □ c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; □ e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”⁹

Ahora bien, en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, para el delito de genocidio, se establece un elemento contextual, consistente en que “que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”¹⁰ elemento que bien puede ser considerado como uno adicional a la definición tradicional del artículo 6 del Estatuto de Roma, lo que podría alterar lo que históricamente se ha entendido por genocidio. Es ahí donde la Corte establecerá su criterio para determinar si existe o no una contradicción entre

⁹ ONU. Asamblea General. 1945. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. 9 diciembre 1945.

¹⁰ CPI. 2002. Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, 10 de septiembre de 2002.

los Elementos de los Crímenes (específicamente respecto de este elemento contextual exigido para el genocidio) y el artículo 6 del Estatuto de Roma.

Determinando la no existencia de una contradicción, aplicaríamos tanto el artículo 6 del Estatuto como los Elementos de los Crímenes, y por lo tanto estaríamos agregando a la definición de genocidio un elemento contextual que nunca antes se había exigido. Si por el contrario, seguimos el criterio que establece que efectivamente existe una contradicción, prescindiríamos del elemento contextual exigido en los Elementos.

La determinación de este criterio, y por ende de la existencia o no de una contradicción, es de suma importancia para el desarrollo y la aplicación del derecho penal internacional en lo referido al delito de genocidio, lo que será analizado con sus respectivas consecuencias en los capítulos III y IV respectivamente.

CAPITULO II: Delito de genocidio en el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes.

1. Concepto de genocidio, origen e influencia de la definición establecida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

El término genocidio, como tal, surge en la doctrina tras los crímenes cometidos en contra de la población judía durante la Segunda Guerra Mundial. La creación de éste término, se le adjudica al abogado polaco Rafael Lemkin, quien unió “geno”, del griego *genos*, que significa raza o tribu, y la “cidio”, que proviene del latín *caedere* que significa matar¹¹.

Poco a poco este concepto fue tomando fuerza, refiriéndose a una serie de actos realizados para destruir los fundamentos esenciales de vida de ciertos grupos, con el objeto de aniquilar al grupo determinado.

¹¹ LEMKIN R. 2008. p. 79. Axis Rule in Occupied Europe. Second edition. Lawbook Exchange Ltd.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se encargó de juzgar a los principales responsables nazis por crímenes de conspiración, crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y de lesa humanidad, sin utilizar el concepto de genocidio como un concepto legal y por lo tanto sin juzgar por la comisión de genocidio, puesto que en ese entonces el delito no se encontraba tipificado¹².

El hito más importante respecto de este crimen, lo encontramos en el año 1948, con la aprobación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en la cual por primera vez se tipifica este delito en un tratado internacional. Tipificación que además, fue reproducida textualmente con posterioridad, en tribunales con competencia sobre el genocidio, como en la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 827 (del 25 de mayo de 1993), que contiene el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que dicho sea de paso, fue el primer tribunal con carácter internacional en tener competencia sobre el crimen de genocidio (aunque limitada temporal y territorialmente), el

¹² ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO. Juicios de Crímenes de Guerra. [en línea] < <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10008039> > [Consulta: 28 abril 2014].

Estatuto que contiene la resolución 955 (del 8 de noviembre de 1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y por cierto, el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, el único de todos los anteriores con carácter de permanente y con vocación universal¹³, y que en su artículo 6, reproduce exactamente lo establecido en el artículo 2 de la Convención. Algunas legislaciones nacionales que igualmente recogen la definición de genocidio del artículo 2 de la Convención son: Costa Rica, en el artículo 375 de su Código Penal¹⁴, México, en el artículo 149 bis de su Código Penal¹⁵, Perú en el artículo 319 de su Código Penal¹⁶, Chile en el artículo 11 de la ley 20.357, del año 2009¹⁷.

2. Estructura del Genocidio.

¹³ La CPI tiene competencia universal en la medida que todos los Estados ratifiquen el Estatuto de Roma, por lo que mientras eso no ocurra, tiene vocación universal.

¹⁴ COSTA RICA. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 2010. Código Penal. 25 marzo 2010.

¹⁵ MEXICO. Secretaría General. 2013. Código Penal Federal. 26 diciembre 2013.

¹⁶ PERÚ. Presidente Constitucional de la República. 1991. Código Penal. 8 abril 1991.

¹⁷ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2008. Ley 20.357: Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra. 18 julio 2009.

Al analizar la estructura del delito de genocidio, nos encontramos con dos aspectos de éste, que los podemos definir como un aspecto externo u objetivo, compuesto por los grupos protegidos, y por las acciones tipificadas en el delito de genocidio, y por un aspecto interno, también llamado aspecto subjetivo, que consiste en la existencia de dolo, que como veremos, en el caso de genocidio se distingue un dolo especial de uno general¹⁸.

2.1 Elementos tradicionalmente reconocidos.

2.1.1 Aspecto externo.

En este punto, analizaremos desde un punto de vista objetivo la composición del delito de genocidio, de esta forma podemos tener claro qué debe cumplirse para la existencia de este delito. Este aspecto externo, se encuentra compuesto por:

¹⁸ WERLE Gerhard. 2011. p. 440-441. Tratado de Derecho Penal Internacional. Segunda edición. Valencia, Tirant lo Blanch.

2.1.1.1 Grupos protegidos.

Los sujetos pasivos de este delito, deben formar parte de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La determinación de este grupo, hoy responde tanto a las características objetivas de los mismos (costumbres, lengua, fe, entre otros), como a aspectos subjetivos, que dicen relación con el reconocimiento de la sociedad hacia ese grupo¹⁹.

Cabe destacar, la exclusión de los grupos políticos y de cualquier otro grupo que no tenga el carácter permanente, debido a la dificultad de su determinación²⁰.

2.1.1.2 Acciones típicas.

Estas se encuentran establecidas en el artículo 6 del Estatuto de la CPI (en idéntica reproducción a lo que establece la Convención ya citada), y son taxativas.

¹⁹ IBID. Op Cit. p. 419. pr. 716.

²⁰ WERLE Gerhard. 2011. p. 425. pr 728. Tratado de Derecho Penal Internacional. Segunda edición. Valencia, Tirant lo Blanch.

Cada una de las acciones descritas en el artículo 6 del Estatuto de Roma, se encuentra igualmente establecida en los Elementos de los Crímenes, en los cuales se define cada uno de los elementos necesarios para que se cumpla con cada una de estas acciones, es así como los Elementos de los Crímenes ayudan a la Corte a interpretar y aplicar el mismo Estatuto.

2.1.2 Aspecto interno.

En este segundo aspecto, el llamado también subjetivo, distinguimos el dolo general y el dolo especial, propio del delito de genocidio:

2.1.2.1 Dolo general.

El dolo, es un elemento subjetivo que es exigido por el artículo 30 del Estatuto, el cual establece que para que una persona sea penalmente responsable, los elementos materiales del crimen deben realizarse con intención y conocimiento. Es decir, quien realiza los actos que revisten carácter de delito debe tener la intención de cometer ese delito y el conocimiento de que sus actos corresponden a un acto penado por la ley.

Esto corresponde a una regla de aplicación general, exigida en todo delito.

