



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA PRÁCTICA DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Un análisis de las sentencias de primera instancia pronunciadas hasta mayo del 2022

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

SOFÍA ANTONIA SCHONHAUT SOTO

PROFESORA GUÍA: CLAUDIA CÁRDENAS

SANTIAGO DE CHILE

MARZO 2023

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a todos quienes fueron parte de este proceso, quienes fueron un apoyo fundamental en este camino. A mi familia, a José y a mis amigos. Agradezco especialmente a la profesora Claudia Cárdenas, por su dedicación e invaluable guía.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	6
LISTA DE ABREVIATURAS	7
I. INTRODUCCIÓN	8
II. UN MARCO REGULATORIO PRELIMINAR PARA LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA	13
1. Sistema utilizado en el presente trabajo	13
2. La gravedad del crimen cometido	16
2. 1. La magnitud del daño causado	18
2. 2. La índole de la conducta ilícita	19
2. 3. Los medios empleados para perpetrar el crimen	21
2. 4. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar	21
3. La conducta culpable del condenado	21
3. 1. El grado de participación del condenado	23
3. 2. El grado de intencionalidad del condenado	24
4. Las circunstancias agravantes	25
4. 1. Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar	26
4. 2. El abuso de poder o del cargo oficial	26
4. 3. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa	27
4. 4. Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas	27
4. 5. Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21	28
4. 6. Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas	29

5. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes	29
5. 1. Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal	31
5. 2. La conducta del condenado después del acto	33
III. LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CPI. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE PRIMERA INSTANCIA PRONUNCIADAS HASTA EL AÑO 2022	35
1. Sentencia del caso Lubanga	35
1. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto	35
1. 2. Aplicación en concreto de los factores	41
2. Sentencia del caso Katanga	41
2. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto.	41
2. 2. Aplicación en concreto de los factores	47
3. Sentencia del caso Bemba	48
3. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto	49
3. 2. Aplicación en concreto de los factores	56
4. Sentencia del caso Al Mahdi	57
4. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto	58
4. 2. Aplicación en concreto de los factores	63
5. Sentencia del caso Bemba y otros	64
5. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto	64
5. 2. Aplicación en concreto de los factores	70
6. Sentencia del caso Ntaganda	71
6. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto	72
6. 2. Aplicación en concreto de los factores	81
7. Sentencia del caso Ongwen	83
7. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto	84
7. 2. Aplicación en concreto de los factores	95

8. Hallazgos de la investigación	96
8. 1. La gravedad del crimen	98
8. 2. La conducta culpable del condenado	105
8. 3. Las circunstancias agravantes	108
8. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes	116
IV. CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	131

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo sistematizar los factores de determinación de la pena utilizados por la Corte Penal Internacional en su práctica jurisprudencial. Para aquello, primero se realizará un reporte de los factores consagrados en las disposiciones del Estatuto de Roma y de las Reglas de Procedimiento y Prueba, los que serán delimitados conforme a la opinión planteada por la doctrina penal internacional en referencia al tema.

En segundo lugar, se realizará un análisis de los factores utilizados por la Corte Penal Internacional en las sentencias de conformidad con el art. 76 del Estatuto de Roma dictadas en primera instancia hasta mayo de 2022. Dicho análisis tiene por objetivo identificar los factores relevantes y exponer la forma en que los ha entendido la Corte en los casos concretos, incluyendo los hechos bajo los cuales los ha aplicado. Finalmente se expondrán los hallazgos de la investigación, consistiendo en la jurisprudencia más o menos constante en la materia y otras cuestiones de interés.

Con ello, se logra la sistematización de los factores utilizados por la Corte en su práctica jurisprudencial hasta mayo de 2022, permitiendo proponer un esquema jurisprudencial de especial importancia sobre los factores relevantes para la etapa de determinación de la pena en el derecho penal internacional.

LISTA DE ABREVIATURAS

- CPI : Corte Penal Internacional
ER : Estatuto de Roma
RPP : Reglas de Procedimiento y Prueba
TPIY : Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TPIR : Tribunal Penal Internacional para Ruanda
SPI : Sala de Primera Instancia
SA : Sala de Apelación
DCC : Decisión de Confirmación de Cargos
Ibid. : misma obra, misma página
Id. : misma obra, distinta página
P. : página
Pp. : páginas
Párr. : párrafo
Párrs. : párrafos
Vid. : véase
Vol. : volumen

I. INTRODUCCIÓN

La CPI es el órgano encargado del juzgamiento de personas naturales por los crímenes de mayor gravedad considerados por la comunidad internacional en su conjunto¹, siendo estos los que amenazan la paz, la seguridad y el bienestar del mundo².

Tras su constitución en 1998 mediante el ER, se ha generado un vasto desarrollo jurídico sobre el derecho aplicable en las resoluciones que dicta, pero la determinación de la pena por la CPI es un área de escaso desarrollo, y por ende “*sigue poseyendo pocas pautas claras, rodeado de inconsistencias e imprevisibilidad*”³.

Al respecto, se ha señalado que la determinación de la pena corresponde a una “*operación mental compleja mediante la cual el Juez o magistrado señala las consecuencias que se derivan de la comisión de un delito o crimen*”⁴. En un sentido estricto, utilizado en el presente trabajo, la determinación de la pena es la etapa que “*designa la operación mental a través de la cual el juzgador realiza un proceso de valoración y cuantificación, mediante el que expresa en cifras concretas la magnitud de la sanción imponible*”⁵.

En el derecho penal internacional, la etapa de determinación de la pena tiene lugar una vez dictado el veredicto de la CPI para el caso en cuestión, y se realiza en un fallo condenatorio de acorde al artículo 76 del ER. En su numeral primero, el artículo establece que la SPI es la que debe fijar la pena que proceda imponer, teniendo en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan realizado en el proceso⁶.

¹ WERLE, G y JESSBERGER, F. 2017. “Primera Parte: Fundamentos”. En: “Tratado de Derecho Penal Internacional”, 3ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 182.

² RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 3.

³ ZHANG, Binxin, 2015. “*Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing*”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “*Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 771.

⁴ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época (14): 173.

⁵ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época (14): 174.

⁶ ONU: Asamblea General, 1998. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, Artículos 76 a 80.

La imposición de la pena se encuentra regulada en el artículo 78, el que dispone que la CPI debe tener en cuenta factores como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, de conformidad con las RPP. En la disposición se identifican los primeros factores que deben ser valorados por la CPI, cuya delimitación se encuentra remitida a las RPP, específicamente a la Regla 145⁷.

La Regla 145 se divide en dos numerales, y en cuanto al primero, en su letra a) señala que la CPI debe tener presente que la totalidad de la pena debe reflejar la culpabilidad de la persona del condenado. En su letra b) establece que debe ponderar todos los factores relevantes, incluyendo los factores atenuantes y los agravantes, y teniendo en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen. En la letra c) consagra una lista no taxativa de factores a tener en cuenta, siendo la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.

En el numeral segundo, la Regla contempla una enumeración no taxativa de factores que la CPI debe tomar en cuenta en la medida que procedan, teniendo como efecto agravar o atenuar la sanción penal. Las circunstancias atenuantes se encuentran establecidas en la letra a), siendo las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal (como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción); y la conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la CPI. Las circunstancias agravantes se encuentran contempladas en la letra b), siendo cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la CPI o de naturaleza similar; el abuso de poder o del cargo oficial; que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del art. 21; y otras circunstancias que, aunque no se encuentren enumeradas anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.

Si bien el ER y las RPP contemplan un marco regulatorio para la determinación de la pena, no es taxativo ni exhaustivamente determinado, en la medida que la CPI ostenta discrecionalidad para ponderar todos los factores pertinentes⁸, acorde el numeral primero letra b) de la Regla 145. En efecto, la CPI puede incluir factores no contemplados en el marco regulatorio, lo que queda de manifiesto en diversas partes de la Regla, como en el numeral segundo letra b) número vi). Igualmente, se entiende que las circunstancias atenuantes o agravantes “*no son de naturaleza específica, siendo categorías de circunstancias que pueden incluir muchas situaciones diferentes*”. En otras palabras, los factores contemplados en la Regla 145 pueden tener un efecto atenuante o agravante, dependiendo de las circunstancias del caso específico⁹.

Se ha criticado la ausencia de directrices claras del marco regulatorio producto de la amplia discrecionalidad que ostenta la CPI¹⁰, planteándose la necesidad de contar con reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables, y por tanto, no discrecionales¹¹.

Una vez identificado el marco regulatorio, cobra relevancia el examen de la valoración y ponderación realizada por la CPI sobre los factores estimados relevantes para la determinación de la pena en cada caso concreto, teniendo presente su amplia discrecionalidad. Lo anterior, con el objetivo de sistematizar los factores utilizados por la CPI en su práctica jurisprudencial y poder dar cuenta de una estructura que se sostiene en el tiempo. Hasta mayo de 2022, los casos en los cuales la CPI ha pronunciado sentencia de primera instancia conforme el artículo 76 del ER (*Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*) son los de Lubanga, Katanga, Bemba, Al Mahdi, Bemba y otros, Ntaganda y Ongwen.

El objetivo del presente trabajo se ve justificado por la poca literatura escrita al respecto y por la no taxatividad e indeterminación del marco regulatorio. Esto último se traduce en la

⁸ Ibid.

⁹ ZHANG, Binxin, 2015. “Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, pp. 787-788.

¹⁰ CARCANO, A. 2002. “Sentencing and the Gravity of the Offense in International Criminal Law”, *Revista International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51(3): p. 583.

¹¹ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época (14): 172.

discrecionalidad de la CPI, caracterizando a la etapa de determinación de la pena como imprecisa, en razón de la no taxatividad y de los conceptos jurídicos con contenido indeterminado contemplados por el marco regulatorio. Por ello, se hace menester identificar los factores utilizados por la CPI en cada caso concreto, para poder examinar la interpretación, valoración y ponderación que le es otorgada, con tal de dar cuenta de una estructura seguida por la CPI en su práctica jurisprudencial que contempla los razonamientos, estándares y criterios sostenidos por ella. En cuanto a los estándares y criterios, también se dará cuenta sobre la forma en que la CPI los ha aplicado a los hechos del caso concreto.

Para la consecución del objetivo, se hace menester dividir el estudio. En un primer capítulo, se realizará un reporte de los factores contemplados en el ER y en las RPP, lo que corresponderá al marco regulatorio preliminar del presente trabajo, buscando otorgar un conocimiento y comprensión inicial sobre el contenido de los factores. Debe mencionarse que, para aquello y en la medida que sea pertinente, se utilizará tanto la versión de habla hispana como la de habla inglesa del ER y de las RPP. En un segundo capítulo, se revisarán y analizarán las sentencias de primera instancia de conformidad con el art. 76 del ER dictadas hasta mayo de 2022, con tal de identificar los factores utilizados por la CPI en su práctica jurisprudencial y examinar su interpretación, valoración y ponderación. Con ello, se podrá dar cuenta de la aplicación de los estándares y criterios sostenidos por la CPI en cada caso concreto.

Realizado lo anterior, se podrá dar cuenta de los resultados del presente trabajo, tanto generales como específicos, los que se encuentran desarrollados en los apartados finales correspondientes a los hallazgos de la investigación y a las conclusiones.

Es menester destacar que se utilizará el concepto *factores* para referirse a todos aquellos “*que contribuyen activamente a la producción de un resultado*”¹² en la etapa de determinación de la pena. Debe precisarse que las circunstancias agravantes o atenuantes son englobadas por el concepto, lo que se manifiesta en la Regla 145 numeral 2, que señala que “*además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda (...)*”¹³.

¹² DICCIONARIO MERRIAM-WEBSTER. 2022. “Factor” [en línea] <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/factor>> [consulta: 11 mayo 2022].

¹³ CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.

Por otro lado, el concepto de “*hechos*” a que se referirá el presente trabajo alude a su definición jurídica, esta es, “*algo que tiene existencia real, una cuestión de realidad objetiva*”, y en específico, “*cualquiera de las circunstancias de un caso que existen o se alega que existen en la realidad: una cosa cuya ocurrencia o existencia real se determinará mediante la evidencia presentada en el juicio*”¹⁴. Las variantes aceptadas en el presente trabajo corresponden a la de *hecho material* (referente a un hecho que afecta la toma de decisiones, como uno del que depende el resultado de todo o parte del juicio) y a la de *hecho último* (relativa a una conclusión de derecho, o una combinación de hecho y derecho, que es necesaria para la determinación de las cuestiones de un caso¹⁵).

Luego, cuando en el presente trabajo se utilice la expresión “tribunales penales internacionales *ad hoc*”, se estará haciendo referencia al TPIY y al TPIR, y con la expresión “tribunales penales internacionales”, se agrega la CPI.

¹⁴ DICCIONARIO MERRIAM-WEBSTER. 2022. “Fact” [en línea] <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/fact#legalDictionary>> [consulta: 11 mayo 2022].

¹⁵ Según el DICCIONARIO MERRIAM-WEBSTER, “*evidentiary fact*” es un hecho que forma parte de la situación de la que surge un caso y que se establece mediante testimonio u otra prueba.

II. UN MARCO REGULATORIO PRELIMINAR PARA LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Sistema utilizado en el presente trabajo

Identificado el marco regulatorio en el artículo 78 del ER y en la Regla 145 de las RPP, en adelante se seguirá una estructura definida para efectos de sistematizar los factores de determinación de la pena. La estructura organiza los factores en torno a un sistema, por lo que resulta indispensable para comprender el alcance de los factores contemplados en el marco regulatorio y para realizar el posterior análisis de los factores utilizados por la CPI en sus resoluciones judiciales de primera instancia.

La estructura propuesta consiste en la identificación de cuatro factores relevantes para la determinación de la pena, siendo estos: 1) la gravedad del crimen cometido; 2) la conducta culpable del condenado; 3) las circunstancias agravantes; y 4) las circunstancias individuales del condenado y atenuantes. Dentro de cada factor relevante, se incluyen aquellos que comparten la misma índole, de acorde a la opinión planteada por la doctrina penal internacional en la materia.

Debe precisarse que la estructura propuesta no necesariamente es seguida por la CPI en sus resoluciones, principalmente en cuanto a la denominación que les otorga a ciertos factores. No obstante aquello, en el presente trabajo se seguirá la estructura descrita, por la utilidad de su identificación y organización, como es en el caso de las circunstancias individuales, que generalmente son estudiadas para efectos de atenuar la sanción penal. De todas formas, en cada factor mencionado se estudiarán aquellos que la CPI estima pertinentes utilizar para su valoración, en la medida que incidan en la determinación de la pena.

También debe precisarse que, en caso de que la CPI no realice consideraciones en abstracto sobre algún factor sino que únicamente sobre el caso concreto, en el presente trabajo se buscará realizar una interpretación general de aquello. Lo anterior, en la medida que sea pertinente para la determinación de la pena y con el objeto de sistematizar los factores

relevantes. Igualmente, cuando la CPI deseche factores por razones probatorias, serán mencionados en la medida que las consideraciones arribadas sean relevantes para la determinación de la pena.

Por otro lado, cuando se observe que un estándar o criterio ha sido reafirmado por la CPI en al menos tres resoluciones judiciales, se va a considerar como uno de carácter jurisprudencial.

Para efectos de estudio, a continuación se transcriben las disposiciones primordiales para el marco regulatorio, añadiendo los comentarios que resulten pertinentes.

Artículo 78¹⁶ .- Imposición de la pena

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.
2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.
3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.

En el artículo se identifican dos factores relevantes que deben ser utilizados por la CPI para la determinación de la pena, siendo la gravedad del crimen cometido y las circunstancias individuales de la persona condenada. Debe precisarse que no existe una jerarquía propiamente tal entre ambos factores, sino que queda a discreción de la CPI valorarlos y ponderarlos para la determinación de la pena en un caso específico¹⁷.

¹⁶ ONU: Asamblea General, 1998. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 78.

¹⁷ RADISAVLJEVIC, D. 2017. "ICC Statute Article 78". [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 1.

Regla 145¹⁸.- Imposición de la pena

1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78:
 - a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal;
 - b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen;
 - c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.
2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda:
 - a) Circunstancias atenuantes como las siguientes:
 - i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción;
 - ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte;
 - b) Como circunstancias agravantes:
 - i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;
 - ii) El abuso de poder o del cargo oficial;
 - iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;
 - iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;

¹⁸ CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.

- v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21;
 - vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.
3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes.

En la Regla se identifican los demás factores relevantes contemplados en la estructura propuesta, siendo la conducta culpable del condenado, las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes. Como se señalará más adelante, la conducta culpable del condenado se identifica con la versión inglesa de la Regla, en el numeral 1 letra a). Por su parte, las circunstancias atenuantes se agrupan con las circunstancias individuales del condenado, en la medida que ambas tienen como efecto la atenuación de la sanción penal.

También se identifican factores que pueden ser englobados por los contemplados en la estructura propuesta. En efecto, se ha planteado que la Regla 145 otorga contenido a los factores del ER para la determinación de la pena¹⁹, como es el caso de la magnitud del daño causado y la índole de la conducta ilícita para el factor gravedad del crimen cometido.

En los numerales primero letra b) y tercero se observan reglas para la ponderación de factores y para la determinación de la procedencia de una pena en concreto (la pena de reclusión a perpetuidad). Si bien no contemplan factores, el numeral primero letra b) refuerza lo señalado por el artículo 78 del ER y establece la no taxatividad de los factores contemplados, manifestando la discrecionalidad de la CPI en la medida que sean pertinentes.

2. La gravedad del crimen cometido

¹⁹ RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): p. 34.

La gravedad del crimen ha sido entendida como un factor determinante para el establecimiento e imposición de una pena apropiada y proporcional²⁰, y ha sido estudiada por los tribunales penales internacionales *ad hoc* desde dos perspectivas, en abstracto y en concreto. La gravedad en abstracto implica el análisis de los elementos objetivos y subjetivos del delito, y la gravedad en concreto requiere el examen del daño ocasionado y del grado de culpabilidad del condenado en el caso específico²¹. A mayor abundamiento, la gravedad en abstracto corresponde a una valoración general sobre la base de la calificación legal y la relevancia de los elementos constitutivos de cada crimen, conllevando situar a un determinado crimen dentro en un marco penal más amplio, para poder analizar su gravedad en relación con la de otros crímenes. Por su parte, la gravedad en concreto se establece con el proceso de adecuación de una disposición legal abstracta a las circunstancias concretas e individuales del caso y de la persona del condenado²².

En razón de la gravedad en abstracto, los tribunales penales internacionales *ad hoc* han hecho un intento por jerarquizar los crímenes del derecho penal internacional, considerando que el crimen de genocidio es el “crimen de los crímenes”, lo que debe ser tomado en cuenta para la determinación de la pena. Lo anterior, al sostener que el aspecto definitorio del crimen (el *dolus specialis*) es un elemento que por sí mismo lo hace más grave que otros crímenes internacionales, pero no obstante ello, los crímenes de lesa humanidad no pueden ser simplemente considerados de menor gravedad en abstracto que el crimen de genocidio, por ser cometidos contra civiles con una base discriminatoria²³. Por tanto, queda a discrecionalidad de los jueces penales internacionales valorar en un caso específico la gravedad en abstracto.

De todas formas, los tribunales penales internacionales no se encuentran obligados a examinar en igual medida la gravedad en abstracto y la gravedad en concreto, pudiendo centrarse en una, como es el caso del TPIY y la gravedad en concreto. Lo anterior también aplica para los factores que sirven para valorar la gravedad del crimen, los que se encuentran contemplados

²⁰ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 46.

²¹ CARCANO, A. 2002. “Sentencing and the Gravity of the Offense in International Criminal Law”, *Revista International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51(3): p. 609.

²² *Id.*, pp. 589-590.

²³ *Id.*, pp. 601-602.

de forma no taxativa en la Regla 145²⁴, correspondiendo a la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita, los medios empleados para perpetrar el crimen y las circunstancias de modo, tiempo y lugar²⁵.

Por otro lado, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* ha reafirmado constantemente la prohibición de doble valoración, la que implica que un factor considerado para valorar la gravedad del crimen no puede ser simultáneamente utilizado como una circunstancia agravante y viceversa²⁶.

De lo mencionado se puede sostener que la gravedad del crimen es un factor determinante para el establecimiento de una pena proporcional por parte de la CPI, lo que implica un examen de la gravedad en abstracto y/o en concreto del crimen cometido en la forma ya mencionada. De todas maneras, la CPI goza de un alto grado de discrecionalidad al momento de realizar dicho examen, con la excepción de la prohibición de doble valoración.

2. 1. La magnitud del daño causado

Se ha sostenido que la magnitud del daño causado se encuentra contemplado en la valoración de la gravedad del crimen, de conformidad con el principio de lesividad como graduación de la entidad del injusto²⁷. El principio también es denominado de la transgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, y conlleva la exigencia de una amenaza real o concreta o de un daño hacia el bien jurídico protegido para que una conducta pueda ser calificada como punible²⁸. De esta forma, la magnitud del daño causado implica verificar la medida en que se han vulnerado los bienes jurídicos protegidos por la disposición legal, y conforme aquello, a

²⁴ KURTH, M. 2013. “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5(2): pp. 449 y 452.

²⁵ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 47.

²⁶ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 68.

²⁷ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época (14), p. 216.

²⁸ En otras palabras, *Id.*, p. 211.

una mayor vulneración de los valores protegidos por la comunidad en una determinada conducta punible, mayor será la gravedad del crimen y de la sanción penal a imponer²⁹.

La valoración anterior no se ve limitada al daño real a los valores jurídicos protegidos por la norma, sino que también se puede incluir el daño potencial que puede resultar del hecho punible, correspondiendo al peligro causado a otros valores³⁰. No obstante, la inclusión del daño potencial queda a discreción de la CPI en la medida que estime su pertinencia.

Para realizar la valoración del factor en la práctica, los tribunales penales internacionales *ad hoc* se han basado principalmente en la cantidad de víctimas en la especie. No obstante, también se ha planteado la relación existente entre la magnitud del daño causado y el impacto del hecho ilícito en las víctimas, teniendo como base las consecuencias y los sufrimientos soportados y el carácter de sostenido en el tiempo³¹. Por ello, se ha sostenido la posibilidad de incluir la violencia sexual en su valoración³². Por otro lado, la magnitud del daño causado también se encontraría ligada con la naturaleza o índole del crimen en cuestión y con el contexto de comisión o circunstancias del modo, tiempo y lugar³³.

Por tanto, la magnitud del daño causado debe ser utilizada para valorar la gravedad del crimen, al implicar una graduación de la entidad del injusto sobre la base de la vulneración a los bienes jurídicos protegidos. Para aquello, la CPI debe determinar la escala y/o el impacto del hecho ilícito, para lo cual puede tener como base la cantidad de víctimas del crimen y/o las consecuencias y sufrimientos ocasionados y el carácter del crimen de prolongado en el tiempo.

2.2. La índole de la conducta ilícita

²⁹ CARCANO, A. 2002. "Sentencing and the Gravity of the Offense in International Criminal Law", *Revista International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51(3): p. 593.

³⁰ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 57.

³¹ *Id.*, p. 56.

³² RAYMOND, T., 2021. "Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives", *Amsterdam Law Forum*, 21 Edición, 13(2): pp. 36 y 56-57.

³³ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 55-56.

La índole de la conducta ilícita también se encuentra contemplada en la valoración de la gravedad del crimen, al incluir el examen de la naturaleza del crimen cometido y de su grado de desarrollo o *iter criminis*³⁴. La naturaleza del crimen cometido implica que la CPI establezca de forma previa si corresponde a genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de agresión o crimen de guerra, conforme al ER. Luego, y en la medida que los crímenes internacionales configuran por sí mismos una especial gravedad, la CPI puede realizar una especie de jerarquización sobre los mismos, por ejemplo, sobre la base de los valores fundamentales de la comunidad internacional protegidos en los crímenes³⁵.

La jerarquización de los crímenes del ER se fundamenta en el principio de graduación de la pena, el que permite distinguir entre crímenes cuya naturaleza es particularmente grave de aquellos cuya gravedad no hace merecedora una punición de igual equivalencia. En efecto, los tribunales penales internacionales *ad hoc* han utilizado en la práctica el presente principio, por ejemplo, planteando que los crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio son de extrema gravedad, al ser considerados los ataques más graves y peligrosos contra la vida y libertad de los seres humanos. Inclusive, el genocidio ha sido entendido como el de mayor gravedad entre los crímenes de competencia de los tribunales penales internacionales³⁶.

En mayor abundamiento, se ha entendido que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos por la misma conducta protegen intereses diferentes, pudiendo ser comparados en términos de gravedad. Por ejemplo, el homicidio doloso cometido como crimen de lesa humanidad conlleva una magnitud objetivamente mayor que el asesinato como crimen de guerra, y revela un estado de ánimo subjetivo del condenado que puede poner en peligro en mayor medida valores fundamentales de la comunidad internacional. Por otro lado, el homicidio doloso a prisioneros de guerra como parte de una práctica generalizada, incluyendo a autoridades del Estado, puede ser de igual o mayor gravedad que los crímenes de lesa humanidad³⁷.

³⁴ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época (14), pp. 216-217.

³⁵ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): pp. 48 y 51.

³⁶ Id., pp. 48 y 50.

³⁷ Id., pp. 51-52.

De lo mencionado, se puede sostener que la potencial jerarquización de los crímenes del ER depende de la discrecionalidad de la CPI y de las conclusiones arribadas al respecto en los casos concretos. No obstante, la CPI debe realizar un examen de la naturaleza del crimen cometido con tal de determinar la punición de la cual es merecedora, por lo que la índole de la conducta ilícita debe ser utilizada para valorar la gravedad del crimen.

2. 3. Los medios empleados para perpetrar el crimen

Los medios empleados para perpetrar el crimen pueden ser contemplados para realizar la valoración de la gravedad del crimen, correspondiendo a los instrumentos de comisión de la conducta punible³⁸. No obstante, queda a discreción de la CPI determinar su pertinencia para valorar la gravedad del crimen, principalmente según su reprochabilidad. Como ejemplos de medios reprochables, se ha planteado la utilización de dispositivos de descarga eléctrica sobre víctimas indefensas³⁹ y la comisión de los crímenes acompañado de violencia sexual⁴⁰.

2. 4. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

El presente factor supone la manera en que el crimen ha sido ejecutado⁴¹, implicando la forma, época y escenario de su comisión. Por tanto, también puede ser considerado por la CPI para valorar la gravedad del crimen⁴², en la medida que estime su pertinencia.

3. La conducta culpable del condenado

La conducta culpable del condenado no se logra identificar con claridad en la versión hispana de la Regla 145, la que señala en el numeral primero letra a) que la CPI debe tener presente

³⁸ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 1.

³⁹ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 53-54.

⁴⁰ RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, *Amsterdam Law Forum*, 21 Edición, 13(2): p. 36.

⁴¹ *Id.*, p. 53.

⁴² VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época (14), p. 217.

que la pena a imponer debe reflejar las circunstancias que eximan de responsabilidad criminal al condenado⁴³. Se visualiza la incongruencia de la disposición, ya que la presencia de una circunstancia eximente de responsabilidad en un caso concreto se traduce en la improcedencia de una sanción penal. Por este motivo, se hace menester el examen de la versión inglesa de la disposición mencionada, que dispone: “*the Court is to bear in mind that the totality of any sentence of imprisonment and fine must reflect the culpability of the convicted person*”⁴⁴. Con ello se puede determinar el alcance de la disposición, que consagra que la CPI debe tener presente el factor culpabilidad o conducta culpable del condenado, contemplado en diversas disposiciones del ER como en los artículos 23, 25.2 y 30⁴⁵.

En razón de lo mencionado, se ha sostenido que la disposición consagra el principio general de derecho penal “*nulla poena sine culpa*”, consistente en que no hay pena sin culpabilidad⁴⁶. Igualmente, y conforme con lo anterior, se contempla una limitación a la sanción penal, bajo el principio de que la pena impuesta al condenado no puede exceder su culpabilidad⁴⁷.

Por tanto, la culpabilidad implica que el hecho debe ser exigible al sujeto, lo que se comprueba mediante la imputación subjetiva del condenado como autor o partícipe. En efecto, el injusto sólo puede ser atribuible a la persona que actúa y que se considera como interviniente jurídico penalmente relevante del hecho punible, y en consecuencia, la pena a imponer debe ser estrictamente individual o personal, no pudiendo alcanzar a terceros inclusive ligados por cualquier vínculo con el condenado. Por otro lado, la culpabilidad del condenado también implica la exclusión de la responsabilidad objetiva o por el mero resultado, en la medida que no puede ser sancionado penalmente quien obra sin culpabilidad, al encontrarse sin la posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos⁴⁸.

⁴³ CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.

⁴⁴ Ibid., versión inglesa.

⁴⁵ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época (14), p. 213.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 1.

⁴⁸ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época (14), p. 213.

Se ha planteado que existen grados de culpabilidad a los que la imposición de la pena debe atender, y en específico, la menor culpabilidad radica en las diversas modalidades de la culpa y la mayor culpabilidad equivale al dolo del sujeto⁴⁹. Por tanto, la pena debe reflejar el grado de culpabilidad del condenado, teniendo presente que la regla general del ER es el dolo como única modalidad objeto de punición, conforme el artículo 30.1, no obstante existir excepciones como el artículo 28. A mayor abundamiento, la culpabilidad debe ser establecida mediante su graduación previa, no pudiendo la pena concreta sobrepasar dicha medida establecida. Lo señalado se encuentra en conformidad con el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, bajo el cual las consecuencias jurídicas de la pena deben tener un correlato proporcional con la modalidad de la conducta punible. En otras palabras, se hace menester distinguir entre las diversas modalidades de conducta punible, con tal de que las consecuencias jurídicas del crimen estén en una correspondencia proporcional con las mismas⁵⁰.

Con ello cobra relevancia la lógica de la justicia retributiva, bajo la cual la culpabilidad del condenado condiciona las consideraciones inherentes del crimen que son utilizadas para efectos de determinar la naturaleza y magnitud de la sanción penal⁵¹, con tal de que la conducta culpable se refleje en una pena justa y apropiada⁵².

De lo mencionado se puede sostener que la conducta culpable del condenado es un factor determinante para el establecimiento de una pena proporcional y justa por la CPI, implicando una graduación de la culpabilidad del condenado en un caso concreto, con tal de establecer una medida que deba ser reflejada en la sanción penal a imponer. No obstante gozar de discrecionalidad para realizar dicha graduación, la CPI debe basarse principalmente en la imputación subjetiva del sujeto, tanto en su grado de participación como de intencionalidad.

3. 1. El grado de participación del condenado

⁴⁹ Id., p. 214.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 66.

⁵² RADISAVLJEVIC, D. 2017. "ICC Statute Article 78". [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 1.

Dentro de la conducta culpable se incluye en primer lugar el grado de participación del sujeto⁵³, el que dice relación con las diversas modalidades de intervención en un delito⁵⁴, ya sea en la forma de autoría o de participación. Cobra relevancia el artículo 25.3 del ER, al regular las formas de intervención punibles en los crímenes internacionales.

El grado de participación se mide de acorde a los parámetros ya establecidos en el artículo 25.3, correspondiendo a un atributo personal de naturaleza objetiva. Al ser el aspecto objetivo de la conducta culpable, el grado de participación debe ser reflejado en el establecimiento de la pena, por ejemplo, tomando en cuenta el rol principal o secundario que cumple el condenado en la comisión del crimen⁵⁵.

Se han discutido los efectos de los grados de participación, planteando que la simple intervención justifica una responsabilidad penal y una penalidad de menor severidad, a diferencia de la planificación y el uso de la posición de autoridad en la comisión de un delito, mereciendo una pena más severa. No obstante, se debe tener presente que los elementos inherentes a la modalidad de intervención no pueden fundamentar en abstracto una mayor o menor punición, por ejemplo, el ostentar una posición de autoridad dentro de la cadena de mando y no participar directamente en la ejecución de un delito⁵⁶.

Por tanto, al valorar la conducta culpable del condenado, la CPI debe tomar en consideración el grado de participación concreto del condenado en el crimen, con tal que se refleje en la sanción penal a imponer. Si bien debe realizar las distinciones pertinentes, goza de discrecionalidad para establecer los efectos de cada forma de intervención.

