

Estudios sobre la
Parte especial del
Derecho
internacional
Claus Kress penal

Nathalia Bautista Pizarro (ed.)

111611]

Universidad
Externado
de Colombia

Claus Krefß



Estudios sobre la Parte especial del Derecho internacional penal

Nathalia Bautista Pizarro
Editora

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
C.C.I.J. "SILVESTRE MORENO CORA"
BIBLIOTECA

Universidad Externado de Colombia
Centro de Estudios en Filosofía y Derecho

D700
K732e
9.1

Kreß, Claus

Estudios sobre la Parte especial del Derecho internacional penal / Claus Kreß. -
Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios en Filosofía y
Derecho. 2018.

392 páginas ; 21 cm.

Nota bibliográfica

ISBN: 9789587729757

1. Derecho penal internacional 2. Delitos de lesa humanidad 3. Crímenes de guerra I. Bautista Pizarro, Nathalia Elena, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

341.49

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Septiembre de 2018

ISBN 978-958-772-975-7

© 2018, CLAUD KREß
© 2018, NATHALIA BAUTISTA PIZARRO (ED.)
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

000000

CONTENIDO

PRÓLOGO DE LA EDITORA	15
PRÓLOGO DEL AUTOR	17
EL PRIMER ENCUENTRO DE LA CPI CON EL CRIMEN DE GENOCIDIO. EL CASO <i>AL BASHIR</i>	27
Introducción	27
1. La jurisprudencia <i>Al Bashir</i> de la CPI sobre el crimen de genocidio	30
1.1. La teleología subyacente a las normas que prohíben el genocidio	30
1.2. La estructura básica del crimen de genocidio	34
1.2.1. Los documentos	34
1.2.2. La Decisión de 2009	35
1.2.3. Análisis	37
1.2.3.1. La definición del crimen y los Elementos de los Crímenes comunes del genocidio	38
1.2.3.2. La campaña genocida y la intención genocida realista	47
1.2.4. No se requiere una amenaza concreta	51
1.3. Los elementos materiales	52
1.3.1. Sobre el concepto de “grupo protegido” en general y “grupo étnico” en particular	52
1.3.2. Los actos genocidas	59
1.3.2.1. Matar	59

1.3.2.2. Causar lesión grave a la integridad física o mental	60
1.3.2.3. Someter intencionalmente a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física	61
1.4. La intención genocida	67
1.4.1. La intención de <i>destruir</i> total o parcialmente a un grupo como tal	67
1.4.2. La intención de destruir total o <i>parcialmente</i> a un grupo protegido como tal	72
1.4.3. La <i>intención</i> de destruir total o parcialmente a un grupo protegido como tal	74
1.4.3.1. La opinión predominante: el enfoque basado en el <i>propósito</i>	74
1.4.3.2. El enfoque basado en el <i>conocimiento</i>	77
1.4.3.3. La Decisión de 2009	78
1.4.3.4. El argumento a favor de un enfoque basado en el <i>conocimiento</i> que incluye el concepto de intención genocida <i>realista</i>	81
1.4.4. El destino del cargo de genocidio en el caso <i>Al Bashir</i>	91
2. La absolución del crimen de genocidio – ¿Un fracaso? De la retórica del genocidio	92
SOBRE LOS LÍMITES EXTERNOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN DENTRO DEL ELEMENTO POLÍTICO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DECISIÓN DE LA CPI SOBRE KENIA DE MARZO DE 2010	
1. La decisión	98
1.1. El concepto de organización	99
1.2. El razonamiento y una crítica	100
1.2.1. La referencia al artículo de Marcello Di Filippo	101
1.2.2. Los dos argumentos explícitos de la Decisión	102
1.2.3. Interpretación teleológica implícita de la Decisión	104

2. La opinión disidente	109
2.1. El concepto de organización	110
2.2. El razonamiento y una crítica	111
2.2.1. La redacción del artículo 7(2)(a) del Estatuto	111
2.2.2. El principio de interpretación estricta	111
2.2.3. La interpretación 'histórico-teleológica'	112
2.2.4. El argumento ausente: el derecho internacional consuetudinario	119
3. Dos argumentos adicionales a favor de un concepto amplio de organización	128
3.1. Coherencia interna	128
3.2. La coherencia entre las definiciones de genocidio y de crímenes de lesa humanidad	129
Conclusión	130

CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN CONFLICTOS

ARMADOS NO-INTERNACIONALES Y EL NACIENTE

SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL 133

Introducción 133

1. La criminalización de las violaciones al derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no-internacionales	135
2. El concepto de crimen de guerra civil	143
2.1. Tres puntos sobre la terminología	143
2.2. Crímenes de guerra civil como violaciones de obligaciones internacionales <i>erga omnes</i> del individuo	146
2.3. Los elementos comunes a los crímenes de guerra civil	149
2.3.1. La existencia de un conflicto armado no-internacional	149
2.3.1.1. La línea divisoria entre conflictos armados internacionales y no-internacionales	150

2.3.1.2. La distinción entre conflictos armados no-internacionales y conmociones internas	154
2.3.2. El nexo entre la conducta criminal y el conflicto armado	162
2.3.3. Los autores de crímenes de guerra civil	164
2.3.4. Las víctimas de los crímenes de guerra civil	165
2.3.5. El conocimiento por parte del autor sobre la existencia de un conflicto armado internacional y algunas reflexiones preliminares sobre la esencia de la guerra civil	168
3. Crímenes de guerra civil y crímenes contra la humanidad	171
3.1. La intersección de los dos crímenes bajo el derecho internacional	171
3.2. La gravedad relativa de los dos crímenes	172
3.3. ¿Deberían los crímenes de lesa humanidad remplazar a los crímenes de guerra?	174
4. Comentarios sobre los listados de crímenes de guerra civil en el artículo 8(2)(c) y (e) del Estatuto de la CPI	176
4.1. La estructura de las dos listas	176
4.2. La cuestión sobre la exhaustividad de las enumeraciones de crímenes de guerra civil	178
4.2.1. No hay un solo corpus de derecho aplicable a todos los conflictos armados	179
4.2.2. Retrocesos respecto del estándar consuetudinario	181
4.3. Algunos problemas en lo relativo a la definición de los crímenes	185
4.3.1. Crímenes de guerra civil contra intereses personales	186
4.3.1.1. Sentencias en violación de las garantías de un juicio justo	186
4.3.1.2. El sometimiento de personas a experimentos	187

4.3.2. Crímenes de guerra civil contra intereses de propiedad	188
4.3.3. Crímenes de guerra civil contra la asistencia humanitaria y las operaciones de mantenimiento de la paz	191
5. Crímenes de guerra civil y principios generales del derecho penal internacional	194
5.1. Algunas reflexiones generales sobre el surgimiento de una "Parte general" en el derecho penal internacional	194
5.2. Error de derecho	201
5.3. Órdenes superiores	206
5.4. Defensa propia	208
5.5. Estado de necesidad y coacción	210
5.6. Represalias "bélicas"	212
5.7. Inmunidades de los jefes de Estado y diplomáticos	218
5.7.1. Procedimientos nacionales	220
5.7.2. Procedimientos ante la CPI	221
6. Poderes estatales y deber de juzgar los crímenes de guerra civil	225
6.1. La posición jurídica del Estado territorial	225
6.1.1. El surgimiento de un deber consuetudinario de juzgar los crímenes de guerra civil	226
6.1.2. El deber de juzgar los crímenes de guerra civil y la legislación doméstica sobre la prescripción	229
6.1.3. La obligación de juzgar frente a las amnistías generales	230
6.1.4. Comisiones de verdad y reconciliación como complemento o alternativa al juzgamiento	233
6.2. Jurisdicción universal	235
6.2.1. Jurisdicción universal como una facultad	235
6.2.2. La inexistencia de la obligación de ejercer la jurisdicción universal	238