En el caso de genocidio, el dolo general pasa a segundo plano, pues existe una regla especial que exige un dolo mas específico, que veremos a continuación.

2.1.2.2 Dolo especial o intención genocida.

Este elemento es únicamente exigible en el caso de cualquiera de las acciones del artículo 6 del Estatuto de Roma, esto es, del delito de genocidio. En este caso, podemos apreciar una restricción respecto a la intencionalidad exigida en el artículo 30 del Estatuto, y es que para que una persona sea responsable de genocidio, se exige que haya tenido la intención de destruir total o parcialmente al grupo protegido.

Este dolo especial, se encuentra previsto en el artículo 6 del Estatuto y en los Elementos de los Crímenes. Consiste principalmente en que a aquel que lleva a cabo la acción, le debe importar la destrucción del grupo, y no de la víctima en su individualidad, debe realizar la acción con la intención de destruir total o parcialmente al grupo nacional, racial, étnico o religioso²¹.

²¹ Ibid. Op. Cit. p. 444. pr. 762.

Se ha discutido en doctrina²² los casos en que el genocidio forma parte de un ataque sistemático, y quienes perpetran el hecho no son exclusivamente quienes tienen la intención de destruir al grupo. Respecto de esto, se plantean dos teorías, que sólo mencionaremos. La primera, es que bastaría con que los autores materiales tuvieran conocimiento de este ataque sistemático con intención de destruir total o parcialmente al grupo, y no sería necesario que compartieran la intención de destruir al grupo. Por otro lado, hay quienes piensan que no se debe hacer esta distinción, y que tanto los autores materiales como intelectuales deben tener este dolo especial, de otra forma no estaríamos frente al tipo descrito en el artículo 6 del Estatuto.

2.2 Eventual existencia de un elemento contextual.

En los Elementos de los Crímenes, respecto del artículo 6, se establecen 4 elementos, el último de ellos, el más polémico, es el llamado elemento contextual: “Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta

²² AMBOS Kai y BOHM María Laura. 2010. Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la intención de destruir. [en línea] Revista Penal. Junio 2010. Número 26.
<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100907_02.pdf>
[Consulta: 15 enero 2014].

manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.”²³

Consiste básicamente en que la acción genocida debe formar parte de un ataque generalizado en contra de ese grupo, o bien el acto en sí mismo debe ser suficiente para causar la destrucción total o parcial del grupo.

Como ya vimos anteriormente, este elemento no es exigido en la definición que encontramos en el artículo 6 del Estatuto, sino que aparece por primera vez en los Elementos de los Crímenes.

Existen principalmente dos interpretaciones respecto a la exigibilidad de este elemento:

-No debe exigirse el elemento contextual, por cuanto requiere la existencia de un elemento adicional que no está contemplado en el Estatuto, y los

²³ CPI.2002. Elementos de los Crímenes, para el artículo 6 del Estatuto de Roma.10 de septiembre de 2002.

Elementos de los Crímenes deben asistir a la Corte a interpretar y aplicar el Estatuto, en ningún caso restringiendo su aplicación²⁴.

-Deben aplicarse los Elementos, pues no existe entre ellos y el Estatuto una contradicción irreconciliable. Esta interpretación, nos llevaría a exigir para la existencia del crimen de genocidio, que éste formara parte de un ataque sistemático, similar a lo que el Estatuto exige respecto de los crímenes de lesa humanidad²⁵. Pero en el caso del genocidio, al no estar explícito en el Estatuto, nos llevaría a interpretarlo conforme a lo establecido en los Elementos, es decir, asumir que este elemento contextual forma parte implícita de la definición del Estatuto.

²⁴ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. p. 8 . pr. 17. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>>

[Consulta: 13 enero 2013]

²⁵ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. p. 43. pr.121-123. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>>

[Consulta: 13 enero 2013].

Ambas interpretaciones se analizarán más adelante, pues ambas fueron consideradas de una u otra forma por la CPI en el caso Al Bashir. La primera de ellas se corresponde con la opinión disidente de la jueza Anita Usacka respecto de la primera orden de detención dictada en contra de Al Bashir. La segunda coincide con la opinión de la mayoría de la Sala respecto de la misma orden de detención. Como vemos, es esencial para definir esta situación, determinar el criterio para la existencia de una contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, y así inclinarnos por una u otra posición.

CAPITULO III: Criterios para establecer la existencia de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional en materia de genocidio explicitados a propósito del caso contra Al Bashir.

1. Situación en la que se enmarca el caso Al Bashir.

Darfur es una región del oeste de Sudán, en donde conviven etnias negras africanas como los Fur, Zaghawa, y los masalit, con población árabe, y cuyos conflictos surgen principalmente por la escasez de recursos en la zona. Durante la década del 90, y tras la llegada al poder de un grupo militar islamista²⁶ simpatizante de la población árabe, hubo varios enfrentamientos entre éstos y la población negra. Esta época se caracteriza por la formación de un grupo paramilitar de origen árabe llamado Yanyauid, quienes a partir del año 2003 se han adjudicado numerosos

²⁶ INTERCULTURALIDAD & DESARROLLO SOSTENIBLE. Glosario de términos sociales e interculturales. [en línea] < <http://intercultura.jimdo.com/actividades-que-organizamos/glosario-de-términos-sociales/>> [Consulta: 28 abril 2014].

“Islamismo es el nombre que reciben un conjunto heterogéneo de doctrinas y prácticas políticas que básicamente defienden el Islam no sólo como religión sino como base para regir las esferas económica, política y social del Estado. El islamismo no es, por tanto, un movimiento de carácter religioso sino político(...)”

ataques en contra de la población Fur y Masalit²⁷.

En los últimos años de la Segunda Guerra Civil sudanesa (que culminó finalmente en el año 2005 con la firma de un acuerdo de paz), el conflicto en Darfur se agudizó, se formaron los llamados grupos rebeldes, como el Frente de liberación de Darfur, el Movimiento de Liberación de Sudán, el Movimiento Justicia e Igualdad, los que iniciaron un exitoso ataque armado en contra de cuarteles militares, y policiales, iniciándose al mismo tiempo, una campaña del gobierno contra insurgencia²⁸.

De ahí en adelante la violencia no se ha detenido, por un lado, los grupos rebeldes, y por otro lado los Yanyauid, manifestándose en ataques recíprocos con resultados desastrosos para la población civil. Sumado a esto, la campaña contra insurgencia llevada a cabo por el gobierno, que tuvo varios años de vergonzosas derrotas, centra su represión en la Fuerza aérea, la inteligencia militar, y el ya conocido grupo paramilitar de los Yanyauid.

²⁷ CULTURAL SURVIVAL. The Peoples of Darfur [en línea] <<http://www.culturalsurvival.org/publications/voices/32/peoples-darfur>> [Consulta: 11 marzo 2014].

²⁸ DARFUR VISIBLE. El conflicto se hace visible. [en línea] <http://www.darfurvisible.org/historia_view.php?uoid=5> [Consulta: 11 marzo 2014].

A partir de este cambio de estrategia, los Yanyauid fueron tomando protagonismo en el conflicto.