3. 2. El grado de intencionalidad del condenado

⁵³ ZHANG, Binxin, 2015. “Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 785.

⁵⁴ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época (14), p. 217.

⁵⁵ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): pp. 58 y 61.

⁵⁶ Id., pp. 61 y 63.

En la conducta culpable también se incluye el grado de intencionalidad del condenado, implicando una valoración de la intensidad en la se manifiesta el aspecto subjetivo del tipo penal realizado por el sujeto. Cobra relevancia el artículo 30 del ER, al regular el elemento de intencionalidad de los crímenes internacionales, disponiendo que una persona sólo puede ser penalmente responsable y penada por un crimen de competencia de la CPI si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Por tanto, la regla general del ER es el dolo como única modalidad objeto de punición, no obstante existir excepciones en el ER como el artículo 28.1⁵⁷. A mayor abundamiento, el grado de intencionalidad consiste en el aspecto interno exteriorizado por el sujeto en la comisión de un crimen, por lo que corresponde a un atributo personal de naturaleza subjetiva que debe reflejarse en la conducta culpable. En conformidad con aquello, la justicia retributiva plantea que la responsabilidad penal y la punición dependen de la forma de culpabilidad subjetiva del sujeto, ya sea como culpa o como dolo. Como ejemplo, la comisión a sabiendas y premeditada de un delito merece una penalidad más severa⁵⁸.

Se puede sostener que la valoración de la conducta culpable debe contemplar el grado de intencionalidad del condenado, lo que implica realizar las distinciones pertinentes según la medida en que se exteriorice la intención y el conocimiento del sujeto. Lo anterior, gozando la CPI de una amplia discrecionalidad.

4. Las circunstancias agravantes

Las circunstancias agravantes atienden principalmente a la comisión del crimen concreto, en la medida que no dicen relación con los elementos legales de los crímenes. De presentarse un vínculo suficientemente próximo entre la circunstancia y el crimen que constituye la base de la condena, el efecto de las circunstancias agravantes consiste en tornar más severa la punición en un caso específico⁵⁹.

⁵⁷ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época (14), p. 217.

⁵⁸ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 58.

⁵⁹ RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): pp. 27 y 39.

Las circunstancias agravantes contempladas por la letra b) del numeral segundo de la Regla 145 son: 1) cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la CPI o de naturaleza similar; 2) el abuso de poder o del cargo oficial; 3) que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; 4) que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; 5) que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; y 6) otras circunstancias que por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas⁶⁰. La enumeración no es taxativa, puesto que la Regla 145.2.b.vi) utiliza la terminología “*otras circunstancias*”, pero con una exigencia que limita la discrecionalidad de la CPI⁶¹. Igualmente, la discrecionalidad de la CPI se limita con la prohibición de estimar como circunstancia agravante la falta de circunstancias atenuantes⁶² y con la prohibición de doble valoración⁶³.

4. 1. Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar

Las condenas previas corresponden a la conducta del condenado con anterioridad al hecho punible, y para fundamentar una agravante, se exige que sean por crímenes de competencia de la CPI o de naturaleza similar, por ejemplo, por un tribunal penal internacional *ad hoc*. Como se puede observar, es una circunstancia sumamente excepcional, puesto que la falta de condenas previas por crímenes de competencia de la CPI o de naturaleza similar es una característica común de los condenados por crímenes internacionales⁶⁴.

4. 2. El abuso de poder o del cargo oficial

⁶⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.

⁶¹ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 2 y RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): p. 39.

⁶² VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 70.

⁶³ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 4.

⁶⁴ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 5.

Para fundamentar la agravante, no basta con ejercer únicamente una posición de autoridad o de mando al momento de cometer un crimen, puesto que se exige que conlleve un abuso o ejercicio indebido en el caso concreto⁶⁵. No obstante, la CPI puede considerar la posición de autoridad en sí misma como una circunstancia de la Regla 145.2.b.vi), al ser de naturaleza similar. En cuanto a la posición de poder o el cargo oficial, puede consistir en cargos que son influyentes en la población⁶⁶, como lo es el cargo de primer ministro o presidente de Estado. También se incluyen los funcionarios políticos, los militares de alto rango, los comandantes y subcomandantes, entre otros⁶⁷.

4.3. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa

La especial indefensión de las víctimas dice relación con su estado o condición personal, como lo es su corta edad⁶⁸, su estado de captura o detención previa, ser mujeres embarazadas, enfermos y personas discapacitadas impedidas de huir⁶⁹. Igualmente, se puede incluir la vulnerabilidad de las víctimas por pertenecer a la población civil⁷⁰ y la ubicación en las que se cometió el crimen, como lo es el caso de centros de salud⁷¹.

4.4. Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas

⁶⁵ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): pp. 60-61 y 63.

⁶⁶ KURTH, M. 2013. “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity”, Goettingen Journal of International Law, vol. 5(2): p. 450.

⁶⁷ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 59.

⁶⁸ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 2.

⁶⁹ RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): p. 39.

⁷⁰ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 56.

⁷¹ RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): p. 40.

La circunstancia tiene dos aspectos, siendo la especial crueldad y la multiplicidad de víctimas. En cuanto a la primera, existen ciertos indicios que puede utilizar la CPI para establecerla, en la medida que no sean incluidos para valorar la gravedad del crimen, como por ejemplo, los medios especialmente reprochables y ciertos elementos de la modalidad de ejecución, como lo es la humillación y degradación exacerbadas de las víctimas y el carácter violento y público de los crímenes⁷². Igualmente, se pueden utilizar elementos que no son inherentes a la culpabilidad del condenado, como la comisión de los crímenes con ensañamiento, aumentando deliberadamente el sufrimiento de las víctimas⁷³. En segundo lugar, la multiplicidad de víctimas implica examinar la cantidad de afectados con el crimen⁷⁴, ostentando la CPI un alto grado de discrecionalidad para estimar cuándo es procedente.

4.5. Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21

Para establecer la circunstancia, se debe asociar alguna de las causales establecidas en el artículo 21.3 del ER, relativo al derecho aplicable, con los motivos del condenado al cometer el crimen. Las causales del párrafo 3 consisten en motivos prohibidos para basar una distinción entre personas, siendo estos: el género (definido en el artículo 7.3 del ER), 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 condición⁷⁵. No obstante, la CPI no puede establecer una agravante si los elementos legales del crimen o de la culpabilidad incluyen la intención discriminatoria, como en el crimen de persecución⁷⁶.

⁷² VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): pp. 53-54.

⁷³ RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): p. 34.

⁷⁴ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 56.

⁷⁵ ONU: Asamblea General, 1998. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 21.

⁷⁶ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 54 y RAYMOND, T., 2021. “Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives”, Amsterdam Law Forum, 21 Edición, 13(2): pp. 39 y 68.

4.6. Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas

Las circunstancias agravantes de la Regla 145.2.b.vi) sólo exigen que sean de similar naturaleza a las previamente enumeradas, con lo que se manifiesta la discrecionalidad de la CPI. Por ejemplo, se puede considerar el daño sufrido por los afectados y su victimización⁷⁷, el impacto social de la comisión del crimen⁷⁸ y el embarazo forzoso de ciertas víctimas en caso de que no se haya condenado separadamente como crimen de jurisdicción de la CPI⁷⁹. De todas formas, la CPI se encuentra limitada a la prohibición de doble valoración y a la prohibición de fundar una circunstancia agravante en la falta de circunstancias atenuantes. Por ello, no puede constituir una agravante la falta de cooperación sustancial o la declaración de inocencia del condenado, puesto que tiene derecho a la presunción de inocencia y a beneficiarse con la carga de la prueba en el procedimiento penal⁸⁰.

5. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

Las circunstancias individuales del condenado generalmente tienen por efecto una atenuación de la pena, por lo que en el presente trabajo son estudiadas de forma conjunta con las circunstancias atenuantes. Lo anterior, no obstante la discrecionalidad de la CPI para considerar como agravante ciertas circunstancias individuales.

En el artículo 78 del ER se mencionan las circunstancias individuales del condenado, siendo conforme con el principio de individualización de la pena. Como aproximaciones del factor se ha considerado los contemplados por la Regla 145.1.c), siendo la edad, instrucción y condición social y económica del condenado⁸¹. No obstante, al no ser una enumeración

⁷⁷ RAYMOND, T., 2021. "Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives", *Amsterdam Law Forum*, 21 Edición, 13(2): p. 35.

⁷⁸ RADISAVLJEVIC, D. 2017. "ICC Statute Article 78". [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 2.

⁷⁹ RAYMOND, T., 2021. "Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives", *Amsterdam Law Forum*, 21 Edición, 13(2): pp. 33-34, 37 y 40.

⁸⁰ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 70, 78 y 81.

⁸¹ RADISAVLJEVIC, D. 2017. "ICC Statute Article 78". [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 2.

exhaustiva se pueden incluir otros factores, como los antecedentes penales, la situación familiar, el estado de salud del condenado y su buen carácter⁸². Como limitación a lo anterior, no se pueden incluir atributos personales que indiquen alguna culpabilidad reducida en la forma de disminución de la capacidad mental de la Regla 145.2.a.i). Igualmente, se sostiene la relevancia limitada que se le debe otorgar a las circunstancias personales en la determinación de la pena⁸³, debiendo ser establecidas en base a las circunstancias concretas e incluso peculiares de cada caso concreto⁸⁴.

Las circunstancias individuales permiten realizar un debido tratamiento de consideraciones propias de la prevención especial positiva, velando por la rehabilitación y resocialización del condenado⁸⁵. Pero aquello no obsta para que alguna circunstancia personal del condenado, presente al momento de comisión del crimen, pueda ser utilizada para agravar la sanción penal⁸⁶, en razón de la discrecionalidad de la CPI. Por tanto, queda bajo el criterio de la CPI estimar la pertinencia y el efecto de las circunstancias individuales.

Las circunstancias atenuantes, por su parte, no implican una reducción de la gravedad del crimen o de la culpabilidad del condenado ya establecida⁸⁷, por lo que su efecto consiste únicamente en la mitigación de la pena a imponer. Se encuentran reguladas en la Regla 145.2.a), que contempla una lista no taxativa de circunstancias atenuantes, siendo estas⁸⁸: 1) las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal; y 2) la conducta del condenado después del acto. Como ejemplos de las circunstancias de la Regla 145.2.a.i), la disposición menciona la capacidad mental sustancialmente disminuida y la coacción. Por su parte, en la Regla 145.2.a.ii) se incluyen como ejemplos lo que haya hecho el condenado para resarcir a las víctimas y su cooperación con la CPI. La

⁸² VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 71.

⁸³ *Id.*, pp. 46 y 72.

⁸⁴ CARCANO, A. 2002. "Sentencing and the Gravity of the Offense in International Criminal Law", *Revista International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51(3): p. 605.

⁸⁵ VELÁSQUEZ, F. 2004. "La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época (14), p. 214.

⁸⁶ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 71.

⁸⁷ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 67-68.

⁸⁸ CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.

disposición no es taxativa, e incluso se ha sostenido que las circunstancias atenuantes no se encuentran limitadas a los hechos y circunstancias descritas en la DCC⁸⁹, con lo que se confirma la discrecionalidad de la CPI.

De lo expuesto se puede sostener que las circunstancias individuales deben ser examinadas y consideradas por la CPI para determinar la pena a imponer, ostentando gran discrecionalidad para establecer su efecto atenuante o agravante, pero debiendo tener una relevancia limitada. En cuanto a las circunstancias atenuantes, sólo pueden tener por efecto la mitigación de la sanción penal, quedando en gran medida a discreción de la CPI establecer su procedencia.

5.1. Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal

La circunstancia dice relación con las causales incompletas de exoneración de la responsabilidad penal, incluyendo la capacidad mental sustancialmente disminuida y la coacción, los que se refieren a la inimputabilidad del sujeto y al estado de necesidad por coacción⁹⁰. Por tanto, cobran relevancia los artículos 31 a 33 del ER al regular las causales de exoneración de la responsabilidad penal, y al respecto, se ha planteado que atienden al grado del injusto (como es el caso de la legítima defensa) o al grado de culpabilidad del condenado (como es el caso de la intoxicación y el error de hecho o de derecho en determinadas circunstancias particulares)⁹¹.

En cuanto a la capacidad mental sustancialmente disminuida, se sostiene que toda manifestación real de culpabilidad reducida debe ser tomada en consideración para la atenuación de la pena. La culpabilidad reducida consiste en atributos subjetivos del condenado que no logran excluir por completo su capacidad de formarse una intención criminal o una disposición negligente a la comisión del delito, pero que de todas formas disminuyen su

⁸⁹ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 2.

⁹⁰ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época (14), p. 215.

⁹¹ ZHANG, Binxin, 2015. “Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 788.

capacidad para actuar conforme a derecho o de apreciar la ilicitud de sus actos. De todas formas, se le debe otorgar una relevancia limitada como atenuante a los atributos personales del condenado para efectos de la determinación de la pena⁹².

La coacción sólo puede fundamentar una atenuante si el condenado no tenía elección ni libertad moral en la comisión del crimen⁹³, requiriendo la existencia de un riesgo o amenaza real y el intento del condenado de resistir o disociarse de la comisión del crimen⁹⁴. Al respecto, si bien puede ser el caso del condenado que no haya tenido más opción que formar parte en la ejecución de las operaciones donde se cometieron los crímenes, la coacción derivada de órdenes superiores sólo en circunstancias excepcionales puede ser tan severa que prive al subordinado de su libertad de elección⁹⁵.

Por añadidura y conforme el ER, las órdenes superiores sólo en las siguientes circunstancias copulativas eximen de responsabilidad penal: a) que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) que no supiera que la orden era ilícita; y c) que la orden no fuera manifiestamente ilícita, siendo las órdenes de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad siempre manifiestamente ilícitas⁹⁶. La procedencia de este tipo de coacción como circunstancia atenuante no tiene un planteamiento uniforme. Por un lado, las órdenes superiores se han estimado como una situación fáctica que contribuye a la existencia de coacción, y por otro lado, como una circunstancia independiente de aquella⁹⁷. Por su parte, el ER no señala expresamente el efecto atenuante que puede tener el obrar bajo órdenes superiores que no cumplan los requisitos señalados⁹⁸, por lo que la materia queda a discreción de la CPI.

⁹² VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 65-66.

⁹³ *Id.*, p. 63.

⁹⁴ ZHANG, Binxin, 2015. "Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing". En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), "Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3". Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 780.

⁹⁵ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 63.

⁹⁶ ONU: Asamblea General, 1998. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 33.

⁹⁷ ZHANG, Binxin, 2015. "Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing". En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), "Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3". Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, pp. 778-780 y 788.

⁹⁸ VAN DER VYVER, J., 2019. "International Directives Relating to Sentencing", *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): p. 62.

5. 2. La conducta del condenado después del acto

La circunstancia consiste en el comportamiento del condenado con posterioridad al hecho punible, incluyendo sus intentos por resarcir a las víctimas o cooperar con la CPI. Por esta razón, se sostiene que da cabida a consideraciones de la prevención especial positiva⁹⁹.

Por un lado, en cuanto a los intentos por resarcir a las víctimas, y por los potenciales efectos compensatorios, se entienden contemplados los esfuerzos por promover la paz y la reconciliación, la admisión de la culpa genuina, temprana y completa y la expresión de arrepentimiento y empatía demostrada a las víctimas¹⁰⁰. En el primer caso, resulta pertinente considerar el rol posterior que desempeñó el condenado en garantizar la implementación de acuerdos de cese de hostilidades¹⁰¹.

En la admisión de la culpa resulta necesario determinar la veracidad de las declaraciones y los esfuerzos por ayudar en la celeridad y disminución de los recursos del procedimiento, pudiendo ser considerado relevante para la atenuación de la pena. En cuanto a sus efectos compensatorios, puede eximir a las víctimas y demás testigos de la necesidad de prestar declaración en juicio y *“tiene el potencial de promover la reconciliación dentro de una comunidad desgarrada por los conflictos”*¹⁰², pero debe operar antes del comienzo del juicio y no en una etapa tardía¹⁰³ y puede encontrarse conectada con la declaración de remordimiento, en la medida que refleje un arrepentimiento del condenado¹⁰⁴.

⁹⁹ VELÁSQUEZ, F. 2004. “La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época (14), p. 215.

¹⁰⁰ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], pp. 3 y 5.

¹⁰¹ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): p. 60.

¹⁰² ZHANG, Binxin, 2015. “Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, pp. 781-782.

¹⁰³ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, Creighton International and Comparative Law Journal, 21 Edición, 10(1): pp. 80 y 82.

¹⁰⁴ ZHANG, Binxin, 2015. “Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 782.

En la expresión de arrepentimiento y empatía resulta pertinente considerar las declaraciones de remordimiento del condenado y sus esfuerzos por compensar a las víctimas, pero se ha sostenido que debe tener una relevancia limitada como atenuante. Cabe destacar que el arrepentimiento no necesariamente implica el reconocimiento de la participación en el crimen, ya que puede operar por participar en actos de compasión y asistencia a las víctimas¹⁰⁵.

Por otro lado, la cooperación del condenado con la CPI debe exceder el mero buen comportamiento, requiriendo que sea activa y sustancial. Un ejemplo es la actitud excepcionalmente respetuosa y colaborativa con los procedimientos y sus partes¹⁰⁶, y como indicio se puede utilizar la entrega de información especialmente relevante y útil para la investigación o dictación de la sentencia¹⁰⁷. Por tanto, la cooperación y el buen comportamiento deben ser excepcionales para poder fundamentar una circunstancia atenuante¹⁰⁸, dependiendo principalmente de la extensión y calidad de la información proporcionada por el condenado y de su voluntariedad¹⁰⁹. De todas formas, queda a discreción de la CPI determinar su excepcionalidad en un caso concreto.

¹⁰⁵ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 79 y 82-83.

¹⁰⁶ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], pp. 3-4.

¹⁰⁷ ZHANG, Binxin, 2015. “Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 782.

¹⁰⁸ RADISAVLJEVIC, D. 2017. “ICC Statute Article 78”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta: 14 abril 2022], p. 4.

¹⁰⁹ VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): pp. 76.

III. LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CPI. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE PRIMERA INSTANCIA PRONUNCIADAS HASTA EL AÑO 2022

En adelante se realizará el análisis de las resoluciones judiciales pronunciadas por la CPI en primera instancia hasta mayo de 2022. Por un lado, se identificarán los factores utilizados y la forma en que han sido interpretados en abstracto, con tal de reconocer estándares, criterios y/o indicios aplicables a cada factor. Por otro lado, se expondrá la aplicación en concreto de los estándares o criterios cuando sea atinente.

1. Sentencia del caso Lubanga

En la sentencia conforme al artículo 76 del ER en el caso “*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*”, pronunciada el 10 de julio de 2012, la SPI I desarrolla los factores relevantes para la determinación de la pena en un apartado homónimo. De forma previa, incluye como derecho aplicable el artículo 81.2.a) del ER de la apelación, conforme lo cual la pena debe ser proporcional al crimen y, de acuerdo con la Regla 145.1.a), reflejar la culpabilidad del condenado¹¹⁰. Igualmente, y conforme lo concluido en el capítulo anterior¹¹¹, sostiene que, si bien los factores relevantes no se limitan a los hechos y circunstancias establecidos en la DCC, se limitan con la prohibición de doble valoración, bajo la cual no pueden ser utilizados para valorar la gravedad del crimen y simultáneamente para establecer agravantes¹¹².

1. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto

1. 1. 1. La gravedad del crimen

De forma previa deben mencionarse los crímenes objeto de la condena, al tener relevancia para el desarrollo de ciertas consideraciones de la SPI, siendo los crímenes de guerra de

¹¹⁰ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 26 y 36.

¹¹¹ Vid. *supra*, II-2.

¹¹² CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 27-30 y 35.

reclutar y alistar niños menores de 15 años en grupos armados y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. El primer factor que la SPI estudia es la gravedad de los crímenes, el cual considera de especial importancia para determinar la pena en concreto conforme al artículo 78.1 y a la Regla 145¹¹³, lo que es congruente con el capítulo anterior¹¹⁴. Para realizar su valoración, utiliza la magnitud del daño y la índole de la conducta ilícita.

1. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

La SPI fija un criterio para la magnitud del daño causado, al determinar la escala y el impacto de los crímenes según la cantidad de víctimas y las consecuencias sufridas por las mismas. Para la escala fija un estándar de cantidad de víctimas, al no ser necesario concluir sobre un número exacto mientras sea significativo¹¹⁵. De lo razonado por la SPI se puede observar que sigue lo concluido en el capítulo anterior, sobre la graduación de la entidad del injusto determinando la escala y/o el impacto del crimen con la cantidad de víctimas y/o las consecuencias y sufrimientos ocasionados¹¹⁶.

1. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

La SPI fija un criterio para valorar la índole de la conducta ilícita, al examinar el propósito principal de la prohibición que emana de los crímenes con base en el objetivo histórico de su establecimiento, y las consecuencias en abstracto. Los crímenes buscan asegurar el bienestar físico y psicológico y la protección de los menores de 15 años de los riesgos asociados a los conflictos armados¹¹⁷, y su gravedad es extrema por las graves consecuencias que trae a los niños afectados, a su entorno y a la comunidad en general. En primer lugar, los niños son un grupo vulnerable, y conforme diversos tratados internacionales, se les debe proporcionar una especial protección en el contexto de un conflicto armado. En segundo lugar, el hecho de utilizar niños para que participen activamente en las hostilidades implica exponerlos a un daño real como potenciales objetivos de ataque, enfrentando el riesgo inevitable de ser lesionados

¹¹³ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 36.

¹¹⁴ Vid. *supra*, II-2.

¹¹⁵ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 49-50.

¹¹⁶ Vid. *supra*, II-2.1.

¹¹⁷ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 38-39.

y/o asesinados. En tercer lugar, las consecuencias son generadas también al entorno de los niños y a la comunidad en general¹¹⁸. En cuarto lugar, la pérdida de educación en los niños soldados merma sus habilidades sociales, presentando dificultades para socializar y colocándolos en una situación desventajosa, especialmente en cuanto a empleo¹¹⁹.

El razonamiento de la SPI es congruente con lo concluido en el capítulo anterior, en cuanto a examinar la naturaleza del crimen cometido para determinar la punición de la cual es merecedora¹²⁰. En la especie, la SPI estudia el propósito principal de la prohibición de los crímenes y sus consecuencias en abstracto para determinar su extrema gravedad, con lo cual se puede concluir que los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años son de los más graves del ER, en un intento por realizar su jerarquización.

1. 1. 2. La conducta culpable del condenado

La SPI valora la culpabilidad del condenado examinando el grado de participación y el grado de intencionalidad, fijando como criterio considerar la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes, para lo cual recurre a los razonamientos de la sentencia de conformidad con el artículo 74 utilizados para concluir que el condenado fue coautor. En efecto, para determinar el alto grado de participación e intencionalidad y su relevancia para la pena, toma en cuenta el plan común, las contribuciones esenciales y el rol del condenado¹²¹.

El razonamiento de la CPI se encuentra conforme con lo concluido en el capítulo anterior, sobre la graduación de la culpabilidad concreta con la imputación subjetiva del sujeto, implicando su grado de participación y de intencionalidad¹²². En base a lo resuelto por la CPI, se puede sostener que la culpabilidad debe ser valorada siguiendo el criterio de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes, recogiendo las conclusiones que establecieron el modo de responsabilidad en la condena.

¹¹⁸ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 37 y 40.

¹¹⁹ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 42.

¹²⁰ Vid. *supra*, II-2.2.

¹²¹ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 52-53.

¹²² Vid. *supra*, II-3.

1. 1. 3. Las circunstancias agravantes

Las circunstancias estudiadas son: que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación; los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes; y las circunstancias personales que agravan la pena.

1. 1. 3. 1. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa

La SPI excluye la circunstancia consagrada en la Regla 145.2.b.ii), por estimar que la edad de las víctimas es un elemento contemplado en el tipo penal, lo que no puede fundamentar una agravante¹²³. Con ello, se podría sostener la improcedencia de basar las agravantes en los elementos legales de los crímenes, razonamiento similar al expuesto en el capítulo anterior¹²⁴.

1. 1. 3. 2. Que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación

La SPI establece un estándar de exigibilidad para la circunstancia enumerada en la Regla 145.2.b.v), debiendo verificar que el condenado discriminó deliberadamente a las víctimas en el momento de la conducta relevante. Por razones probatorias no se cumple el estándar¹²⁵. El razonamiento de la SPI torna más difícil el establecimiento de la agravante, en comparación con lo señalado en el capítulo anterior¹²⁶, donde sólo se requiere la asociación con alguna causal del artículo 21.3 del ER. Por ello, se puede sostener que la SPI limita su discrecionalidad, al requerir determinar la concurrencia del elemento de intencionalidad en su variante de intención, siendo insuficiente el conocimiento.

1. 1. 3. 3. Los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes

¹²³ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 78.

¹²⁴ Vid. *supra*, II-4.

¹²⁵ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 81.

¹²⁶ Vid. *supra*, II-4.5.

La SPI afirma la posibilidad de establecer como agravante la violencia sexual, a pesar de no ser imputada como un crimen de jurisdicción de la CPI ni ser contenida en la DCC¹²⁷. Para aquello fija como estándar verificar que la circunstancia sea lo suficientemente generalizada e imputable al condenado; pero no se cumple por razones probatorias¹²⁸. El razonamiento de la SPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior¹²⁹, sobre las circunstancias agravantes de la Regla 145.2.b.vi) y sobre la exigencia de un vínculo suficientemente próximo entre la circunstancia y el crimen para poder agravar la pena.

1. 1. 3. 4. Las circunstancias personales que agravan la pena

La SPI confirma la posibilidad de considerar circunstancias personales del condenado como agravantes o como atenuantes de la pena, reforzando lo concluido en el capítulo anterior¹³⁰. En efecto, establece como agravante la instrucción superior del condenado y su grado de discernimiento, por ser un individuo que manifiesta inteligencia y buena educación, pudiendo comprender la gravedad de los crímenes de la condena. Como indicios de lo anterior, la SPI utiliza su edad al momento de la conducta relevante (41 años); el ostentar una licenciatura en psicología; y el haber tenido una posición de autoridad dentro del grupo armado¹³¹.

1. 1. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

Las circunstancias estudiadas son: las circunstancias personales del condenado; la promoción de la paz y de la reconciliación; la cooperación con la CPI; y la violación de derechos del condenado.

1. 1. 4. 1. Las circunstancias personales del condenado

¹²⁷ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 67-68.

¹²⁸ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 69 y 74.

¹²⁹ Vid. *supra*, II-4 y 4.6.

¹³⁰ Vid. *supra*, II-5.

¹³¹ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 56.

Si bien la SPI establece una agravante, de forma previa realiza una integración de las normas del ER y de las RPP, con lo que sostiene que las circunstancias individuales del artículo 78.1 incluyen las de la Regla 145.1.c)¹³². El razonamiento es conforme con el capítulo anterior¹³³, sobre la no exhaustividad de la enumeración y la discrecionalidad de la CPI.

1. 1. 4. 2. La promoción de la paz y de la reconciliación

La SPI fija un criterio para la circunstancia, al examinar los motivos del condenado en el momento de la conducta relevante, pero confirmando su relevancia limitada como atenuante. Como indicio utiliza la efectividad de sus órdenes de desmovilización, lo que debe implicar que se detenga el reclutamiento constante durante la acusación. Si bien no establece la atenuante por razones probatorias¹³⁴, lo resuelto confirma lo enunciado en el capítulo anterior¹³⁵, sobre la relevancia limitada y la inclusión en la Regla 145.2.a.ii).

1. 1. 4. 3. La cooperación con la CPI

La SPI fija un estándar de excepcionalidad para la circunstancia contemplada en la Regla 145.2.a.ii), debiendo verificar la efectiva y valiosa cooperación del condenado con la CPI. Para establecer la atenuante, utiliza como indicios copulativos la actitud respetuosa y colaborativa frente a los procedimientos; y el contexto de situaciones onerosas y excepcionales no imputables al condenado, como la constante paralización del procedimiento atribuible a otros actores procesales¹³⁶. El razonamiento refuerza la conclusión del capítulo anterior¹³⁷ sobre el requisito de excepcionalidad, lo que se manifiesta con los indicios copulativos que la SPI estima suficientes para cumplir el estándar de excepcionalidad.

1. 1. 4. 4. La violación de derechos del condenado

¹³² CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 54.

¹³³ Vid. *supra*, II-5.

¹³⁴ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párr. 87.

¹³⁵ Vid. *supra*, II-5 y 5-2.

¹³⁶ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 91.

¹³⁷ Vid. *supra*, II-5-2.

La SPI establece una limitación para el establecimiento de la atenuante, al no poder basarse en los abusos del proceso, como las violaciones a derechos fundamentales del condenado durante la tramitación del juicio¹³⁸. Si bien lo resuelto no encuentra sustento en el capítulo anterior, resulta llamativo por limitar la discrecionalidad de la CPI para poder establecer la atenuante.

1. 2. Aplicación en concreto de los factores

1. 2. 1. La gravedad del crimen

Para la magnitud del daño causado, la SPI cumple el estándar de cantidad de víctimas, determinando la gran escala de los crímenes por ser aproximadamente 2.900 los menores de 15 años alistados por el grupo armado¹³⁹.

2. Sentencia del caso Katanga

En la sentencia pronunciada en el caso “*The Prosecutor v. Germain Katanga*” con fecha 23 de mayo de 2014, la SPI II desarrolla los factores relevantes en el apartado denominado “factores a tomar en consideración conforme la Regla 145 de las RPP”. De forma previa, y al igual que en la sentencia anterior¹⁴⁰, reafirma la exigencia de proporcionalidad de la pena y la prohibición de doble valoración¹⁴¹.

2. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto.

2. 1. 1. La gravedad del crimen

Los crímenes objeto de la condena son los de: asesinato como crimen de lesa humanidad y de guerra; dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que

¹³⁸ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 89-90.

¹³⁹ CPI, SPI I, 10/07/2012, Lubanga, párrs. 46 y 49-50.

¹⁴⁰ Vid. *supra*, 1.

¹⁴¹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 35 y 43.

no participen directamente en las hostilidades, como crimen de guerra; destruir bienes del enemigo como crimen de guerra; y saqueo como crimen de guerra.

La SPI sostiene que la gravedad del crimen debe ser establecida desde un punto de vista cuantitativo y desde uno cualitativo¹⁴², no siendo desarrollado explícitamente en la sentencia. Para valorar el factor, la SPI utiliza la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita y las circunstancias del modo, tiempo y lugar.

2. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

La SPI sigue el criterio de la escala e impacto y el estándar de cantidad de víctimas establecidos en la sentencia anterior¹⁴³, y para el caso del impacto, agrega el estudio de la duración y reparación de las consecuencias sufridas¹⁴⁴. Con ello, se reproduce la conclusión sobre la graduación de la entidad del injusto¹⁴⁵.

2. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

En concordancia con lo concluido en el capítulo anterior, sobre la posibilidad de jerarquizar los crímenes del ER¹⁴⁶, la SPI confirma que no son necesariamente equivalentes en términos de gravedad, por lo que puede realizar distinciones, como entre los crímenes contra las personas y los cometidos únicamente contra la propiedad. Si bien no se desarrollan dichas distinciones en concreto¹⁴⁷, cobra relevancia el intento de jerarquización observado en la sentencia anterior sobre la extrema gravedad de los crímenes objeto de la condena¹⁴⁸.

2. 1. 1. 3. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

¹⁴² CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párr. 43.

¹⁴³ Vid. *supra*, 1.1.1.1

¹⁴⁴ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 44, 46-52 y 55-60.

¹⁴⁵ Vid. *supra*, II-2.1.

¹⁴⁶ Vid. *supra*, II-2.2.

¹⁴⁷ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párr. 43.

¹⁴⁸ Vid. *supra*, 1.1.1.2.

La SPI fija un criterio al examinar el periodo y la ubicación en la que se cometieron los crímenes y la modalidad de ejecución, utilizando como indicios la hora de madrugada; el ataque en diversas direcciones; la persecución de civiles desarmados; la comisión acompañada de otros actos ilícitos; y el haber actuado con motivos discriminatorios¹⁴⁹. Se puede observar que lo resuelto por la SPI es congruente con lo concluido en el capítulo anterior¹⁵⁰, sobre el alcance del factor cuando la CPI lo estima relevante.

