

Estándares de prueba en las formas de intervención criminal aplicadas por la corte penal internacional

Standards of proof in the types of criminal intervention applied by the International Criminal Court

Ricardo Andrés Cano Andrade¹
Edgardo Manuel Serpa Sua²
Carolina García Tarrá³

Resumen

La presente investigación jurídica, se propuso como tarea realizar un análisis mixto, a partir del estudio tanto adjetivo como sustantivo del Estatuto de Roma, en lo que concierne específicamente al comportamiento de los estándares probatorios frente a las distintas formas de intervención criminal, haciendo especial énfasis en las que usualmente son usadas para la judicialización de macro-criminalidades (Joint Criminal Enterprise, Autoría Mediata y Responsabilidad por Mando). Dicho análisis documental se realizó sobre la base del compendio normativo en mención y de la jurisprudencia y doctrina que lo desarrollan e interpretan. De la investigación se concluyó que si bien técnicamente el grado de convicción necesario para emitir una sentencia condenatoria dentro de la Corte Penal Internacional es “más allá de toda duda razonable”, lo cual constituye un estándar probatorio alto, se observó que dicho estándar encuentra variación dependiendo de la forma de intervención criminal que sea empleada por el ente instructor para adelantar la investigación.

Palabras Claves: Estatuto de Roma, Estándar probatorio, Corte Penal Internacional, Autoría, Intervención delictiva

¹ Abogado (Universidad de Cartagena). Especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social (CLACSO-FLACSO). Candidato a magister en Desarrollo Humano (FLACSO Argentina). Coordinador e Investigador del Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación TALID. Docente de la Fundación Universitaria Colombo Internacional. Coordinador del Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales PHRONESIS y el grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos – PRAGMA. Email: ricardoandrescanoandrade@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5311-4541>

² Egresado del Programa de Derecho (Universidad de Cartagena). Investigador adscrito al Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación TALID y al semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales PHRONESIS. Coordinador del Centro de Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la Fundación TALID. Email: manuelserpasua@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4381-9967>

³ Egresada del Programa de Derecho (Universidad de Cartagena). Investigadora adscrita al Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación TALID y al semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales PHRONESIS. Coordinadora del Centro de Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la Fundación TALID. Email: carolinagarcia329@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9987-954X>

Abstract

The purpose of this legal research was to conduct a mixed analysis, based on both the adjective and substantive study of the Rome Statute, with specific regard to the behavior of the evidentiary standards in relation to the different forms of criminal intervention, with special emphasis on those that are usually used for the prosecution of macro-criminalities (Joint Criminal Enterprise, Mediating Perpetration and Responsibility by Command). This documentary analysis was carried out on the basis of the normative compendium mentioned and the jurisprudence and doctrine that develop and interpret it. From the research it was concluded that although technically the degree of conviction necessary to issue a conviction within the International Criminal Court is "beyond reasonable doubt", which constitutes a high evidentiary standard, it was observed that this standard varies depending on the form of criminal intervention used by the investigating entity to advance the investigation.

Key words: Rome Statute, Standard of proof, International Criminal Court, Perpetration, Criminal Intervention.

Introducción

El estudio del derecho tradicionalmente se ha realizado a partir de dos extremos muy marcados, el de la investigación de la parte sustantiva, por un lado, y el de la parte adjetiva, por otro. Si se llega a mirar la producción académica en este campo del saber, lucirá como hecho notorio la falta de reflexión de la ciencia jurídica a partir de un punto de vista mixto, el cual combine las ramas referidas con anterioridad.

Esto resulta desde un punto de vista lógico, en una contradicción, toda vez que la ley sustantiva establece los derechos, mientras que la ley adjetiva determina los senderos por dónde exigirlos. Así pues, es evidente que el legislador, dentro de su configuración normativa, entendida esta desde el ámbito nacional como internacional, le está vedada toda posibilidad de separar o contraponer estos dos ordenamientos, el sustancial y el procesal, por el contrario, este debe armonizarlos, pensarlos como un todo, dado que de otra manera la consagración de derecho en normas positivizadas sería una labor inficiosa, porque no cuenta con una estructura procesal que pudiese garantizar su efectiva tutela. Lo dicho hasta ahora no es una mera elucubración teórica, ya la historia nos ha mostrado este tipo de escollos con la Constitución Soviética, en donde se reconocían una amplia gama de derechos, pero no el instrumento legal por medio del cual recamarlos⁴.

Por otro lado, encontramos que el derecho en su labor de sistema autopoiético⁵, ha venido evolucionando en procura de darle mejor solución a los diferentes problemas

⁴ Flórez, Daniel Eduardo. *Jueces, Sociedad y Constitución: Tensiones entre constitucionalismo y democracia en el marco del Estado Constitucional*. Bogotá: Ibáñez. 2018

⁵ Luhmann, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder. 2007.

sociales que se engendran. Tal vez uno de los principales retos a los que actualmente el derecho se enfrenta, es el de la globalización⁶, el cual ha borrado de cierta manera las fronteras existentes entre los distintos Estados, siendo que estos han cedido un poco de su soberanía mediante la firma de tratados internacionales que crean y regulan cortes de índole internacional.

Por regla general, los sujetos de derecho dentro del ámbito del derecho internacional público son los Estados, siendo que estos son los entes pasivos de la acción de las diferentes cortes internacionales, excepción a dicho presupuesto se encuentra en el derecho penal internacional, el cual entró en auge a partir del fin de la segunda guerra mundial y la instauración el Tribunal Penal Militar de Núremberg, el cual se ideó como una corte internacional que juzgaría los crímenes atentatorios del *ius cogens*, cometidos por personas naturales. Como resultado de la actividad del mismo, encontramos la condena a agentes de alto grado dentro del aparato nazi, quienes fueron condenados a muerte como es el caso de Hans Frank, gobernador de la Ucrania ocupada⁷. El hecho que un tribunal ad hoc condene a una persona natural fue algo sin precedente dentro de cualquier tradición jurídica, pero permitió la persecución de conductas consideradas de suprema gravedad por parte de la comunidad internacional, que regularmente quedaban en la impunidad al haber sido cometidas bajo cobijo de la “legalidad” existente en una nación determinada.