Todo este conflicto tiene como consecuencia una importante crisis humanitaria en la región, caracterizada por desplazamiento de población, asesinatos, y la destrucción de la totalidad de las aldeas no árabes, mientras las de población árabe permanecían intactas²⁹.

Desde entonces el número de víctimas pertenecientes a las etnias Fur, Masalit y Zaghawa sólo ha ido en aumento, y los crímenes que se han cometido a pesar de los fallidos acuerdos de paz han llamado la atención del mundo entero³⁰.

En el año 2005 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la resolución 1593 remitió el caso a la CPI, con esto la Corte inicia una investigación en contra de Omar Al Bashir presidente en ejercicio de Sudán.

Al gobierno sudanés, encabezado por Omar Al Bashir, se le adjudica la

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

campaña de contrainsurgencia en contra de los rebeldes, en el marco de tal campaña, existe la posibilidad de que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad, de guerra e incluso genocidio, como veremos en los puntos siguientes, debido a diversos ataques contra la población civil no árabe, y contra los grupos rebeldes. La Fiscalía de la CPI inicia la investigación el 1 de julio del año 2002. Le imputa a Al Bashir el delito de genocidio como sigue: “*there are reasonable grounds to believe that **Omar Hassan Ahmad AL BASHIR** (hereafter referred to as “**AL BASHIR**”) bears criminal responsibility under the Rome Statute for the crime of **genocide** under Art. 6(a) killing members of the Fur, Masalit and Zaghawa ethnic groups; (b) causing serious bodily or mental harm to members of those groups; and (c) deliberately inflicting on those groups conditions of life calculated to bring about their physical destruction in part (...) **AL BASHIR** developed a policy of exploiting real or perceived grievances between the different tribes struggling to prosper in the difficult environment. He promoted the idea of a polarization between tribes aligned with him, whom he labelled “Arabs” and the three ethnic groups he perceived as the main threats, the Fur, Masalit and Zaghawa*”³¹.

³¹ CPI, Office of the Prosecutor, Public Redacted Version of the Prosecutor’s

En adelante, veremos cómo la Sala trata esta solicitud que realiza la Fiscalía conforme a los criterios que estudiaremos.

2. Principales decisiones que reflejan los distintos criterios en el caso Al Bashir.

2.1 Primera Orden de Detención en contra de Al Bashir.

El 4 de marzo del 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una orden de detención en contra de Al Bashir³², siendo la primera vez que la Corte dictaba una orden de detención en contra de un presidente en ejercicio. Esta orden de detención, está fundada en la decisión de la mayoría de la Sala pero igualmente contiene una opinión disidente, que trataremos más adelante.

Application under the article 58, ICC-02/05-157 Anex A, 12 de septiembre de 2008. p.6. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc559999.pdf>> [Consulta: 12 marzo 2014].

³² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en Darfur, Sudán, en el caso del Fiscal vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Orden de detención, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. 5 p. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>> [Consulta: 12 marzo 2014].

2.1.2 Contenido de la orden de detención.

La Sala de Cuestiones Preliminares I, emitió esta orden de detención en contra de Al Bashir solamente por crímenes de guerra y de lesa humanidad, con el voto disidente de la jueza Anita Usacka, quien estima que además debe dictarse por el crimen de genocidio. En los puntos siguientes trataremos las razones esgrimidas para esta decisión de no incluir el crimen de genocidio a pesar de que así lo había solicitado la Fiscalía en su solicitud bajo el artículo 58³³.

Seguiremos uno a uno los puntos de argumentación de la Sala atinentes a este trabajo, analizando ambos criterios contenidos en esta primera decisión, el de la mayoría, y el correspondiente a la opinión disidente.

³³ ICC, Office of the Prosecutor, Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under the article 58, ICC-02/05-157 Anex A. 12 de septiembre de 2008. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc559999.pdf>> [Consulta: 12 marzo 2014].

2.2 Decisión de la Sala de Apelaciones respecto de la apelación de la primera orden de detención presentada por la Fiscalía.

La Fiscalía apeló la Primera Orden de Detención³⁴, considerando que la mayoría de la Sala cometió un error al concluir que no existen motivos razonables para creer que Al Bashir es responsable por el crimen de genocidio. Para la Fiscalía, existen motivos razonables que permiten concluir que los actos llevados a cabo por el gobierno de Al Bashir sí formaron parte de una pauta de conducta manifiesta similar en contra del grupo protegido: *“The magnitude, consistency and planned nature of the crimes detailed in this Application unequivocally demonstrate that the alleged acts of genocide took place in the context of a manifest pattern of similar conduct, in furtherance of AL BASHIR’s plan to destroy in substantial part each of the target groups”*³⁵. Lamentablemente, en su

³⁴ ICC, Appeals Chamber, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Prosecutor Document in Support of Appeal against Decision on the prosecution’s Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 OA, 6 de julio de 2009. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc706618.pdf>> [Consulta: 10 de septiembre 2013].

³⁵ ICC, Office of the Prosecutor, Public Redacted Version of the Prosecutor’s Application under the article 58, ICC-02/05-157 AnexA, 12 de septiembre de 2008. p.60. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc559999.pdf>>

apelación dan por sentada la exigencia del elemento contextual y sólo alegan que sí se cumple con éste.

En base a esto, la decisión de la Sala de Apelaciones tampoco trata el tema que nos convoca, pero sí revoca la primera orden de detención y dispone que la Sala de Cuestiones Preliminares tome nuevamente una decisión:

*“The "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir" is reversed to the extent that Pre-Trial Chamber I decided not to issue a warrant of arrest in respect of the crime of genocide in view of an erroneous standard of proof. The Pre-Trial Chamber is directed to decide anew, (...), whether a warrant of arrest in respect of the crime of genocide should be issued.”*³⁶

2.3 Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en la segunda orden de detención contra Omar Al Bashir.

[Consulta: 12 marzo 2014].

³⁶ ICC, Appeals Chamber, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-OA, 3 de febrero de 2010. p. 3.

[En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc817795.pdf#search=ICC%2D02%2F05%2D01%2F09%2DOA>>
[Consulta: 16 de septiembre 2013].

Dispuesta la decisión de la Sala de apelaciones respecto de la primera orden de detención, la Sala de Cuestiones Preliminares se dispone a revisar nuevamente los antecedentes y dicta una nueva decisión.

Si bien esta segunda orden de detención ³⁷ tampoco se refiere detalladamente al tema que nos convoca, ya que analiza todo nuevamente aplicando distinto criterio probatorio, la Sala continúa exigiendo el elemento contextual y por lo tanto mantiene el criterio de la mayoría.

Es importante que tengamos en claro que mediante esta decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares dicta una Segunda Orden de Detención³⁸ en contra del presidente de Sudan Al Bashir, esta vez por el crimen de genocidio.

³⁷ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v/s OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Second decision on prosecution's Application for a Warrant of arrest, ICC-02/05-01/09-94, 12 de julio de 2010. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907142.pdf>> [Consulta: 16 marzo 2014].

³⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v/s OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 12 de julio de 2010. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf#search=second%20warrant%20of%20arrest%20al%20bashir>> [Consulta: 17 marzo 2014].