2. 1. 2. La conducta culpable del condenado

La SPI incrementa la exigencia de que la pena refleje la culpabilidad, estimando que implica la consciencia del condenado de que los crímenes imputados son de los más graves que conciernen a la comunidad internacional y que por ello merecen una penalidad más severa¹⁵¹.

Por otro lado, niega la jerarquía en abstracto de los modos de responsabilidad del artículo 25 del ER, tanto de culpabilidad como de penalidad para efectos de la pena, afirmando que la culpabilidad debe ser establecida únicamente en concreto¹⁵². Para realizar aquello sigue el criterio de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes fijado en la sentencia anterior¹⁵³, recurriendo a las conclusiones para establecer el modo de responsabilidad en la condena, con lo que determina la relevancia del grado de participación e intencionalidad. La SPI también considera el nivel de organización del grupo armado al momento de la conducta relevante y el control del condenado sobre la comisión de los crímenes en el sentido del artículo 25.3.a), pero no le otorga relevancia por razones probatorias¹⁵⁴. Con ello, se reproduce la conclusión sobre la graduación de la culpabilidad concreta¹⁵⁵, viéndose reforzada con lo resuelto para los modos de responsabilidad del artículo 25.

2. 1. 3. Las circunstancias agravantes

¹⁴⁹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 44, 46-49 y 51-54.

¹⁵⁰ Vid. *supra*, II-2.4.

¹⁵¹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 42-43.

¹⁵² CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párr. 61.

¹⁵³ Vid. *supra*, I.1.2.

¹⁵⁴ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 45 y 62-68.

¹⁵⁵ Vid. *supra*, II-3 y III-1.1.2.

La SPI fija un requisito para establecer las agravantes en concreto, debiendo relacionarse directamente con los crímenes de la DDC y teniendo presente la conducta del condenado¹⁵⁶. En la especie estudia la circunstancia del abuso de poder o del cargo oficial contemplada en la Regla 145.2.ii), para la cual fija un estándar de doble comprobación que refuerza lo sostenido en el capítulo anterior¹⁵⁷, debiendo verificar que el condenado ejerció su posición de autoridad y que abusó de ella o hizo uso de su influencia para promover los crímenes. Para aquello utiliza como indicios el poder efectivo del condenado sobre el grupo armado y su función en los crímenes; estimando que no se cumple el estándar¹⁵⁸.

2. 1. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

La SPI resuelve dos consideraciones generales para las atenuantes. Primero, confirma la posibilidad de basarse en hechos y circunstancias que no se conecten directamente con los crímenes de la acusación, como lo es la cooperación con la CPI y el demostrar un arrepentimiento sincero. Segundo, confirma la imposibilidad de constituir una disminución de la gravedad de los crímenes, sólo siendo relevantes para mitigar la pena¹⁵⁹. Lo resuelto por la SPI refuerza lo expuesto y concluido en el capítulo anterior¹⁶⁰, en cuanto a la discrecionalidad de la CPI para las atenuantes y su efecto de mitigación de la sanción penal. En la especie, examina las siguientes: las circunstancias personales del condenado; la promoción de la paz y de la reconciliación; la expresión de remordimiento y de empatía a las víctimas; la cooperación con la CPI; y la violación de derechos del condenado.

2. 1. 4. 1. Las circunstancias personales del condenado

La SPI sigue lo resuelto sobre la integración normativa¹⁶¹, incluyendo en la Regla 145.1.c) la edad del condenado en el momento de la conducta relevante, su grado de discernimiento, su

¹⁵⁶ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párr. 31.

¹⁵⁷ Vid. *supra*, II-4.2.

¹⁵⁸ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 74-75.

¹⁵⁹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 32 y 77.

¹⁶⁰ Vid. *supra*, II-5.

¹⁶¹ Vid. *supra*, 1.1.4.1.

reputación o buen carácter, sus circunstancias familiares y sociales y su posibilidad de reintegración. Confirma la relevancia limitada como atenuante de la edad, las circunstancias familiares y sociales y la posibilidad de reintegración; estableciendo en la especie una atenuante limitada con los señalados, a excepción de la edad. Para las circunstancias familiares y sociales, utiliza como indicios el estado civil; la cantidad y edad de los menores de edad bajo su cuidado; y el gran interés por el cuidado, bienestar y educación de los menores. Como indicios facilitadores de la reintegración, utiliza la familia particularmente unida; la corta edad de los menores bajo su cuidado; y el hecho de que tengan que crecer lejos de su padre¹⁶².

Por otro lado, la SPI establece una limitación para la reputación o buen carácter, al no poder establecer una atenuante con los atributos que se relacionan con la valentía que se debe exhibir en la fuerza militar y al actuar en nombre de la comunidad. Si bien sostiene que el aprecio social le otorgó confianza y respeto en su comunidad, valores considerados fundamentales cuya defensa no se puede reprochar, no obsta su capacidad de discernimiento ya establecida¹⁶³.

Si bien el razonamiento refuerza lo expuesto en el capítulo anterior¹⁶⁴, sobre las circunstancias individuales y la discrecionalidad de la CPI; la discrecionalidad se ve restringida con la limitación, imposibilitando establecer una atenuante con los atributos que se asocian a la fuerza militar y la comunidad.

2. 1. 4. 2. La promoción de la paz y la reconciliación

La SPI establece un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que los esfuerzos del condenado sean manifiestos, efectivos y genuinos. Como indicios utiliza la participación en la liberación de rehenes, en la firma de acuerdos de cese de hostilidades y en actividades de pacificación; y la colaboración con el adversario, manifestándose en acciones efectivas que fomenten la reconciliación¹⁶⁵. No se cumple el estándar, ya que los indicios no se presentan completamente, no demostrando la intención de promover activamente el proceso de paz¹⁶⁶. El

¹⁶² CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 81-88.

¹⁶³ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párr. 86.

¹⁶⁴ Vid. *supra*, II-5.

¹⁶⁵ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 91-93, 97, 101, 114-115 y 121.

¹⁶⁶ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 92, 95-96, 98-99 y 102-105.

único indicio que se presenta y que establece una atenuante es la activa participación en el proceso de desmovilización, con la contribución positiva del condenado¹⁶⁷. El indicio señalado es similar al de la sentencia anterior¹⁶⁸, sobre la efectividad de las órdenes de desmovilización. Si bien no se pronuncia sobre la relevancia limitada como atenuante, se encuentra conforme con el capítulo anterior, en cuanto la inclusión en la Regla 145.2.a.ii)¹⁶⁹.

2. 1. 4. 3. La expresión de remordimiento y de empatía por las víctimas

Para la expresión de remordimiento, la SPI fija un estándar de sinceridad, debiendo verificar que se manifieste profunda y genuinamente. Como indicios utiliza el reconocimiento de los crímenes y el desinterés de la declaración, pero este último no se presenta¹⁷⁰. Para la muestra de empatía a las víctimas fija un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que las acciones demuestran una compensación suficiente, pero sostiene que debe tener una relevancia menor como atenuante que la expresión de remordimiento; y por razones probatorias no se establece¹⁷¹. El razonamiento de la SPI confirma lo expuesto en el capítulo anterior¹⁷², sobre la inclusión en la Regla 145.2.a.ii), el potencial efecto compensatorio y la relación entre la admisión de la culpa y la declaración de remordimiento, no obstante ser el reconocimiento de los crímenes sólo un indicio, puesto que la declaración también puede operar por participar en actos de compasión y asistencia a las víctimas.

2. 1. 4. 4. La cooperación con la CPI

La SPI confirma el estándar de excepcionalidad de la sentencia anterior¹⁷³, sosteniendo que debe exceder del mero buen comportamiento, siendo insuficiente la concurrencia y actitud positiva en los procedimientos por ser una conducta esperada por cualquier tribunal de un acusado. En la especie los indicios considerados insuficientes son el otorgar un testimonio extenso; responder de buena manera a las preguntas de las partes; y entregar voluntariamente

¹⁶⁷ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 107-115.

¹⁶⁸ Vid. *supra*, 1.1.4.2.

¹⁶⁹ Vid. *supra*, II-5 y 5-2.

¹⁷⁰ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 118-119.

¹⁷¹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 117 y 120-121.

¹⁷² Vid. *supra*, II-5-2.

¹⁷³ Vid. *supra*, 1.1.4.3.

información detallada¹⁷⁴. El razonamiento contradice uno de los indicios utilizados anteriormente, puesto que la actitud respetuosa y positiva es insuficiente para establecer una atenuante. De todas formas, la sentencia Lubanga requiere también de situaciones onerosas y excepcionales, con lo que se puede sostener que el buen comportamiento depende de aquellas para cumplir el estándar. Por tanto, nuevamente se refuerza la conclusión del capítulo anterior¹⁷⁵, en cuanto al requisito de excepcionalidad.

2. 1. 4. 5. La violación de los derechos del condenado

La SPI establece un estándar de excepcionalidad para la atenuante, debiendo verificar que la vulneración de derechos fundamentales sea en el contexto de la detención de la CPI por un procedimiento iniciado ante ella¹⁷⁶. Para el derecho a ser asistido por un abogado, utiliza como indicio la inasistencia tras la lectura de la orden de detención y durante el traslado a las instalaciones de la CPI; el que no se presenta para establecer una atenuante¹⁷⁷. El razonamiento es contrario a lo resuelto en la sentencia anterior¹⁷⁸, que limita la discrecionalidad de la CPI, puesto que la SPI la manifiesta pero restringida al estándar.

2. 2. Aplicación en concreto de los factores

2. 2. 1. La gravedad del crimen

2. 2. 1. 1. La magnitud del daño causado

Aplicando el criterio seguido la SPI determina la gran escala e impacto de los crímenes, ya que el ataque militar resultó en numerosos civiles afectados y en graves consecuencias que perduran al tiempo de la sentencia, como el incremento de la pobreza y el abandono de la localidad. Da por cumplido el estándar de cantidad de víctimas, al ser numerosa¹⁷⁹. En cuanto

¹⁷⁴ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 126-128.

¹⁷⁵ Vid. *supra*, II-5-2.

¹⁷⁶ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 136-137.

¹⁷⁷ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 139-140.

¹⁷⁸ Vid. *supra*, 1.1.4.4.

¹⁷⁹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párr. 44.

al impacto, la particular crueldad de los actos causó un sufrimiento físico extremo a las víctimas, y los actos de destrucción resultaron en la mayoría de los edificios incendiados y destruidos, siendo arrebatada propiedad esencial para la vida diaria¹⁸⁰. Más aún, la localidad aún se encontraba horrorizada por los crímenes, puesto que familias sufrieron mental y físicamente, muchos edificios fueron destruidos y los residentes se empobrecieron aún más con el ataque militar, viéndose afectada la comunidad en general. Al ser la pobreza la principal dificultad que atraviesan los residentes, muchas personas se vieron excluidas de la economía y de la vida social¹⁸¹.

2. 2. 1. 2. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

Aplicando el criterio fijado, la SPI afirma la existencia de un patrón constante y particularmente violento en la comisión de los crímenes, en base a los indicios utilizados. Por un lado, otorga relevancia a la fecha y hora de madrugada, y por otro lado, al ataque a la localidad en diversas direcciones por soldados del grupo armado; a la persecución y ataque a civiles durmiendo o refugiados en arbustos, asesinandolos o sometiéndolos a abusos sexuales; a la ocupación, destrucción y saqueo de edificios; y al forzar a víctimas capturadas a transportar los objetos saqueados¹⁸². La SPI también afirma que el ataque tuvo una clara dimensión discriminatoria, ya que los perpetradores consideraron a las personas atacadas como enemigas y decidieron su destino en base a su etnia¹⁸³.

3. Sentencia del caso Bemba

En la sentencia pronunciada en el caso “*The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, con fecha 21 de junio de 2016, la SPI III desarrolla los factores relevantes en los apartados “derecho aplicable” y “análisis”. De forma previa reafirma lo asentado con anterioridad¹⁸⁴, relativo a la proporcionalidad de la pena y la prohibición de doble valoración, añadiendo que los elementos legales de los crímenes o el modo de responsabilidad no pueden ser utilizados

¹⁸⁰ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 46-47, 49 y 51-52.

¹⁸¹ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 55-59.

¹⁸² CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 44, 46-49 y 51-52.

¹⁸³ CPI, SPI II, 23/05/2014, Katanga, párrs. 44 y 53-54.

¹⁸⁴ Vid. *supra*, 1 y 2.

para establecer circunstancias agravantes¹⁸⁵. Por otro lado, realiza una esquematización ilustrativa sobre la interacción de los factores del artículo 78.1 y de la Regla 145.1.c), sosteniendo que las sentencias anteriores utilizaron ciertos factores de la Regla para valorar los contenidos en el artículo y otros para establecer la procedencia de las circunstancias atenuantes y agravantes de la Regla 145.2¹⁸⁶.

3. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto

3. 1. 1. La gravedad del crimen

Los crímenes de la condena son los de: asesinato como crimen de lesa humanidad y de guerra; violación como crimen de lesa humanidad y de guerra; y saqueo como crimen de guerra.

En primer lugar, la SPI reproduce lo establecido en la sentencia Lubanga¹⁸⁷, sobre la especial importancia de la gravedad del crimen¹⁸⁸, y para realizar su valoración, utiliza la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita y las circunstancias de modo, tiempo y lugar. En segundo lugar, la SPI fija un estándar de exigibilidad para el ámbito específico de la responsabilidad del superior, debiendo establecer la gravedad de los crímenes cometidos por los subordinados y la gravedad de la conducta del condenado en no prevenir o reprimir los crímenes o en no someter el asunto a las autoridades competentes; para lo cual necesariamente debe considerar los elementos del crimen, pero ostentando un alto grado de discrecionalidad para establecer la procedencia de los demás factores relevantes¹⁸⁹. En la especie, efectivamente estudia de forma separada la gravedad de los crímenes cometidos por los subordinados y la de la conducta del condenado¹⁹⁰.

3. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

¹⁸⁵ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 11-14.

¹⁸⁶ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 13-14.

¹⁸⁷ Vid. *supra*, 1.1.1.

¹⁸⁸ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 15.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 59-67.

La SPI sigue el criterio jurisprudencial de la escala e impacto y el estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas¹⁹¹, sin añadir nuevas consideraciones¹⁹². Se reproduce la conclusión sobre la graduación de la entidad del injusto¹⁹³.

3. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

En primer lugar, la SPI afirma la posibilidad de analizar los crímenes de lesa humanidad y los de guerra en conjunto cuando se basan en la misma conducta¹⁹⁴, lo que realiza en la especie. En segundo lugar, siguiendo la posibilidad de jerarquizar los crímenes del ER¹⁹⁵, la SPI determina la particular gravedad en abstracto de los crímenes de violencia sexual y los cometidos contra menores de edad, por el estatus especial que le otorgan diversas disposiciones del ER y de las RPP en razón de las consecuencias especialmente graves¹⁹⁶. Con ello, se puede sostener que la SPI sigue el criterio de las consecuencias en abstracto, fijado por la sentencia Lubanga¹⁹⁷.

De lo razonado por la SPI se puede observar una concordancia con lo resuelto en las sentencias anteriores¹⁹⁸, sobre el intento de jerarquizar los crímenes del ER. Al complementar lo resuelto se puede observar un esquema de gravedad en abstracto, donde los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años son de extrema gravedad, y le siguen los crímenes de violencia sexual por ser particularmente graves.

3. 1. 1. 3. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

La SPI sigue el criterio del periodo, la ubicación y la modalidad de ejecución de los crímenes fijado en la sentencia anterior¹⁹⁹, utilizando como indicios las múltiples ubicaciones atacadas; la resistencia de las víctimas; el carácter público; la comisión acompañada de otros actos

¹⁹¹ Vid. *supra*, 1.1.1.1 y 2.1.1.1.

¹⁹² CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 29-32, 40 y 49-51.

¹⁹³ Vid. *supra*, II-2.1.

¹⁹⁴ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 24.

¹⁹⁵ Vid. *supra*, II-2.2.

¹⁹⁶ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 35.

¹⁹⁷ Vid. *supra*, 1.1.1.2.

¹⁹⁸ Vid. *supra*, 1.1.1.2 y 2.1.1.2.

¹⁹⁹ Vid. *supra*, 2.1.1.3.

ilícitos; y el contexto militar del ataque²⁰⁰. Nuevamente, se observa la coherencia con lo concluido en el capítulo anterior²⁰¹.

3. 1. 2. La conducta culpable del condenado

La SPI sigue lo resuelto en la sentencia anterior sobre los modos de responsabilidad²⁰², negando también la jerarquía de gravedad y culpabilidad entre las formas de los artículos 25.3 y 28 del ER. En razón de ello, la gravedad de la responsabilidad del superior no se puede establecer únicamente en su comparación con la comisión bajo el artículo 25.3²⁰³, lo que es relevante en la especie, puesto que el condenado lo fue por actuar como jefe militar bajo el artículo 28.a) del ER²⁰⁴. No obstante lo anterior, la SPI estima que puede hacer una ponderación de gravedad del artículo 28, según la cual la gravedad de la conducta de los líderes de alto mando es generalmente mayor que la de sus subordinados, arriesgando una mayor punición; y el fracaso constante de un superior en ejercer sus deberes de prevención o represión es generalmente de mayor gravedad que los incidentes aislados, por alentar implícitamente a los subordinados a creer que pueden cometer crímenes con impunidad²⁰⁵.

Para determinar la culpabilidad en la especie, la SPI sigue el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes²⁰⁶, estudiando el requerimiento de conexión y los distintos estándares de la culpabilidad²⁰⁷. En el requerimiento de conexión la importancia del rol del superior incrementa su culpabilidad, especialmente cuando los crímenes no se hubieran cometido o se hubieren prevenido de haber ejercido su control de forma adecuada. En los estándares de la culpabilidad, se incrementa la gravedad con el conocimiento actual o real de que el grupo armado se disponía o estaba cometiendo los crímenes, siendo menor cuando debió haber conocido dichas circunstancias. Las variaciones de culpabilidad deben ser reflejadas en la pena a imponer²⁰⁸, pudiendo demostrar el fracaso

²⁰⁰ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 28, 32 y 40.

²⁰¹ Vid. *supra*, II-2.4.

²⁰² Vid. *supra*, 2.1.2.

²⁰³ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 16.

²⁰⁴ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 61.

²⁰⁵ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 17.

²⁰⁶ Vid. *supra*, 1.1.2 y 2.1.2.

²⁰⁷ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 59.

²⁰⁸ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 60-61.

constante del superior y su rol e intención en los crímenes con la inutilización de los medios a su disposición para tomar las medidas alternativas y correctivas²⁰⁹.

Nuevamente se reproduce la conclusión sobre la graduación de la culpabilidad concreta²¹⁰, viéndose reforzada con lo resuelto para los modos de responsabilidad del ER. Se previene la posibilidad de ponderar en abstracto la gravedad dentro el artículo 28, lo que no se puede traducir en su comparación con el artículo 25.

3. 1. 3. Las circunstancias agravantes

En primer lugar, la SPI reproduce el requisito de la sentencia anterior²¹¹, y agrega la imposibilidad de establecer como agravante la ausencia de circunstancias atenuantes. En segundo lugar, y precisando la prohibición de doble valoración, afirma la posibilidad de establecer agravantes con los factores relevantes de la Regla 145.1.c) que no fueron utilizados para valorar la gravedad del crimen²¹². Las circunstancias estudiadas por la SPI son: que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; y que el crimen se haya cometido con especial crueldad.

3. 1. 3. 1. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa

La SPI establece un criterio para la circunstancia, al examinar el estado o condición de las víctimas, la ubicación y la modalidad de ejecución de los crímenes. Los indicios que utiliza para establecer la agravante en el crimen de violación son: la menor edad de algunas víctimas (entre 10 y 17 años); la confirmación previa de ser la única fuerza armada en el área; el ataque y agresión a civiles desarmados al interior de sus casas, en bases temporales o en ubicaciones

²⁰⁹ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 63-66.

²¹⁰ Vid. *supra*, II-3 y III-1.1.2.

²¹¹ Vid. *supra*, 2.1.3.

²¹² CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 18 y 24-25.

aisladas; y el ataque por la resistencia de algunas víctimas²¹³. Como se puede observar, el criterio refuerza lo expuesto en el capítulo anterior, sobre el alcance de la circunstancia²¹⁴.

3. 1. 3. 2. Que el crimen se haya cometido con especial crueldad

La SPI fija un criterio para la circunstancia de la Regla 145.2.b.iv), al examinar los motivos de los perpetradores, el estado o condición de las víctimas, la ubicación y la modalidad de ejecución de los crímenes²¹⁵. Los indicios que utiliza para establecer la agravante en el crimen de violación son: utilizar la violencia sexual como un arma de guerra y como forma de auto compensación; atacar civiles con indiferencia de su edad, género o condición socioeconómica; la comisión acompañada de otros actos ilícitos; el carácter público de los crímenes, aumentando la humillación de las víctimas; y la especial reprochabilidad de ciertos actos, como victimizar familias de forma sucesiva²¹⁶. Los indicios para establecer la agravante en el crimen de saqueo son: utilizar el saqueo como forma de auto compensación; atacar civiles desarmados; atacar civiles en sus casas, en lugares de santuario, en bases temporales o en ubicaciones aisladas; la comisión acompañada de otros actos ilícitos; el carácter público y reiterado de los crímenes; y la indiferencia por el sustento o bienestar de las víctimas²¹⁷.

El razonamiento de la SPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior, sobre los indicios que puede utilizar la CPI para establecer la agravante, como los elementos de la modalidad de ejecución²¹⁸.

3. 1. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

La SPI reproduce la consideración general establecida anteriormente²¹⁹, sobre la posibilidad de basarse en hechos y circunstancias que no se conecten directamente con los crímenes de la

²¹³ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 41-43.

²¹⁴ Vid. *supra*, II-4.3.

²¹⁵ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 44-47 y 52-57.

²¹⁶ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 44-46.

²¹⁷ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 52-57.

²¹⁸ Vid. *supra*, II-4.4.

²¹⁹ Vid. *supra*, 2.1.4.

acusación. Agrega el requisito de que se conecten con el condenado, y no con actos de terceras personas en los cuales no haya sido responsable o contribuido²²⁰. Nuevamente, lo resuelto por la SPI refuerza lo expuesto en el capítulo anterior²²¹, sobre la discrecionalidad de la CPI. Las circunstancias estudiadas son: las circunstancias personales del condenado; la promoción de la paz y reconciliación; la cooperación con la CPI; la dedicación de recursos; y la violación de derechos del condenado.

3. 1. 4. 1. Las circunstancias personales del condenado

La SPI confirma la relevancia limitada como atenuante de la situación familiar²²², y establece un estándar de excepcionalidad, debiendo superar lo común a las personas condenadas. Los indicios insuficientes para establecer la atenuante son: el estado civil; la paternidad de 5 niños; que la familia se vea privada de su cuidado; y que se vea privado de la vida familiar²²³. Por tanto, si bien el razonamiento confirma lo resuelto con anterioridad, sobre la integración normativa y la relevancia limitada como atenuante²²⁴, estima que los indicios son insuficientes. No obstante aquello, se refuerza lo expuesto en el capítulo anterior²²⁵, sobre las circunstancias individuales y la discrecionalidad de la CPI.

3. 1. 4. 2. La promoción de la paz y de la reconciliación

La SPI sigue el estándar de exigibilidad anterior²²⁶, agregando que los esfuerzos deben demostrar el conocimiento de la ilicitud de lo cometido y/o la intención de compensar con la paz o con la asistencia a las víctimas. Precisa que la asistencia selectiva merece una relevancia limitada e incluso nula como atenuante, como los esfuerzos sobre víctimas específicas y la negación a tomar ciertas medidas²²⁷. Como criterio para establecer el estándar, examina las acciones, los objetivos y las motivaciones políticas del condenado. Los indicios que no

²²⁰ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 68 y 70.

²²¹ Vid. *supra*, II-5.

²²² Vid. *supra*, 2.1.4.1.

²²³ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 77-78.

²²⁴ Vid. *supra*, II-5, 1.1.4.1 y 2.1.4.1.

²²⁵ Vid. *supra*, II-5.

²²⁶ Vid. *supra*, 2.1.4.2.

²²⁷ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 72.

cumplen el estándar son: actuar en retraso de las negociaciones; imposibilitar la implementación de acuerdos de cese de hostilidades; involucrarse en operaciones militares y conflictos armados donde se cometieron crímenes; y permitir los crímenes con los objetivos y motivaciones²²⁸. Los indicios son la variante negativa de los utilizados en la sentencia anterior (siendo la participación en la firma de acuerdos de cese de hostilidades y en actividades de pacificación y la colaboración con el adversario), por lo que el estándar dice relación principalmente con aquellos, lo que es congruente con el capítulo anterior²²⁹.

3. 1. 4. 3. La cooperación con la CPI

La SPI sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad²³⁰, estimando insuficiente el indicio de la buena conducta del condenado durante su detención y los procedimientos²³¹. Con ello, se reproduce lo sostenido en la sentencia anterior²³², sobre las situaciones onerosas y excepcionales y la conclusión del capítulo anterior.

3. 1. 4. 4. La dedicación de recursos

La circunstancia se encuentra contemplada por la Regla 145.2.a.ii), puesto que dice relación con los recursos aportados a los procedimientos de juicio y reparación, siendo similar a la muestra de empatía a las víctimas. La SPI fija un estándar de intencionalidad para establecer la agravante, debiendo verificar que los esfuerzos del condenado tenían el propósito de reparar a las víctimas; pero por razones probatorias no se cumple²³³. El razonamiento limita la discrecionalidad de la CPI, puesto que el estándar fijado es más estricto que el estándar de exigibilidad de la sentencia anterior, que dice relación con un grado de compensación²³⁴.

3. 1. 4. 5. La violación de los derechos del condenado

²²⁸ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 74-76.

²²⁹ Vid. *supra*, II-5-2.

²³⁰ Vid. *supra*, 1.1.4.3 y 2.1.4.4.

²³¹ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 81.

²³² Vid. *supra*, 2.1.4.4.

²³³ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 84.

²³⁴ Vid. *supra*, 2.1.4.4.

La SPI sigue el estándar de excepcionalidad²³⁵, al sostener que la vulneración excepcional de derechos puede establecer una atenuante. El indicio que no cumple el estándar es que la CPI haya abordado y subsanado las violaciones de los derechos alegadas durante el procedimiento y cuando fue apropiado²³⁶. El razonamiento de la SPI confirma en gran parte lo resuelto con anterioridad, al permitir establecer una atenuante con el cumplimiento del estándar.

3. 2. Aplicación en concreto de los factores

3. 2. 1. La gravedad del crimen

3. 2. 1. 1. La magnitud del daño causado

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI determina la escala y/o el impacto de los crímenes. En el crimen de asesinato, determina su impacto con la pérdida de la vida de las víctimas directas; con el sufrimiento psicológico de los familiares por la brutalidad de los actos, como los intentos suicidas y las pesadillas; y con las consecuencias a la comunidad en general, como la privación de realizar el periodo de duelo²³⁷. En el crimen de violación, determina su escala e impacto con la cantidad importante de víctimas, y con las diversas dimensiones del daño, especialmente las consecuencias médicas, psicológicas, psiquiátricas y sociales²³⁸. En ambos crímenes, y para el impacto, la SPI otorga relevancia al carácter duradero de las consecuencias, como la pérdida irreversible de la vida, los efectos en la comunidad y el grave daño ocasionado a las víctimas y a los demás afectados²³⁹.

En el crimen de saqueo, determina su gran escala e impacto con la cantidad importante de víctimas y con las consecuencias en distintos aspectos de la vida, tanto personal como profesional, como lo es quedar sin posesiones para suplir las necesidades básicas²⁴⁰.

²³⁵ Vid. *supra*, 2.1.4.5.

²³⁶ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párr. 88.

²³⁷ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 29-32.

²³⁸ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 37-40.

²³⁹ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 29-31 y 40.

²⁴⁰ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 49-51.

3. 2. 1. 2. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar

Aplicando el criterio seguido, la SPI estima relevantes para la pena los indicios señalados, como la fecha y las múltiples ubicaciones donde se cometieron los crímenes, incluyendo casas de las víctimas. Para el crimen de asesinato, agrega la resistencia de las víctimas a actos de saqueo; la presencia de civiles; la comisión acompañada de otros actos ilícitos de violencia; y la comisión en el contexto de una operación paramilitar dirigida contra civiles²⁴¹.

3. 2. 2. La conducta culpable del condenado

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI concluye que el condenado tenía pleno conocimiento de los crímenes, persiguiendo sus objetivos bajo cualquier costo sin importar las consecuencias. El impacto de su conocimiento y voluntariedad incrementa la gravedad de su conducta, puesto que su falta como superior tenía el objetivo deliberado de alentar la comisión de los crímenes y contribuir a su continuación y comisión futura²⁴².

4. Sentencia del caso Al Mahdi

En el caso “*The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*”, la SPI VIII pronuncia en conjunto la sentencia de condena y la sentencia de determinación de la pena, con fecha 27 de septiembre de 2016. Al igual que la sentencia anterior, desarrolla los factores relevantes en los apartados “derecho aplicable” y “análisis”. De forma previa reafirma lo establecido con anterioridad²⁴³, sobre la proporcionalidad del crimen y la prohibición de doble valoración²⁴⁴, y recuerda la esquematización de la sentencia anterior²⁴⁵, añadiendo que se basa principalmente en los factores de la Regla 145.1.c) para establecer la gravedad del crimen y en los de la Regla 145.2 para las agravantes y atenuantes²⁴⁶.

²⁴¹ CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 28-32, 40 y 51.

²⁴² CPI, SPI III, 21/06/2016, Bemba, párrs. 61-67.

²⁴³ Vid. *supra*, 1, 2 y 3.

²⁴⁴ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 70.

²⁴⁵ Vid. *supra*, 3.

²⁴⁶ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 68-69.

4. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto

4. 1. 1. La gravedad del crimen

El sujeto fue condenado por el crimen de guerra de atacar bienes protegidos, por dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares que no constituyen objetivos militares²⁴⁷. Para valorar la gravedad, la SPI utiliza la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita y las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

4. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la escala e impacto y el estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas²⁴⁸, la SPI añade al impacto el estudio del estado de los edificios tras los crímenes²⁴⁹. Con ello, se reproduce la conclusión anterior²⁵⁰.

4. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

Siguiendo lo establecido en la sentencia Katanga²⁵¹, la SPI distingue los crímenes cometidos contra personas de los contra la propiedad, siendo de mayor gravedad a pesar de ser los segundos inherentemente graves. En la especie, otorga relevancia al hecho que el crimen haya sido de los segundos²⁵², conforme la posibilidad de jerarquizar los crímenes del ER²⁵³.

Lo razonado por la SPI se complementa con lo resuelto en las sentencias anteriores²⁵⁴, sobre el intento de jerarquizar los crímenes del ER. Con ello, se clarifica el esquema de gravedad en abstracto, donde los crímenes contra las personas son de mayor gravedad que los crímenes

²⁴⁷ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 11.

²⁴⁸ Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1 y 3.1.1.1.

²⁴⁹ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 78-80.

²⁵⁰ Vid. *supra*, II-2.1.

²⁵¹ Vid. *supra*, 2.1.1.2.

²⁵² CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 72 y 77.

²⁵³ Vid. *supra*, II-2.2.

²⁵⁴ Vid. *supra*, 1.1.1.2, 2.1.1.2 y 3.1.1.2.

cometidos sólo contra la propiedad. Dentro de los primeros, los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años son de extrema gravedad, y le siguen los crímenes de violencia sexual por ser particularmente graves.

4. 1. 1. 3. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la modalidad de ejecución de los crímenes²⁵⁵, la SPI utiliza como indicio el haber actuado con motivos discriminatorios²⁵⁶. Con ello, se reproduce la conclusión sobre la congruencia con lo concluido en el capítulo anterior²⁵⁷.

4. 1. 2. La conducta culpable del condenado

La SPI sigue el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes²⁵⁸, para lo cual recurre a los razonamientos de la parte de condena utilizados para establecer la coautoría²⁵⁹. Nuevamente, se reproduce la conclusión sobre la graduación de la culpabilidad concreta²⁶⁰.