El máximo punto de desarrollo de lo que hoy se conoce como derecho penal internacional, se da con la creación y entrada en vigencia del Estatuto de Roma⁸ de 1998, el cual, dentro de su articulado deja atrás la necesidad de creación de tribunales ad hoc⁹ por parte del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, para adoptar una corte con funciones permanentes, naciendo así, la Corte Penal Internacional¹⁰.

El Estatuto de Roma, hace las veces de Código, tanto de la parte sustantiva como la adjetiva del derecho penal internacional, encontrando dentro de su descripción narrativa una parte de derecho penal general¹¹, otra especial, en donde se consagran los crímenes internacionales, y finalmente un procedimiento penal.

El presente escrito se propone como tarea realizar un análisis mixto, en donde se hará un estudio tanto adjetivo como sustantivo del Estatuto de Roma. En concreto, y dadas las limitaciones impuestas de espacio, se examinará de manera específica el comportamiento de los estándares probatorios, los cuales de manera apresurada se podrían decir que son “más allá de toda duda razonable” en virtud de lo

⁶ De Sousa Santos, Boaventura. La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá. ILSA, Universidad Nacional. 1998.

⁷ Sands, philippe. Calle Este-Oeste. 5ta edición. Barcelona: Anagrama Panorama de narrativas. 2021

⁸ Entiéndase como: E.R

⁹ Entre estos encontramos el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el de Ruanda y el de Tokio.

¹⁰ Entiéndase como: CPI

¹¹ Tal vez siendo esta una de las más discutidas dentro del ámbito académico, dado que intento mezclar los postulados anglosajones como continentales para establecer la teoría del delito, la cual de cierta forma es *sui generis*.

establecido en el artículo 66 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en relación a lo que concierne a las distintas formas de intervención¹² criminal reguladas por dicho compendio normativo, haciendo especial énfasis en las que usualmente son usadas para la judicialización de macro-criminalidades (Joint Criminal Enterprise, Autoría Mediata, Responsabilidad por Mando), dado que suelen ser grandes aparatos de poder los que cuentan con la capacidad bélica de realizar crímenes de índole internacional. Desde ya se prevé como hipótesis inicial, que el estándar probatorio aplicable a las formas de intervención delictiva de estructuras macro criminales es menos exigente en tratándose de la judicialización de los máximos mandos o altas esferas de poder.

Para la consecución del fin propuesto, metodológicamente el trabajo se compondrá de tres segmentos, en donde se estudiará conceptualmente las figuras aludidas: (I) en primera medida se analizará el tema de los estándares probatorios, haciendo análisis de jurisprudencia de la Corte Penal Internacional; (II) seguidamente se pasará al estudio de las distintas formas de intervención criminal, haciendo hincapié en aquellas empleadas en los casos de judicialización de macrocriminalidad; y. (III) finalmente se verán los presupuestos probatorios para considerar como probado dentro de un proceso adelantado en la Corte Penal Internacional, para dar como acreditada alguna de las formas de intervención delictiva estudiadas en el apartado precedente. Después se pasará a unas reflexiones finales a modo de conclusión.

I. Estándares de prueba dentro del Estatuto de Roma

Comúnmente se dice que el objeto de la prueba dentro del proceso judicial es establecer la verdad de los hechos que son materia del litigio. Las pruebas son presentadas por las partes involucradas en el proceso con el propósito de respaldar sus argumentos y afirmaciones. A través de la presentación y evaluación de pruebas, el tribunal encargado del caso busca obtener evidencia objetiva y confiable que le permita tomar decisiones justas e imparciales.

Regularmente los sistemas probatorios han estado guiados por criterios subjetivos de convencimiento, a partir del principio de libre apreciación probatoria, lo que implica que depende del sentir interno del juzgador determinar si un hecho se encuentra probado o no dentro del proceso, no estableciéndose escalas objetivas de verificación o trazabilidad que puedan dar cuenta de que un análisis probatorio es correcto o no¹³, conllevando, evidentemente, a una limitación en el ejercicio del derecho de contradicción y defensa. Posteriormente el sistema netamente subjetivo se ha intentado modular a partir de los postulados de la sana crítica; reglas de la lógica, máximas de la experiencia y la ciencia; pero al estar aún el sistema anclado

¹² Esta expresión se usará en sentido lato, es decir, la conglomeración de la participación y autoría como conceptos jurídicos penales, más no en el sentido del artículo 30 del Código Penal colombiano, quien lo entiende como un título de imputación particular.

¹³ Ferrer Beltran, Jordi. Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons. 2021.

a un modelo de convicción del juzgador, los resultados son idénticos, siendo que por lo menos se evita los yerros más visibles.