3. Requisitos del genocidio y la existencia o no de una contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, en relación al elemento contextual.

La definición del delito de genocidio aplicada por la Corte, se encuentra establecido en el artículo 6³⁹ del Estatuto de Roma, en idéntica reproducción de la definición recogida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito Genocidio.

Para la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares I, existen tres elementos proveídos por la definición establecida en el Estatuto y por los Elementos de los Crímenes, que siempre deben estar presentes para la

³⁹ “Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

existencia del crimen⁴⁰:

-Las víctimas deben pertenecer a un grupo protegido;

-Los actos realizados (cualquiera de los mencionados en el artículo 6) deben realizarse en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida en contra del grupo, o que en sí misma pueda causar su destrucción;

- El autor debe actuar con la intención de destruir total o parcialmente al grupo protegido.

Debemos decir, que el primer y el último elemento mencionados se encuentran expresamente exigidos en la definición de genocidio del citado artículo 6 del Estatuto, no así el segundo elemento mencionado, en cuanto requiere un contexto de hecho, que se encuentra exigido en los Elementos de los Crímenes y no en el Estatuto.

⁴⁰ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009 . p. 40. pr.113. [En línea]
<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>>
[Consulta: 2 de diciembre de 2013].

La pregunta que surge a continuación es la siguiente, ¿debe exigirse este elemento contextual señalado en el segundo punto? ¿o basta con que se perpetre cualquier conducta de las listadas en el artículo 6 del ER con la intención genocida exigida por el propio Estatuto, conforme al tercer y último punto?

Tanto el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el artículo 4 de su Estatuto como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el artículo 2 de su Estatuto, y la Corte Penal Internacional en el artículo 6 del Estatuto de Roma, por cierto, adoptaron la definición de genocidio contenida en la Convención para la prevención y sanción del genocidio, la cual sólo exige una intención genocida y no exige ningún elemento contextual adicional de manera expresa. La mayoría de la Sala se encuentra consciente de que tanto el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda lo han interpretado de esta manera: “*the case law of the ICTY and the ICTR has interpreted this definition as excluding any type of contextual element such as a genocidal policy or plan*”⁴¹, no exigiendo ningún tipo de elemento contextual, e incluso, estando conscientes (como explícitamente lo establece

⁴¹ IBID. Op. Cit p. 42.

la Sala en el texto recién citado) de que ambos tribunales excluyen el requisito de que la conducta haya formado parte de algún plan o política genocida. Es así, como se ha interpretado y aplicado siempre la definición de genocidio conforme a la Convención y a todos los documentos posteriores que la repiten.

No obstante lo anterior, en el caso de la CPI, debemos considerar los Elementos de los Crímenes, en los cuales, para la mayoría de la Sala, se elabora una definición sobre la definición existente en el Estatuto, exigiendo un elemento contextual.

Es decir, la mayoría de la Sala estima que el dolo especial o la intención genocida no sería el único elemento de aspecto interno que debe exigirse, sino que éste se ve complementado por los Elementos de los Crímenes al exigir que la conducta forme parte de una pauta manifiesta de conducta similar contra el grupo, o bien que haya podido por sí misma causar su destrucción, lo que constituye un elemento contextual. El crimen de

genocidio, para la mayoría y de acuerdo a este elemento contextual, sólo estaría completo “*when the threat against the existence of the targeted group, or part thereof, becomes concrete and real, as opposed to just being latent or hypothetical*”⁴². Es decir, para la mayoría este elemento contextual sería la forma de concretar el riesgo que conlleva la intención genocida.

Podríamos asimilar esta interpretación de la Sala a la distinción que hace la doctrina de los delitos de peligro⁴³, distinguiendo en primer lugar los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. La primera clase, básicamente sólo requiere que el autor realice la conducta prohibida, sin exigir que se genere un peligro concreto, mientras que en el segundo tipo,

⁴² Ibid. Op. Cit. p. 44. pr. 124.

⁴³ MALDONADO Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia N 7. 2006.

<<http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20TECNICAS%20DE%20TIPIFICACION%20DE%20LOS%20LLAMADOS%20DELITOS%20DE%20PELIGRO%20EN%20EL%20MODERNO%20DERECHO%20PENAL.pdf>>

[Consulta: 17 marzo 2014].

“[T]ras el concepto de los ‘delitos de peligro’ se engloba una categoría de descripciones típicas conformada por aquellas conductas punibles seleccionadas por el legislador no en atención a que su ejecución acarrea la lesión del bien jurídico, sino en tanto lo ponen en peligro o generan su puesta en peligro, como resultado jurídico”.

se exige que la acción del autor haya producido como resultado un peligro⁴⁴. En este caso, conforme a la interpretación de la mayoría de la Sala, el delito de genocidio correspondería a un delito de peligro concreto, pues se exige que haya una amenaza concreta y real, tal como podemos concluir del texto recién citado.

Existe bastante discusión acerca de si debe exigirse el elemento contextual establecido en los Elementos de los Crímenes, de si este elemento es complementario o bien si contradice la definición del artículo 6. La Sala está consciente de esta discusión⁴⁵, por lo que en esta decisión realiza un análisis hasta llegar a su propia conclusión.

La Sala toma en cuenta en primer lugar lo establecido en el ya citado artículo 21.1 a) del Estatuto. La mayoría concuerda en que tanto el Estatuto

⁴⁴ IBID.

⁴⁵ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. p. 44. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>> [Consulta: 12 marzo 2014].

como los Elementos de los Crímenes deben aplicarse conjuntamente a menos que exista una contradicción irreconciliable entre ellos: “*The majority considers that the Elements of Crime and the Rules must be applied unless the competent Chamber finds an irreconcilable contradiction between these documents on the one hand, and the Statute on the other hand.*”⁴⁶, caso en el cual, debe prevalecer el Estatuto, según lo establecido en el también citado artículo 9.3 del Estatuto. Esta interpretación, para la mayoría no se contradice con lo establecido en el mismo artículo 9 del Estatuto: “Los Elementos de los Crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8(...)”, y es además consistente con lo establecido en el artículo 21 del Estatuto.

Por lo tanto, lo que se debe determinar en este caso es si existe o no una contradicción irreconciliable entre el Estatuto y los Elementos, caso en el cual, se debe aplicar únicamente el artículo 6 del Estatuto de Roma, prescindiendo del elemento contextual exigido en los Elementos de los Crímenes. En definitiva, el elemento contextual exigido por los Elementos

⁴⁶ IBID. Op. Cit. p. 45. pr. 128.

de los Crímenes viene a complementar la definición del artículo 6, estableciendo (los EC) este elemento contextual que permite concretar la intención genocida exigida en el propio Estatuto, ya que, para la mayoría, siendo cualquiera de las conductas enumeradas en el artículo 6 del ER parte de una pauta manifiesta de conducta similar en contra del grupo protegido o bien que el acto pueda en sí mismo causar su destrucción (en otras palabras, existiendo el elemento contextual en cuestión), se devela la intención genocida, por lo que es una exigencia necesaria para la existencia del dolo genocida, y no un requisito adicional distinto de la definición tradicional del delito de genocidio.