4. 1. 3. Las circunstancias agravantes

La SPI reproduce el requisito de conexión²⁶¹ y la imposibilidad para el establecimiento de las agravantes²⁶², sin añadir nuevas consideraciones generales²⁶³. La agravante que estudia es la del abuso de poder y del cargo oficial, para la cual sigue el estándar de doble comprobación²⁶⁴, precisando que la comisión de los crímenes en una posición de autoridad no implica

²⁵⁵ Vid. *supra*, 2.1.1.3 y 3.1.1.3.

²⁵⁶ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 80-81.

²⁵⁷ Vid. *supra*, II-2.4.

²⁵⁸ Vid. *supra*, 1.1.2, 2.1.2 y 3.1.2.

²⁵⁹ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 84-85.

²⁶⁰ Vid. *supra*, II-3 y III-1.1.2.

²⁶¹ Vid. *supra*, 2.1.3 y 3.1.3.

²⁶² Vid. *supra*, 3.1.3.

²⁶³ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 73.

²⁶⁴ Vid. *supra*, 2.1.3.

necesariamente su abuso. Si bien la SPI estima que no se cumple el estándar²⁶⁵, la precisión realizada nuevamente refuerza lo sostenido en el capítulo anterior sobre la agravante²⁶⁶.

4.1.4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

La SPI reafirma la posibilidad de basarse en hechos y circunstancias que no se conecten directamente con los crímenes²⁶⁷ y reproduce el requisito de conexión con el condenado²⁶⁸. Las circunstancias estudiadas son: las circunstancias personales del condenado; la elección de los medios de ejecución; la expresión de remordimiento; y la cooperación con la CPI.

4.1.4.1. Las circunstancias personales del condenado

La SPI sigue la integración de las normas del ER y las RPP²⁶⁹, con lo que incluye en la Regla 145.1.c) los antecedentes penales y la conducta en el centro de detención. Además, resuelve consideraciones específicas para ciertos elementos. Primero, para la instrucción y condición socioeconómica sostiene la imposibilidad de basarse en el grado de conocimiento y especialización para establecer una agravante o atenuante²⁷⁰. Segundo, establece una limitación para los antecedentes penales, al no poder establecer una atenuante con la ausencia de condenas previas por ser una característica común de las personas condenadas por tribunales internacionales²⁷¹. Tercero, fija un estándar de excepcionalidad para la conducta en el centro de detención, afirmando su relevancia limitada y utilizando como indicio para establecer una atenuante el comportamiento irreprochable²⁷².

Las consideraciones específicas limitan la discrecionalidad de la CPI, contrariando lo enunciado en el capítulo anterior²⁷³. La imposibilidad también contradice la sentencia

²⁶⁵ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 86.

²⁶⁶ Vid. *supra*, II-4.2.

²⁶⁷ Vid. *supra*, 2.1.4 y 3.1.4.

²⁶⁸ Vid. *supra*, 2.1.4.

²⁶⁹ Vid. *supra*, 1.1.4.1, 2.1.4.1 y 3.1.4.1.

²⁷⁰ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 95-96.

²⁷¹ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 96.

²⁷² CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 97.

²⁷³ Vid. *supra*, II-5.

Lubanga²⁷⁴, que en efecto establece una agravante con la instrucción superior del condenado y su grado de discernimiento. La limitación fijada imposibilita establecer una atenuante con la ausencia de condenas previas, y el estándar de excepcionalidad incrementa la dificultad, siendo similar al seguido para la cooperación con la CPI²⁷⁵. De todas formas, la integración normativa refuerza el capítulo anterior²⁷⁶, y la relevancia limitada complementa lo expuesto²⁷⁷ sobre las circunstancias individuales y la discrecionalidad de la CPI.

4. 1. 4. 2. La elección de los medios de ejecución

Para la elección de los medios empleados, la SPI fija un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que hayan sido los menos dañinos e irrespetuosos para la población dentro del contexto de comisión del crimen. Como indicio para establecer una atenuante, utiliza el desaconsejar el uso de excavadoras al destruir edificios, con la intención de mostrar respeto y no dañar las construcciones y tumbas aledañas²⁷⁸. El razonamiento de la SPI, si bien no encuentra sustento en lo expuesto con anterioridad, resulta novedoso al manifestar la discrecionalidad de la CPI en las atenuantes, no obstante limitarse con el estándar.

4. 1. 4. 3. La expresión de remordimiento y la admisión de la culpa

Para la expresión de remordimiento, la SPI sigue el estándar de sinceridad²⁷⁹, añadiendo verificar su sustancialidad. Los indicios que utiliza para establecer una atenuante son el momento procesal de la declaración, como lo es el primer día de juicio; expresar un profundo arrepentimiento por el daño ocasionado a la comunidad; prometer formalmente no cometer más crímenes; estar dispuesto a aceptar la sentencia de la CPI; transmitir un mensaje de no involucrarse en los mismos actos; y las acciones que expresan sentimientos de empatía a las víctimas, como ofrecerse a reembolsar los gastos de reparación²⁸⁰. Para la admisión de la culpa establece un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que sea temprana, completa y

²⁷⁴ Vid. *supra*, 1.1.3.4.

²⁷⁵ Vid. *supra*, 1.1.4.3, 2.1.4.4 y 3.1.4.3.

²⁷⁶ Vid. *supra*, II-5.

²⁷⁷ Vid. *supra*, II-5, 2.1.4.1 y 3.1.4.1.

²⁷⁸ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 91-93.

²⁷⁹ Vid. *supra*, 2.1.4.3.

²⁸⁰ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 103-105.

genuina. Establece una importante atenuante con los siguientes indicios: asumir la responsabilidad el primer día de entrevistas, permitiendo un acuerdo antes de la DCC y acelerando sustancialmente el procedimiento; proporcionar una descripción detallada de sus acciones, facilitando el establecimiento de los hechos; y mostrar un arrepentimiento honesto, manifestando un deseo real de asumir la responsabilidad. La SPI otorga relevancia a la atenuante por sus potenciales efectos positivos, como acelerar el procedimiento y la resolución del caso, promover la paz y reconciliación y disuadir la comisión de los crímenes²⁸¹.

Si bien lo resuelto confirma la conclusión arribada en la sentencia Katanga²⁸² sobre la inclusión en la Regla 145.2.a.ii) y el potencial efecto compensatorio, la discrecionalidad de la CPI se limita aún más con el requisito de sustancialidad. Por otro lado, el razonamiento de la admisión de la culpa refuerza el capítulo anterior²⁸³, al incluirla en la Regla 145.2.a.ii) y fijar un estándar de exigibilidad para establecer una importante atenuante, en razón de los potenciales efectos positivos que profundizan su efecto compensatorio. Complementando el estándar con el capítulo anterior, debe operar antes del inicio del juicio, mediante declaraciones sinceras y esfuerzos para ayudar en la celeridad y disminución de los recursos del procedimiento. Por tanto, si bien el razonamiento manifiesta la discrecionalidad de la CPI, no se encuentra exenta de limitaciones, lo que se vislumbra en los estándares.

4. 1. 4. 4. La cooperación con la CPI

La SPI sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad²⁸⁴, fijando como criterio examinar el momento procesal, la utilidad de la cooperación y la disposición del condenado. Para establecer la atenuante, utiliza como indicios la cooperación desde el inicio del procedimiento, permitiendo corroborar, clarificar y especificar información; la sustancialidad y espontaneidad de la cooperación; y responder colaborativamente a las entrevistas, a pesar de poder incrementar la inseguridad de su familia²⁸⁵. Si bien el razonamiento no refuerza lo sostenido²⁸⁶,

²⁸¹ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 98-100.

²⁸² Vid. *supra*, 2.1.4.3.

²⁸³ Vid. *supra*, II-5-2.

²⁸⁴ Vid. *supra*, 1.1.4.3, 2.1.4.4 y 3.1.4.3.

²⁸⁵ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 101-102.

²⁸⁶ Vid. *supra*, 2.1.4.4 y 3.1.4.3.

sobre las situaciones onerosas y excepcionales, sí concuerda en parte, al hacer depender el buen comportamiento a la concurrencia de otros indicios. Con ello, se confirma la conclusión del capítulo anterior²⁸⁷, sobre el requisito de excepcionalidad.

4. 2. Aplicación en concreto de los factores

4. 2. 1. La gravedad del crimen

4. 2. 1. 1. La magnitud del daño causado

Aplicando el criterio jurisprudencial para determinar el impacto, la SPI concluye la gravedad considerable del ataque, afirmando que casi todos los edificios fueron destruidos por los ataques planificados del grupo armado, y en la medida que los ataques fueron transmitidos públicamente, el impacto a la población fue mayor. También valora la percepción y el contexto social de la ciudad atacada, siendo emblemática por tener un rol fundamental en la expansión de la religión y por ser corazón del patrimonio cultural, albergando manuscritos y mausoleos de los santos que reflejan parte de la historia local y el rol de la ciudad. En este sentido, otorga relevancia al hecho que los edificios hayan sido dedicados a la religión y ostentado un valor simbólico para los residentes, además de ser en su mayoría patrimonio cultural de la UNESCO, afectando su destrucción a la comunidad internacional en su conjunto²⁸⁸.

4. 2. 1. 2. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI otorga relevancia para la pena al haber actuado con motivos discriminatorios por religión, invocados en la destrucción de los edificios. En efecto, los perpetradores actuaron con motivos discriminatorios al tomar medidas para imponer su religión a la población durante el periodo que controlaron la ciudad, y por tales motivos se creó el grupo armado encabezado por el condenado, el que destruyó sitios a medida que identificaban prácticas consideradas prohibidas²⁸⁹.

²⁸⁷ Vid. *supra*, II-5-2.

²⁸⁸ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párrs. 78-80.

²⁸⁹ CPI, SPI VIII, 27/09/2016, Al Mahdi, párr. 81.

5. Sentencia del caso Bemba y otros

En la sentencia del caso “*The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido*” (en adelante, “Bemba y otros”), con fecha 22 de marzo de 2017, la SPI VII desarrolla los factores relevantes en los apartados “derecho aplicable” y “análisis”. De forma previa, sostiene que la resolución debe realizarse con las modificaciones del artículo 70 del ER, y reproduce lo establecido con anterioridad²⁹⁰ sobre la proporcionalidad y la prohibición de doble valoración, recordando también la esquematización anterior. Profundizando en la proporcionalidad, reproduce lo señalado por la SA, que sostiene que “*generalmente es medida por el grado de daño causado por el crimen y por la culpabilidad del condenado*”²⁹¹.

5. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto

5. 1. 1. La gravedad del crimen

Los cinco condenados cometieron delitos contra la administración de la justicia del artículo 70 del ER, siendo los de influenciar corruptamente a un testigo, presentación de pruebas falsas y presentación de testimonio falso de testigo. Para valorar la gravedad, la SPI utiliza la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita y las circunstancias del modo, tiempo y lugar.

5. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la escala e impacto²⁹², la SPI realiza las modificaciones del artículo 70, estudiando la cantidad de testigos influenciados, las consecuencias generadas por los delitos y los riesgos de su comisión²⁹³. Para establecer el enfoque sistemático y la alta gravedad de los delitos la SPI fija un estándar de cantidad de testigos, debiendo verificar que

²⁹⁰ Vid. *supra*, 1, 2, 3 y 4.

²⁹¹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 21-23, 25 y 36.

²⁹² Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1, 3.1.1.1 y 4.1.1.1.

²⁹³ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 46-47, 71-72, 101, 108, 112-113, 154, 160, 164-165, 204-205 y 210.

sea cercana a la mitad de aquellos que comparecieron por una de las partes²⁹⁴. Nuevamente se reproduce la conclusión sobre la graduación de la entidad del injusto²⁹⁵.

5. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

Siguiendo lo resuelto en las sentencias anteriores²⁹⁶, sobre la posibilidad de ponderar los crímenes del ER²⁹⁷, la SPI afirma que los delitos del artículo 70 no se equiparan en términos de gravedad a los crímenes según el artículo 5, lo que debe ser reflejado en la pena²⁹⁸. Con ello nuevamente se complementa el esquema de gravedad realizado con las sentencias anteriores²⁹⁹, en un intento de jerarquizar los crímenes del ER. De esta forma, los crímenes según el artículo 5 son de mayor gravedad que los delitos del artículo 70, y dentro de los primeros, los crímenes contra las personas son de mayor gravedad que los crímenes cometidos sólo contra la propiedad. Dentro de los crímenes contra las personas, se reproduce lo concluido en la sentencia anterior.

5. 1. 1. 3. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

La Sala sigue el criterio jurisprudencial del período y de la modalidad de ejecución de los crímenes³⁰⁰, utilizando como indicios la cantidad de individuos involucrados; la intención de encubrir los delitos; y la cuestión sobre la que recae el delito. Además, la SPI fija un estándar de marco temporal de comisión, debiendo verificar que sea igual o superior a un año para que sea estimado relevante para la pena³⁰¹. Nuevamente, e incluso con las modificaciones del artículo 70, se reproduce la conclusión de la congruencia con el capítulo anterior³⁰².

²⁹⁴ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 102, 155 y 205.

²⁹⁵ Vid. *supra*, II-2.1.

²⁹⁶ Vid. *supra*, 2.1.1.2 y 4.1.1.2.

²⁹⁷ Vid. *supra*, II-2.2.

²⁹⁸ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 23 y 32.

²⁹⁹ Vid. *supra*, 1.1.1.2, 2.1.1.2, 3.1.1.2 y 4.1.1.2.

³⁰⁰ Vid. *supra*, 2.1.1.3, 3.1.1.3 y 4.1.1.3.

³⁰¹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 52, 104-105, 107, 110-111, 114-115, 157-159, 162-163, 166-167, 207-209, 212-213 y 216-217.

³⁰² Vid. *supra*, II-2.4.

5. 1. 2. La conducta culpable del condenado

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes³⁰³, la SPI añade el examen de las contribuciones esenciales efectivas, pudiendo realizar su graduación para reflejar la culpabilidad concreta en la pena. La SPI aplica el criterio recurriendo a las conclusiones de la sentencia de conformidad con el artículo 74 utilizados para condenar a los sujetos por ser autores directos, coautores y partícipes, según sea el delito³⁰⁴. En razón de lo mencionado, se refuerza la conclusión arribada sobre la graduación de la culpabilidad concreta³⁰⁵.

5. 1. 3. Las circunstancias agravantes

La SPI reproduce el requisito de conexión³⁰⁶ y la imposibilidad para establecer agravantes³⁰⁷, sin añadir nuevas consideraciones³⁰⁸. Las circunstancias estudiadas son: el intento de obstrucción del procedimiento; el abuso de poder o del cargo oficial; el abuso de la confianza otorgada por la CPI; y el abuso de los privilegios otorgados por el procedimiento.

5. 1. 3. 1. El intento de obstrucción del procedimiento

La SPI establece un criterio para la agravante, al examinar las formas en que el condenado buscaba obstruir el procedimiento, utilizando como indicios las contribuciones concretas que buscaban frustrar la investigación y el conocimiento de la ilicitud de sus contribuciones³⁰⁹. Como formas, estudia la producción y presentación de documentos falsificados; el soborno de testigos; la entrega de información falsa a las autoridades nacionales durante la investigación; y la preparación de estrategias o medidas correctivas con el conocimiento de la

³⁰³ Vid. *supra*, 1.1.2, 2.1.2, 3.1.2 y 4.1.2.

³⁰⁴ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 50-51, 75-77, 117-125, 127, 169-175, 219-223 y 226.

³⁰⁵ Vid. *supra*, II-3 y III-1.1.2.

³⁰⁶ Vid. *supra*, 2.1.3, 3.1.3 y 4.1.3.

³⁰⁷ Vid. *supra*, 3.1.3 y 4.1.3.

³⁰⁸ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párr. 25.

³⁰⁹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 54-55, 78-85, 83-84, 132-133, 180-181 y 237-238.

investigación³¹⁰. Como se puede observar, la circunstancia no encuentra sustento en el capítulo anterior, al no ser similar en naturaleza a alguna de las enumeradas en la Regla 145.2.b)³¹¹.

En la especie, la primera forma no establece una agravante por razones probatorias; y la tercera tampoco, puesto que los sospechosos no están obligados a auto incriminarse³¹². Por el contrario, la SPI establece como agravante el soborno a testigos, por los aportes del condenado en asegurar el pago y por la plena consciencia de la ilicitud de sus acciones. La cuarta forma también establece una agravante, por la participación personal de los condenados en acciones que buscaban frustrar el procedimiento y por su rol sustancial desempeñado³¹³.

5. 1. 3. 2. El abuso de poder o del cargo oficial

Siguiendo el estándar jurisprudencial de doble comprobación³¹⁴, la SPI agrega una mayor exigencia, debiendo verificar que la utilización del cargo oficial frente a un subordinado supere lo esperado dentro de los límites de una relación profesional. Si bien en la especie no se cumple el estándar³¹⁵, resulta llamativa la exigencia de la SPI, puesto que limita la discrecionalidad de la CPI y torna más difícil el establecimiento de la agravante.

5. 1. 3. 3. El abuso de la confianza otorgada por la CPI

Ejerciendo su discrecionalidad, la SPI ubica la agravante dentro de las contempladas por la Regla 145.2.b.vi), por ser de carácter similar a la regulada en la Regla 145.2.b.ii). Para la agravante fija un criterio, al examinar la posición del condenado frente la CPI; la conciencia de los deberes y obligaciones de su posición; y los beneficios obtenidos por el abuso de su posición y/o por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones³¹⁶. El razonamiento de la SPI se encuentra conforme con lo expuesto en el capítulo anterior³¹⁷, siendo similar al

³¹⁰ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 78, 83-84 y 133.

³¹¹ Vid. *supra*, II-4.6.

³¹² CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 78-82 y 84-85.

³¹³ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 54-55, 133, 181 y 238.

³¹⁴ Vid. *supra*, 2.1.3 y 4.1.3.

³¹⁵ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 57 y 234.

³¹⁶ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 131 y 177.

³¹⁷ Vid. *supra*, II-4.6.

estándar jurisprudencial de doble comprobación³¹⁸, al requerir una posición especial y su abuso o ejercicio indebido, agregando como exigencia la imputabilidad al condenado y la obtención de beneficios extra posicionales (no obtenidos legalmente por su posición).

En la especie, la SPI establece la agravante para dos condenados, utilizando como indicios la posición de abogado miembro del equipo de defensa de la CPI; la plena consciencia de los deberes y obligaciones surgidos de los documentos estatutarios; la participación en la comisión de los delitos, encontrándose obligado a actuar con pleno respecto de la ley; el beneficiarse con el acceso a documentos y pruebas confidenciales; y el beneficiarse al ostentar cierta autoridad sobre algunos testigos³¹⁹.

5. 1. 3. 4. El abuso de privilegios otorgados por el procedimiento

La SPI establece un criterio para el ámbito de los privilegios surgidos por la relación abogado-cliente, al examinar la posición del condenado frente la CPI; los privilegios otorgados por la posición; las acciones demostrativas de su abuso; y la conciencia de los privilegios y de la ilicitud de sus acciones³²⁰. Si bien la SPI no ubica la agravante en la Regla 145.2.b), se observa una similitud con la regulada en la Regla 145.2.b.vi), por lo que se reproduce lo expuesto en la agravante anterior³²¹ sobre la concordancia con el capítulo anterior y el estándar jurisprudencial de doble comprobación.

En la especie, la SPI establece la agravante para dos condenados, utilizando como indicios la relación abogado-cliente; gozar el privilegio de comunicación libre y confidencial, conforme la Regla 73 de las RPP; abusar deliberadamente del privilegio, al planificar e implementar el plan común; y actuar a sabiendas del incumplimiento a las órdenes de la CPI sobre la prohibición de preparar testigos³²².

³¹⁸ Vid. *supra*, 2.1.3, 4.1.3 y 5.1.3.2.

³¹⁹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 131 y 177.

³²⁰ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 178-179 y 235-236.

³²¹ Vid. *supra*, 5.1.3.3.

³²² CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 179 y 236.

5. 1. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

La SPI sigue tres consideraciones generales ya establecidas. En efecto, reafirma la posibilidad de basarse en hechos y circunstancias que no se conecten directamente con los crímenes³²³; reproduce el requisito de conexión con el condenado³²⁴; y confirma la imposibilidad de constituir una disminución de la gravedad de los crímenes, sólo siendo relevantes para mitigar la pena³²⁵. La SPI añade que las circunstancias individuales no se relacionan con el crimen ni con la conducta culpable del condenado³²⁶. Las circunstancias estudiadas son: las circunstancias personales del condenado; la promoción de la paz y reconciliación; la cooperación con la CPI; y la violación de derechos del condenado.

5. 1. 4. 1. Las circunstancias personales del condenado

La SPI confirma la limitación para los antecedentes penales³²⁷, y sigue el estándar de excepcionalidad establecido para la situación familiar³²⁸, aplicándolo también para la edad del condenado. No obstante, sostiene que las circunstancias individuales deben ser valoradas como tal en la pena³²⁹. Si bien se observa implícitamente la integración normativa³³⁰, el razonamiento de la SPI nuevamente limita la discrecionalidad de la CPI, incrementando la exigencia para establecer atenuantes.

5. 1. 4. 2. La promoción de la paz y de la reconciliación

En un razonamiento novedoso, la SPI imposibilita establecer una atenuante como tal con la promoción de la paz y la reconciliación, por corresponder a circunstancias individuales³³¹.

³²³ Vid. *supra*, 2.1.4, 3.1.4 y 4.1.4.

³²⁴ Vid. *supra*, 2.1.4 y 4.1.4.

³²⁵ Vid. *supra*, 2.1.4.

³²⁶ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 24, 58, 86, 134, 182 y 239.

³²⁷ Vid. *supra*, 4.1.4.1.

³²⁸ Vid. *supra*, 3.1.4.1.

³²⁹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 59, 61-62, 87, 89-91, 135, 137, 141, 183-184, 187-189, 240 y 243-244.

³³⁰ Vid. *supra*, II-5, 1.1.4.1, 2.1.4.1, 3.1.4.1, 4.1.4.1

³³¹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 61 y 92.

5. 1. 4. 3. La cooperación con la CPI

La SPI sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad³³², añadiendo que la cooperación y el comportamiento no excepcional deben ser valorados como circunstancias individuales. Como indicios que no cumplen el estándar, reutiliza la concurrencia y actitud positiva en los procedimientos³³³. Al estimar que los indicios son insuficientes, se puede sostener que el razonamiento refuerza lo sostenido con anterioridad³³⁴, sobre la dependencia del buen comportamiento a la concurrencia de otros indicios para ser excepcional. Con ello nuevamente se confirma la conclusión del capítulo anterior³³⁵, sobre el requisito de excepcionalidad.

5. 1. 4. 4. La violación de los derechos del condenado

La SPI sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad³³⁶, con el cual sostiene que no fundamenta una atenuante la violación al derecho de privacidad³³⁷. Nuevamente, el razonamiento permite establecer una atenuante con el cumplimiento del estándar³³⁸.

5. 2. Aplicación en concreto de los factores

5. 2. 1. La gravedad del crimen

5. 2. 1. 1. La magnitud del daño causado

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI determina la escala de los delitos con la cantidad de testigos influenciados corruptamente por cada uno de los tres condenados, siendo 2, 4 y 14. Da por cumplido el estándar fijado en el caso de los 14 testigos, al ser una cantidad

³³² Vid. *supra*, 1.1.4.3, 2.1.4.4, 3.1.4.3 y 4.1.4.4.

³³³ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 60, 88, 136, 138 y 186.

³³⁴ Vid. *supra*, 2.1.4.4, 3.1.4.3 y 4.1.4.4.

³³⁵ Vid. *supra*, II-5-2.

³³⁶ Vid. *supra*, 2.1.4.5 y 3.1.4.5.

³³⁷ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párr. 140.

³³⁸ Vid. *supra*, 2.1.4.5 y 3.1.4.5.

particularmente alta de los 34 testigos presentados por la defensa en el caso principal³³⁹. Para determinar el impacto la SPI se basa en las consecuencias de largo alcance y en los riesgos de comisión, ya que, por un lado, los delitos impiden la justicia de las víctimas y el descubrimiento de la verdad por la CPI, y la confiabilidad dudosa de las pruebas afecta la integridad del proceso. Por otro lado, conllevan el riesgo de que el testimonio no sea del testigo, volviendo imposible a la CPI valorar lo que experimentó personalmente³⁴⁰.

5. 2. 1. 2. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI incrementa la gravedad de los delitos por la planificación y ejecución por tres individuos, lo que es demostrativo de una necesidad de organización y de una potencial dinámica de grupo coercitivo; y por la adopción de medidas que buscaban ocultar las actividades ilícitas, lo que representa un mayor grado de sofisticación. Además, y cumpliendo el estándar de marco temporal, incrementa la gravedad por la organización y ejecución de los delitos en el período prolongado de un año³⁴¹. En el caso del delito de presentación de falso testimonio, también estima relevante que el objeto del delito no haya recaído sobre cuestiones de fondo³⁴².

5. 2. 2. La conducta culpable del condenado

Para uno de los condenados la SPI aplica lo resuelto sobre la graduación de las contribuciones esenciales, estimando relevante la variación de su participación con respecto a los testigos involucrados, pero teniendo en cuenta su rol principal en el plan común³⁴³.

6. Sentencia del caso Ntaganda

³³⁹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 102, 155 y 205.

³⁴⁰ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 46, 71, 101, 108-109, 112-113, 154, 160-161, 164-165, 204, 210-211 y 214-215.

³⁴¹ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 52, 104-105, 107, 110-111, 157-159, 162-163, 207-209 y 212-213.

³⁴² CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 114-115, 166-167 y 216-217.

³⁴³ CPI, SPI VII, 22/03/2017, Bemba y otros, párrs. 123-124.

En la sentencia del caso “*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*”, con fecha 07 de noviembre de 2019, la SPI VI desarrolla los factores relevantes en los apartados “derecho aplicable”, “análisis por crimen” y “circunstancias individuales del condenado”. De forma previa sigue lo establecido con anterioridad³⁴⁴, sobre la proporcionalidad de la pena y la prohibición de doble valoración, añadiendo que la pena debe reflejar las circunstancias personales del condenado, incluyendo agravantes y atenuantes, pero ostentando una gran discrecionalidad. Además, le resta importancia a la denominación de los factores, siendo lo relevante identificarlos, valorarlos y ponderarlos para la determinación de la pena³⁴⁵.

6. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto

6. 1. 1. La gravedad del crimen

Los crímenes objeto de la condena son los de: asesinato e intento de homicidio como crímenes de lesa humanidad y de guerra; dirigir intencionalmente ataques contra civiles como crimen de guerra; violación como crimen de lesa humanidad y de guerra; esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y de guerra; persecución como crimen de lesa humanidad; saqueo como crimen de guerra; traslado forzoso de población civil como crimen de lesa humanidad; ordenar el desplazamiento de población civil como crimen de guerra; reclutar y alistar a niños menores de 15 años en el grupo armado y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, como crímenes de guerra; dirigir intencionalmente ataques contra objetos protegidos como crimen de guerra; y destruir bienes del enemigo como crimen de guerra.

La SPI reproduce lo establecido con anterioridad³⁴⁶, en cuanto a la especial importancia de la gravedad y su examen cuantitativo y cualitativo, no desarrollando este último punto³⁴⁷. Añade que la gravedad debe ser estudiada en abstracto y en concreto, con base en los elementos constitutivos del crimen y del modo de responsabilidad (en abstracto) y en las circunstancias particulares del caso, utilizando la magnitud del daño y la conducta culpable (en concreto)³⁴⁸.

³⁴⁴ Vid. *supra*, 1, 2, 3, 4, y 5.

³⁴⁵ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 11-13.

³⁴⁶ Vid. *supra*, 1.1.1 y 2.1.1.

³⁴⁷ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 14-16.

³⁴⁸ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 11.

En la especie, valora la gravedad utilizando la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita y las circunstancias del modo, tiempo y lugar.

6. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la escala e impacto³⁴⁹, la SPI realiza modificaciones para los crímenes contra la propiedad y el de dirigir intencionalmente ataques contra civiles, al estudiar la cantidad de ubicaciones atacadas³⁵⁰. El estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas es seguido en ciertos crímenes³⁵¹. Para el crimen de saqueo fija un criterio de examinar los objetos afectados, otorgando especial relevancia cuando constituyen bienes básicos de las víctimas independientemente de su valor monetario³⁵². En base a lo anterior, se reproduce la conclusión sobre la graduación de la entidad del injusto³⁵³.

6. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

En primer lugar, la SPI estudia en conjunto los crímenes de lesa humanidad y los de guerra cuando recaen sobre la misma conducta³⁵⁴, conforme lo resuelto en la sentencia Bemba³⁵⁵. En segundo lugar, y siguiendo lo resuelto en las sentencias anteriores³⁵⁶ sobre la posibilidad de ponderar los crímenes del ER³⁵⁷, la SPI afirma que el asesinato es intrínsecamente de los más graves, reproduciendo la particular gravedad de los crímenes de violencia sexual³⁵⁸, de acuerdo al razonamiento de la sentencia Bemba³⁵⁹.

En los demás crímenes sigue el criterio jurisprudencial de las consecuencias en abstracto y el criterio del propósito principal de la prohibición que emana de los crímenes, fijados por la

³⁴⁹ Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1, 3.1.1.1, 4.1.1.1 y 5.1.1.1.

³⁵⁰ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 44, 46-47, 49-52, 56, 98, 101-107, 111-113, 137, 144-146, 160, 162, 181 y 183-185.

³⁵¹ Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1, 3.1.1.1 y 4.1.1.1.

³⁵² CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 139-140.

³⁵³ Vid. *supra*, II-2.1.

³⁵⁴ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 30-31.

³⁵⁵ Vid. *supra*, 3.1.1.2.

³⁵⁶ Vid. *supra*, 2.1.1.2, 4.1.1.2 y 5.1.1.2.

³⁵⁷ Vid. *supra*, II-2.2.

³⁵⁸ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 14, 46, 95-96 y 136.

³⁵⁹ Vid. *supra*, 3.1.1.2.

sentencia Lubanga³⁶⁰, agregando en ciertos casos el estudio del bien jurídico protegido. Con ello, el crimen de dirigir intencionalmente ataques contra civiles es de menor gravedad en abstracto que el asesinato por no requerir un daño real, vulnerando la prohibición de atacar directamente a civiles y el principio de distinción del derecho internacional humanitario³⁶¹. En el crimen de dirigir ataques contra objetos protegidos se debe distinguir entre objetos protegidos por ser civiles y objetos que merecen una protección adicional por su rol en la vida y bienestar de la población, como los centros médicos y los de educación. El ataque a los segundos es de mayor gravedad en abstracto, y en ambos casos se vulnera el principio de distinción y la prohibición de atacar directamente objetos protegidos³⁶².

El crimen de traslado forzoso de la población es de mayor gravedad en abstracto que el crimen de ordenar el desplazamiento de la población civil, al requerir que el traslado efectivamente ocurra. En ambos casos, se busca proteger el derecho a no ser privado de la propiedad al ser trasladado forzosamente o desplazado injustificadamente³⁶³.

El crimen de persecución es de los crímenes de lesa humanidad de mayor gravedad en abstracto, al equivaler a una negación de derechos fundamentales por razones de pertenencia a un grupo o colectivo y al proteger el derecho a no ser discriminado por motivos reconocidos universalmente por el derecho internacional como prohibidos³⁶⁴. Por su parte, los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años son extremadamente graves, de conformidad con lo resuelto en la sentencia Lubanga³⁶⁵. La SPI equipara de alguna forma los crímenes de reclutamiento y alistamiento, por estimar que es difícil distinguir sobre la base del elemento coercitivo, ya que los menores pueden ser incapaces de otorgar un consentimiento genuino e informado al momento de la conducta relevante³⁶⁶.

³⁶⁰ Vid. *supra*, 1.1.1.2.

³⁶¹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 53, 138, 158, 163, 175 y 179.

³⁶² CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 138.

³⁶³ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 158 y 163.

³⁶⁴ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 175.

³⁶⁵ Vid. *supra*, 1.1.1.2.

³⁶⁶ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 180.