En los últimos tiempos la academia se ha inclinado a entender el derecho probatorio desde una perspectiva de racionalidad, la cual ya no entiende la prueba como el medio por el cual se demuestra un hecho, dado que este siempre va a existir y no se va a probar dentro de un proceso judicial, en cambio, entiende que la prueba lo que verdaderamente pretende es dar mayor grado de corroboración, y por ende de credibilidad, a las hipótesis que las partes han postulado dentro del juicio, es decir, la prueba tiene por objeto respaldar las afirmaciones de las partes¹⁴. Esta forma de entender la prueba, hace que “El razonamiento (...) [sea], pues, necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado está probado es afirmar que es probablemente verdadero”¹⁵. Siendo que por ende, la certeza es una escala epistemológica vedada del alcance humano. Así pues, esta tendencia doctrinal se puede decir que se caracteriza porque:

“1) se asume un concepto de prueba como corroboración suficiente, de modo que un enunciado sobre los hechos se considerará probado si las pruebas disponibles le otorgan apoyo suficiente para poderlo aceptar como verdadero; 2) se requiere del juzgador la intermediación con la práctica de la prueba, pero como un mecanismo de management de la práctica en contradicción de la prueba, y una exigencia tendente a evitar errores producidos por la intermediación de terceros, sin que sea en ningún caso un instrumento de valoración subjetiva de la prueba ni un límite al control de esa valoración en sucesivas instancias procesales; 3) se exige una motivación de la decisión probatoria, entendida como justificación de la decisión, que debe expresarse de modo explícito y analítico en la resolución judicial; y 4) se promueve un diseño procesal que incluya recursos integrales en materia probatoria, como un mecanismo de corrección de errores.”¹⁶

Adaptando esta postura de racionalización de la prueba, surge como requisito la necesidad de estándares, los cuales van a indicar, a partir de una regla jurídica epistémica, cuándo una hipótesis puede tomarse como probada dentro de un proceso judicial. Sobre este aspecto la doctrina nacional ha referido tomando en cuenta la legislación colombiana:

“Los estándares probatorios se categorizan como grados de conocimiento que parten de la ignorancia hasta la verificación plena de los hechos. Los que se utilizan en el sistema procesal actual son, en primer lugar, “preponderancia de evidencia (preponderance of evidence)” que implica la superación del conocimiento positivo sobre el negativo. Cuando se trata de esquematizar numéricamente este estándar, se encuentra en un porcentaje superior al cincuenta por ciento de conocimiento positivo. Con este criterio se pueden fallar asuntos civiles, pero no los temas de carácter criminal.

¹⁴ Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta. 2002.

¹⁵ Ferrer op. Cit p. 18

¹⁶ Ferrer Beltran, Jordi. La decisión probatoria. En: Manual de Razonamiento Probatorio. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. p. 397-451. p. 427

Por otro lado, encontramos que en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004 está “el conocimiento más allá de toda duda”, de igual forma, en el artículo 372 se evidencia el resto de la frase, “más allá de toda duda razonable”. Este estándar implica la superación objetiva de cualquier duda sobre lo fáctico, siempre y cuando esta sea razonable. Mirada en términos objetivos, se estaría ante un conocimiento que oscila entre el noventa y el noventa y cinco por ciento, todo ello con relación al máximo estándar que es la certeza a la que se le adjudica un cien por ciento. Es importante aclarar que se niega la posibilidad de que este último grado sea alcanzado por el ser humano de manera racional, en consecuencia, para emitir una sentencia condenatoria, basta con agotar las exigencias de este estándar.”¹⁷

Que un sistema jurídico acoja la perspectiva racional de la prueba, implementado correctamente los estándares probatorios trae consigo tres funciones fundamentales¹⁸:

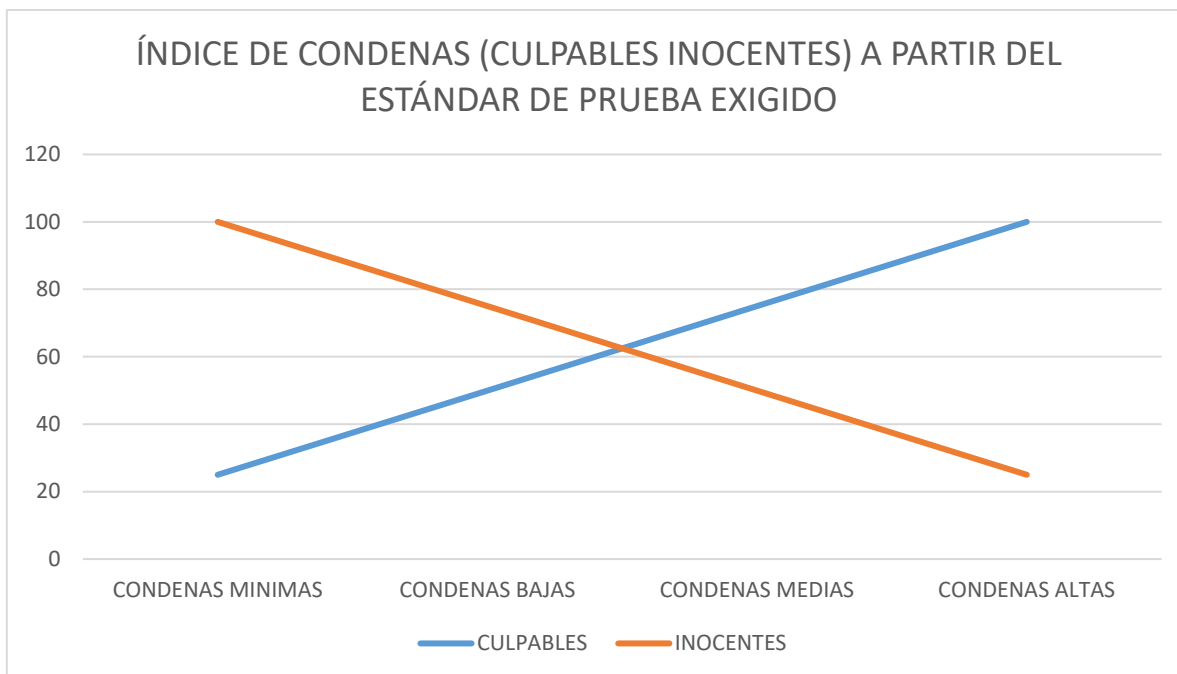
- I. Cumple una función heurística, toda vez que aporta criterios de decisión probatoria a las providencias judiciales.
- II. Cumple una función limitadora de la actividad judicial, elevándose como garantía para las partes en Litis.
- III. Redistribución del riesgo de error judicial, a mayor exigencia de estándar es menor el error, y a menor exigencia, el error es mayor.