Para la mayoría al exigir este elemento contextual, se está exigiendo una concreción del dolo genocida. *“The majority considers that the definition of the crime of genocide, so as to require for its completion an actual threat to the targeted group, or a part thereof, (...) is fully consistent with the traditional consideration of the crime of genocide as the crime of the*

crimes”⁴⁷.

Podemos argumentar, que debido a que el elemento contextual es exigido en los Elementos de los Crímenes, y en ningún otro texto, la exigencia de este elemento corresponde sólo a la CPI, en aplicación de los Elementos y del Estatuto. Es decir, el elemento contextual puede ser una exigencia para los efectos de competencia de la Corte, y por ende no tiene incidencia alguna en la definición tradicional de genocidio. No obstante, la Corte no opina de esta manera, tal como se establece en la cita recién hecha, la mayoría opina que este elemento contextual es totalmente consistente con la definición tradicional de genocidio.

Es así, como la mayoría concuerda en que este elemento contextual no añade nada distinto a la tradicional definición de genocidio, generando con esta interpretación, a nuestro juicio, un cambio radical en la definición de genocidio del modo como se la ha comprendido a partir de la Convención de 1948, pues, siguiendo la línea de interpretación de la mayoría de la Sala,

⁴⁷ Ibid. Op. Cit. p.46.

debemos decir, que el elemento contextual siempre ha formado parte de la definición de genocidio, y los Elementos de los Crímenes sólo contribuyeron a aclarar aquello que nunca antes se había interpretado de esa manera.

La mayoría de la Sala, está consiente de que tanto el TPIY como el TPIR aún tomando la misma definición de genocidio que la CPI (de la Convención, como ya vimos) no consideran el elemento contextual, y sólo exigen la existencia de un dolo genocida. Para la mayoría, ambos tribunales dieron una diversa interpretación de la definición de genocidio “*The Majority highlights that the case law of the ICTY and the ICTR has interpreted this definition as excluding any type of contextual element, such as a genocidal policy or plan.*”⁴⁸

No obstante la opinión de la mayoría, el art. 9.3 del ER no se refiere expresamente a la existencia de una contradicción irreconciliable entre los

⁴⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution’s Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. p. 42. pr.119. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>> [Consulta: 2 de diciembre de 2013].

Elementos y el Estatuto, sino más bien habla de compatibilidad entre ambos, que no es lo mismo. Es decir, la exigencia del artículo 9 respecto de la aplicación de los Elementos y el Estatutos, es de un nivel de compatibilidad mayor de lo que sugiere la mayoría de la Sala en su interpretación, pues, según ésta última siempre aplicamos ambos textos a menos que exista una contradicción irreconciliable, lo que lógicamente, exige un nivel de incompatibilidad mucho mayor, siendo que lo que se exige es lo contrario, la compatibilidad para la aplicación de ambos, y no una incompatibilidad que signifique una contradicción irreconciliable, punto que explicaremos mas adelante cuando veamos la opinión de Anita Usacka respecto de esto.

4. Criterio utilizado por la CPI para establecer la inexistencia de una contradicción irreconciliable entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional en el caso Al Bashir.

Siguiendo el criterio de la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares I, no existiendo contradicción entre el Estatuto y los Elementos, como acabamos de mencionar en el punto anterior, ambos deben aplicarse (tanto

el Estatuto como los Elementos), por lo que nos encontramos ante un importante cambio a la definición tradicional de genocidio establecida en el Estatuto y tomada de la Convención de 1948, definición que ha sido invariablemente aplicada desde entonces (por ejemplo, en la legislación chilena en el artículo 11 de la ley 20.357⁴⁹) y cuya comprensión, hoy por hoy, a partir de la orden de detención dictada en contra de Al Bashir, podría llegar a cambiar.

En el caso contra Al Bashir, la Fiscalía debió presentar pruebas suficientes para que este elemento contextual quedara establecido, y así se pudiera (o fuera posible) dictar una orden de detención por el delito de genocidio. En

⁴⁹ Artículo 11: “El que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal, realice cualquiera de los siguientes actos, comete genocidio y será castigado con las penas que respectivamente se indican:

1°. Matar a uno o más miembros del grupo, con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado;

2°. Causar a uno o más miembros del grupo un menoscabo grave en su salud física o mental;

3°. Someter al grupo a condiciones de existencia capaces de causar su destrucción física, total o parcial tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas;

4°. Aplicar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o

5°. Trasladar por fuerza a menores de 18 años del grupo a otro grupo, o se les impida regresar a aquél.”

definitiva, para la mayoría, la Fiscalía debió presentar pruebas suficientes para demostrar que los actos alegados por esta misma como genocidas, formaban parte de una pauta manifiesta de conducta similar contra ese grupo, o que pudieron en sí mismas causar su destrucción.

Este criterio, sienta un importante cambio a la definición tradicional de genocidio, cuyas consecuencias concretas veremos más adelante.

5. Criterio establecido en la opinión disidente de la jueza Anita Usacka⁵⁰.

Este magistrado está de acuerdo con una parte de la argumentación y conclusión de la mayoría de la Sala, y está en absoluto desacuerdo con otra. En este análisis nos centraremos en la opinión disidente, que justamente se refiere a la exclusión del crimen de genocidio en esta primera orden de detención.

⁵⁰ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Separate and partly dissenting opinion of judge Anita Usacka. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>> [Consulta: 12 marzo 2014].

Existe sí una importante divergencia de Usacka con la mayoría de la Sala en cuanto al estándar probatorio. Para Usacka se distinguen tres etapas en que se examina la evidencia presentada por la Fiscalía⁵¹, cada una de ellas con distintos estándares. Por ende, teniendo en cuenta que nos encontramos en una primera etapa, la magistrado analiza nuevamente la evidencia, concluyendo que los tres elementos que establecen los Elementos de los Crímenes se encuentran presentes (independiente de la diferencia de opinión en cuanto a la exigencia del elemento contextual que se establece en los Elementos, que veremos más adelante)⁵².

Entonces, en lo atinente al cargo de genocidio, Anita Usacka estima, al igual que la mayoría, que existen motivos razonables para creer que en lo tocante al delito de genocidio, Al Bashir actuó con intención genocida y se considera que tiene responsabilidad criminal.

⁵¹ Ibid. Op. Cit. p.5.

“(i) the issuance of a warrant of arrest or summons to appear under article 58 of the Statute; (ii) the confirmation of the charges and comital of a person for trial under article 61 of the Statute; (iii) the conviction of an accused person under article 66 of the Statute.”

⁵² Ibid. Op. Cit. pp.16- 50.

Existen dos puntos importantes en que Usacka no está de acuerdo con la mayoría:

-El estándar probatorio exigido por la mayoría de la Sala

-En la exigibilidad del elemento contextual establecido en los Elementos de los Crímenes

En cuanto al segundo punto de la divergencia, intentaremos descubrir si hay motivos razonables para dictar una orden de detención por el delito de genocidio.