El razonamiento de la SPI complementa el esquema de gravedad realizado con las sentencias anteriores³⁶⁷, en un intento de jerarquizar los crímenes del ER. En el esquema, los crímenes según el artículo 5 son de mayor gravedad que los delitos del artículo 70, y dentro de los primeros, los crímenes contra las personas son de mayor gravedad que los crímenes cometidos sólo contra la propiedad. Dentro de los crímenes contra las personas, los crímenes de extrema gravedad son los de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años; el asesinato; y el de persecución. Le siguen como particularmente graves los crímenes de violencia sexual y el de dirigir intencionalmente ataques contra civiles. De menor gravedad es el crimen de traslado forzoso de la población, y le sigue el de ordenar el desplazamiento de la población civil. Luego, y dentro de los crímenes contra la propiedad, el ataque a objetos especialmente protegidos es de mayor gravedad que el ataque a objetos protegidos sólo por ser civiles.

6. 1. 1. 3. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

La SPI sigue el criterio jurisprudencial del período, la ubicación y la modalidad de ejecución de los crímenes³⁶⁸, utilizando como indicios la extensión en el tiempo y espacio de los crímenes; el contexto militar del ataque; la persecución y ataque a personas desarmadas; y el secuestro previo. En el crimen de saqueo, también utiliza como indicio el motivo económico de los perpetradores³⁶⁹. Por otro lado, modifica el estándar de marco temporal de la sentencia anterior³⁷⁰, requiriendo dos semanas para ser relevante. En base a lo razonado, nuevamente se reproduce la conclusión sobre la coherencia con lo concluido en el capítulo anterior³⁷¹.

6. 1. 2. La conducta culpable del condenado

En primer lugar, y siguiendo lo resuelto con anterioridad³⁷² sobre la imposibilidad de jerarquizar en abstracto los modos de responsabilidad, la SPI incluye las formas de autoría del

³⁶⁷ Vid. *supra*, 1.1.1.2, 2.1.1.2, 3.1.1.2, 4.1.1.2 y 5.1.1.2.

³⁶⁸ Vid. *supra*, 2.1.1.3, 3.1.1.3, 4.1.1.3 y 5.1.1.3.

³⁶⁹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 48, 54-55, 97-101, 109-110, 141, 145, 160-161, 164-165, 181 y 183.

³⁷⁰ Vid. *supra*, 5.1.1.3.

³⁷¹ Vid. *supra*, II-2.4.

³⁷² Vid. *supra*, 2.1.2 y 3.1.2.

artículo 25.3.a)³⁷³. En segundo lugar, la SPI sigue el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes³⁷⁴, agregando para la coautoría mediata el examen de la instrumentalización del grupo armado. En la especie, aplica el criterio recurriendo a las conclusiones de la sentencia de conformidad con el artículo 74 para condenar al sujeto por ser autor directo y coautor mediato³⁷⁵. Para incrementar la culpabilidad fija un estándar, debiendo verificar que el condenado haya emitido órdenes y participado personalmente en los crímenes, con independencia de su presencia física o conocimiento de acciones específicas. En razón de ello, sostiene que el grado de participación y de intencionalidad puede variar³⁷⁶.

Lo resuelto por la SPI nuevamente refuerza la conclusión arribada sobre la graduación de la culpabilidad concreta³⁷⁷, en especial la posibilidad de variación de la participación e intencionalidad, como lo demuestra el estándar fijado de incremento de culpabilidad.

6. 1. 3. Las circunstancias agravantes

La SPI confirma la no taxatividad de las agravantes, precisando que las de la Regla 145.2.b.vi) no son de menor gravedad que las contempladas en los números anteriores³⁷⁸. Por otro lado, reproduce el requisito de conexión³⁷⁹ y la imposibilidad para establecer agravantes³⁸⁰, agregando la impertinencia de basarse en crímenes y hechos no objetos de la condena, con la excepción de la conducta posterior del condenado en la medida que haya sido establecida³⁸¹. Las agravantes estudiadas por la SPI son: que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; que el crimen se haya cometido con especial crueldad; el abuso de poder o del cargo oficial; que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación; y los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes.

³⁷³ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 15.

³⁷⁴ Vid. *supra*, 1.1.2, 2.1.2, 3.1.2, 4.1.2 y 5.1.2.

³⁷⁵ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 34-35, 37, 39, 59-62, 64-77, 114-120, 147-149, 166-168, 186-190 y 192.

³⁷⁶ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 34-36 y 67.

³⁷⁷ Vid. *supra*, II-3 y III-1.1.2.

³⁷⁸ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 17.

³⁷⁹ Vid. *supra*, 2.1.3, 3.1.3, 4.1.3 y 5.1.3.

³⁸⁰ Vid. *supra*, 3.1.3, 4.1.3 y 5.1.3.

³⁸¹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 18-21.

6. 1. 3. 1. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa

La SPI sigue el criterio del estado o condición de las víctimas fijado en la sentencia Bemba³⁸², y para establecer la agravante en los crímenes contra la vida, de violencia sexual y de ataque a objetos protegidos, reutiliza el indicio de la menor edad de algunas víctimas, al ser bebés o niños. Como nuevos indicios, utiliza la captura o detención de las víctimas; su embarazo; su enfermedad; y su incapacidad para huir³⁸³. En los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años, si bien confirma lo resuelto en la sentencia Lubanga³⁸⁴ sobre la edad de las víctimas como un elemento contemplado en el tipo penal, establece la agravante por la significativa menor edad de ciertas víctimas³⁸⁵.

El razonamiento de la SPI refuerza lo expuesto en el capítulo anterior, sobre el alcance de la circunstancia³⁸⁶, y confirma lo concluido sobre la improcedencia de basar las agravantes en los elementos legales de los crímenes³⁸⁷. De todas formas, se puede sostener que el sobre cumplimiento de un elemento del tipo penal en la especie, puede establecer una agravante.

6. 1. 3. 2. Que el crimen se haya cometido con especial crueldad

La SPI sigue el criterio de la modalidad de ejecución de los crímenes fijando en la sentencia Bemba³⁸⁸, y establece la agravante en los crímenes contra la vida, de violencia sexual, y de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años. Los indicios que reutiliza son los de: la comisión acompañada de otros actos ilícitos; el carácter público y reiterado de los crímenes, aumentando la humillación de las víctimas; y la especial reprochabilidad de ciertos actos. Utiliza además un nuevo indicio, siendo la mantención de víctimas en lugares sin condiciones

³⁸² Vid. *supra*, 3.1.3.1.

³⁸³ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 82, 121, 126 y 154.

³⁸⁴ Vid. *supra*, 1.1.3.1.

³⁸⁵ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 195.

³⁸⁶ Vid. *supra*, II-4-3.

³⁸⁷ Vid. *supra*, II-4 y III-1.1.3.1.

³⁸⁸ Vid. *supra*, 3.1.3.2.

apropiadas³⁸⁹. Lo razonado por la SPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior, reforzando la posibilidad de utilizar elementos de la modalidad de ejecución³⁹⁰.

6. 1. 3. 3. El abuso de poder o del cargo oficial

La SPI no identifica la agravante con la denominación señalada, ni se pronuncia sobre el abuso de poder o del cargo oficial. No obstante, se observa la similitud en naturaleza, ya que el condenado ejerció su posición de autoridad para cometer los crímenes personalmente en presencia de sus subordinados, transmitiendo que el grupo armado tolera e incentiva la violencia y los crímenes. Por ello la SPI establece la agravante³⁹¹, y al requerir una posición de autoridad y un ejercicio indebido de aquella, sigue un razonamiento congruente con el realizado en la sentencia anterior, sobre la similitud con el estándar de doble comprobación³⁹².

6. 1. 3. 4. Que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación

La SPI fija un criterio para la agravante, al examinar el objetivo de discriminar del plan común y la comisión de los crímenes conforme a él. Para uno de los crímenes de asesinato establece la agravante, por perseguir intencionalmente a una víctima por motivos étnicos³⁹³. El razonamiento de la SPI no se pronuncia sobre el requisito del elemento de intencionalidad sostenido por la sentencia Lubanga³⁹⁴, pero sí concluye su procedencia. Por ello, no se puede sostener una limitación en la discrecionalidad de la CPI por incrementar la exigibilidad de la agravante, pero se observa la concordancia con el capítulo anterior³⁹⁵, al asociar los motivos con la causal de etnia del artículo 21.3 del ER.

6. 1. 3. 5. Los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes

³⁸⁹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 78-81, 122-124, 127 y 193-194.

³⁹⁰ Vid. *supra*, II-4.4.

³⁹¹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 83.

³⁹² Vid. *supra*, 5.1.3.3.

³⁹³ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 84, 125, 151, 169 y 171.

³⁹⁴ Vid. *supra*, 1.1.3.2.

³⁹⁵ Vid. *supra*, II-4.5.

La SPI confirma la posibilidad de establecer agravantes con los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes y que concurren en la especie. En efecto, en el crimen de dirigir ataques intencionalmente contra civiles establece la agravante, utilizando como indicio el asesinato a no combatientes con los ataques del grupo armado³⁹⁶. Si bien la circunstancia no es de naturaleza similar a las enumeradas en la Regla 145.2.b), el razonamiento de la SPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior sobre la exigencia de un vínculo suficientemente próximo entre la circunstancia y el crimen³⁹⁷; conclusión también arribada en la sentencia Lubanga³⁹⁸.

6. 1. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

La SPI sigue dos consideraciones generales establecidas con anterioridad, siendo el requisito de conexión con el condenado³⁹⁹ y la imposibilidad de constituir una disminución de la gravedad de los crímenes⁴⁰⁰, sólo siendo relevantes para mitigar la pena⁴⁰¹. Las circunstancias estudiadas son: las circunstancias personales del condenado; las medidas alegadas para evitar y/o castigar la comisión de crímenes; la promoción de la paz y reconciliación; la expresión de remordimiento y de empatía a las víctimas; y la entrega voluntaria.

6. 1. 4. 1. Las circunstancias personales del condenado

La SPI confirma la integración normativa⁴⁰², y sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad para la situación familiar⁴⁰³, estimando insuficiente la vivencia previa de un genocidio, al ser contrastada con la participación e intencionalidad en el plan común⁴⁰⁴. Lo

³⁹⁶ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 85 y 170.

³⁹⁷ Vid. *supra*, II-4.

³⁹⁸ Vid. *supra*, 1.1.3.3.

³⁹⁹ Vid. *supra*, 2.1.4, 4.1.4 y 5.1.4.

⁴⁰⁰ Vid. *supra*, 2.1.4 y 5.1.4.

⁴⁰¹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 22-24.

⁴⁰² Vid. *supra*, 1.1.4.1, 2.1.4.1, 3.1.4.1, 4.1.4.1 y 5.1.4.1.

⁴⁰³ Vid. *supra*, 3.1.4.1 y 5.1.4.1.

⁴⁰⁴ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 208, 210, 229-230, 234-235 y 240.

resuelto es conforme con el capítulo anterior⁴⁰⁵, sobre la no exhaustividad de la enumeración y la discrecionalidad de la CPI, la que se ve limitada con el estándar jurisprudencial.

6. 1. 4. 2. Las medidas alegadas para evitar y/o castigar la comisión de crímenes

La SPI fija un criterio, al examinar los esfuerzos en salvar vidas y castigar la comisión de crímenes. Los indicios que no establecen una atenuante son: las motivaciones del condenado; su intención conforme el plan común; el impacto de los crímenes; y la estructura de funcionamiento del grupo armado, como la penalidad aislada de los crímenes⁴⁰⁶. Al manifestar la discrecionalidad de la CPI, el razonamiento de la SPI resulta novedoso.

6. 1. 4. 3. La promoción de la paz y de la reconciliación

La SPI sigue el estándar jurisprudencial de exigibilidad⁴⁰⁷, y añade verificar la excepcionalidad. El indicio que no establece una atenuante es la limitada participación en el proceso de pacificación y desmovilización⁴⁰⁸. El razonamiento de la SPI refuerza la conclusión arribada en la sentencia Bemba⁴⁰⁹, en cuanto que el estándar dice relación principalmente con la participación en actividades de pacificación y la colaboración con el adversario.

6. 1. 4. 4. La expresión de remordimiento y de empatía a las víctimas

La SPI sigue el estándar jurisprudencial de sinceridad (y sustancialidad)⁴¹⁰, utilizando como indicio para no establecer una atenuante la generalidad de las declaraciones, al dirigirse a la población y no a las víctimas. Para la expresión de empatía no establece una atenuante, al no poder determinar que haya actuado en ayuda de las víctimas⁴¹¹. Si bien el razonamiento refuerza lo resuelto por las sentencias anteriores⁴¹², contradice un indicio de la sentencia Al

⁴⁰⁵ Vid. *supra*, II-5.

⁴⁰⁶ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 211-216.

⁴⁰⁷ Vid. *supra*, 2.1.4.2 y 3.1.4.2.

⁴⁰⁸ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 218-224.

⁴⁰⁹ Vid. *supra*, 3.1.4.2.

⁴¹⁰ Vid. *supra*, 2.1.4.3 y 4.1.4.3.

⁴¹¹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 236-239.

⁴¹² Vid. *supra*, 2.1.4.3 y 4.1.4.3.

Mahdi, al ser insuficiente el arrepentimiento a la comunidad en general para establecer una atenuante. De todas formas, en la sentencia mencionada concurren otros indicios, por lo que la generalidad de las declaraciones depende de aquellos para poder cumplir el estándar.

6. 1. 4. 5. La entrega voluntaria

La SPI fija un estándar de temporalidad para establecer una atenuante con la entrega voluntaria ante el conocimiento de una orden de detención, debiendo verificar que el tiempo que media entre la emisión de la orden y la entrega del imputado sea prudente. El indicio que no establece una atenuante es el período de 5 años, siendo estimado sustancialmente alto⁴¹³.

6. 2. Aplicación en concreto de los factores

6. 2. 1. La gravedad del crimen

6. 2. 1. 1. La magnitud del daño causado

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI determina la gran escala e impacto de los crímenes. En los crímenes contra la vida, y para la escala, toma en cuenta no sólo el número específico de víctimas (73 asesinados y 5 intentos de homicidio), sino que también los no cuantificados pero de los cuales se conoce su existencia. Para el impacto sigue lo establecido en la sentencia Bemba⁴¹⁴ sobre la pérdida de la vida de las víctimas directas, añadiendo que los familiares se ven privados de forma permanente de las mismas y el impacto social es mayor cuando la muerte es de personas reconocidas positivamente por la comunidad, por lo que las graves consecuencias de los crímenes tienen un carácter duradero⁴¹⁵. En los crímenes de violencia sexual, determina la escala con el número de víctimas específicas (al menos 21 de violación y 2 de esclavitud sexual) y con las no cuantificadas; y el impacto con las consecuencias físicas, psicológicas, psiquiátricas y sociales ocasionadas a las víctimas y algunas soportadas por los familiares y la comunidad, que tienen un carácter inmediato y de

⁴¹³ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 227-228.

⁴¹⁴ Vid. *supra*, 3.2.1.1.

⁴¹⁵ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 44, 46-47, y 49-52.

largo plazo, como las lesiones, el contagio de enfermedades de transmisión sexual, los traumas y/o trastornos y la estigmatización social⁴¹⁶.

En los crímenes de reclutar, alistar y utilizar niños menores de 15 años determina la gran escala con la cantidad importante de víctimas, y el gran impacto con las consecuencias físicas, psicológicas, psiquiátricas y sociales, y en especial con las lesiones o asesinatos de algunas víctimas⁴¹⁷. En el crimen de dirigir intencionalmente ataques contra civiles determina la gran escala con las 5 localidades donde se cometieron los ataques militares⁴¹⁸. En el crimen de traslado forzoso de la población determina la escala con la gran cantidad de víctimas, a pesar de no ser un número exacto, puesto que las consecuencias principales recayeron sobre un grupo específico de personas y en 5 localidades. Determina el impacto con el daño generado a las víctimas de encontrarse en una peor posición por el crimen⁴¹⁹.

En el crimen de atacar objetos protegidos, y en específico un centro de salud, determina el gran impacto en el bienestar y/o vida de los pacientes presentes con la perturbación de su asistencia médica⁴²⁰. En el crimen de destruir bienes del enemigo determina la gran escala por ser 8 las localidades atacadas, y el gran impacto con las consecuencias de la destrucción de casas, afectando la propiedad y la vida de los civiles y privándolos de su lugar privado, de refugio y seguro, con independencia de su valor monetario⁴²¹. En el crimen de saqueo determina la gran escala con la alta cantidad de víctimas, y para el gran impacto estima que los objetos saqueados representan la mayor parte de las posesiones de las víctimas, desempeñando un rol importante en su vida diaria con independencia de su valor monetario⁴²².

6. 2. 1. 2. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI estima relevante, por un lado, la comisión de la mayoría de los crímenes en un período superior a dos semanas, siendo algunos crímenes de

⁴¹⁶ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 98, 101-107 y 111-113.

⁴¹⁷ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 181-185.

⁴¹⁸ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 56.

⁴¹⁹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 160 y 162.

⁴²⁰ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 144.

⁴²¹ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 137 y 145-146.

⁴²² CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 139-140.

violencia sexual y los de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años cometidos en un periodo superior a un año. Por otro lado, otorga relevancia a la gran extensión geográfica de algunos crímenes, al ser cometidos en distintas localidades; a la comisión durante el curso de dos operaciones militares; a la persecución y ataque de personas huyendo o buscando refugio, algunas veces capturándolas previo a la comisión de los crímenes. En el crimen de saqueo, también estima relevante su realización como forma de compensación y el reparto de los objetos de alta calidad o valor entre los comandantes, quedándose los soldados con el resto⁴²³.

6. 2. 2. La conducta culpable del condenado

La SPI da por cumplido el estándar de incremento de culpabilidad por las órdenes emitidas por el condenado y su participación personal en la primera operación militar, no obstante ser igual de sustancial en la segunda. En razón de ello, otorga relevancia a la variación del “*grado de participación*” en los crímenes contra la vida, por ser mayor en la primera operación⁴²⁴.

7. Sentencia del caso Ongwen

En la sentencia del caso “*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*”, pronunciada con fecha 06 de mayo de 2021, la SPI IX desarrolla los factores relevantes en los apartados “derecho aplicable”, “factores y circunstancias aplicables generalmente a todos los crímenes” y “factores y circunstancias relacionados a crímenes específicos”. De forma previa sigue lo establecido con anterioridad⁴²⁵, sobre la proporcionalidad, la prohibición de doble valoración y la importancia de identificar, valorar y ponderar los factores relevantes⁴²⁶. Por otro lado, y cuando la condena es por más de un crimen, la SPI sostiene que primero debe imponer una pena individual para cada uno reflejando la culpabilidad del condenado, implicando la valoración de todos los factores relevantes incluidos aquellos que lo son para más de un crimen, puesto que de lo contrario “*la culpabilidad del condenado para un crimen particular*

⁴²³ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párrs. 48, 54-55, 97-101, 109-110, 141, 145, 160-161, 164-165, 181 y 183.

⁴²⁴ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 36, 61-67, 70-77, 114-120, 147-149, 166-168, 186-190 y 192.

⁴²⁵ Vid. *supra*, 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

⁴²⁶ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 51-52, 55-56 y 59.

no sería clara". En la especie lo señalado se desarrolla al final de la sentencia, donde la SPI determina las penas individuales para luego imponer la pena conjunta al condenado⁴²⁷.

7. 1. Factores identificados y su interpretación en abstracto

7. 1. 1. La gravedad del crimen

Los crímenes objeto de la condena son los de: ataque a la población civil como crimen de guerra; asesinato como crimen de guerra y de lesa humanidad; intento de homicidio como crimen de guerra y de lesa humanidad; tortura como crimen de guerra y de lesa humanidad; esclavitud como crimen de lesa humanidad; saqueo como crimen de guerra; destrucción de propiedad como crimen de guerra; persecución como crimen de lesa humanidad; ultrajes a la dignidad personal como crimen de guerra; matrimonio forzado como otros actos inhumanos, como crimen de lesa humanidad; violación como crimen de guerra y de lesa humanidad; esclavitud sexual como crimen de guerra y de lesa humanidad; embarazo forzado como crimen de guerra y de lesa humanidad; y reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años en un grupo armado y su utilización para participar activamente en las hostilidades, como crimen de guerra.

La SPI reproduce lo establecido⁴²⁸, sobre el examen de la gravedad en abstracto y en concreto y desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, no desarrollando este último punto⁴²⁹. Para valorar la gravedad, utiliza la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita, las circunstancias del modo, tiempo y lugar y los medios empleados para perpetrar el crimen.

7. 1. 1. 1. La magnitud del daño causado

La SPI sigue el criterio jurisprudencial de la escala e impacto y el estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas⁴³⁰, y para los crímenes contra la propiedad reproduce lo resuelto en la

⁴²⁷ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, pp. 133-138.

⁴²⁸ Vid. *supra*, 2.1.1 y 6.1.1.

⁴²⁹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 52.

⁴³⁰ Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1, 3.1.1.1, 4.1.1.1, 5.1.1.1 y 6.1.1.1.

sentencia anterior con el criterio de los objetos afectados⁴³¹. En base a lo anterior, se reproduce la conclusión sobre la graduación de la entidad del injusto⁴³².

7. 1. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

En primer lugar, la SPI estudia en conjunto los crímenes relacionados, principalmente los de lesa humanidad y los de guerra⁴³³, de conformidad con lo resuelto en las sentencias Bemba y Ntaganda⁴³⁴. En segundo lugar, y siguiendo lo resuelto en las sentencias anteriores⁴³⁵ sobre la posibilidad de ponderar los crímenes del ER⁴³⁶, la SPI reproduce las conclusiones de la sentencia anterior⁴³⁷, en cuanto al criterio jurisprudencial de las consecuencias en abstracto y del propósito de la prohibición que emana de los crímenes y el criterio del bien jurídico protegido⁴³⁸, agregando conclusiones al análisis.

El crimen de tortura es particular e inherentemente grave, al violar el derecho a no ser sometido a tortura y representar una agresión a la dignidad humana, la seguridad y el bienestar de las víctimas. Por ello, un elemento contemplado en el crimen de guerra y no en el de lesa humanidad, o viceversa, no conlleva una diferencia de gravedad en abstracto⁴³⁹. El crimen de esclavitud es particularmente grave, al proteger el derecho a la libertad personal⁴⁴⁰. El crimen de ultrajes a la dignidad personal también es particularmente grave, al proteger la dignidad humana y porque los elementos de los crímenes requieren de alguna grave forma de violación a la dignidad de las víctimas, generalmente reconocida como un ultraje a la dignidad personal⁴⁴¹. En el crimen de ataque a la población civil la SPI no se pronuncia sobre su

⁴³¹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 149-150, 158, 163, 165-166, 169-170, 175, 185, 188, 192, 195, 197, 201, 208, 213, 223, 226, 230, 233, 235, 238, 242, 245, 248, 259, 262, 266, 268, 270, 273, 277, 281, 290-292, 295, 301, 311-312, 317, 322, 337-338, 340-342, 344-346, 349-350, 358, 360, 362, 365-367 y 370.

⁴³² Vid. *supra*, II-2.1.

⁴³³ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 59, 137 y 146.

⁴³⁴ Vid. *supra*, 3.1.1.2 y 6.1.1.2.

⁴³⁵ Vid. *supra*, 2.1.1.2, 4.1.1.2, 5.1.1.2 y 6.1.1.2.

⁴³⁶ Vid. *supra*, II-2.2.

⁴³⁷ Vid. *supra*, 6.1.1.2.

⁴³⁸ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 148-149, 153, 157, 162, 169, 174, 187, 192, 195, 197, 201, 206, 225, 230, 233, 235, 238, 242, 261, 266, 268, 295, 300, 316, 340, 344 y 357.

⁴³⁹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 157, 195, 233, 268, 295 y 340.

⁴⁴⁰ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 162, 197 y 235.

⁴⁴¹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 206.

gravedad en abstracto, pero precisa que su gravedad en concreto se incrementa cuando el daño real es efectivamente ocasionado⁴⁴².

Luego, y dentro de los crímenes de violencia sexual, el de matrimonio forzado es particular e inherentemente grave, al proteger el derecho de contraer matrimonio de forma libre y consentida y al matrimonio como institución social, teniendo como elemento central la imposición de tal estatus junto con sus derechos asociados, sin importar la voluntad de la víctima. El crimen de esclavitud sexual es particularmente grave, al combinar el crimen de esclavitud y el obligar a las víctimas a participar en actos de naturaleza sexual, siendo en sí mismo un grave acto de violencia sexual. En el crimen de embarazo forzado, si bien la SPI no se pronuncia sobre su gravedad, afirma que protege el derecho a una familia y el derecho de las mujeres a la autonomía personal y reproductiva⁴⁴³.

Los crímenes contra la propiedad son de menor gravedad en abstracto, pero en el crimen de saqueo la SPI sostiene que su gravedad en concreto puede variar según las consecuencias económicas ocasionadas a las víctimas. Lo mismo para el crimen de destrucción de propiedad, que también puede variar según la función de la propiedad destruida, ya sea social, cultural o ambiental⁴⁴⁴.

Lo resuelto por la SPI nuevamente complementa el esquema de gravedad realizado con las sentencias anteriores⁴⁴⁵, en un intento de jerarquizar los crímenes del ER. En el esquema, los crímenes según el artículo 5 son de mayor gravedad que los delitos del artículo 70, y dentro de los primeros, los crímenes contra las personas son de mayor gravedad que los crímenes cometidos sólo contra la propiedad. Dentro de los crímenes contra las personas, los crímenes de extrema gravedad son los de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años; el asesinato; el de persecución; el de tortura; y el de matrimonio forzado. Le siguen como particularmente graves los crímenes de violencia sexual; de dirigir intencionalmente ataques contra civiles; de esclavitud; de ultrajes a la dignidad personal; y de esclavitud sexual. De menor gravedad es el

⁴⁴² CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 148-149.

⁴⁴³ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 290, 305, 316 y 348-349.

⁴⁴⁴ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 169, 201, 238 y 242.

⁴⁴⁵ Vid. *supra*, 1.1.1.2, 2.1.1.2, 3.1.1.2, 4.1.1.2, 5.1.1.2 y 6.1.1.2.

crimen de traslado forzoso de la población y el de ataque a la población civil, y le sigue el de ordenar el desplazamiento de la población civil. Los crímenes contra la propiedad son de menor gravedad, como el crimen de saqueo, de destrucción de propiedad y de ataque a objetos protegidos (distinguiendo entre el grado de protección de los objetos), pudiendo variar la gravedad en concreto según las circunstancias del caso específico. No se incluye en el esquema el crimen de embarazo forzado, en la medida que la SPI no se pronuncia sobre su gravedad. Se puede concluir que la gravedad en abstracto de los crímenes del ER no es equivalente, lo que queda demostrado con el esquema realizado.

7. 1. 1. 3. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

La SPI sigue el criterio jurisprudencial del período, la ubicación y la modalidad de ejecución de los crímenes⁴⁴⁶, utilizando como indicios la indiferencia de los perpetradores en el ataque; la comisión acompañada de otros actos ilícitos; el ataque a personas desarmadas; el secuestro previo; el carácter sistemático y planificado de algunos crímenes; y el haber actuado con motivos discriminatorios⁴⁴⁷. Nuevamente se reproduce la conclusión sobre la coherencia con lo concluido en el capítulo anterior⁴⁴⁸.

7. 1. 1. 4. Los medios empleados para perpetrar el crimen

La SPI fija un criterio para los crímenes de matrimonio forzado, esclavitud sexual y de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años, al estudiar la presencia de coacción hacia las víctimas. En la especie, incrementa la gravedad de los crímenes por la coacción impuesta al momento del secuestro y/o para evitar que escapen⁴⁴⁹.

7. 1. 2. La conducta culpable del condenado

⁴⁴⁶ Vid. *supra*, 2.1.1.3, 3.1.1.3, 4.1.1.3, 5.1.1.3 y 6.1.1.3.

⁴⁴⁷ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 150, 158, 163, 165-166, 170, 185, 188-189, 197-198, 203-204, 207, 223, 233, 235, 238, 240, 243, 258-259, 262, 268, 270, 273, 275, 277, 291-292, 295-296, 301, 306, 311-313, 317, 323, 336-337, 340-342, 344-346, 349-350, 354, 358-360, 364, 370 y 372.

⁴⁴⁸ Vid. *supra*, II-2.4.

⁴⁴⁹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 291, 349 y 359.

En primer lugar, y siguiendo lo resuelto con anterioridad⁴⁵⁰ sobre la imposibilidad de jerarquizar en abstracto los modos de responsabilidad, la SPI precisa que el control compartido del crimen es de la esencia de la coautoría, no constituyendo por sí una menor participación que el control exclusivo ejercido por los autores directos o mediatos. Tampoco fundamenta una diferencia de participación la posición jerárquica entre coautores que actúan conforme al contexto de comisión⁴⁵¹. En segundo lugar, la SPI precisa la distinción mínima entre las formas de intencionalidad de las consecuencias del artículo 30.2.b), al recaer únicamente en matices del dolo directo, por lo que merece una relevancia limitada para la pena⁴⁵².

En la especie, la SPI determina la culpabilidad siguiendo el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes⁴⁵³, para lo cual reproduce las conclusiones utilizadas para condenar al sujeto por ser autor directo y coautor directo y mediato. También sigue y da por cumplido el estándar de incremento de culpabilidad fijado en la sentencia anterior⁴⁵⁴ por las órdenes impartidas por el condenado y su participación⁴⁵⁵.

Por otro lado, y para establecer las circunstancias agravantes, la SPI determina el grado de intencionalidad según la intención o conocimiento conforme el artículo 30.2.b), lo que realiza estudiando el propósito y/o los objetivos del plan común, la participación del condenado y su grado de consciencia. Para la intención, requiere que el crimen o la agravante haya sido un objetivo del plan común y deseado por el condenado⁴⁵⁶; y para el conocimiento, requiere que el plan común haya tenido como objetivo la comisión de actos ilícitos que, en el curso normal de lo acontecido, resultaron en los crímenes y/o en la agravante; y que el condenado haya estado consciente de aquello y/o lo haya aceptado, aunque en ciertos casos considera suficiente que haya previsto o podido prever objetivamente la agravante⁴⁵⁷. El razonamiento de la SPI es similar al expuesto en la sentencia Lubanga, en cuanto al estándar de exigibilidad

⁴⁵⁰ Vid. *supra*, 2.1.2, 3.1.2 y 6.1.2.

⁴⁵¹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 142-143.

⁴⁵² CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 140-141, 143-144, 151, 167, 171, 180-181, 218-219, 253-254, 284, 291-292, 301-302, 307, 313, 318, 323, 327-329, 336, 358, 371-372

⁴⁵³ Vid. *supra*, 1.1.2, 2.1.2, 3.1.2, 4.1.2, 5.1.2 y 6.1.2.

⁴⁵⁴ Vid. *supra*, 6.1.2.

⁴⁵⁵ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 140-141, 143, 151, 167, 171, 180-181, 218-219, 253-254, 284, 291-292, 297, 301-302, 307, 313, 318, 323, 327-329, 336, 358 y 371-372.

⁴⁵⁶ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 164, 170, 176, 188, 190, 193, 195, 199, 202, 209-210, 214, 226, 228, 230, 233, 236, 239, 244, 249, 264, 268, 271, 274, 278, 282, 286-287, 331, 363 y 368.

⁴⁵⁷ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 154-155, 159, 189, 227, 231, 262-263, 266, 332 y 369-370.

para establecer las agravantes, que requiere verificar la concurrencia del elemento de intencionalidad⁴⁵⁸. No obstante, la limitación a la discrecionalidad de la CPI es menor, en la medida que es suficiente determinar el conocimiento.

Nuevamente se refuerza la conclusión arribada sobre la graduación de la culpabilidad concreta⁴⁵⁹, en especial con las precisiones agregadas por la SPI para la imposibilidad de jerarquizar los modos de responsabilidad y de intencionalidad y con la aplicación del estándar de incremento de culpabilidad. Lo resuelto en cuanto a las agravantes resulta llamativo, puesto que refuerza el estándar de exigibilidad ya señalado.