Para los efectos del derecho penal, como para este trabajo, resulta de vital relevancia la última de estas funciones, dado que a final de cuentas será la política criminal¹⁹ adoptada por quien corresponda, la que va a determinar el nivel de riesgo aceptable para la consecución de los fines del derecho penal, y sobre todo del ente persecutor, es decir luchar contra la impunidad. Este aspecto se encuentra representado en la gráfica a continuación:

¹⁷ DEL RÍO GONZALES, Enrique y LUNA SALAS, Fernando. La prueba indiciaria: Una mirada desde los sistemas procesales civil y penal. Bogotá: Ibañez, 2020. p. 34

¹⁸ CÀTEDRA DE CULTURA JURÍDICA. Jordi Ferrer Beltrán: Estándares de prueba y decisión probatoria [video]. YouTube. (20, diciembre, 2022). [Consultado el 11, agosto, 2023]. 78:53 min. Disponible en Internet: <<https://www.youtube.com/watch?v=zK9BTQ0Pfi0>>.

¹⁹ Sanz Mula, Nieves. Política criminal: presente y futuro. Bogotá: Ibañez. 2018



De esto, se tiene que entre menor sea el estándar probatorio, mayor será el número de condenas, pero se corre el riesgo de sentenciar injustamente a inocentes por estándares flexibles, mientras que entre más exigente sea el estándar, menor serán el número de inocentes condenados, siendo que también podrían salir beneficiados culpables, produciéndose impunidad. A fin de cuentas, todo termina siendo una decisión político criminal, de lo que se esté dispuesto a asumir en el momento determinado.

- **Estándares de prueba en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**

Como sucede en cualquier otro sistema jurídico, el Estatuto de Roma contiene diferentes tipos de estándares probatorios dependiendo de la instancia en que se encuentre en el proceso o el tipo de decisión a tomar, así por ejemplo, el grado epistemológico para librar una orden de detención a la luz del artículo 58 del E.R es intermedio, dado que se requiere *“motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte”* mientras que para condenar, es necesario, de conformidad con el artículo 66, que la Corte este *“convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”* lo que se podría entender como un estándar probatorio alto. En lo que sigue se observará extractos jurisprudenciales de la CPI, en donde se evaluará el estándar probatorio a partir de su nivel de exigencia, clasificándolos como: alto, medio, bajo y mínimo, esta medición se realizará a partir del grado de corroboración que debe tener la hipótesis para que la CPI la tome como probada:

Identificación de la providencia	Extracto	Tipo de estándar probatorio

<p>International Criminal Court. THE APPEALS CHAMBER. (03 De Febrero, 2010). ICC-02/05-01/09. IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR ("OMAR AL BASHIR")</p> <p>(Estándar exigido para la emisión de ordenes de captura)</p>	<p>“30. En opinión de la Sala de Apelaciones, el umbral probatorio de "motivos razonables para creer" para la emisión de una orden de detención debe distinguirse del umbral requerido para la confirmación de los cargos ("motivos fundados para creer", párrafo 7 del artículo 61 del Estatuto) y del umbral para una condena ("más allá de toda duda razonable", párrafo 3 del artículo 66 del Estatuto). De la redacción de las disposiciones se desprende que los criterios de "motivos fundados para creer" y "más allá de toda duda razonable" son criterios de prueba más exigentes que el de "motivos razonables para creer". En consecuencia, al resolver una solicitud de orden de detención en virtud del párrafo 1 del artículo 58 del Estatuto, una Sala de Cuestiones Preliminares no debería exigir un nivel de prueba que sería necesario para la confirmación de los cargos o para la condena.</p> <p>31. La Sala de Apelaciones observa que la Sala de Cuestiones Preliminares equiparó la norma de "motivos razonables para creer" con la norma de "sospecha razonable" como requisito previo para el arresto o la detención legales en virtud del artículo 5 1) c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, es instructivo recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que la "sospecha razonable" en virtud del artículo 5 (1) (c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos "presupone la existencia de hechos o información que convencerían a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito". Por lo tanto, en esta fase preliminar, no tiene que haber certeza de que esa persona haya cometido el presunto delito. La certeza en cuanto a la comisión del crimen sólo se requiere en la fase de juicio del procedimiento (véase el artículo 66 (3) del Estatuto), cuando el Fiscal haya tenido la oportunidad de presentar más pruebas.</p> <p>33. En opinión de la Sala de Apelaciones, exigir que la existencia de intención genocida sea la única conclusión razonable equivale a exigir al Fiscal refutar cualquier otra conclusión razonable y eliminar cualquier duda razonable. Si la única conclusión razonable basada en las pruebas es la existencia de intención genocida, entonces no puede decirse que tal conclusión establezca simplemente "motivos razonables para creer". Por el contrario, establece la intención genocida "más allá de toda duda razonable".</p> <p>39. (...) La Sala de Apelaciones considera que, aunque la Sala de Cuestiones Preliminares estimó que el criterio apropiado era el de "motivos razonables para creer", lo aplicó erróneamente. El criterio que desarrolló y aplicó en relación con la "prueba por inferencia" era más elevado y más exigente que el requerido en virtud del artículo 58 1) a) del Estatuto. Esto constituyó un error de derecho”</p>	<p>Bajo</p>
<p>International Criminal Court. PRE-TRIAL CHAMBER II. (23 de marzo, 2016). ICC-02/04-01/15. IN THE CASE OF THE</p>	<p>“14. La finalidad de las diligencias previas, y concretamente de la audiencia de confirmación, es determinar si el caso presentado por el Fiscal está suficientemente probado para justificar un juicio completo. El Estatuto ordena que esto se decida respondiendo a la pregunta de si hay motivos fundados para creer que la persona cometió los crímenes imputados. Por lo tanto, se ha establecido que el procedimiento de confirmación de los cargos protege al sospechoso de acusaciones erróneas</p>	<p>Medio</p>