5.1 Elementos del crimen de genocidio, existencia de un elemento contextual.

Anita Usacka analiza los tres elementos que como ya vimos la mayoría considera que deben estar presentes en el delito de genocidio y presenta sus diferencias de opinión con la mayoría de la Sala. Nos detendremos solamente en los argumentos respecto del elemento de contexto.

Para Anita Usacka, incluso siguiendo el criterio de la mayoría, con el que

no está de acuerdo, (criterio que establece que no hay una contradicción irreconciliable y por ende se debe cumplir con este elemento contextual), aún en este caso, sí existen las bases para establecer, en el caso contra Al Bashir, que la conducta formó parte de una pauta manifiesta de conducta similar, por lo que si la mayoría exige que se cumpla con este elemento contextual, a juicio de esta magistrado, este elemento sí se cumple; *“I considered that this element is met in the instant case, regardless of whether or not it should be applied. Accordingly, I would decline to settle the question of whether or not the contextual element is consistent with the statutory definition of genocide at the present stage, as it need not be addressed here ”*⁵³. Por lo tanto, sea cual sea el criterio que siga la Corte, en cuanto a establecer o no una contradicción, para esta opinión disidente la orden de detención debió dictarse igualmente por el delito de genocidio.

5.2 Existencia de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos de los Crímenes.

Usacka manifiesta una importante diferencia de opinión con la mayoría de

⁵³ Ibid. Op. Cit. p.10. pr. 20.

la Sala de Cuestiones Preliminares I en materia de genocidio.

En primer lugar, no está de acuerdo con que los Elementos de los Crímenes deban aplicarse a menos que exista una contradicción irreconciliable con el Estatuto, ya que en la propia introducción de los Elementos de los Crímenes se establece que “los siguientes Elementos de los Crímenes deben asistir a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6,7 y 8 en forma compatible con el Estatuto”⁵⁴, es por esto que alega que no sería necesaria una contradicción irreconciliable, si no que basta con que este elemento contextual que establece los Elementos de los Crímenes no sea compatible, para que la Corte pueda prescindir de él: *“First, I disagree with the Majority’s contention that ‘the Elements of Crimes and the Rules must be applied unless the competent Chamber finds an irreconcilable contradiction between these documents, and the Statute on the other hand’. Although article 21(1) of the Statute states that ‘the Court shall apply ... in the first place, this Statute, Elements of Crimes and its rules of Procedure and Evidence’, I note that the introduction to the Elements of Crimes states that ‘the following Elements of Crimes shall assist the Court in the*

⁵⁴ CPI.2002. Elementos de los Crímenes, Introducción general.10 de septiembre de 2002

interpretation and application of articles 6, 7 and 8, consistent with the Statute'. Indeed, several commentators have stated that the Elements of Crimes are not binding upon the Court"⁵⁵. En segundo lugar, solo el Estatuto da una definición de genocidio, y los Elementos deben asistir a la Corte en su interpretación, pero no otorgar un requisito adicional, es decir, no deben restringir la aplicación del delito de genocidio: *"Moreover, in my view, article 22 of the Statute is not a convincing justification for the application of the contextual element, as this provision refers to the definition of the crime. The legal definitions of the crimes are espoused in the Statute alone. Since article 9 of the Statute requires that the Elements of Crimes be consistent with the Statute, it can be inferred that only the Statute outlines the operative definition of the crime. Again, I recall that the introduction to the Elements of Crimes state only that the Elements of Crimes "shall assist" the Court in the interpretation of the Statute.*"⁵⁶

⁵⁵ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Separate and partly dissenting opinion of judge Anita Usacka. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. p. 8. pr. 17 [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>> [Consulta: 12 marzo 2014].

⁵⁶ Ibid. Op. Cit. p. 9. pr. 18.

En este aspecto, esta opinión disidente viene a coincidir expresamente con la definición tradicional de genocidio, recogida en el artículo 6 del Estatuto, no exigiendo ningún elemento contextual adicional, y prescindiendo simplemente de los Elementos de los Crímenes, en cuanto no serían compatibles con el propio artículo 6. En otras palabras, el criterio para establecer una contradicción acá es distinto al de la mayoría, pues no busca una contradicción irreconciliable, sino que basta con que los Elementos de los Crímenes no sean compatibles con la interpretación del Estatuto, para que la Corte prescinda de su aplicación.

Podemos definir la compatibilidad como una cualidad de algo “que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto”⁵⁷, en este sentido, cuando los Elementos con el Estatuto pueden aplicarse conjuntamente, son compatibles.

Respecto a los otros dos elementos-la intención genocida, y que las víctimas formen parte de un grupo protegido- para Usacka sí se cumplen en este caso, pero no ahondaremos en ellos ya que no tienen relación con el tema

⁵⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2001. Diccionario de la Lengua española, vigésimo segunda edición. España. Espasa, tomo I.

que nos convoca.

Dicho esto, Anita Usacka concluye que sí existen motivos razonables para creer que al Bashir ha cometido genocidio, por lo que disiente con la mayoría en cuanto a no incluir el delito de genocidio en esta primera orden de detención contra Al Bashir.

5.2.3 Consecuencias de aplicar este criterio que establece la existencia de una contradicción para el caso Al Bashir.

En definitiva, siguiendo el criterio de la opinión disidente de Anita Usacka, que establece que ante cualquier incompatibilidad entre el Estatuto y los Elementos de los Crímenes, debe prevalecer el primero, estamos aceptando invariablemente la definición tradicional de genocidio, obviando el elemento contextual exigido en los Elementos de los Crímenes por ser incompatible con la definición del artículo 6. Con esto, a diferencia de lo que ocurre aplicando el criterio de la mayoría, no se restringe la definición de genocidio tradicional, por lo que la Fiscalía no debe presentar antecedentes para probar ningún elemento que no se encuentre exigido en el

propio Estatuto. Esto, porque según la naturaleza de los Elementos de los Crímenes que deben ser siempre compatibles con el Estatuto, y en caso que no lo sean, se prescinde de ellos.

CAPITULO IV: Consecuencia de la aplicación de los distintos criterios para establecer la existencia de una contradicción entre el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes en materia de genocidio.

1. Consecuencias jurídicas de la aplicación del criterio de la mayoría en oposición al de la opinión disidente.

1.1 Un cambio en la definición tradicional de genocidio.

Si aplicamos el criterio de la mayoría de la Sala, estaríamos de una u otra manera aceptando que el elemento contextual exigido en los Elementos de los Crímenes forma parte de la definición tradicional de genocidio, y en vista de que esta definición no ha variado desde la Convención de 1948, este elemento contextual, al aplicar este criterio, se entiende incorporado desde entonces al concepto de genocidio. La Corte, entiende que este elemento contextual forma parte de la definición del Estatuto y que no es elemento adicional para efectos de su competencia, y así es como lo establece: *“The Majority observes that the definition of the crime of*

*genocide provided for in article 6 of the Statute is the same as that included in article II of the 1948 Genocide Convention, and that the Elements of Crimes elaborate upon it by, inter alia, requiring a contextual element.”*⁵⁸

Es más, la mayoría considera que *“the definition of the crime of genocide, so as to require for its completion an actual threat to the targeted group, or a part thereof, is (i) not per se contrary to article 6 of the Statute; (ii) fully respects the requirements of article 22 of the Statute that the definition of the crimes "shall be strictly construed and shall not be extended by analogy" and "in case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted"; and (iii) is fully consistent with the traditional consideration of the crime of genocide as the "crime of the crimes"”*⁵⁹.