7. 1. 3. Las circunstancias agravantes

La SPI confirma la improcedencia de basar agravantes en los elementos legales de los crímenes⁴⁶⁰, agregando los del modo de responsabilidad. No obstante, precisa que la improcedencia aplica a dichos elementos y “*a las conclusiones fácticas esenciales que los sustentan*”, pudiendo establecer una agravante con las “*conclusiones fácticas no esenciales*” que sirven sólo para probar dichos elementos⁴⁶¹. Por tanto, y complementando lo resuelto en la sentencia anterior⁴⁶², se puede establecer una agravante con el sobre cumplimiento de un elemento del tipo penal y con los medios de prueba no esenciales de los elementos legales.

Por otro lado, la SPI reproduce la posibilidad de establecer agravantes con los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes⁴⁶³, al poder agravar la pena con las consecuencias de un crimen, incluso cuando constituyen “*hechos materiales subyacentes a otros crímenes y por los cuales no se condenó*”. Para aquello, requiere el cumplimiento de tres requisitos: 1) la relación próxima entre la consecuencia y el crimen; 2) la previsibilidad del condenado de la consecuencia; y 3) su conocimiento de los hechos que fundamentan la agravante⁴⁶⁴. El razonamiento de la SPI es concordante con lo expuesto anteriormente, sobre la posibilidad de

⁴⁵⁸ Vid. *supra*, 1.1.3.2.

⁴⁵⁹ Vid. *supra*, II-3 y III-1.1.2.

⁴⁶⁰ Vid. *supra*, II-4.6, III-1.1.3.1 y 6.1.3.1.

⁴⁶¹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 53.

⁴⁶² Vid. *supra*, 6.1.3.1.

⁴⁶³ Vid. *supra*, 1.1.3.3 y 6.1.3.5.

⁴⁶⁴ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 58.

establecer agravantes con circunstancias no imputadas como crimen de jurisdicción de la CPI ni contenidas en la DCC⁴⁶⁵; y sobre la exigencia de un vínculo suficientemente próximo entre la circunstancia y el crimen para poder agravar la pena⁴⁶⁶. De todas formas, se observa un incremento en la exigencia, puesto que requiere la concurrencia de un elemento de intencionalidad y de un grado de conocimiento por el condenado.

Las circunstancias estudiadas por la SPI son: que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; que el crimen se haya cometido con especial crueldad; que haya habido múltiples víctimas; el abuso de poder o del cargo oficial; y que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación.

7. 1. 3. 1. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa

Siguiendo el criterio jurisprudencial del estado o condición de las víctimas⁴⁶⁷, la SPI establece la agravante en los crímenes de asesinato, de ultrajes contra la dignidad personal, de violencia sexual y de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años. Reutiliza los indicios de la captura o detención y la menor edad de algunas víctimas (entre 7 y 21 años); y como nuevo indicio utiliza los tratos sometidos⁴⁶⁸. Nuevamente, el razonamiento refuerza lo expuesto en el capítulo anterior sobre el alcance de la circunstancia⁴⁶⁹, y confirma la posibilidad de establecer una agravante con el sobre cumplimiento de un elemento del tipo penal en la especie⁴⁷⁰, como lo es la menor edad en los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años.

7. 1. 3. 2. Que el crimen se haya cometido con especial crueldad

La SPI sigue el criterio del estado o condición de las víctimas y el criterio jurisprudencial de la modalidad de ejecución de los crímenes⁴⁷¹ para establecer la agravante en los crímenes contra

⁴⁶⁵ Vid. *supra*, 1.1.3.3.

⁴⁶⁶ Vid. *supra*, 1.1.3.3 y 6.1.3.5.

⁴⁶⁷ Vid. *supra*, 3.1.3.1 y 6.1.3.1.

⁴⁶⁸ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 155, 190, 209, 228, 264, 287, 332 y 369.

⁴⁶⁹ Vid. *supra*, II-4.3.

⁴⁷⁰ Vid. *supra*, 6.1.3.1.

⁴⁷¹ Vid. *supra*, 3.1.3.2 y 6.1.3.2.

la vida, de saqueo y de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años. Reutiliza los indicios de atacar civiles con indiferencia de su edad, al ser niños o ancianos; la comisión acompañada de otros actos ilícitos; el atacar civiles desarmados, que se encontraban huyendo o incapacitados de hacerlo; y la especial reprochabilidad de ciertos actos, como la quema de casas. Los nuevos indicios que utiliza son el embarazo o lesión de ciertas víctimas; el encontrarse cargando bebés; la planificación previa de los crímenes; y el contexto de ataque militar del grupo armado⁴⁷². El razonamiento nuevamente es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior, sobre los indicios que puede utilizar la CPI para establecer la agravante, los que dicen relación principalmente con los elementos de la modalidad de ejecución de los crímenes⁴⁷³.

7. 1. 3. 3. Que haya habido múltiples víctimas

La SPI fija dos estándares de cantidad para la agravante contemplada en la Regla 145.2.b.iv) en su segunda variante. Por un lado, un estándar de cantidad cuantificado, siendo suficiente 4 víctimas; y para el crimen de destrucción de propiedad, 100 propiedades destruidas. En efecto, establece la agravante para los crímenes contra la vida por ser más de 4 asesinatos e intentos de homicidio; para el crimen de tortura por ser más de 100 víctimas; para el crimen de esclavitud por ser más de 40; para el crimen de violación por ser al menos 7; y para el crimen de destrucción de propiedad por ser al menos 100 las casas incendiadas. Por otro lado, un estándar de cantidad no cuantificado, pero en la medida que sea significativa, el cual utiliza para establecer la agravante en los demás crímenes⁴⁷⁴. El razonamiento de la SPI se encuentra conforme con el capítulo anterior, sobre el examen de la cantidad de afectados con el crimen y la alta discrecionalidad de la CPI⁴⁷⁵, añadiendo dos estándares de cantidad para el establecimiento de la agravante.

7. 1. 3. 4. El abuso de poder o del cargo oficial

⁴⁷² CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 172, 189, 203, 227, 231, 240, 263, 275, 360-361 y 363.

⁴⁷³ Vid. *supra*, II-4.4.

⁴⁷⁴ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 154, 158-159, 163-164, 170, 175-176, 188, 193, 195, 197, 199, 201-202, 210, 213-214, 226, 230, 233, 235-236, 238-239, 244, 248-249, 262, 266, 268, 270-271, 273-274, 277-278, 281-282, 286, 331 y 368.

⁴⁷⁵ Vid. *supra*, II-4.4.

Siguiendo el estándar jurisprudencial de doble comprobación⁴⁷⁶, la SPI agrega una mayor exigencia, debiendo verificar la existencia de una relación legal especial entre el condenado y las víctimas de la cual pueda abusar al cometer los crímenes; o identificar una forma correcta de ejercer su autoridad. Si bien en la especie no se cumple el estándar⁴⁷⁷, resulta llamativa la exigencia, puesto que limita aún más la discrecionalidad para establecer la agravante.

7.1.3.5. Que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación

La SPI sigue el criterio del objetivo de discriminar del plan común y la comisión de los crímenes conforme a él⁴⁷⁸ para establecer la agravante en los crímenes contra la vida; de violencia sexual; de ataque a la población civil; de tortura; de esclavitud; de ultrajes a la dignidad personal; de saqueo; y de destrucción de propiedad. Lo anterior, por ser cometidos con motivos de discriminación de identidad y de género, ya que víctimas fueron perseguidas por ser percibida como simpatizantes del enemigo y/o por ser mujeres, conforme el objetivo del plan común⁴⁷⁹. El razonamiento es parcialmente contrario a la sentencia Lubanga⁴⁸⁰, al no requerir la concurrencia del elemento de intencionalidad, pero sí asociar los motivos con las causales del artículo 21.3 del ER, conforme lo señalado en el capítulo anterior⁴⁸¹.

7.1.4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

La SPI reproduce el requisito de conexión con el condenado⁴⁸², y confirma la no taxatividad de la Regla 145.2.a)⁴⁸³. Las circunstancias estudiadas son: las circunstancias que no llegan a constituir causales de exoneración de responsabilidad penal; y las circunstancias personales del condenado.

⁴⁷⁶ Vid. *supra*, 2.1.3, 4.1.3 y 5.1.3.2.

⁴⁷⁷ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 133-134.

⁴⁷⁸ Vid. *supra*, 6.1.3.4.

⁴⁷⁹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 145, 182, 220, 255, 288 y 333.

⁴⁸⁰ Vid. *supra*, 1.1.3.2.

⁴⁸¹ Vid. *supra*, II-4.5.

⁴⁸² Vid. *supra*, 2.1.4, 4.1.4, 5.1.4 y 6.1.4.

⁴⁸³ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 54 y 63-64.

7. 1. 4. 1. Las circunstancias que no llegan a constituir causales de exoneración de responsabilidad penal

En primer lugar, para la disminución de la capacidad mental de la Regla 145.2.a.i), la SPI confirma su vínculo con la causal de enfermedad o deficiencia mental del artículo 31.1.a), que conlleva una eximente de la responsabilidad penal. Si bien el ER requiere que la causal se presente al momento de incurrir en la conducta⁴⁸⁴, la SPI sigue un criterio contradictorio, al examinar el comportamiento posterior del condenado, como lo es durante el procedimiento. No obstante, no establece una atenuante, utilizando como indicio la planificación del plan común, lo que estima incompatible con la deficiencia mental⁴⁸⁵. En segundo lugar, para la coacción de la Regla 145.2.a.i), la SPI confirma su vínculo con la causal de exoneración regulada en el artículo 31.1.d) y fija un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que no reúne los estándares de necesidad o razonabilidad de la acción tomada para evitar la amenaza; o que no reúne el elemento mental específico. De todas formas, se debe determinar la presencia de coacción en el sentido del artículo 31.1.d), por lo que la atenuante no se establece mecánicamente. En la especie no establece una atenuante, utilizando como indicio la plena posesión de las facultades mentales, lo que manifiesta el actuar libre de coacción⁴⁸⁶.

Si bien el razonamiento de la SPI refuerza el capítulo anterior⁴⁸⁷, sobre la relevancia de los artículos del ER, contradice lo expuesto para la disminución de la capacidad mental, al permitir considerar el comportamiento posterior a la formación de la intención criminal o disposición negligente a la comisión del delito. Por tanto, el criterio de la SPI manifiesta su discrecionalidad, incluso contradiciendo lo dispuesto en el artículo 31.1. del ER. Por otro lado, lo resuelto para la coacción confirma lo ya enunciado, al requerir la presencia de coacción en el sentido del artículo 31.1.d), esto es, como consecuencia de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para el condenado u otra persona. En efecto, para cumplir el estándar fijado se debe verificar la presencia de coacción y

⁴⁸⁴ ONU: Asamblea General, 1998. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 31.1.

⁴⁸⁵ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 92-94, 96, 100 y 129.

⁴⁸⁶ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 92-94, 96, 100, 106, 108-112 y 129.

⁴⁸⁷ Vid. *supra*, II-5.1.

la falta de un requisito para constituir una causal de exoneración, pudiendo establecer una atenuante cuando el condenado no haya actuado necesaria y razonablemente para evitar la amenaza o cuando tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

7. 1. 4. 2. Las circunstancias personales del condenado

La SPI confirma la integración normativa⁴⁸⁸, examinando principalmente la situación familiar y el buen carácter⁴⁸⁹. Para la situación familiar sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad⁴⁹⁰, y establece una importante atenuante utilizando como indicios el secuestro a edad temprana por el grupo armado, siendo a los 9 años; el buen comportamiento; las condiciones de vida soportadas; y las consecuencias sufridas. De todas formas, tiene presente la adaptación temprana del condenado y su decisión de participar en los crímenes y no abandonar el grupo armado, teniendo posibilidades para hacerlo⁴⁹¹. Para el caso de la paternidad no se cumple el estándar, por la impertinencia de establecer una atenuante con la paternidad de menores nacidos producto de la comisión de crímenes contra sus madres. Por otro lado, la SPI también sigue el estándar de excepcionalidad para la condición de salud y para ciertos actos de empatía, utilizando como indicios para no establecer una atenuante el someter a víctimas a matrimonio forzado; y el carácter aislado de las acciones positivas⁴⁹².

El razonamiento de la SPI es congruente con el capítulo anterior⁴⁹³, al manifestar la discrecionalidad de la CPI para establecer atenuantes con las circunstancias individuales, la que se limita con el estándar de excepcionalidad. Lo resuelto resulta novedoso, puesto que permite sostener la excepcionalidad del secuestro por el grupo armado a una edad temprana como circunstancia para establecer una importante atenuante. Por su parte, la paternidad como resultado de la comisión de los crímenes, si bien puede ser excepcional, es impertinente para fundamentar una atenuante, lo que manifiesta una limitación a la discrecionalidad de la CPI.

⁴⁸⁸ Vid. *supra*, 1.1.4.1, 2.1.4.1, 3.1.4.1, 4.1.4.1, 5.1.4.1 y 6.1.4.1.

⁴⁸⁹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 63.

⁴⁹⁰ Vid. *supra*, 3.1.4.1, 5.1.4.1 y 6.1.4.1.

⁴⁹¹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 65, 70-75 y 77-88.

⁴⁹² CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 76, 103-105, 122-124 y 129-130.

⁴⁹³ Vid. *supra*, II-5.

7. 2. Aplicación en concreto de los factores

7. 2. 1. La gravedad del crimen

7. 2. 1. 1. La magnitud del daño causado

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI determina la escala e impacto de los crímenes. En el crimen de ataque a la población civil, determina su gran escala e impacto con el ataque a localidades donde vivían entre 15 mil a 30 mil personas, 2 mil a 3 mil y 7 mil a 13 mil, respectivamente, y con la quema de casas y el saqueo de bienes⁴⁹⁴. En los crímenes contra la vida, determina su escala con los al menos 128 asesinados y 25 intentos de homicidio⁴⁹⁵. En el crimen de tortura determina su gran escala e impacto con los cientos de víctimas y con las consecuencias permanentes ocasionadas, principalmente por agresiones físicas y psicológicas con carácter reiterado⁴⁹⁶. En el crimen de esclavitud, determina su gran escala e impacto con las al menos 69 personas secuestradas y esclavizadas y con las consecuencias sufridas por las víctimas y sus familiares, tanto físicas, psicológicas y sociales; estimando que el daño psicológico es inherente al ejercicio de los atributos del dominio sobre una persona⁴⁹⁷. En el crimen de persecución, determina su gran escala e impacto con la gran cantidad de víctimas y con la privación de sus derechos a la vida, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad personal, a no ser sometido a esclavitud y/o a la propiedad⁴⁹⁸. En el crimen de ultrajes a la dignidad personal, determina su gran impacto con las consecuencias permanentes ocasionadas en el ámbito psicológico⁴⁹⁹.

En los crímenes de reclutar, alistar y utilizar a menores de 15 años, determina su gran escala e impacto con la alta cantidad de menores integrados sistemáticamente al grupo armado y con las consecuencias permanentes psicológicas y sociales ocasionadas a las víctimas y sus familiares y las consecuencias físicas ocasionadas a las víctimas directas⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 149-150, 185, 223 y 259.

⁴⁹⁵ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 188, 192, 226, 230, 262 y 266.

⁴⁹⁶ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 158, 160, 195, 233, 268, 295, y 340-342.

⁴⁹⁷ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 163, 165-166, 197, 235, 270 y 311-312.

⁴⁹⁸ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 175, 213, 248 y 281.

⁴⁹⁹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párr. 208.

⁵⁰⁰ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 358, 360, 362, 365-367 y 370.

En el crimen de matrimonio forzado, determina su gran escala e impacto con la cantidad de víctimas y con las consecuencias ocasionadas, tanto físicas, psicológicas y sociales. En el crimen de violación, determina su gran escala e impacto con las al menos 4 víctimas y con las consecuencias permanentes ocasionadas, principalmente por actos reiterados de agresión. En el crimen de esclavitud sexual, determina su gran escala e impacto con la cantidad de víctimas y con las consecuencias físicas y psicológicas ocasionadas por agresiones reiteradas y sistemáticas. En el crimen de embarazo forzado, determina su escala con las dos víctimas⁵⁰¹.

En el crimen de saqueo determina su gran escala e impacto con la cantidad importante de víctimas y con las consecuencias económicas sufridas, por representar los objetos saqueados bienes básicos para la vida de la población civil. En el crimen de destrucción de propiedad determina su gran impacto con las consecuencias ocasionadas a las víctimas, al ser sus hogares incendiados y quedar sin posesiones⁵⁰².

7. 2. 1. 2. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

Aplicando el criterio jurisprudencial, la SPI determina la alta gravedad concreta de los crímenes con los indicios utilizados, como la ubicación donde se cometieron y en algunos casos la fecha y/o período. Además, con la indiferencia de los soldados a la condición de ciertas víctimas, como civiles o menores; con la comisión de diversos actos ilícitos de violencia y agresión física y psicológica; con el ataque a personas huyendo; con la persecución de víctimas por motivos de identidad, siendo algunas secuestradas; y con el carácter planificado y sistemático de algunos crímenes cometidos en durante el ataque militar⁵⁰³.

8. Hallazgos de la investigación

⁵⁰¹ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 290-292, 301, 306, 317, 337-338, 344-346 y 349-350.

⁵⁰² CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 170, 201, 238, 242, 245, 273 y 277.

⁵⁰³ CPI, SPI IX, 06/05/2021, Ongwen, párrs. 150, 158, 163, 165-166, 170, 175, 185, 188-189, 197-198, 203-204, 207, 213, 223, 233, 235, 238, 240, 243, 248, 258-259, 262, 268, 270, 273, 275, 277, 281, 291-292, 295-296, 301, 306, 311-313, 317, 323, 336-337, 340-342, 344-346, 349-350, 354, 358-360, 370 y 372.

Finalizado el estudio de las sentencias, se puede observar cierta constancia en los razonamientos de la CPI, permitiendo sistematizar los factores relevantes con lo resuelto y con los estándares y criterios seguidos, considerados jurisprudenciales cuando son sostenidos por al menos 3 sentencias. En efecto, y tal como lo señaló la sentencia Ntaganda, el marco regulatorio “*establece un esquema comprensivo de determinación de la pena*”⁵⁰⁴, el que se puede complementar con las resoluciones de la CPI.

Como consideraciones generales sostenidas por todas las sentencias, la CPI incluye como derecho aplicable el artículo 82.1.a) bajo el cual la pena debe ser proporcional al crimen, y conforme a la Regla 145.1.a), también debe reflejar la culpabilidad del condenado⁵⁰⁵. La sentencia Bemba y otros precisa que la proporcionalidad se mide generalmente por el grado del daño causado por el crimen y por la culpabilidad del condenado⁵⁰⁶; y la sentencia Ntaganda añade que la pena también debe reflejar las circunstancias individuales incluyendo las agravantes y atenuantes, pero ostentando una gran discrecionalidad para aquello⁵⁰⁷.

Por otro lado, y de conformidad con lo concluido en el capítulo anterior⁵⁰⁸, la CPI limita su discrecionalidad con la prohibición de doble valoración, bajo la cual los factores relevantes no pueden ser utilizados para valorar la gravedad del crimen y simultáneamente para establecer agravantes. La sentencia Bemba la limita aún más, al precisar que los elementos legales de los crímenes o del modo de responsabilidad no pueden ser utilizados para establecer agravantes⁵⁰⁹.

Como razonamiento sostenido por algunas sentencias, la esquematización ilustrativa realizada por Bemba sobre la interacción de los factores del artículo 78.1 y de la Regla 145.1.c), es recordada en Al Mahdi y en Bemba y otros⁵¹⁰. La esquematización expone la utilización de los factores de la Regla para valorar los contenidos en el artículo o para establecer la procedencia de las circunstancias atenuantes y agravantes de la Regla 145.2, con lo que se observa un intento de la CPI por estructurar los factores del marco regulatorio. De todas formas no es la

⁵⁰⁴ CPI, SPI VI, 07/11/2019, Ntaganda, párr. 8.

⁵⁰⁵ Vid. *supra*, 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7.

⁵⁰⁶ Vid. *supra*, 5.

⁵⁰⁷ Vid. *supra*, 6.

⁵⁰⁸ Vid. *supra*, II-2.

⁵⁰⁹ Vid. *supra*, 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7.

⁵¹⁰ Vid. *supra*, 3, 4 y 5.

única posibilidad, y en efecto en el presente trabajo se propuso una estructura de cuatro factores relevantes contemplados en el marco regulatorio⁵¹¹. Lo sostenido se refuerza con las dos últimas sentencias, que le restan importancia a la denominación de los factores, siendo lo relevante su identificación, valoración y ponderación para la determinación de la pena⁵¹².

Un razonamiento sostenido únicamente por la sentencia Lubanga consiste en que el marco legal aplicable no limita los factores relevantes a los hechos y circunstancias descritos en la DCC⁵¹³, lo que implica una expansión de su discrecionalidad, la que no es recogida en las demás sentencias.

Por su parte, la sentencia Ongwen sostiene que la condena por más de un crimen requiere primero la imposición de una pena individual por cada uno reflejando la culpabilidad del condenado, lo que implica la valoración de todos los factores relevantes incluyendo aquellos que pueden serlo para más de un crimen, puesto que de lo contrario *”la culpabilidad del condenado para un crimen particular no sería clara”*⁵¹⁴. De todas formas, la CPI no da cuenta la forma en que valora y pondera los factores relevantes, sólo imponiendo las penas individuales y luego la pena conjunta.

De lo mencionado se observa una coherencia con lo concluido en el capítulo anterior⁵¹⁵, permitiendo sostener que la pena concreta proporcional y justa se determina con la valoración de la gravedad del crimen, de la culpabilidad del condenado y de las circunstancias atenuantes y agravantes en las que se pueden contemplar las circunstancias individuales del condenado; y con la limitación de la prohibición de doble valoración. Con ello, se puede establecer un marco jurisdiccional de los factores relevantes para la determinación de la pena, el que se complementa con los criterios y estándares particulares que se exponen a continuación.

8. 1. La gravedad del crimen

⁵¹¹ Vid. *supra*, II-1.

⁵¹² Vid. *supra*, 6 y 7.

⁵¹³ Vid. *supra*, 1.

⁵¹⁴ Vid. *supra*, 7.

⁵¹⁵ Vid. *supra*, II-1 a 5.

Una consideración general sostenida por las sentencias Lubanga, Bemba y Ntaganda consiste en la especial importancia de la gravedad del crimen para determinar la pena en concreto, conforme al artículo 78.1 y a la Regla 145⁵¹⁶. Su valoración debe ser realizada, por un lado, de forma cuantitativa y cualitativa, según las sentencias Katanga, Ntaganda y Ongwen⁵¹⁷, lo que se observa principalmente en la magnitud del daño causado y en la índole de la conducta ilícita, con la determinación de la escala, del impacto y de la naturaleza de los crímenes⁵¹⁸.

Por otro lado, la valoración debe ser realizada estableciendo la gravedad en abstracto y en concreto, según sostienen las dos últimas sentencias, con base en los elementos constitutivos del crimen y del modo de responsabilidad (en abstracto) y en las circunstancias particulares del caso, utilizando la magnitud del daño causado y la conducta culpable del condenado (en concreto)⁵¹⁹. Lo señalado se observa principalmente en la índole de la conducta ilícita, con el intento de la CPI de ponderar la gravedad en abstracto de los crímenes según su naturaleza, y en la magnitud del daño causado y las circunstancias del modo, tiempo y lugar, con la determinación de la gravedad en concreto de los crímenes según los criterios seguidos por la CPI⁵²⁰. En la especie, la CPI efectivamente valora la gravedad de los crímenes utilizando la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita y las circunstancias del modo, tiempo y lugar (esta última con excepción de la sentencia Lubanga); y en el caso de la sentencia Ongwen, también con los medios empleados para perpetrar el crimen⁵²¹. Todos ellos se encuentran contemplados en la Regla 145.1.c).

Para la valorar la gravedad en el ámbito específico de la responsabilidad del superior, la sentencia Bemba fija un estándar de exigibilidad, según el cual debe establecer la gravedad de los crímenes cometidos por los subordinados y la gravedad de la conducta del condenado en no prevenir o reprimir los crímenes o en no someter el asunto a las autoridades competentes. Para ello debe considerar los elementos de los crímenes, pero ostenta un alto grado de discrecionalidad para establecer la procedencia de los demás factores relevantes⁵²². Lo

⁵¹⁶ Vid. *supra*, 1.1.1, 3.1.1 y 6.1.1.

⁵¹⁷ Vid. *supra*, 2.1.1, 6.1.1 y 7.1.1.

⁵¹⁸ Vid. *infra*, 8.1.1 y 8.1.2.

⁵¹⁹ Vid. *supra*, 6.1.1 y 7.1.1.

⁵²⁰ Vid. *infra*, 8.1.1, 8.1.2 y 8.1.3.

⁵²¹ Vid. *supra*, 1.1.1, 2.1.1, 3.1.1, 4.1.1, 5.1.1, 6.1.1 y 7.1.1.

⁵²² Vid. *supra*, 3.1.1.

mencionado tiene un desarrollo explícito en la sentencia, en la medida en que se estudia por separado la gravedad de ambas conductas.

El razonamiento sustenta lo concluido en el capítulo anterior⁵²³, en cuanto a que la gravedad del crimen es un factor determinante para el establecimiento de una pena proporcional, lo que implica su valoración en abstracto y/o en concreto. Para realizar tal valoración la CPI ostenta un alto grado de discrecionalidad (con la limitación de la prohibición de doble valoración), pero ha precisado su alcance a través de sus resoluciones judiciales. Con ello, se puede sostener que requiere ser realizada de forma cuantitativa y cualitativa y/o en abstracto y en concreto, para lo cual debe utilizar necesariamente la magnitud del daño causado y la índole de la conducta ilícita, quedando a su discreción utilizar las circunstancias del modo, tiempo y lugar y los medios empleados para perpetrar el crimen. Para todos los factores mencionados la CPI establece criterios y/o estándares, los que se desarrollan a continuación.

8. 1. 1. La magnitud del daño causado

Para realizar la valoración de la magnitud del daño causado por los crímenes, en todas las sentencias la CPI sigue el criterio jurisprudencial de determinar la escala y el impacto de los crímenes según la cantidad de víctimas y las consecuencias sufridas por las mismas⁵²⁴. En el caso de la escala, y para los crímenes contra la propiedad y el de dirigir intencionalmente ataques contra civiles, la sentencia Ntaganda realiza la modificación de estudiar la cantidad de ubicaciones atacadas. En el caso del impacto, algunas sentencias incluyen consideraciones al estudio, como la duración y reparación de las consecuencias sufridas (por Katanga); el estado de los edificios tras los crímenes (por Al Mahdi); y el rol de los objetos afectados, otorgando especial relevancia cuando constituyen bienes básicos, independientemente de su valor monetario (por Ntaganda y seguido por Ongwen)⁵²⁵. Por su parte, la sentencia Bemba y otros realiza las modificaciones del artículo 70, estudiando la cantidad de testigos influenciados, las consecuencias generadas por los delitos y los riesgos de su comisión⁵²⁶.

⁵²³ Vid. *supra*, II-2.

⁵²⁴ Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1, 3.1.1.1, 4.1.1.1, 5.1.1.1, 6.1.1.1 y 7.1.1.1.

⁵²⁵ Vid. *supra*, 2.1.1.1, 4.1.1.1, 6.1.1.1 y 7.1.1.1.

⁵²⁶ Vid. *supra*, 5.1.1.1.

Por otro lado, y para determinar la escala de algunos crímenes, la CPI sigue en todas las sentencias (con excepción de Bemba y otros) el estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas, según el cual no es necesario concluir sobre un número exacto mientras sea significativo⁵²⁷. Por su parte, la sentencia Bemba y otros fija un estándar de cantidad de testigos para establecer el enfoque sistemático y la alta gravedad de los delitos del artículo 70, debiendo ser cercana a la mitad de los que comparecieron por una de las partes⁵²⁸.

En la especie la CPI determina la gran escala y/o el gran impacto de ciertos crímenes siguiendo el criterio jurisprudencial, como lo son el de asesinato; el de intento de homicidio; el de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años; el de dirigir intencionalmente ataques contra civiles; el de destruir bienes del enemigo; el de atacar bienes protegidos; el de saqueo; el de tortura; el de esclavitud; el de persecución; el de ultrajes a la dignidad personal; el de matrimonio forzado; el de violación; y el de esclavitud sexual⁵²⁹. En el caso de la escala, en la gran mayoría de los casos la CPI da por cumplido el estándar de cantidad de víctimas⁵³⁰, y en la sentencia Bemba y otros, da por cumplido su estándar de la cantidad de testigos⁵³¹.

El razonamiento de la CPI en sus resoluciones judiciales sustenta lo concluido en el capítulo anterior⁵³², sobre la graduación de la entidad del injusto determinando la escala y/o el impacto del crimen con la cantidad de víctimas y/o las consecuencias y sufrimientos ocasionados. Por tanto, se puede sostener que la magnitud del daño causado se establece siguiendo el criterio jurisprudencial de la escala y el impacto, realizando modificaciones o agregando consideraciones cuando la CPI lo estime pertinente. La escala, por su parte, se puede determinar con el estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas, lo cual es especialmente útil cuando los crímenes no tienen un número específico de víctimas.

⁵²⁷ Vid. *supra*, 1.1.1.1, 2.1.1.1, 3.1.1.1, 4.1.1.1, 6.1.1.1 y 7.1.1.1.

⁵²⁸ Vid. *supra*, 5.1.1.1.

⁵²⁹ Vid. *supra*, 1.2.1.1, 2.2.1.1, 3.2.1.1, 4.2.1.1, 6.2.1.1 y 7.2.1.1.

⁵³⁰ Vid. *supra*, 1.2.1.1, 2.2.1.1, 3.2.1.1, 6.2.1.1 y 7.2.1.1.

⁵³¹ Vid. *supra*, 5.2.1.1.

⁵³² Vid. *supra*, II-2.1.

8. 1. 2. La índole de la conducta ilícita

Una consideración que siguen las sentencias Bemba, Ntaganda y Ongwen es la posibilidad de analizar los crímenes de lesa humanidad y los de guerra en conjunto cuando se basan en la misma conducta. En el caso de la sentencia Ongwen, también estudia en conjunto los crímenes relacionados, como los contra la vida y los de violencia sexual⁵³³.

Por otro lado, el intento de ponderar y jerarquizar los crímenes y delitos del ER se observa en todas las resoluciones judiciales, reforzándose con lo sostenido en la sentencia Katanga, en cuanto a que los crímenes no son necesariamente equivalentes en términos de gravedad, pudiendo realizar distinciones. La sentencia Al Mahdi recoge lo señalado y determina que los crímenes contra las personas son de mayor gravedad en abstracto que los contra la propiedad, por lo que merecen una mayor punición, a pesar de ambos ser inherentemente graves⁵³⁴. Por su parte, la sentencia Bemba y otros determina que los delitos del artículo 70 son de menor gravedad que los crímenes según el artículo 5, mereciendo una menor punición⁵³⁵.

Para ponderar los crímenes objeto de la condena, las sentencias Lubanga, Bemba, Ntaganda y Ongwen siguen el criterio jurisprudencial de las consecuencias en abstracto, y con excepción de Bemba, el criterio jurisprudencial del propósito principal que emana de la prohibición de los crímenes. Las dos últimas sentencias también siguen el criterio del bien jurídico protegido. Con lo anterior, la CPI arriba a las conclusiones de la gravedad en abstracto y/o en concreto de los crímenes⁵³⁶.

En un esfuerzo por jerarquizar los crímenes y delitos del ER, se observa que las resoluciones judiciales de la CPI se complementan, permitiendo proporcionar un esquema de gravedad en abstracto. En el esquema, los crímenes según el artículo 5 son de mayor gravedad que los delitos del artículo 70, y dentro de los primeros, los crímenes contra las personas son de mayor gravedad que los crímenes cometidos sólo contra la propiedad. Dentro de los crímenes contra

⁵³³ Vid. *supra*, 3.1.1.2, 6.1.1.2 y 7.1.1.2.

⁵³⁴ Vid. *supra*, 2.1.1.2 y 4.1.1.2.

⁵³⁵ Vid. *supra*, 5.1.1.2.