<p>PROSECUTOR v. DOMINIC ONGWEN</p> <p>(Estándar exigido para la confirmación de cargos)</p>	<p>e infundadas, garantizando que "sólo las personas contra las que se hayan presentado cargos suficientemente convincentes que vayan más allá de la mera teoría o sospecha" sean sometidas a juicio .</p> <p>16. En resumen, la finalidad de las diligencias previas es garantizar que sólo se sometan a la Sala de Primera Instancia para su resolución los cargos que estén suficientemente respaldados por las pruebas disponibles y que estén clara y correctamente formulados, en sus aspectos fácticos y jurídicos .</p> <p>17. El estándar probatorio aplicable en esta fase del procedimiento es inferior a lo exigido en el juicio, y se cumple tan pronto como el Fiscal ofrece "pruebas concretas y tangibles que demuestren una clara línea de razonamiento que sustente [sus] alegaciones específicas". La responsabilidad de la Sala de Cuestiones Preliminares es garantizar que los casos no lleguen a juicio si "las pruebas están tan plagadas de ambigüedades, incoherencias, contradicciones o dudas en cuanto a su credibilidad que son insuficientes para establecer motivos fundados para creer que la persona cometió los crímenes que se le imputan" .</p>	
<p>International Criminal Court. TRIAL CHAMBER II. (18 de diciembre, 2012).: ICC-01/04-02/12 IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. MATHIEU NGUDJOLO</p> <p>(Estandar exigido para la condena)</p>	<p>"34. En virtud del artículo 66 del Estatuto, se presume que el acusado es inocente hasta que el Fiscal demuestre su culpabilidad. Para una condena, cada elemento del delito particular imputado debe establecerse "más allá de toda duda razonable".</p> <p>35. La Sala subraya que el criterio de la prueba "más allá de toda duda razonable" debe aplicarse para establecer los hechos que constituyen los elementos del delito o el modo de responsabilidad alegado contra el acusado, así como con respecto a los hechos que son indispensables para dictar una sentencia condenatoria.</p> <p>36. La posición de la Sala es que el hecho de que una alegación no esté, en su opinión, probada más allá de toda duda razonable no significa necesariamente que la Sala cuestione la existencia misma del hecho alegado. Significa simplemente que considera que no hay pruebas fiables suficientes para pronunciarse sobre la veracidad del hecho alegado a la luz del estándar de prueba. En consecuencia, declarar no culpable a un acusado no significa necesariamente que la Sala lo considere inocente. Tal conclusión simplemente demuestra que las pruebas presentadas en apoyo de la culpabilidad del acusado no han satisfecho a la Sala "más allá de toda duda razonable"</p>	<p>Alto</p>
<p>International Criminal Court. TRIAL CHAMBER IX. (04 de febrero, 2021) : ICC-02/04-01/15. IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. DOMINIC ONGWEN</p>	<p>"228. Como se desprende de su significado llano, las dudas razonables deben estar fundadas en la razón. El estándar de duda razonable no puede consistir en una duda imaginaria o frívola - debe tener un vínculo racional con la evidencia, la falta de evidencia o inconsistencias en la evidencia.</p> <p>229. La posibilidad de que las pruebas no disponibles puedan incluir información exculpatória es demasiado hipotética, sin más, para calificar como una duda razonable. Aceptar tal proposición equivale a exigir una prueba más allá de toda duda, mientras que lo que se exige es, en cambio, una prueba más allá de toda duda razonable"</p>	<p>Medio</p>

De lo visto, se desprende que por lo menos desde el punto de vista procesal, la CPI cuenta con amplia variedad de estándares de prueba para realizar sus diferentes actuaciones, las cuales, vistas en comparativa, son muy próximas al sistema procesal penal colombiano, a excepción de sus claras diferencias como la decisión de confirmación de cargos, lo que en Colombia se ha querido implementar como jueces de casos. En lo que sigue se verán las formas de intervención criminal existentes en el ER para con posterioridad examinar el estándar probatorio aplicable.

II. Formas de intervención criminal utilizadas por la Corte Penal Internacional

Como se ha dicho renglones arriba, la CPI es creada por el ER, el cual estipula en su artículo 25 y 28 las diferentes formas de intervención criminal, las cuales se pueden sintetizar así:

Forma de intervención	Apartado normativo	Elementos estructurales
Autoría material	“Cometa ese crimen por sí solo”	Que el agente, persona natural, ejecute los verbos rectores contenidos en la descripción típica de un crimen internacional. Nota: El juzgamiento por esta forma de comisión de los delitos es prácticamente nulo, dado que resulta materialmente poco probable que una sola persona natural cuente con la capacidad individual de cometer crímenes de escala internacional y la justicia interna no pueda judicializarlos.
Coautoría clásica	“con otro”	Requiere: (I) concierto previo, (II) distribución del

		trabajo criminal y (III) relevancia del aporte ²⁰ Nota: Al igual que sucede con la autoría material su aplicación es poco frecuente por parte de este tribunal de justicia.
Autoría mediata	“por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”	Requiere: (I) Existencia de una organización configurada jerárquicamente; (II) La actividad jurídicamente relevante se debe apartar del derecho (III) Los ejecutores deben ser fungibles e intercambiables ²¹ Nota: Esta caracterización se hizo conforme a la tesis de los aparatos organizados de poder, la cual ha sido la forma de autoría mediata más implementada por la CPI
Inductor	“Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen”	Se da en los eventos en donde se implanta una idea criminal en una mente sana, por lo que no se tiene calidad de autor, sino de partícipe ²² Nota: Forma no muy usada por la CPI
Cómplice	“Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo (...)incluso suministrando los medios para su comisión”	Se requiere una participación no necesaria en el delito, es decir, prestar ayuda que facilite el mismo, pero no que resulte indispensable para la realización del mismo, toda vez que esta forma de intervención