Esto genera, que todas las legislaciones que han tomado la definición de esta Convención, podrían exigir entonces la existencia del elemento

⁵⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution’s Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. p.43. pr.121. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>> [Consulta: 2 de diciembre de 2013].

⁵⁹ IBID. Op. Cit. p. 46. pr. 133.

contextual, en base a la Primera Orden de Detención en contra de Al Bashir. La definición de genocidio, como tradicionalmente la entendemos, ha sido aplicada durante los últimos 60 años, por lo mismo, este criterio introduce un cambio de una trascendencia insospechada, ya que tribunales y legislaciones alrededor de todo el mundo aplican la definición de genocidio establecida en la Convención.

Por el contrario, si seguimos el criterio de la opinión disidente de la magistrado Anita Usacka, que plantea que los Elementos de los Crímenes al exigir este elemento contextual son incompatibles con el artículo 6 del Estatuto (que contiene la definición tradicional de genocidio), estamos manteniendo la misma definición que establece la Convención, y por ende, obviando la exigencia de un elemento contextual, prescindiendo de los Elementos en este aspecto. Este criterio, se condice con lo que histórica y tradicionalmente es considerado como genocidio, sin alterar la tipificación de este delito.

1.2 Asimilación de una incompatibilidad a una contradicción irreconciliable.

Como vimos al inicio de esta investigación, el artículo 9 del ER establece que los Elementos de los Crímenes serán compatibles con lo dispuesto en el Estatuto, a contrario sensu, concluimos que cualquier disposición de los Elementos que sea incompatible con el Estatuto no debe aplicarse. ¿Es una incompatibilidad lo mismo que una contradicción irreconciliable?, es así como lo interpreta la mayoría de la Sala⁶⁰, pues bien, esta interpretación nos lleva al resultado de que no cualquier incompatibilidad impide la aplicación de los Elementos, sino que tiene que ser una contradicción irreconciliable, lo que es mucho más de lo que el propio artículo 9 del ER exige cuando habla de la compatibilidad entre ambos textos. Es decir, la mayoría se va al extremo de exigir que la incompatibilidad deba significar una contradicción irreconciliable, siendo el significado de contradicción⁶¹ distinto del de incompatibilidad⁶². Es por esto, que en la práctica, en este

⁶⁰ Ver págs. 52-53.

⁶¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 2001. [en línea]. <<http://lema.rae.es/drae/?val=contradicción>>. [Consulta: 2 de mayo de 2014].

⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 2001. [en línea]. <<http://lema.rae.es/drae/?val=incompatibilidad>>. [Consulta: 2 de mayo de 2014].

caso, la Corte exigió como requisito la existencia de este elemento contextual, a diferencia de lo que opina la magistrado Anita Usacka⁶³, quien establece que ante cualquier incompatibilidad se debe prescindir de los Elementos de los Crímenes, lo que nos llevaría a una consecuencia opuesta, ya que la exigencia de este elemento contextual se considera que no es compatible con el Estatuto, puesto que éste último no exige tal elemento, por lo tanto, la Corte en este caso debió prescindir de los Elementos en cuanto a la exigencia del elemento contextual y sólo aplicar el Estatuto. Veremos en el siguiente punto lo que en la práctica significa esta diferencia.

2. Consecuencias prácticas de aplicar los distintos criterios.

2.1 Exclusión de casos que podrían ser considerados como genocidio conforme a los criterios tradicionales.

En la práctica, una consecuencia fundamental es que diversos casos que con la sola aplicación del Estatuto son considerados como genocidio, dejan de serlo si aplicamos el elemento contextual contenido en los Elementos. Es

⁶³ Ver págs. 46-47.

así, como si seguimos el criterio de la mayoría, llegamos al absurdo de que casos que según la definición tradicional calzan perfectamente con la tipificación del Estatuto, pero no forman parte de una pauta manifiesta de conducta similar contra el grupo o bien los actos en sí mismos no son capaces de causar su destrucción, en todo o en parte, por lo que según el criterio de la mayoría no estaríamos frente a un caso de genocidio. A esto, debemos sumar la carga de la Fiscalía de probar este elemento contextual, que tradicionalmente no se ha exigido, a diferencia de lo que ocurre si seguimos la opinión disidente de Usacka y prescindimos de este elemento contextual.

2.2 El criterio que sigue la Corte puede servir como precedente para posteriores resoluciones del mismo tribunal.

Tal como vimos al inicio de este trabajo, en el artículo 21.2 del ER se establece que: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.” En base a esto, es que cualquier interpretación que realice la Corte se vuelve doblemente importante, ya no sólo para el caso en sí, sino

también para casos posteriores, por lo que el criterio de la mayoría podría aplicarse a cualquier otro caso de genocidio que la Corte estime pertinente, por lo que el impacto de considerar, en primer lugar que se requiere una contradicción irreconciliable entre los Elementos y el ER, para no aplicar el primero, y en segundo lugar, que debe exigirse el elemento contextual en el caso del delito de genocidio, trasciende a casos futuros.

3. Posibles consecuencias para el derecho penal en general.

Para el derecho penal en general, la aplicación del criterio de la mayoría podría significar un cambio a nivel mundial de la aplicación del delito de genocidio, ya que, la jurisprudencia es una fuente complementaria de Derecho Penal Internacional, siendo un medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho.

Igualmente, al seguir este criterio, estamos asimilando una incompetencia a una contradicción irreconciliable, lo que puede tener repercusiones en muchos aspectos diversos, en los que a tratados, legislaciones o resoluciones que creen tribunales internacionales se refiere. Pues, se

tergiversa lo que la ley o el texto realmente exigen cuando hablan de compatibilidad o falta de ésta.

Conclusión.

La cuestión principal que nos llevó a realizar este trabajo, fue el determinar un criterio para establecer la existencia de una contradicción entre el Estatuto y los Elementos de los Crímenes, criterio que nos permitirá así mismo establecer si en este caso específico, debemos aplicar tanto el Estatuto como los Elementos, o si en definitiva, debemos prescindir de este último.

Tomando en cuenta los antecedentes del delito de genocidio ya estudiados, las resoluciones de la Corte, y finalmente las consecuencias prácticas de seguir uno u otro criterio, podemos llegar a una conclusión, y preferir uno de los dos criterios, en respeto del Derecho Internacional y del mismísimo Estatuto de Roma.