6.3. Estructurando el juzgamiento descentralizado de los crímenes de guerra civil	239
7. La estructuración de la interrelación entre el juzgamiento internacional y nacional de los crímenes de derecho internacional	240
7.1. Algunas observaciones generales	240
7.2. Juzgamiento centralizado y descentralizado en el naciente sistema de justicia penal internacional	242
Conclusión	246
EL COMPROMISO DE KAMPALA SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN	
Introducción	252
1. El precedente original y las décadas de <i>suspense</i> : de Núremberg a Roma	253
2. El camino hacia el acuerdo: de Roma a Kampala	258
1.1. El <i>Documento de debate</i> de 2002 y las <i>Propuestas</i> de 2009	258
1.2. Algunas consideraciones destacables del trabajo dentro del SWGCA	265
1.3. La clasificación de las negociaciones en tres partes	269
2.3.1. Conducta individual	269
2.3.2. La conducta de agresión del Estado	271
2.3.3. Las condiciones para el ejercicio de la competencia	278
2.4. El acuerdo sobre el proyecto de los elementos de los crímenes	287
3. El final del juego en Kampala	291
3.1. El preludeo: la eliminación de las opciones poco esperanzadoras	292
3.2. Acto primero: el movimiento de apertura de Argentina, Brasil y Suiza	293
3.3. Acto segundo: la propuesta de Canadá	294
3.4. Acto tercero: salvando la brecha	295
3.5. Entreacto: integrando a Estados Unidos	297

3.6. El final: drama de una noche de verano en el Lago Victoria	303
4. El compromiso de Kampala: la modestia permite un gran paso adelante	309
4.1. La definición del crimen	309
4.2. El ejercicio de la jurisdicción	311
4.2.1. El pilar basado en el Consejo de Seguridad	311
4.2.2. El pilar basado (en forma relativa) en el consentimiento	312
4.3. El crimen de agresión y el principio de complementariedad	319
5. Mirando al futuro	321
SOBRE LA ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CPI RESPECTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN	323
1. Versalles, Núremberg, Tokio y Roma: etapas iniciales de un largo camino	324
2. La aparición de Liechtenstein: Princeton y Kampala	330
3. Un obstáculo más	334
4. Nueva York: trabajos de construcción para un puente final	337
5. Progreso sin un puente: una noche memorable en la sede de la ONU	341
6. "Es mejor doblarse que romperse"	344
7. La Corte toma el volante	349
Epílogo: un imperfecto pero oportuno llamado a la conciencia de la humanidad	351
REFLEXIONES SOBRE EL ELEMENTO <i>IUDICARE</i> DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES GRAVES	355
Introducción	356
1. El lugar del régimen de infracciones graves en el derecho penal internacional <i>lato sensu</i>	358
2. El régimen de infracciones graves y el derecho internacional consuetudinario	361

3. La ausencia de un requisito legal de promulgar una legislación especial sobre crímenes de guerra para juzgar infracciones graves	366
4. La relación entre <i>iudicare</i> y <i>dedere</i> en el régimen de infracciones graves	367
4.1. La independencia del elemento <i>iudicare</i> de una petición de extradición	367
4.2. La cuestión de la subsidiariedad del elemento <i>iudicare</i>	368
4.2.1. La posición del Estado de personalidad activa frente al Estado de personalidad pasiva	369
4.2.2. La posición de un Estado de jurisdicción universal frente a los Estados con un vínculo genuino	371
4.2.3. La posición de un Estado de detención frente a un tribunal penal internacional competente	373
5. Ámbito de aplicación <i>ratione temporis</i> de la obligación del Estado de actuar en virtud del régimen de infracciones graves	374
6. Obligación de arresto sujeta al derecho nacional	375
7. El significado de las palabras “hacer comparecer a esas personas [...] ante sus propios tribunales”	376
7.1. No existe una obligación absoluta de castigar o procesar	376
7.2. La exclusión de la discreción de los fiscales	378
7.3. Posibles obstáculos legales a la acusación	380
7.3.1. Inmunidades de derecho internacional	380
7.3.2. Inmunidades en el derecho nacional	384
7.3.3. Normas de prescripción	385
7.4. ¿Limitaciones jurídicas internacionales en la etapa de sentencia en caso de una condena?	387
8. Garantías procesales	388
<i>In lieu</i> de una conclusión: ¿‘excepciones de necesidad’ del deber ‘ <i>iudicare</i> ’?	390