²⁰ Olásolo Alonso, Héctor. Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013

²¹ Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. Madrid: Marcial Pons. 2016

²² Carrara, Francesco. Programa de derecho criminal. Tomo 1 México: Editorial Jurídica Continental, 2000.

		criminal es accesoria y por ende una forma de participe.
Joint Enterprise o empresa criminal conjunta	<p>“d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:</p> <p>i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o</p> <p>ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;”</p>	Se requiere: “una pluralidad de personas; existencia de un plan, designo o propósito común, y la participación del acusado en la JEC a través de cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución en el propósito común” ²³
Responsabilidad del Superior	Artículo 28 del E.R ²⁴	Se requiere: (I) Relación funcional Superior-Inferior; (II) Omisión del superior en el control y castigo de la actuación sus subordinados; (III) Posibilidad de conocer la

²³ Ambos, Kai. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal Internacional?: Fundamentos y formas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008. p. 139

²⁴ “a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”

		existencia del crimen o su potencialidad de realización. ²⁵
--	--	--

Ahora bien, dentro de todas las formas de intervención delictivas enunciadas, lo cierto es que solamente tres son de amplia aplicación por parte de la CPI, estas son: Autoría Mediata en virtud del dominio de la organización, Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior. Esto debido a que estas formas de imputación, han resultado más adecuadas para poder judicializar a los altos mandos dentro de los casos de macrocriminalidad, siendo que este tipo de aparatos es el que mayormente termina conociendo la CPI, dado que son estos lo que terminan contando con la capacidad militar para poder cometer crímenes internacionales. En lo que sigue se traerá a colación un extracto jurisprudencial de la CPI:

Providencia	Extracto/resumen	Aporte
International Criminal Court. TRIAL CHAMBER II: 7 March 2014. SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. GERMAIN KATANGA	La Sala distingue entre dos tipos de responsabilidad según el artículo 25(3) del Estatuto: aquellos cuyas acciones constituyen el crimen en sí mismo y aquellos cuyas acciones están relacionadas con la comisión del crimen por otro. La segunda categoría se refiere a formas de accesoriadad. La distinción entre "autor" y "cómplice" es intrínseca al artículo 25(3) del Estatuto. En la participación en la comisión de un crimen, la responsabilidad accesoria depende de la existencia de un principal. Un accesorio solo es penalmente responsable cuando alguien comete o intenta cometer un crimen dentro de la jurisdicción de la Corte. La responsabilidad principal es autónoma, ya que no depende de otra persona. Además, el artículo 25 no establece un criterio de distinción entre autor y cómplice. La Sala propone tres enfoques: objetivo (basado en elementos materiales del delito), subjetivo (basado en el elemento mental) y basado en el control sobre el delito. El enfoque objetivo no se ajusta a disposiciones del artículo 25(3)(a) que abarcan la comisión indirecta. El enfoque subjetivo choca con el artículo 30 del Estatuto. Por lo tanto, el enfoque basado en el control es preferible y concuerda con el artículo 25. Los autores ejercen control sobre el crimen y son conscientes de las circunstancias que les permiten controlarlo. La comisión indirecta a través de otro puede ser mediante una persona sin responsabilidad penal	Para la responsabilidad penal es necesario: control efectivo y consciente sobre el crimen y elementos mentales establecidos en el artículo 30. El control puede derivar de una organización que funcione automáticamente y donde el autor ejerza autoridad real. La conciencia del autor sobre las circunstancias que le permiten controlar es necesaria.

²⁵ Cisneros Trujillo, Cástulo Fernando. La responsabilidad de los actores del conflicto por crímenes internacionales: En los procesos de justicia transicional en Colombia. [tesis doctoral]. Bogotá: Ibáñez. 2021

	o un aparato organizado de poder. La teoría de la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización permite responsabilizar a autores detrás de autores. El control es crucial en esta forma de comisión indirecta.	
--	---	--

De esto, se tiene como claro que el factor determinante para la CPI, con el cual se establece el grado de intervención delictiva es el nivel de control que se tenga frente al delito, siendo que este no tiene que ser actual ni material, sino efectivo, lo que hace que el funcionamiento en automático del ente criminal sea suficiente para poder establecer responsabilidad.

III. Estándares probatorios y formas de intervención delictiva.

En este apartado se analizará únicamente qué nivel de corroboración le es exigible a tres formas de intervención criminal determinadas: Autoría Mediata, Joint Criminal Enterprise y Responsabilidad del Superior, al ser estas las formas por medio de las cuales se juzga de mejor manera a las altas cúpulas de mando dentro de estructuras organizadas del crimen. En procura de examinar la posible variación del estándar probatorio aplicable, se comenzará esclareciendo qué presupuestos deben darse, para considerar como probada las formas de intervención criminal enunciadas, en donde se examinará el grado de fiabilidad de dicha comprobación y finalmente se tabularon los resultados obtenidos en las conclusiones, para establecer la variación o no del estándar, el cual será medido como: alto, medio, bajo, mínimo, siendo que para la medición se tomará como punto de referencia los resultados obtenidos frente a la toma las diferentes decisiones, realizado en el apartado “Estándares de prueba dentro del Estatuto de Roma” in supra.