El criterio establecido en la opinión disidente de la magistrado Anita Usacka, me parece el correcto por varias razones. En primer lugar, respeta la definición histórica de genocidio establecida en la Convención de 1948 y utilizada desde entonces por diversas legislaciones y tribunales de carácter internacional, como vimos al inicio del trabajo. Este criterio, mantiene íntegra la tipificación de genocidio establecida en el propio Estatuto. Lo que

en definitiva se traduce en que la Corte podrá calificar como genocidio muchos mas casos de los que podría en el caso de exigirse este elemento contextual. En segundo lugar, es consecuente con los establecido en el ya citado artículo 9.3 del Estatuto⁶⁴, pues, éste artículo requiere que haya compatibilidad entre el Estatuto y los Elementos para poder aplicar ambos, por ende, a nuestro criterio, es correcta la interpretación de dicho artículo que hace Anita Usacka, al establecer que ante cualquier incompatibilidad entre ambos textos, se debe prescindir de los Elementos, pues, lo que opina la mayoría es que para no aplicar los Elementos debemos estar ante una contradicción irreconciliable, lo que a mi juicio es llevar la interpretación del artículo 9.3 a un extremo. Por esto me parece mas correcto el criterio de Usacka, el cual se apega estrictamente a lo establecido en el propio Estatuto, que al exigir una simple incompatibilidad, permite en definitiva, no exigir a los casos de genocidio, la existencia del elemento contextual que establecen los Elementos de los Crímenes. Finalmente, en tercer lugar, me parece correcto aplicar este criterio puesto que la misma Corte puede utilizar como precedente sus decisiones anteriores, y no sólo eso, sino que

⁶⁴ “Los Elementos de los Crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

otros tribunales pueden tomar esta interpretación de la definición de genocidio y aplicarla, lo que podría tener un gran impacto a nivel del derecho penal internacional en general, pues el elemento contextual podría pasar a ser parte del delito del genocidio (si así lo comienzan a interpretar otros tribunales, siguiendo el criterio de la mayoría de la Corte), y restringir este crimen por tanto, sólo a casos en que los actos formen parte de una pauta manifiesta de conducta similar contra el grupo o que pudiesen en sí mismos causar su destrucción.

Bibliografía.

I Doctrina.

1. AMBOS Kai y BOHM María Laura. 2010. Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la intención de destruir. [en línea] Revista Penal. Junio 2010. Número 26. <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100907_02.pdf> [Consulta: 15 enero 2014]
2. AMBOS, Kai. 2009. What does «intent to destroy» in genocide mean?, International Review of the Red Cross. Vol.91 (876): 833-858.
3. CULTURAL SURVIVAL. The Peoples of Darfur [en línea] <<http://www.culturalsurvival.org/publications/voices/32/peoples-darfur>> [Consulta: 11 marzo 2014].
4. DOBOVSEK José. 2008. Derecho Internacional Penal, Fuentes Normativas. Buenos Aires, La Ley. 335p.
5. DONNELLY Eric, MCGOLDRICK Dominic y ROWE Peter. 2004. The Permanent International Criminal Court. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing. (Studies in international law). 498p.
6. ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO. Juicios de Crímenes de Guerra. [en línea] < <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10008039> > [Consulta: 28 abril 2014].
7. GONZALEZ ARAVENA Carolina. 2009. Crisis en Darfur: La responsabilidad de reaccionar a una crisis humanitaria grave. Tesis para

optar a magister en estudios internacionales, Santiago, Universidad de Chile. 140p.

8. INTERCULTURALIDAD & DESARROLLO SOSTENIBLE. Glosario de términos sociales e interculturales. [en línea]

<<http://intercultura.jimdo.com/actividades-que-organizamos/glosario-de-terminos-sociales/>>

[Consulta: 28 abril 2014].

9. LEMKIN R. 2008. Axis Rule in Occupied Europe. Segunda Edición. Lawbook Exchange ltd. 674 p.

10. MALDONADO Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal. [en línea] Revista de Estudios de la Justicia N 7. 2006.

<<http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/REFLEXIONES%20OBRE%20LAS%20TECNICAS%20DE%20TIPIFICACION%20DE%20LOS%20LLAMADOS%20DELITOS%20DE%20PELIGRO%20EN%20EL%20MODERNO%20DERECHO%20PENAL.pdf>>

[Consulta: 17 marzo 2014].

11. NESI Giuseppe y POLITI Mauro. 2001. The Rome Statute of the International Criminal Court, a challenge to impunity. Aldershot, Hants, England. Burlington, VT : Ashgate. 319 p.

12. SCHABAS William. 2010. The International Criminal Court A Commentary on the Rome Statute. Oxford ; New York : Oxford University Press. 1259 p.

13. STROEHLEIN Andrew. 1999. Sudán, Justicia, paz y la CPI. [en línea] Darfur visible. 17 de julio, 1999.

<<http://www.darfurvisible.org/alternativas/articulo.php?uuiid=32>>

[Consulta: 1 agosto 2013].

14. TRIFFTERER Otto. 2008. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Second edition. München C. H. Beck ; Portland, OR. Hart, Baden-Baden. Nomos. 1954 p.

15. WERLE Gerhard. 2011. Tratado de Derecho Penal Internacional. Segunda edición. Valencia, Tirant lo Blanch. 999 p.

II Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

1. ICC, Appeals Chamber, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-OA, 3 de febrero de 2010. p. 3.

[En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc817795.pdf#search=ICC%2D02%2F05%2D01%2F09%2DOA>>

[Consulta: 16 de septiembre 2013].

2. ICC, Appeals Chamber, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Observations on behalf of Amici Curiae in respect of the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 25 de septiembre de 2009. [En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc746899.pdf>>

[Consulta: 02 de octubre 2013].

3. ICC, Appeals Chamber, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Prosecutor Document in Support OF Appeal against the Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 OA, 6 de julio de 2009. [En línea]<<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc706618.pdf>>>

[Consulta: 10 de septiembre 2013].

4. ICC, Office of the Prosecutor, Public Redacted Versión of the Prosecutor's Application under the article 58, ICC-02/05-157 AnexA, 12 de septiembre de 2008.

[En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc559999.pdf>>

[Consulta: 12 marzo 2014].

5. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. [En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>>

[Consulta: 08 octubre 2013].

6. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudán in the case of the Prosecutor vs. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Decision on the prosecution's Application for a Warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. [En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>>

[Consulta: 12 marzo 2014].

7. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v/s OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Second Decision on Prosecution's Application for a Warrant of arrest, ICC-02/05-01/09-94, 12 de julio de 2010. [En línea]<<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907142.pdf>>

[Consulta: 09 octubre 2013].

8. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v/s OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 12 de julio de 2010. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf#search=second%20warrant%20of%20arrest%20al%20bashir>>

[Consulta: 17 marzo 2014].

9. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v/s OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. [En línea] <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf#search=first%20warrant%20of%20arrest%20al%20bashir>> [Consulta: 17 marzo 2014].

III Fuentes positivas.

1. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2008. Ley 20.357: Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra. 18 julio 2009.
2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 1945. Estatuto de la CIJ, 10 octubre 1945.
3. COSTA RICA. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 2010. Código Penal. 25 marzo 2010.
4. CPI. 2002. Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, 10 de septiembre de 2002.
5. MEXICO. Secretaría General. 2013. Código Penal Federal. 26 diciembre 2013.
6. ONU. Asamblea General. 1945. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. 9 diciembre 1945.
7. ONU. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios. 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.
8. ONU. Asamblea General. 1948. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948.

9. PERÚ. Presidente Constitucional de la República. 1991. Código Penal. 8 abril 1991.