⁵³⁶ Vid. *supra*, 1.1.1.2, 3.1.1.2, 6.1.1.2 y 7.1.1.2.

las personas, los crímenes de extrema gravedad son los de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años; el asesinato; el de persecución; el de tortura; y el de matrimonio forzado. Le siguen como particularmente graves los crímenes de violencia sexual; de dirigir intencionalmente ataques contra civiles; de esclavitud; de ultrajes a la dignidad personal; y de esclavitud sexual. De menor gravedad es el crimen de traslado forzoso de la población y el de ataque a la población civil, y le sigue el de ordenar el desplazamiento de la población civil. Los crímenes contra la propiedad son de menor gravedad en abstracto, como el crimen de saqueo, de destrucción de propiedad y de ataque a objetos protegidos (distinguiendo entre el grado de protección de los objetos), pudiendo variar la gravedad en concreto según las circunstancias del caso específico. Debe señalarse que en el esquema no se incluye el crimen de embarazo forzado, puesto que la CPI no se pronuncia sobre su gravedad⁵³⁷.

Del razonamiento de la CPI se puede observar la concordancia con el capítulo anterior, en cuanto a determinar la punición merecedora según la naturaleza de un crimen⁵³⁸. En efecto, la gravedad en abstracto de los crímenes del ER no es equivalente, lo que se demuestra con la recopilación de lo resuelto por la CPI en el esquema de gravedad en abstracto. La gran utilidad del esquema realizado se fundamenta por permitir la creación de una jurisprudencia al respecto, bajo la cual la CPI puede resolver uniformemente en casos futuros.

8. 1. 3. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar

Las circunstancias son contempladas en todas las sentencias, con excepción de Lubanga. Para realizar su valoración, la CPI sigue el criterio jurisprudencial del período y la ubicación de los crímenes (con la excepción completa de Al Mahdi y parcial de Bemba y otros, en cuanto a la ubicación) y el criterio jurisprudencial de la modalidad de ejecución⁵³⁹.

Para examinar el primer criterio, la sentencia Katanga utiliza como indicios la hora de madrugada y el ataque en diversas direcciones; la sentencia Bemba utiliza las múltiples ubicaciones atacadas; y la sentencia Ntaganda utiliza la extensión en el tiempo y espacio de

⁵³⁷ Vid. *supra*, 1.1.1.2, 2.1.1.2, 3.1.1.2, 4.1.1.2, 5.1.1.2, 6.1.1.2 y 7.1.1.2.

⁵³⁸ Vid. *supra*, II-2.2.

⁵³⁹ Vid. *supra*, 2.1.1.3, 3.1.1.3, 4.1.1.3, 5.1.1.3, 6.1.1.3 y 7.1.1.3.

los crímenes⁵⁴⁰. Para el segundo criterio existen indicios utilizados en más de una sentencia, como la persecución y ataque a personas desarmadas (en Katanga, Ntaganda y Ongwen); la comisión acompañada de otros actos ilícitos (en Katanga, Bemba y Ongwen); el haber actuado con motivos discriminatorios (en Katanga, Al Mahdi y Ongwen); el contexto militar del ataque (en Bemba y Ntaganda); y el secuestro previo de ciertas víctimas (en Ntaganda y Ongwen). La sentencia Bemba también utiliza la resistencia de las víctimas y el carácter público; la sentencia Ntaganda el motivo económico de los perpetradores (para el crimen de saqueo); y la sentencia Ongwen la indiferencia de los perpetradores en el ataque y el carácter sistemático y planificado de algunos crímenes⁵⁴¹. Por su parte, la sentencia Bemba y otros utiliza como indicios la cantidad de individuos involucrados; la intención de encubrir los delitos; y la cuestión sobre la que recae el delito⁵⁴².

Por otro lado, la sentencia Bemba y otros establece un estándar de marco temporal de comisión, debiendo verificar que sea igual o superior a un año para ser relevante para la pena. La sentencia Ntaganda modifica el estándar, requiriendo dos semanas⁵⁴³.

Del razonamiento de la CPI se puede sostener su coherencia con lo concluido en el capítulo anterior⁵⁴⁴, sobre el alcance del factor cuando la CPI lo estima relevante, incluso con las modificaciones del artículo 70. Por tanto, las circunstancias del modo, tiempo y lugar se establecen con los criterios jurisprudenciales del periodo y la ubicación y/o de la modalidad de ejecución de los crímenes, para lo cual la CPI puede utilizar diversos indicios con tal de determinar y medir su pertinencia en la valoración de la gravedad de los crímenes.

8. 1. 4. Los medios empleados para perpetrar el crimen

Los medios empleados para perpetrar el crimen son utilizados para valorar la gravedad únicamente en la sentencia Ongwen, donde la CPI fija un criterio para el caso de los crímenes de matrimonio forzado, esclavitud sexual y reclutamiento, alistamiento y utilización de

⁵⁴⁰ Vid. *supra*, 2.1.1.3, 3.1.1.3 y 6.1.1.3

⁵⁴¹ Vid. *supra*, 2.1.1.3, 3.1.1.3, 4.1.1.3, 6.1.1.3 y 7.1.1.3.

⁵⁴² Vid. *supra*, 5.1.1.3.

⁵⁴³ Vid. *supra*, 5.1.1.3 y 6.1.1.3.

⁵⁴⁴ Vid. *supra*, II-2.4.

menores de 15 años. El criterio consiste en estudiar la presencia de coacción hacia las víctimas, lo que es utilizado en la especie para incrementar la gravedad de los crímenes, por la coacción impuesta al momento del secuestro y/o para evitar que escapen⁵⁴⁵. El razonamiento de la CPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior, sobre la posibilidad de incluir en la valoración de la gravedad los instrumentos de comisión de la conducta punible, en la medida que la CPI lo estime pertinente⁵⁴⁶. De todas formas resulta llamativo que la CPI utilice la coacción como un indicio para incrementar la gravedad de los crímenes, puesto que es un elemento contemplado por los tipos penales.

8. 2. La conducta culpable del condenado

Una consideración general es la sostenida únicamente por la sentencia Katanga, sobre determinar la consciencia del condenado de la especial gravedad de los crímenes imputados al concernir a la comunidad internacional en su conjunto y por ello ser merecedores de una penalidad más severa⁵⁴⁷. Lo anterior es llamativo, puesto que incrementa la exigencia de la Regla 145.1.a) de que la pena refleje la culpabilidad.

Otra consideración general es la negación de la jerarquía en abstracto de los modos de responsabilidad del ER, tanto de culpabilidad como de penalidad para efectos de la determinación de la pena. Comenzando con la sentencia Katanga, que niega la jerarquización entre los modos de responsabilidad del artículo 25; la sentencia Bemba incluye los artículos 25.3 y 28 y la sentencia Ntaganda las formas de autoría del artículo 25.3.a). Lo señalado se refuerza con la precisión de la sentencia Ongwen, en cuanto a que el control compartido del crimen en la coautoría no constituye por sí una menor participación que el control exclusivo ejercido por los autores directos o mediatos⁵⁴⁸.

Un razonamiento contrario se observa en la sentencia Bemba, en cuanto realiza cuatro distinciones para la gravedad en abstracto del artículo 28, lo que no se traduce en su

⁵⁴⁵ Vid. *supra*, 7.1.1.4.

⁵⁴⁶ Vid. *supra*, II-2.3.

⁵⁴⁷ Vid. *supra*, 2.1.2.

⁵⁴⁸ Vid. *supra*, 2.1.2, 3.1.2, 6.1.2 y 7.1.2.

comparación con el artículo 25. Primero, la gravedad de la conducta de los líderes de alto mando es generalmente mayor que la de sus subordinados, arriesgando una mayor punición. Segundo, el fracaso constante de un superior en ejercer sus deberes de prevención o represión es generalmente de mayor gravedad que los incidentes aislados, por alentar implícitamente a los subordinados a creer que pueden cometer crímenes con impunidad. Tercero, la importancia del rol del superior incrementa su culpabilidad, especialmente cuando los crímenes no se hubieran cometido o se hubieren prevenido de haber ejercido su control de forma adecuada. Cuarto, la culpabilidad se incrementa con el conocimiento actual o real de que el grupo armado se disponía o estaba cometiendo los crímenes, siendo menor cuando debió haber conocido dichas circunstancias. Un indicio del fracaso constante del superior y de su rol e intención en los crímenes es la inutilización de los medios a su disposición para tomar las medidas alternativas y correctivas. Lo razonado es de gran relevancia, puesto que la CPI estima que las distinciones de culpabilidad deben ser reflejadas en la pena⁵⁴⁹.

La sentencia Bemba y otros también permite las distinciones de culpabilidad, pero sobre la base de las contribuciones esenciales efectivas, pudiendo realizar su graduación para ser reflejado en la pena. Las distinciones de culpabilidad también encuentran sustento en el estándar de incremento de culpabilidad seguido por las dos últimas sentencias, el que opera con las órdenes emitidas por el condenado y su participación personal en los crímenes, con independencia de su presencia física o conocimiento de acciones específicas⁵⁵⁰.

A raíz de lo mencionado, se puede sostener que la culpabilidad debe ser establecida en concreto, incluso con la comparación del artículo 28. Para realizar aquello, la CPI en todas sus sentencias sigue el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes, para lo cual recurre a las conclusiones que establecieron el modo de responsabilidad en la condena. En efecto, para determinar el grado de participación y de intencionalidad la CPI toma en cuenta diversos elementos inherentes, como el plan común, las contribuciones esenciales y el rol del condenado (en la coautoría); el requerimiento de

⁵⁴⁹ Vid. *supra*, 3.1.2.

⁵⁵⁰ Vid. *supra*, 5.1.2, 6.1.2 y 7.1.2.

conexión y los distintos estándares de la culpabilidad (en la responsabilidad del superior); y la instrumentalización del grupo armado (en la coautoría mediata)⁵⁵¹.

Por otro lado, en cuanto las formas de intencionalidad de las consecuencias del artículo 30.2.b), la sentencia Ongwen precisa que la distinción es mínima, mereciendo una relevancia limitada en la pena por recaer únicamente en matices del dolo directo. No obstante, y para establecer las circunstancias agravantes, estima pertinente determinar el grado de intencionalidad según la intención o conocimiento del artículo 30.2.b), lo que realiza estudiando el propósito y/o los objetivos del plan común, la participación del condenado y su grado de consciencia. Para determinar la intención requiere que el crimen o la agravante haya sido un objetivo del plan común y deseado por el condenado; y para el conocimiento requiere que el plan común haya tenido como objetivo la comisión de actos ilícitos que, en el curso normal de lo acontecido, resultaron en los crímenes y/o en la agravante; y que el condenado haya estado consciente de aquello y/o lo haya aceptado, siendo en ciertos casos suficiente que haya previsto o podido prever objetivamente la agravante. El razonamiento resulta llamativo, toda vez que refuerza el estándar de exigibilidad planteado por la sentencia Lubanga para una de las circunstancias agravantes, que requiere verificar la concurrencia del elemento de intencionalidad pero en su variante de intención⁵⁵². Por ello, la limitación a la discrecionalidad de la CPI es menor en Ongwen, que estima que el conocimiento es suficiente.

Los razonamientos de la CPI se encuentran conformes con lo concluido en el capítulo anterior, sobre la gran importancia de la culpabilidad para determinar la pena y su graduación concreta con la imputación subjetiva del sujeto, implicando su grado de participación y de intencionalidad⁵⁵³. Por ello, y a pesar de la discrecionalidad de la CPI, se puede sostener que la culpabilidad debe ser valorada en concreto siguiendo el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes, recogiendo las conclusiones que establecieron el modo de responsabilidad en la condena. Lo anterior se refuerza, por un lado, con lo resuelto para los modos de responsabilidad del ER, al impedir su jerarquización en abstracto sobre la base de la comparación de los artículos atingentes (con excepción del

⁵⁵¹ Vid. *supra*, 1.1.2, 2.1.2, 3.1.2, 4.1.2, 5.1.2, 6.1.2 y 7.1.2.

⁵⁵² Vid. *supra*, 1.1.3.2.

⁵⁵³ Vid. *supra*, II-3.

artículo 28); y por otro lado, con el estándar de incremento de culpabilidad y con las distinciones de culpabilidad, que se deben establecer en concreto.

8.3. Las circunstancias agravantes

Se pueden identificar dos consideraciones generales resueltas para las agravantes, sostenidas por la mayoría de las sentencias. En primer lugar, de Katanga a Ntaganda se sigue un requisito para establecer las agravantes en concreto, debiendo relacionarse directamente con los crímenes de la DDC y teniendo presente la conducta del condenado. La sentencia Ntaganda agrega la impertinencia de basarse en crímenes y hechos no objetos de la condena, con la excepción de la conducta posterior del condenado establecida en la especie⁵⁵⁴.

De forma contraria y conforme lo razonado en Lubanga⁵⁵⁵, la sentencia Ongwen permite basarse en hechos que no fueron imputados como crimen de jurisdicción de la CPI ni fueron parte de la condena, pero en la medida que concurren los siguientes requisitos: 1) la relación próxima entre la consecuencia y el crimen; 2) la previsibilidad del condenado de la consecuencia; y 3) su conocimiento de los hechos que fundamentan la agravante⁵⁵⁶. El razonamiento de la CPI en las sentencias Lubanga y Ongwen refuerza lo expuesto en el capítulo anterior⁵⁵⁷, sobre la exigencia de un vínculo suficientemente próximo entre la circunstancia y el crimen para poder agravar la pena, pero se torna más exigente en Ongwen, al requerir además la concurrencia de un elemento de intencionalidad y de un grado de conocimiento por el condenado.

En segundo lugar, de Bemba a Ntaganda se resuelve la imposibilidad de establecer como agravante la ausencia de atenuantes⁵⁵⁸, lo que refuerza lo expuesto en el capítulo anterior⁵⁵⁹, sobre la limitación a la discrecionalidad de la CPI en el establecimiento de las agravantes.

⁵⁵⁴ Vid. *supra*, 2.1.3, 3.1.3, 4.1.3, 5.1.3 y 6.1.3.

⁵⁵⁵ Vid. *supra*, 1.1.3.3.

⁵⁵⁶ Vid. *supra*, 7.1.3.

⁵⁵⁷ Vid. *supra*, II-4.

⁵⁵⁸ Vid. *supra*, 3.1.3, 4.1.3, 5.1.3 y 6.1.3.

⁵⁵⁹ Vid. *supra*, II-4.

Por otro lado, existen consideraciones que no fueron nuevamente sostenidas, pero que son relevantes por decir relación con la discrecionalidad de la CPI para establecer agravantes. Primero, la sentencia Bemba precisa la prohibición de doble valoración, afirmando la posibilidad de basarse en factores relevantes de la Regla 145.1.c) que no fueron utilizados para valorar la gravedad del crimen⁵⁶⁰. Segundo, la sentencia Ntaganda confirma la no taxatividad de la Regla 145.2.b), y añade que las del número vi) no son de menor gravedad que los números anteriores⁵⁶¹. Tercero, la sentencia Ongwen confirma la improcedencia de basar las agravantes en elementos legales de los crímenes (afirmada previamente para agravantes en específico)⁵⁶² y agrega los elementos del modo de responsabilidad, pero permite establecer una agravante con los medios de prueba no esenciales de los elementos legales⁵⁶³. Lo resuelto por la CPI es llamativo, a pesar de no ser recogido en otras sentencias, puesto que establece directrices para el ejercicio de su discrecionalidad en el establecimiento de las agravantes.

De lo razonado por la CPI se observa la preponderancia por sostener el requisito y la imposibilidad para establecer las agravantes, no obstante existir razonamientos disímiles en cuanto al primero. Complementando las resoluciones judiciales, se pueden sustraer directrices generales para el ejercicio de la discrecionalidad de la CPI en el establecimiento de las agravantes, siendo estas: 1) verificar que se relacionen directamente con los crímenes de la DDC (con el razonamiento contrario de Lubanga y Ongwen); 2) tener presente la conducta del condenado; 3) no basarse en la ausencia de circunstancias atenuantes; 4) no basarse en factores relevantes utilizados para valorar la gravedad del crimen; 5) no basarse en elementos legales de los crímenes o del modo de responsabilidad, lo que no incluye sus medios de prueba no esenciales; y 6) no fundamentar una menor gravedad en la comparación de la Regla 145.2.b.vi) con los números anteriores. Por tanto, la discrecionalidad de la CPI se ha visto limitada en sus resoluciones judiciales, pero sigue siendo considerable en los demás aspectos.

En sus resoluciones judiciales, la CPI ha estudiado las circunstancias ii) a v) de la Regla 145.2.b). Las circunstancias no reguladas pero estudiadas son: los efectos no exigidos por los

⁵⁶⁰ Vid. *supra*, 3.1.3.

⁵⁶¹ Vid. *supra*, 6.1.3.1.

⁵⁶² Vid. *supra*, II-4.6, III-1.1.3.1 y 6.1.3.1.

⁵⁶³ Vid. *supra*, 7.1.3.

elementos de los crímenes; el intento de obstrucción del procedimiento; el abuso de la confianza otorgada por la CPI; y el abuso de privilegios otorgados por el procedimiento.

8. 3. 1. Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa

La CPI establece la agravante en las sentencias Bemba, Ntaganda y Ongwen con el criterio jurisprudencial del estado o condición de las víctimas. En las tres sentencias utiliza el indicio de la menor edad de algunas víctimas, ya sea por su condición de bebés o niños o por su edad (entre 10 y 17 años para Bemba; entre 7 y 21 para Ongwen). En las dos últimas sentencias, también utiliza el indicio de la captura o detención de las víctimas en el momento de la conducta relevante. En Ntaganda agrega los indicios del embarazo, enfermedad e incapacidad para huir; y en Ongwen el indicio de los tratos sometidos⁵⁶⁴.

Por otro lado, la sentencia Bemba también sigue el criterio de la ubicación y la modalidad de ejecución de los crímenes para establecer la agravante en el crimen de violación, utilizando como indicios: la confirmación previa de ser la única fuerza armada en el área; el ataque y agresión a civiles desarmados al interior de sus casas, en bases temporales o en ubicaciones aisladas; y el ataque por la resistencia de algunas víctimas⁵⁶⁵.

En los crímenes de reclutar, alistar y utilizar menores de 15 años resulta interesante que las sentencias Ntaganda y Ongwen establezcan una agravante con el indicio de la menor edad de algunas víctimas, puesto que la sentencia Lubanga sostiene que la edad es un elemento contemplado en el tipo penal que no puede fundamentar una agravante⁵⁶⁶. El razonamiento de la sentencia Lubanga permite sostener la improcedencia de basar las agravantes en los elementos legales de los crímenes, siendo similar a lo expuesto en el capítulo anterior, en cuanto a que las agravantes no dicen relación con tales elementos⁵⁶⁷. Por ello, de primera vista se podría observar una contradicción en los razonamientos de la CPI, pero aquello no es

⁵⁶⁴ Vid. *supra*, 3.1.3.1, 6.1.3.1 y 7.1.3.1.

⁵⁶⁵ Vid. *supra*, 3.1.3.1.

⁵⁶⁶ Vid. *supra*, 1.1.3.1.

⁵⁶⁷ Vid. *supra*, II-4.

preciso, ya que las sentencias Ntaganda y Ongwen confirman lo resuelto en Lubanga sobre la edad como elemento del tipo penal, pero sostienen que la significativa menor edad sí puede fundamentar una agravante. Por tanto, lo que hace la CPI es precisar el alcance de la circunstancia, permitiendo que el sobre cumplimiento de un elemento del tipo penal en la especie fundamente una agravante. De lo expuesto se puede sostener que, si bien la improcedencia de los elementos legales limita la discrecionalidad de la CPI, no aplica para el sobre cumplimiento de un elemento en el caso específico.

Como conclusión, la agravante dice relación principalmente con el estado o condición de las víctimas, siendo el indicio más importante su menor edad, pero también su captura o detención previa. No obstante, los elementos legales del tipo penal no pueden basar por sí mismos una agravante, lo que confirma lo expuesto en el capítulo anterior⁵⁶⁸, junto con el alcance de la circunstancia⁵⁶⁹. Si bien lo anterior limita la discrecionalidad de la CPI, el sobre cumplimiento de un elemento es suficiente para establecer una agravante, según las resoluciones judiciales.

8. 3. 2. Que el crimen se haya cometido con especial crueldad

En las sentencias Bemba, Ntaganda y Ongwen, la CPI establece la agravante con el criterio jurisprudencial de la modalidad de ejecución de los crímenes. En las tres sentencias utiliza como indicios la comisión acompañada de otros actos ilícitos y la especial reprochabilidad de ciertos actos. En Bemba y en Ntaganda también utiliza el carácter público y reiterado de los crímenes, incrementando la humillación de las víctimas; y en Bemba y en Ongwen agrega el atacar civiles con indiferencia de su edad, género o condición socioeconómica, como los niños o ancianos. Los indicios utilizados sólo por una sentencia son: la indiferencia por el sustento o bienestar de las víctimas (en Bemba); la mantención de víctimas en lugares sin condiciones apropiadas (en Ntaganda); la planificación previa de los crímenes y el contexto de ataque militar del grupo armado (en Ongwen)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Vid. *supra*, II-4.3.

⁵⁶⁹ Vid. *supra*, II-4-3.

⁵⁷⁰ Vid. *supra*, 3.1.3.2, 6.1.3.2 y 7.1.3.2.

Las sentencias Bemba y Ongwen también establecen la agravante con el criterio del estado o condición de las víctimas, utilizando como indicio el atacar civiles desarmados, que se encontraban huyendo o incapacitados de hacerlo. La sentencia Ongwen también adiciona el embarazo o lesión de ciertas víctimas y el encontrarse cargando bebés⁵⁷¹. Por su parte, la sentencia Bemba sigue dos criterios adicionales, siendo los motivos de los perpetradores y la ubicación de los crímenes. Como indicios para establecer la agravante, utiliza los siguientes: utilizar el crimen como arma de guerra y/o forma de auto compensación; y atacar civiles en sus casas, en lugares de santuario, en bases temporales o en ubicaciones aisladas⁵⁷².

Del razonamiento de la CPI, se puede sostener que la agravante dice relación principalmente con la modalidad de ejecución de los crímenes, siendo los indicios más importantes la comisión acompañada de otros actos ilícitos; la especial reprochabilidad de ciertos actos; el carácter público y reiterado; y el atacar civiles con indiferencia de su edad, género o condición socioeconómica. No obstante, existen otros criterios que la CPI puede utilizar, como lo es el estado o condición de las víctimas, la ubicación y los motivos de los perpetradores. Las resoluciones de la CPI refuerzan y complementan lo expuesto en el capítulo anterior, sobre los indicios que puede utilizar la CPI para establecer la agravante⁵⁷³.

8. 3. 3. Que haya habido múltiples víctimas

La agravante es estudiada únicamente en la sentencia Ongwen, la que fija dos estándares de cantidad para su establecimiento. Por un lado, un estándar de cantidad cuantificado, siendo suficiente 4 víctimas en los crímenes contra las personas y 100 propiedades destruidas en el crimen de destrucción de propiedad. Por otro lado, un estándar de cantidad no cuantificado, pero en la medida que sea significativa⁵⁷⁴. Lo resuelto por la CPI refuerza lo expuesto en el capítulo anterior, sobre el estudio de la cantidad de afectados con el crimen y la alta discrecionalidad de la CPI⁵⁷⁵. En efecto, la CPI ostenta una alta discrecionalidad para

⁵⁷¹ Vid. *supra*, 3.1.3.2 y 7.1.3.2.

⁵⁷² Vid. *supra*, 3.1.3.2.

⁵⁷³ Vid. *supra*, II-4.4.

⁵⁷⁴ Vid. *supra*, 7.1.3.3.

⁵⁷⁵ Vid. *supra*, II-4.4.

determinar cuándo es procedente, lo que se manifiesta con los estándares de cantidad fijados para el establecimiento de la agravante.

8.3.4. El abuso de poder o del cargo oficial

En las sentencias Katanga, Al Mahdi, Bemba y otros y Ongwen, la CPI sigue el estándar jurisprudencial de doble comprobación para establecer la agravante, debiendo verificar que el condenado ejerció su posición de autoridad y que abusó de ella o hizo uso de su influencia para promover los crímenes. Al respecto, la sentencia Al Mahdi precisa que la comisión de los crímenes en una posición de autoridad no implica necesariamente su abuso. Por su parte, las sentencias Bemba y otros y Ongwen incrementan la exigencia del estándar, al agregar que se debe verificar que la utilización del cargo oficial frente a un subordinado supere lo esperado dentro de los límites de una relación profesional; y la existencia de una relación legal especial entre el condenado y las víctimas de la cual pueda abusar al cometer los crímenes, o identificar una forma correcta de ejercer su autoridad. Como indicios, la sentencia Katanga utiliza el poder efectivo del condenado sobre el grupo armado y su función en los crímenes⁵⁷⁶.

Por otro lado, la sentencia Ntaganda estudia una agravante similar en naturaleza al abuso de poder o del cargo oficial, ya que el condenado ejerció su posición de autoridad para cometer los crímenes personalmente en presencia de sus subordinados, transmitiendo que el grupo armado tolera e incentiva la violencia y los crímenes. Se puede sostener que el razonamiento de la sentencia ostenta una similitud con el estándar jurisprudencial, al requerir una posición de autoridad y un ejercicio indebido de aquella⁵⁷⁷.

Si bien la CPI estima que no se cumple el estándar en ninguna de sus resoluciones judiciales (con excepción de Ntaganda, de forma implícita), su razonamiento refuerza lo sostenido en el capítulo anterior⁵⁷⁸, sobre la exigencia de que la posición de autoridad o de mando conlleve un abuso o ejercicio indebido de la misma en el caso concreto. Por su parte, el incremento de la exigencia del estándar implica una limitación en la discrecionalidad de la CPI, puesto que

⁵⁷⁶ Vid. *supra*, 2.1.3, 4.1.3, 5.1.3.2 y 7.1.3.4.

⁵⁷⁷ Vid. *supra*, 6.1.3.3.

⁵⁷⁸ Vid. *supra*, II-4.2.

torna más difícil el establecimiento de la agravante. Por tanto, se puede sostener que el establecimiento de la agravante depende del cumplimiento del estándar jurisprudencial de doble comprobación, cuya exigencia se verá incrementada si la CPI lo estime pertinente.

8.3.5. Que el crimen se haya cometido por un motivo que entrañe discriminación

Las dos últimas sentencias siguen el criterio del objetivo de discriminar del plan común y la comisión de los crímenes conforme a él para establecer la agravante. Para aquello, necesariamente asocian los motivos con alguna causal del artículo 21.3 del ER, siendo por etnia en Ntaganda y por identidad y género en Ongwen⁵⁷⁹. Por su parte, la sentencia Lubanga establece un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que el condenado discriminó deliberadamente a las víctimas en el momento de la conducta relevante. La sentencia Ntaganda, si bien no se pronuncia sobre el requisito del elemento de intencionalidad, sí concluye su procedencia⁵⁸⁰. En lo resuelto por Lubanga se observa el incremento en la exigibilidad para establecer la agravante, ya que requiere determinar la concurrencia del elemento de intencionalidad en su variante de intención, siendo insuficiente el conocimiento.

De lo mencionado, se puede sostener que el razonamiento de la CPI refuerza lo expuesto en el capítulo anterior⁵⁸¹, donde se requiere la asociación de los motivos con alguna causal del artículo 21.3 del ER. No obstante, el estándar de Lubanga limita la discrecionalidad de la CPI, al requerir además determinar la concurrencia del elemento de intencionalidad en su variante de intención. De todas formas, la aplicación del estándar queda a pertinencia de la CPI.

8.3.6. Los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes

La sentencia Ntaganda confirma la posibilidad de establecer agravantes con los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes y que concurren en la especie, como lo es el

⁵⁷⁹ Vid. *supra*, 6.1.3.4 y 7.1.3.5.

⁵⁸⁰ Vid. *supra*, 1.1.3.2 y 6.1.3.4.

⁵⁸¹ Vid. *supra*, II-4.5.

asesinato a no combatientes en el crimen de dirigir ataques intencionalmente contra civiles⁵⁸². Por su parte, la sentencia Lubanga afirma que la violencia sexual puede establecer una agravante, a pesar de no ser imputada como un crimen de jurisdicción de la CPI ni ser contenida en la DCC; pero para aquello fija un estándar, debiendo verificar que la circunstancia sea lo suficientemente generalizada e imputable al condenado⁵⁸³.

El razonamiento de la CPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior⁵⁸⁴, sobre las circunstancias agravantes de la Regla 145.2.b.vi) y sobre la exigencia de un vínculo suficientemente próximo entre la circunstancia y el crimen para poder agravar la pena. Por tanto, se puede concluir que la discrecionalidad de la CPI se manifiesta con la agravante, pero se limita con el estándar de la sentencia Lubanga y con la exigencia señalada.

8. 3. 7. El intento de obstrucción del procedimiento

La agravante es estudiada únicamente en la sentencia Bemba y otros, la que establece el criterio de las formas en que el condenado buscaba obstruir el procedimiento. Como indicios, utiliza las contribuciones concretas que buscaban frustrar la investigación y el conocimiento de la ilicitud de sus contribuciones⁵⁸⁵. Resulta llamativo que la agravante no encuentra sustento en el capítulo anterior, al no ser similar en naturaleza a las de la Regla 145.2.b)⁵⁸⁶.

8. 3. 8. El abuso de la confianza otorgada por la CPI

La agravante estudiada sólo en Bemba y otros es ubicada por la CPI dentro de las contempladas en la Regla 145.2.b.vi), al ser de carácter similar al número abuso de poder o del cargo oficial. Para su establecimiento, la CPI sigue el criterio de la posición del condenado frente la CPI; la conciencia de los deberes y obligaciones de su posición; y los beneficios obtenidos por el abuso de su posición y/o por el incumplimiento de sus deberes y

⁵⁸² Vid. *supra*, 6.1.3.5.

⁵⁸³ Vid. *supra*, 1.1.3.3.

⁵⁸⁴ Vid. *supra*, II-4 y 4.6.

⁵⁸⁵ Vid. *supra*, 5.1.3.1.

⁵⁸⁶ Vid. *supra*, II-4.6.

obligaciones⁵⁸⁷. Lo resuelto por la CPI es congruente con lo expuesto en el capítulo anterior⁵⁸⁸ para las agravantes del número vi); siendo similar al estándar jurisprudencial de doble comprobación ya mencionado⁵⁸⁹, puesto que requiere una posición especial y su abuso o ejercicio indebido. De todas formas, la CPI agrega la exigencia de imputabilidad al condenado y la obtención de beneficios extra posicionales. Por tanto, se puede sostener que la agravante manifiesta la discrecionalidad de la CPI, pero se limita con la exigencia ya mencionada.

8. 3. 9. El abuso de privilegios otorgados por el procedimiento

La agravante es estudiada sólo por la sentencia Bemba y otros para el ámbito de los privilegios surgidos por la relación abogado-cliente, la que sigue el criterio de la posición del condenado frente la CPI; los privilegios otorgados por la posición; las acciones demostrativas de su abuso; y la conciencia de los privilegios y de la ilicitud de sus acciones⁵⁹⁰. Si bien la CPI no ubica la agravante en la Regla 145.2.b), se observa su similitud con el número ii), al requerir una posición especial y su abuso, pero agrega la exigencia de imputabilidad al condenado y la obtención de privilegios posicionales. Por tanto, se reproduce la conclusión anterior sobre la concordancia con el capítulo anterior y el estándar jurisprudencial de doble comprobación⁵⁹¹.

8. 4. Las circunstancias individuales del condenado y las circunstancias atenuantes

Se pueden identificar tres consideraciones generales resueltas para las atenuantes, sostenidas por gran parte de las sentencias. En primer lugar, de Katanga a Bemba y otros se confirma la posibilidad de basarse en hechos y circunstancias que no se conecten directamente con los crímenes de la acusación, como lo es la cooperación con la CPI y el demostrar un arrepentimiento sincero⁵⁹². En segundo lugar, de Bemba a Ongwen se sigue un requisito para establecer las atenuantes, debiendo conectarse con el condenado y no con actos de terceras personas en los cuales no haya sido responsable o contribuido⁵⁹³. En tercer lugar, en Katanga,

⁵⁸⁷ Vid. *supra*, 5.1.3.3.

⁵⁸⁸ Vid. *supra*, II-4.6.

⁵⁸⁹ Vid. *supra*, 8.3.4.

⁵⁹⁰ Vid. *supra*, 5.1.3.4.