- **Autoría Mediata**

Esta forma de intervención criminal es antiquísima, algunos autores aseguran que su nacimiento se dio gracias a la escuela finalista²⁶, pero lo cierto es que se encuentran rezagos de la misma hasta en los textos de los autores clásicos²⁷. En la actualidad, a quien más se le puede agradecer por el desarrollo de esta figura es al profesor Claus Roxin, quien la popularizó, y evolucionó, abandonando sus concepciones clásicas de instrumento no responsable y haciéndola aplicable en los denominado Aparatos Organizados de Poder, frente a esta evolución refiere el autor alemán:

“Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en

²⁶ Suárez Sánchez, Alberto. Autoría. 3ra edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007

²⁷ Carrara. Op. Cit.

un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.”²⁸

Los elementos que deben ser probados dentro del proceso judicial para establecer que alguien es autor mediato en virtud del dominio de la organización de un aparato organizado de poder son:

- i. Existencia de una entidad organizada de forma jerarquizada.
- ii. El sujeto debe contar con poder de mando y control dentro de la organización.
- iii. La actividad jurídico-penalmente relevante de la entidad debe ser antijurídica.
- iv. Los eslabones inferiores del aparato organizado de poder deben ser fungibles y no necesarios.

De lo visto, no es necesario que existan órdenes directas, ni que se conozcan cúpulas de mandos con ejecutores, posibilitando que políticas organizacionales sean seguidas sin mayor dificultad en desarrollo de la actividad jurídico-penalmente relevante.

- **Responsabilidad del superior.**

En el derecho penal internacional, la responsabilidad de los superiores se refiere a la obligación legal de los líderes, mandos o supervisores de prevenir y sancionar crímenes internacionales cometidos por sus subordinados bajo su autoridad y control. Esta responsabilidad está establecida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en otros tratados internacionales.

La responsabilidad de los superiores se basa en la idea de que aquellos en posiciones de mando tienen la capacidad y el deber de prevenir y castigar crímenes graves, como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, que son violaciones graves del derecho internacional. Si un superior sabe o debería haber sabido que sus subordinados están cometiendo o están a punto de cometer estos crímenes y no toma medidas adecuadas para prevenirlos o sancionarlos, puede ser considerado responsable por su omisión.

Esta responsabilidad es importante para garantizar que quienes ocupan posiciones de liderazgo sean responsables de sus acciones y de las acciones de aquellos bajo su mando en el contexto de los crímenes internacionales. La justicia penal internacional busca evitar la impunidad y asegurar que los responsables de

²⁸ Claus. Op. Cit. 7ma edición. 2000. p. 272

crímenes graves sean llevados ante la justicia, independientemente de su posición o cargo.

Los elementos que deben ser probados dentro del proceso judicial para establecer que alguien es culpable de un crimen internacional por responsabilidad del superior son²⁹

- i. Se debe ser superior responsable, esta condición se adquiere jurídicamente, como en las fuerzas militares del Estado, o de facto, en organizaciones armadas civiles.
- ii. Se debe contar con control efectivo y capacidad de mando.
- iii. Se debe faltar a un deber de prevenir, reprimir o denunciar.
- iv. El superior debe tener un conocimiento así sea potencial del crimen, o teniendo certeza del mismo, haga caso omiso.

Esta forma de intervención se trata de un tipo primordialmente omisivo, por lo que la construcción del nexo causal necesariamente tiene que ser hipotético, más no real, lo que hace que la evitabilidad no sea un hecho sino una posibilidad, además se puede incurrir en responsabilidad del superior con un conocimiento potencial, de lo que se debió conocer o se pudo conocer, configurándose, eventualmente, el denominado *dolo normativo*³⁰, lo cual no deja de ser ciertamente problemático, al ser un aspecto más probabilístico, susceptible de caer en merced de los sesgos cognitivos de anclaje o confirmación, y esto sin tomar en cuenta los problemas que presenta esta figura con el principio de culpabilidad.

- **Joint criminal Enterprise**

La empresa criminal conjunta es una figura muy propia del derecho penal internacional, la cual muestra la combinación de tradiciones jurídicas anglosajonas con romanísticas. Si se analiza la figura, no es difícil ver su similitud con una forma especial de coautoría, solo que aquella está influenciada por el *conspiracy* propio del derecho norte americano, la cual “abarca la pertenencia a un grupo criminal, con la consecuencia de que todo miembro puede ser hecho responsable de todos los delitos cometidos en el contexto del grupo, sin que tengan que probar en concreto el conocimiento y el consentimiento”³¹, siendo que esta figura norte americana es una forma de aparición del derecho penal del enemigo³². Esta mixtura, ha hecho que sea una de las formas de intervención criminal más usadas por parte de los Tribunales Penales Internacionales³³, dada la relativa facilidad con la que se puede llegar a establecer responsabilidad. Así pues:

²⁹ Cisneros. Op. Cit.

³⁰ Pérez Barberá, Gabriel. El dolo eventual: Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi. 2021.

³¹ Marxen, Klaus. Intervención en un injusto sistemático grave: Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal. En: Autores, participes y superiores en la justicia transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p.25-46. p. 39

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho Penal. Bogotá: Ibañez. 2006

³³ Ambos. Op. Cit.

“La responsabilidad por JCE sirve para imputar actos criminales o resultados lesivos a ciertas personas en virtud de su intervención en una empresa criminal conjunta (colectiva). La empresa criminal puede definirse como un acuerdo común, Expreso o tácito, para cometer ciertos actos criminales Con un objetivo o finalidad criminal trascendente, Como por ejemplo, en el caso de una iniciativa genocida, la destrucción de un grupo en concreto.”³⁴

Como elementos a probar en el juicio se encuentran:

- i. Pluralidad de personas que conforman el grupo.
- ii. Las personas se encuentran reunidas por un designio o propósito en común.
- iii. El acusado asistió, ayudo, contribuyó o realizó cualquier acción encaminada a la realización del propósito en común que la organización tiene como designio.