⁵⁹¹ Vid. *supra*, 8.3.8.

⁵⁹² Vid. *supra*, 2.1.4, 3.1.4, 4.1.4 y 5.1.4.

⁵⁹³ Vid. *supra*, 2.1.4, 4.1.4, 5.1.4, 6.1.4 y 7.1.4.

Bemba y otros y Ntaganda se confirma la imposibilidad de que las atenuantes constituyan una disminución de la gravedad de los crímenes, siendo sólo relevantes para mitigar la pena⁵⁹⁴.

Luego, existen dos consideraciones que no fueron nuevamente sostenidas y que dicen relación con la discrecionalidad de la CPI. Por un lado, en Bemba y otros se añade que las circunstancias individuales no se relacionan con el crimen ni con la conducta culpable del condenado⁵⁹⁵. Por otro lado, en Ongwen se confirma la no taxatividad de la Regla 145.2.a)⁵⁹⁶.

El razonamiento de la CPI permite observar una preponderancia por sostener las consideraciones generales, pudiendo extraer directrices para el ejercicio de la discrecionalidad de la CPI. Estas son: 1) no requerir una conexión directa con los crímenes; 2) verificar que se conecten con el condenado; y 3) no fundamentar una disminución de la gravedad de los crímenes. Por tanto, si bien la discrecionalidad de la CPI se manifiesta con la primera directriz, se ve limitada con la segunda y tercera, al establecer exigencias para el ámbito de las atenuantes. Con ello se puede sostener la concordancia con el capítulo anterior⁵⁹⁷, en cuanto la discrecionalidad de la CPI y su efecto de mitigación de la sanción penal.

En sus razonamientos judiciales, la CPI ha estudiado las dos circunstancias de la Regla 145.1.a), incluyendo en el número ii) la promoción de la paz y de la reconciliación; la expresión de remordimiento y de empatía a las víctimas; la cooperación con la CPI; la dedicación de recursos; y la entrega voluntaria. Las circunstancias no reguladas pero estudiadas son: las circunstancias personales del condenado; la elección de los medios de ejecución; las medidas alegadas para evitar y/o castigar la comisión de crímenes; y la violación de derechos del condenado.

8. 4. 1. Las circunstancias que no llegan a constituir causales de exoneración de responsabilidad penal

⁵⁹⁴ Vid. *supra*, 2.1.4, 5.1.4 y 6.1.4.

⁵⁹⁵ Vid. *supra*, 5.1.4.

⁵⁹⁶ Vid. *supra*, 7.1.4.

⁵⁹⁷ Vid. *supra*, II-5.

La atenuante de la Regla 145.1.a.i) es estudiada únicamente en la sentencia Ongwen, que analiza la disminución de la capacidad mental y la coacción. En ambos casos la CPI vincula la circunstancia con una causal del artículo 31.1, por un lado, con la causal de enfermedad o deficiencia mental de la letra a), y por otro lado, con la causal de coacción de la letra d)⁵⁹⁸. Para la causal de la letra a), y si bien el ER requiere que se presente al momento de incurrir en la conducta⁵⁹⁹, la CPI sigue un criterio contradictorio, al examinar el comportamiento posterior del condenado. De todas formas, utiliza la planificación en el plan común como indicio para no establecer la atenuante, al estimarlo incompatible con la deficiencia mental. Para la causal de la letra d) la CPI establece un estándar de exigibilidad, debiendo verificar la presencia de coacción en el sentido del artículo 31.1.d) y que no se reúnen los estándares de necesidad o razonabilidad de la acción tomada para evitar la amenaza o que no se reúne el elemento mental específico. En la especie, utiliza la plena posesión de las facultades mentales como indicio para no establecer una atenuante, al manifestar el actuar libre de coacción⁶⁰⁰.

Se puede observar la concordancia con lo expuesto en el capítulo anterior⁶⁰¹, sobre la relevancia de los artículos del ER que regulan las causales de exoneración. El razonamiento para la causal de la letra a) resulta novedoso por contradecir lo expuesto por el ER y manifestar la discrecionalidad de la CPI, al permitir considerar el comportamiento posterior a la formación de la intención criminal o de la disposición negligente a la comisión del crimen. Por su parte, el estándar de exigibilidad resuelto para la causal de la letra d) complementa lo expuesto en el capítulo anterior⁶⁰², al requerir la presencia de coacción como consecuencia de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para el condenado u otra persona; y verificar la falta de uno de los requisitos para constituir una causal de exoneración. Por tanto, la causal sólo puede fundamentar una atenuante cuando se verifica la presencia de coacción en el sentido ya mencionado, y cuando el condenado no haya actuado necesaria y razonablemente para evitar la amenaza o cuando tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

⁵⁹⁸ Vid. *supra*, 7.1.4.1.

⁵⁹⁹ ONU: Asamblea General, 1998. Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 31.1.

⁶⁰⁰ Vid. *supra*, 7.1.4.1.

⁶⁰¹ Vid. *supra*, II-5.1.

⁶⁰² Vid. *supra*, II-5.1.

8. 4. 2. Las circunstancias personales del condenado

En todas las sentencias (de forma implícita en Bemba y en Bemba y otros) la CPI realiza una integración de las normas del ER y de las RPP, incluyendo en las circunstancias individuales del artículo 78.1 diversos elementos contemplados en la Regla 145.1.c). En la sentencia Katanga la CPI incluye la edad del condenado en el momento de la conducta relevante, su grado de discernimiento, su reputación o buen carácter, sus circunstancias familiares y sociales y su posibilidad de reintegración. Por su parte, la sentencia Al Mahdi incluye los antecedentes penales y la conducta en el centro de detención⁶⁰³. De todas formas, en ciertas sentencias la CPI confirma la relevancia limitada como atenuante de ciertos factores, como lo son la edad, las circunstancias sociales y la posibilidad de reintegración (en Katanga); la situación familiar (en Katanga y Bemba); y la conducta en el centro de detención (Al Mahdi)⁶⁰⁴.

Para la situación familiar, gran parte de las sentencias siguen el estándar jurisprudencial de excepcionalidad, según el cual debe superar lo común a las personas condenadas. La sentencia Bemba estima como indicios insuficientes el estado civil; la paternidad; que la familia se vea privada de su cuidado; y que se vea privado de la vida familiar. La sentencia Ntaganda estima que la vivencia previa en un genocidio es un indicio insuficiente, contrastada con la participación e intencionalidad en el plan común. La sentencia Ongwen contradice el razonamiento de la relevancia limitada, al establecer una importante atenuante con la situación familiar y social, utilizando como indicios el secuestro a edad temprana por el grupo armado; el buen comportamiento; las condiciones de vida soportadas; y las consecuencias sufridas. Para el caso de la paternidad, sostiene la impertinencia de basarse en las consecuencias de crímenes de violencia sexual, como es la paternidad de menores nacidos producto de la comisión de crímenes contra sus madres. La sentencia también sigue el estándar para ciertos actos de empatía del condenado, pero desestima la atenuante utilizando como indicios el someter a las víctimas a matrimonio forzado; y el carácter aislado de las acciones positivas. Por su parte, la sentencia Bemba y otros afirma que las circunstancias individuales deben ser valoradas como tales y no como una atenuación de la pena⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Vid. *supra*, 1.1.4.1, 2.1.4.1, 3.1.4.1, 4.1.4.1, 5.1.4.1, 6.1.4.1 y 7.1.4.2.

⁶⁰⁴ Vid. *supra*, 2.1.4.1, 3.1.4.1 y 4.1.4.1.

⁶⁰⁵ Vid. *supra*, 3.1.4.1, 5.1.4.1, 6.1.4.1 y 7.1.4.2.

La sentencia Katanga no sigue el estándar por ser fijado con posterioridad, pero sí establece una atenuante limitada con la situación familiar y social y con la posibilidad de reintegración, utilizando como indicios el estado civil del condenado; la cantidad y la corta edad de los menores de edad bajo su cuidado; el gran interés por su cuidado, bienestar y educación; la familia particularmente unida; y el hecho que tengan que crecer lejos de su padre⁶⁰⁶.

Para la conducta en el centro de detención, la sentencia Al Mahdi también sigue un estándar de excepcionalidad, cumpliéndose con el comportamiento irreprochable⁶⁰⁷.

Para la instrucción y condición socioeconómica, se observa una discrepancia en los razonamientos de la CPI. Por un lado, la sentencia Lubanga afirma la posibilidad de considerar circunstancias personales del condenado como agravantes o como atenuantes, estableciendo una agravante con la instrucción superior y el grado de discernimiento del condenado, al manifestar inteligencia, buena educación y capacidad de comprender la gravedad de los crímenes. Por otro lado, la sentencia Al Mahdi sostiene la imposibilidad de basarse en el grado de conocimiento y especialización para establecer una agravante o atenuante, con lo que se observa una clara contradicción con el razonamiento anterior⁶⁰⁸.

Para la reputación o buen carácter y para los antecedentes penales, algunas sentencias establecen una limitación. Para el primer elemento, la sentencia Katanga imposibilita basarse en los atributos que se relacionan con la valentía que se debe exhibir en la fuerza militar y al actuar en nombre de la comunidad. Para el segundo elemento, las sentencias Al Mahdi y Bemba y otros imposibilitan basarse en la ausencia de condenas previas, por ser una característica común de las personas condenadas por tribunales internacionales⁶⁰⁹.

Los razonamientos de la CPI se encuentran conforme con el capítulo anterior⁶¹⁰, sobre la no exhaustividad de la Regla 145.1.c), las circunstancias individuales y la discrecionalidad de la

⁶⁰⁶ Vid. *supra*, 2.1.4.1.

⁶⁰⁷ Vid. *supra*, 4.1.4.1.

⁶⁰⁸ Vid. *supra*, 1.1.3.4 y 4.1.4.1.

⁶⁰⁹ Vid. *supra*, 2.1.4.1, 4.1.4.1 y 5.1.4.1.

⁶¹⁰ Vid. *supra*, II-5.

CPI. De todas formas, se pueden observar restricciones a la discrecionalidad de la CPI que se manifiestan en los estándares de excepcionalidad y en las limitaciones fijadas, incrementando la dificultad para establecer atenuantes en la especie.

8. 4. 3. La promoción de la paz y de la reconciliación

En las sentencias Katanga, Bemba, y Ntaganda, la CPI sigue un estándar jurisprudencial de exigibilidad para establecer la atenuante, debiendo verificar que los esfuerzos del condenado sean manifiestos, efectivos y genuinos. La sentencia Bemba agrega dos precisiones: por un lado, que los esfuerzos deben demostrar el conocimiento de la ilicitud de lo cometido y/o la intención de compensar con la paz o con la asistencia a las víctimas; y por otro lado, que la asistencia selectiva merece una relevancia limitada e incluso nula como atenuante, como lo son los esfuerzos sobre víctimas específicas y la negación a tomar ciertas medidas. Además, la sentencia fija un criterio para verificar el cumplimiento del estándar, al examinar las acciones, los objetivos y las motivaciones políticas del condenado. Por su parte, la sentencia Ntaganda añade verificar la excepcionalidad⁶¹¹.

Para establecer o desestimar una atenuante, la CPI ha utilizado diversos indicios. En la sentencia Katanga utiliza la participación en la liberación de rehenes, en la firma de acuerdos de cese de hostilidades y en actividades de pacificación; y la colaboración con el adversario, manifestándose en acciones efectivas que fomenten la reconciliación. El único indicio que establece una atenuante es la activa participación en el proceso de desmovilización, con la contribución positiva del condenado. En la sentencia Bemba no cumplen el estándar los siguientes indicios: actuar en retraso de las negociaciones; imposibilitar la implementación de acuerdos de cese de hostilidades; involucrarse en operaciones militares y conflictos armados donde se cometieron crímenes; y permitir los crímenes con los objetivos y motivaciones. En la sentencia Ntaganda tampoco se cumple el estándar, por la limitada participación en el proceso de pacificación y desmovilización. Como se puede observar, los indicios dicen relación principalmente con la participación en actividades de pacificación y con la colaboración con el adversario, lo que resulta interesante para delimitar el alcance de la atenuante⁶¹².

⁶¹¹ Vid. *supra*, 2.1.4.2, 3.1.4.2 y 6.1.4.3.

⁶¹² *Ibid.*

Por otro lado, la sentencia Lubanga sigue como criterio examinar los motivos del condenado en el momento de la conducta relevante, confirmando su relevancia limitada como atenuante. Si bien la CPI no establece la atenuante por razones probatorias, de todas formas utiliza como indicio la efectividad de las órdenes de desmovilización, lo que debe implicar que se detenga el reclutamiento constante durante la acusación. Por su parte, en un razonamiento novedoso, la sentencia Bemba y otros imposibilita establecer una atenuante como tal con la promoción de la paz y la reconciliación, por corresponder a circunstancias individuales⁶¹³.

Los razonamientos de la CPI refuerzan lo enunciado en el capítulo anterior⁶¹⁴, sobre la relevancia limitada y la inclusión en la Regla 145.2.a.ii), permitiendo complementarse con el estándar jurisprudencial, el que se cumple principalmente con la participación y colaboración manifiesta, efectiva y genuina en actividades de pacificación y con el adversario.

8.4.4. La expresión de remordimiento y de empatía a las víctimas y la admisión de la culpa

En primer lugar, para la expresión de remordimiento, las sentencias Katanga, Al Mahdi y Ntaganda siguen el estándar jurisprudencial de sinceridad para establecer una atenuante, debiendo verificar que se manifieste profunda y genuinamente. La sentencia Al Mahdi añade verificar su sustancialidad. En cuanto a los indicios, la sentencia Katanga utiliza el reconocimiento de los crímenes y el desinterés de la declaración; pero no establece una atenuante por no presentarse el segundo. Por su parte, la sentencia Al Mahdi establece una atenuante con el momento procesal de la declaración; el expresar un profundo arrepentimiento por el daño ocasionado a la comunidad; el prometer formalmente no cometer más crímenes; el estar dispuesto a aceptar la sentencia de la CPI; el transmitir un mensaje de no involucrarse en los mismos actos; y las acciones que expresan sentimientos de empatía a las víctimas. La sentencia Ntaganda no establece una atenuante, utilizando como indicio la generalidad de las declaraciones, al dirigirse a la población y no a las víctimas⁶¹⁵.

⁶¹³ Vid. *supra*, 1.1.4.2 y 5.1.4.2.

⁶¹⁴ Vid. *supra*, II-5 y 5-2.

⁶¹⁵ Vid. *supra*, 2.1.4.3, 4.1.4.3 y 6.1.4.4.

En segundo lugar, para la muestra de empatía a las víctimas, la sentencia Katanga sigue un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que las acciones demuestran una compensación suficiente. De todas formas, afirma que su relevancia como atenuante es menor que la expresión de remordimiento. La sentencia Ntaganda no se pronuncia sobre la exigencia, sino que requiere que el condenado haya actuado en ayuda de las víctimas⁶¹⁶.

En tercer lugar, para la admisión de la culpa la sentencia Al Mahdi sigue un estándar de exigibilidad, debiendo verificar que sea temprana, completa y genuina. Establece una atenuante importante, utilizando como indicios: asumir la responsabilidad el primer día de entrevistas, permitiendo un acuerdo antes de la DCC y acelerando sustancialmente el procedimiento; proporcionar una descripción detallada de sus acciones, facilitando el establecimiento de los hechos; y mostrar un arrepentimiento honesto, manifestando un deseo real de asumir la responsabilidad. La importancia de la atenuante se fundamenta en sus potenciales efectos positivos, como acelerar el procedimiento y la resolución del caso, promover la paz y reconciliación y disuadir la comisión de los crímenes⁶¹⁷.

El razonamiento de la CPI confirma lo expuesto en el capítulo anterior⁶¹⁸, sobre la inclusión en la Regla 145.2.a.ii), el potencial efecto compensatorio y la relación entre la admisión de la culpa y la declaración de remordimiento (no obstante ser sólo un indicio). Si bien se observa la discrecionalidad de la CPI, se ve limitada con los estándares fijados, que se traducen en requerimientos para poder establecer una atenuante.

8. 4. 5. La cooperación con la CPI

En todas las sentencias donde se examina la atenuante la CPI sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad, debiendo verificar la efectiva y valiosa cooperación del condenado con la CPI. La sentencia Katanga precisa qué debe exceder del mero buen comportamiento, siendo insuficiente la concurrencia y actitud positiva en los procedimientos por ser una conducta

⁶¹⁶ Vid. *supra*, 2.1.4.3 y 6.1.4.4.

⁶¹⁷ Vid. *supra*, 4.1.4.3.

⁶¹⁸ Vid. *supra*, II-5-2.

esperada por cualquier tribunal de un acusado. La sentencia Al Mahdi fija un criterio, al examinar el momento procesal, la utilidad de la cooperación y la disposición del condenado. Por su parte, la sentencia Bemba y otros estima que la cooperación y el comportamiento no excepcional deben ser valorados en la pena como circunstancias individuales⁶¹⁹.

En cuanto a los indicios, la sentencia Lubanga utiliza copulativamente la actitud respetuosa y colaborativa frente a los procedimientos y el contexto de situaciones onerosas y excepcionales no imputables al condenado. La sentencia Katanga estima como insuficiente el otorgar un testimonio extenso; el responder de buena manera a las preguntas de las partes; y el entregar voluntariamente información detallada. La sentencia Bemba estima insuficiente la buena conducta del condenado durante su detención y los procedimientos. La sentencia Al Mahdi establece una atenuante con la cooperación desde el inicio del procedimiento, permitiendo corroborar, clarificar y especificar información; con la sustancialidad y espontaneidad de la cooperación; y con el responder colaborativamente a las entrevistas, a pesar de poder incrementar la inseguridad de la familia. Por el contrario, la sentencia Bemba y otros estima insuficiente la concurrencia y actitud positiva en los procedimientos⁶²⁰.

En el razonamiento de la CPI se podría observar una contradicción en cuanto al indicio de la actitud positiva y colaborativa, pero aquello no es preciso. En efecto, las sentencias que establecen una atenuante (Lubanga y Al Mahdi) requieren de la presencia de otros indicios, como lo son las situaciones onerosas y excepcionales no imputables al condenado y la cooperación inicial, sustancial y espontánea. Por tanto, se puede sostener que el indicio de la buena conducta o actitud positiva depende necesariamente de la concurrencia de otros indicios excepcionales para cumplir el estándar jurisprudencial. Con ello, se refuerza la conclusión arribada en el capítulo anterior⁶²¹ sobre el requisito de excepcionalidad, lo que, complementado con las resoluciones de la CPI, se manifiesta con la concurrencia de indicios copulativos esenciales y/o particulares.

⁶¹⁹ Vid. *supra*, 1.1.4.3, 2.1.4.4, 3.1.4.3, 4.1.4.4 y 5.1.4.3.

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Vid. *supra*, II-5-2.

8. 4. 6. La elección de los medios de ejecución

La sentencia Al Mahdi estudia la elección de los medios empleados como atenuante, fijando un estándar de exigibilidad, al verificar que hayan sido los menos dañinos e irrespetuosos para la población dentro del contexto de comisión. Establece una atenuante con el desaconsejar el uso de excavadoras al destruir edificios, con la intención de mostrar respeto y no dañar las construcciones y tumbas aledañas⁶²². El razonamiento resulta novedoso, al manifestar la discrecionalidad de la CPI para establecer atenuantes, limitada con el estándar de exigibilidad.

8. 4. 7. La entrega voluntaria

La entrega voluntaria ante el conocimiento de una orden de detención como atenuante es estudiada en la sentencia Ntaganda, que fija un estándar de temporalidad, debiendo verificar que el tiempo que media entre la emisión de la orden y la entrega del imputado sea prudente. Como indicio insuficiente estima el período de 5 años, al ser sustancialmente alto⁶²³. Si bien el razonamiento es novedoso por no encontrar sustento previo o posterior, es similar a la cooperación con la CPI, por sus eventuales efectos positivos en el procedimiento.

8. 4. 8. Las medidas alegadas para evitar y/o castigar la comisión de crímenes

La sentencia Ntaganda fija un criterio, al examinar los esfuerzos en salvar vidas y castigar la comisión de crímenes. No establece una atenuante, por los siguientes indicios: las motivaciones del condenado; su intención conforme el plan común; el impacto de los crímenes; y la estructura de funcionamiento del grupo armado⁶²⁴. Nuevamente el razonamiento resulta novedoso, al manifestar la discrecionalidad de la CPI.

8. 4. 9. La violación de derechos del condenado

En las sentencias en que la CPI estudia la atenuante, a excepción de Lubanga, sigue el estándar jurisprudencial de excepcionalidad, debiendo verificar que la vulneración excepcional de

⁶²² Vid. *supra*, 4.1.4.2.

⁶²³ Vid. *supra*, 6.1.4.5.

⁶²⁴ Vid. *supra*, 6.1.4.2.

derechos fundamentales sea en el contexto de la detención de la CPI por un procedimiento iniciado ante ella. De todas formas, la sentencia Bemba y otros precisa que la violación al derecho de privacidad no cumple el estándar. Para el derecho a ser asistido por un abogado, la sentencia Katanga utiliza como indicio la inasistencia tras la lectura de la orden de detención y durante el traslado a las instalaciones de la CPI, el que no se presenta. La sentencia Bemba tampoco establece una atenuante, por haber abordado y subsanado las violaciones de los derechos alegadas durante el procedimiento y cuando fue apropiado⁶²⁵.

De forma contraria, la sentencia Lubanga establece una limitación, al no poder basarse en los abusos del proceso, como las violaciones a derechos fundamentales del condenado durante la tramitación del juicio⁶²⁶. Si bien la limitación y el estándar restringen la discrecionalidad de la CPI, el efecto del primero es mayor al ser absoluta.

⁶²⁵ Vid. *supra*, 2.1.4.5, 3.1.4.5 y 5.1.4.4.

⁶²⁶ Vid. *supra*, 1.1.4.4.

IV. CONCLUSIONES

El estudio de las resoluciones judiciales de la CPI permite reconocer un esquema de determinación de la pena más o menos constante, donde gran parte de los razonamientos son congruentes o se complementan entre sí. El esquema presenta dos dimensiones, una de aplicación general a la etapa de determinación de la pena y otra de aplicación particular a cada factor relevante en específico. En su dimensión general, se establece un marco jurisdiccional de los factores relevantes que deben ser valorados para determinar una pena proporcional y justa, siendo la gravedad del crimen, la culpabilidad del condenado y las circunstancias atenuantes y agravantes (pudiendo contemplar las circunstancias individuales del condenado). Igualmente, se debe respetar la prohibición de doble valoración, que se manifiesta como una limitación absoluta a la discrecionalidad de la CPI. La dimensión general refuerza lo expuesto en el Capítulo I, principalmente sobre la estructura seguida y la prohibición señalada.

En su dimensión particular, se identifican las consideraciones generales y/o particulares establecidas para cada uno de los factores relevantes, cuya mayoría es sostenida en más de una sentencia. Con ello, se pueden fijar estándares, criterios o indicios aplicables para cada factor, visualizando un sistema prácticamente uniforme de decisión, no obstante ciertos matices. En el caso de los estándares y criterios, son considerados jurisprudenciales cuando han sido sostenidos por al menos tres sentencias.

En primer lugar, la gravedad del crimen es el primer factor determinante para establecer una pena proporcional, lo que implica su valoración en abstracto y/o en concreto y de forma cuantitativa y cualitativa. Para realizar tal valoración, necesariamente se debe utilizar la magnitud del daño causado y la índole de la conducta ilícita, ostentando la CPI de discrecionalidad para incluir las circunstancias del modo, tiempo y lugar y los medios empleados para perpetrar el crimen. La magnitud del daño causado se establece con el criterio jurisprudencial de la escala e impacto de los crímenes, y en el caso de la escala, puede ser determinada con el estándar jurisprudencial de cantidad de víctimas. La índole de la conducta ilícita implica que la gravedad abstracta de los crímenes no es equivalente, correspondiendo a la CPI su ponderación, lo que se vislumbra con el esquema de gravedad en abstracto realizado

en un intento por jerarquizar los crímenes y delitos del ER. Las circunstancias del modo, tiempo y lugar se establecen con los criterios jurisprudenciales del periodo y la ubicación y/o de la modalidad de ejecución de los crímenes, existiendo diversos indicios para aquello.

En segundo lugar, la conducta culpable es el segundo factor determinante para establecer una pena proporcional, consistiendo en la graduación concreta de la imputación subjetiva del sujeto en cuanto su grado de participación y de intencionalidad. Para realizar su valoración se debe seguir el criterio jurisprudencial de la forma de intervención del condenado y sus elementos inherentes, teniendo como base las conclusiones que establecieron el modo de responsabilidad en la condena. Por ello, la CPI se ve imposibilitada a jerarquizar en abstracto los modos de responsabilidad del ER, debiendo establecer la culpabilidad en concreto para lograr una proporción entre las consecuencias jurídicas del crimen cometido y la modalidad de la conducta culpable.

En tercer lugar, las circunstancias agravantes tienen como efecto la agravación de la sanción penal. Si bien la CPI ostenta un alto grado de discrecionalidad, se ha visto limitada en sus resoluciones, de las cuales se pueden extraer ciertas directrices generales para su ejercicio. Estas son: verificar que se relacionen directamente con los crímenes de la DDC (con el razonamiento contrario de Lubanga y Ongwen); tener presente la conducta del condenado; no basarse en la ausencia de circunstancias atenuantes; no basarse en factores relevantes utilizados para valorar la gravedad del crimen; no basarse en elementos legales de los crímenes o del modo de responsabilidad; y no fundamentar una menor gravedad en la comparación de la Regla 145.2.b.vi) con los números anteriores. La CPI ha estudiado todas las circunstancias contempladas en la Regla 145.2.b) con la excepción del número i), y manifiesta la no taxatividad de la Regla con el estudio de circunstancias no reguladas, como son los efectos no exigidos por los elementos de los crímenes. Para todas las circunstancias estudiadas la CPI sigue estándares o criterios particulares, utilizando diversos indicios.

En cuarto lugar, las circunstancias atenuantes tienen como efecto la mitigación de la sanción penal. Nuevamente la CPI ostenta un alto grado de discrecionalidad, que se manifiesta o limita en sus resoluciones judiciales con las directrices generales que se pueden extraer para su

ejercicio. Estas son: no requerir una conexión directa con los crímenes; verificar que se conecten con el condenado; y no fundamentar una disminución de la gravedad de los crímenes. La CPI ha estudiado las dos circunstancias de la Regla 145.1.a), contemplado diversas en la conducta del condenado después del acto, como lo es la promoción de la paz y de la reconciliación; la expresión de remordimiento y de empatía a las víctimas; la cooperación con la CPI; la dedicación de recursos; y la entrega voluntaria. La no taxatividad de la Regla se manifiesta en el estudio de circunstancias no reguladas, como lo es la violación de derechos del condenado. Para todas las circunstancias la CPI sigue estándares o criterios particulares, utilizando diversos indicios.

Por otro lado, las circunstancias individuales del condenado dicen relación con el principio de individualización de la pena, teniendo como efecto general la atenuación de la sanción penal. Lo anterior sin perjuicio de la discrecionalidad de la CPI para fundamentar una circunstancia agravante, como es el caso de Lubanga con la instrucción y condición socioeconómica. En cualquier caso, las circunstancias individuales del artículo 78 deben integrarse con los factores contemplados en la Regla 145.1.c), que otorga como aproximaciones la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. La Regla no es taxativa, lo que se manifiesta con la inclusión por la CPI de otros elementos, como los antecedentes penales, la situación familiar y el buen carácter. Para cada uno de los elementos la CPI ha seguido estándares o criterios y utilizado diversos indicios, y en el caso de los antecedentes penales y el buen carácter, ha establecido limitaciones para su procedencia. Con ello, y junto con el carácter limitado como atenuante que algunas sentencias otorgan a ciertos elementos, se pueden observar restricciones a la discrecionalidad de la CPI para el ámbito de las circunstancias individuales.

A raíz de lo mencionado, la dimensión particular del esquema de determinación de la pena se divide en dos niveles, según la obligatoriedad de los factores relevantes. Por un lado, son factores imprescindibles la gravedad de los crímenes cometidos y la conducta culpable del condenado, los cuales siempre deben ser valorados por la CPI para determinar la pena concreta. Por otro lado, son factores prescindibles las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes (incluyendo en cualquiera las circunstancias individuales del condenado), cuyo estudio es importante pero su procedencia no es obligatoria para la CPI. Lo

anterior se vislumbra en las resoluciones judiciales, donde se estudian todos los factores mencionados pero no se requiere la procedencia de los factores prescindibles para determinar la pena. En la procedencia de los factores prescindibles es donde más se manifiesta la discrecionalidad de la CPI, no obstante las limitaciones establecidas.

Por tanto, la sistematización de los factores relevantes se logra evidenciar en el esquema de determinación de la pena ya señalado, en su dimensión general y particular, el que se conforma de las consideraciones generales y particulares sostenidas por la CPI en razonamientos congruentes y/o complementarios entre sí. No obstante, se debe tener presente que el esquema se encuentra en completo desarrollo, por lo que debe ser confrontado y complementado con las futuras resoluciones de la CPI para identificar la existencia de una línea jurisprudencial uniforme o, de lo contrario, los razonamientos modificatorios y/o contradictorios. De todas formas, la sistematización de los factores utilizados hasta mayo de 2022 permite otorgar un esquema de gran relevancia, al estructurar los razonamientos de la CPI y clarificar conceptos jurídicos indeterminados establecidos en el marco regulatorio.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos Naciones Unidas y Corte Penal Internacional

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), 2019. *Reglas de Procedimiento y Prueba*, Regla 145.
2. ONU: Asamblea General, 1998. *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional*.

Definiciones

1. DICCIONARIO MERRIAM-WEBSTER. 2022. “Factor” [en línea] <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/factor>> [consulta: 11 mayo 2022].
2. DICCIONARIO MERRIAM-WEBSTER. 2022. “Fact” [en línea] <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/fact#legalDictionary>> [consulta: 11 mayo 2022].
3. DICCIONARIO MERRIAM-WEBSTER. 2022. “Interpret” [en línea] <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/interpreting>> [consulta: 24 mayo 2022].

Doctrina

1. CARCANO, A. 2002. “*Sentencing and the Gravity of the Offense in International Criminal Law*”, *Revista International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51(3): p. 583-609.
2. KURTH, M. 2013. “*The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity*”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5(2): p. 431-453.
3. RADISAVLJEVIC, D. 2017. “*ICC Statute Article 78*”. [en línea] <www.legal-tools.org/doc/28c642/> [consulta : 14 abril 2022].
4. RAYMOND, T., 2021. “*Elements of Aggravation in ICC Sentencing: Victim Centred Perspectives*”, *Amsterdam Law Forum*, 21 Edición, 13(2): 25-42

5. VAN DER VYVER, J., 2019. “International Directives Relating to Sentencing”, *Creighton International and Comparative Law Journal*, 21 Edición, 10(1): 33-86.
6. VELÁSQUEZ, F. 2004. “*La Determinación de la Pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época (14): 171-231.
7. WERLE, G y JESSBERGER, F. 2017. “*Primera Parte: Fundamentos*”. En: “*Tratado de Derecho Penal Internacional*”, 3ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 151-273.
8. ZHANG, Binxin, 2015. “*Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing*”. En: Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (Eds.), “*Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*”. Bélgica, Torkel Opsahl Academic EPublisher, CILRAP, p. 771-793.

Resoluciones de la Corte Penal Internacional

Sentencias de conformidad con el artículo 76 de la Sala de Primera Instancia

1. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI I No. ICC-01/04-01/06, 10 julio 2012. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*.
2. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI II No. ICC-01/04-01/07, 23 mayo 2014. *The Prosecutor v. Germain Katanga*.
3. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI III No. ICC-01/05-01/08, 21 junio 2016. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*.
4. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI VIII No. ICC-01/12-01/15, 27 septiembre 2016. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.
5. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI VII No. ICC-01/05-01/13, 22 marzo 2017. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido*.
6. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI VI No. ICC-01/04-02/06, 07 noviembre 2019. *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*.
7. Sentencia de la Corte Penal Internacional, SPI IX No. ICC-02/04-01/15, 06 mayo 2021. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*.