Ahora bien, es preciso esclarecer que

“Respecto a la pluralidad de personas, no es preciso identificar a cada involucrado por su nombre; en cuanto al propósito común, el fiscal tiene que precisar el objeto y Su contenido temporal, geográfico, etcétera, y que el propósito Es realmente común para todos los miembros de la JCE; y finalmente el fiscal tiene que demostrar una contribución significativa del acusado en la ejecución del propósito de la JCE”³⁵

Siendo que, por lo que se observa, esta forma de intervención criminal surge como un gran relevo de la actividad probatoria por parte del fiscal, toda vez que se le relega la responsabilidad de establecer nexos casuales reales de un hecho con una persona, siempre que este se encuentre cobijado por el desarrollo del propósito o plan común.

CONCLUSIONES

El cruce de la información vista hasta el momento puede ser tabulada de la siguiente manera:

Formas de intervención	Naturaleza de la Conducta	Nivel del estándar probatorio para tomarse como acreditado
Autoría Mediata	Primordialmente acciones positivas	Alto
Responsabilidad del Superior	Conductas omisivas	Medio
Joint Criminal Enterprise	Conductas tanto omisivas como acciones positivas	Bajo

³⁴ Ambos Op. Cit. p. 151

³⁵ Ambos. Op. Cit. pp. 138-139

Así pues, aunque técnicamente el grado de convicción necesario para emitir una sentencia condenatoria dentro de la CPI es más allá de toda duda razonable, lo cual constituye un estándar probatorio alto, se observa que dicho estándar encuentra variación dependiendo de la forma de intervención criminal que sea empleada por el ente instructor para adelantar su investigación. El que presenta el estándar probatorio más bajo es el Joint Criminal Enterprise, en donde es suficiente demostrar la vinculación a la empresa con un propósito común, para poder ser imputado y judicializado por las acciones que realiza el grupo, reluciendo como claro un evidente caso de derecho penal del enemigo.

Ahora bien, el hecho que estas formas de autoría en el derecho penal internacional tengan un grado de corroboración menor no parece ser algo gratuito, se debe tener en cuenta la razón de ser de este tipo de jurisdicción especial es la lucha contra la impunidad internacional, lo que hace lógico la baja rigurosidad del estándar, dado que la política de la comunidad internacional va en procura de la protección del *ius cogens*.

Pero, la lucha contra los crímenes internacionales tampoco puede convertirse en excusa para la renuncia y el olvido de garantías fundamentales producto de un centenar de años de luchas y conquistas penales, más aún si se recuerda que si bien la flexibilización de los estándares probatorios, disminuye los niveles de impunidad, aumenta la posibilidad de errores judiciales, siendo que, como muy bien lo rememoran los sabios del derecho en los Estados Liberales, es preferible cien culpables fuera que un solo inocente condenado.

Referencias

- Flórez, Daniel Eduardo. Jueces, Sociedad y Constitución: Tensiones entre constitucionalismo y democracia en el marco del Estado Constitucional. Bogotá: Ibáñez. 2018
- Luhmann, Niklas. La Sociedad de la Sociedad. México: Herder. 2007.
- De Sousa Santos, Boaventura. La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá. ILSA, Universidad Nacional. 1998.
- Sands, philippe. Calle Este-Oeste. 5ta edición. Barcelona: Anagrama Panorama de narrativas. 2021
- Ferrer Beltran, Jordi. Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons. 2021.
- Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta. 2002.
- Ferrer op. Cit p. 18
- Ferrer Beltran, Jordi. La decisión probatoria. En: Manual de Razonamiento Probatorio. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. p. 397-451. p. 427

DEL RÍO GONZALES, Enrique y LUNA SALAS, Fernando. La prueba indiciaria: Una mirada desde los sistemas procesales civil y penal. Bogotá: Ibañez, 2020. p. 34

CÀTEDRA DE CULTURA JURÍDICA. Jordi Ferrer Beltrán: Estándares de prueba y decisión probatoria [video]. YouTube. (20, diciembre, 2022). [Consultado el 11, agosto, 2023]. 78:53 min. Disponible en Internet: <<https://www.youtube.com/watch?v=zK9BTQ0Pfi0>>.

Sanz Mula, Nieves. Política criminal: presente y futuro. Bogotá: Ibañez. 2018

Olásolo Alonso, Héctor. Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013

Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. Madrid: Marcial Pons. 2016

Carrara, Francesco. Programa de derecho criminal. Tomo 1 México: Editorial Jurídica Continental, 2000.

Ambos, Kai. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal Internacional?: Fundamentos y formas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008. p. 139

Cisneros Trujillo, Cástulo Fernando. La responsabilidad de los actores del conflicto por crímenes internacionales: En los procesos de justicia transicional en Colombia. [tesis doctoral]. Bogotá: Ibañez. 2021

Suárez Sánchez, Alberto. Autoría. 3ra edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007

Pérez Barberá, Gabriel. El dolo eventual: Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi. 2021.

Marxen, Klaus. Intervención en un injusto sistemático grave: Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal. En: Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p.25-46. p. 39

Zaffaroni, Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho Penal. Bogotá: Ibañez. 2006

Jurisprudencia:

International Criminal Court. THE APPEALS CHAMBER. (03 De Febrero, 2010). ICC-02/05-01/09. IN THE CASE OF THE PROSECUTOR V. OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR ("OMAR AL BASHIR")

International Criminal Court. TRIAL CHAMBER II. (18 de diciembre, 2012): ICC-01/04-02/12 IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. MATHIEU NGUDJOLO

International Criminal Court. TRIAL CHAMBER II: 7 March 2014. SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. GERMAIN KATANGA

International Criminal Court. PRE-TRIAL CHAMBER II. (23 de marzo, 2016). ICC-02/04-01/15. IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. DOMINIC ONGWEN

International Criminal Court. TRIAL CHAMBER IX. (04 de febrero, 2021) : ICC-02/04-01/15. IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. DOMINIC ONGWEN