

Análisis de la primera sentencia
de la Corte Penal Internacional:
el caso *Lubanga*

Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL:
EL CASO *LUBANGA*

Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner
(editores)



© 2014 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (# 49-30) 269 96 453

Fax: (# 49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 No. 19C-74, piso 2

Bogotá, Colombia

Tel.: (+ 571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editor responsable

Christian Steiner

Coordinación editorial

Diana Dajer

Nadya Hernández

Corrección de español

María Cristina Dutto

Corrección de portugués

Paulo Baptista

Impreso en Colombia por Unión Gráfica Ltda. en octubre de 2014

ISBN

Esta publicación se distribuye en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

PRÓLOGO	9	
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	13	
PRESENTACIÓN	17	
GLOSARIO DE SIGLAS	19	
I. DERECHO PROCESAL PENAL		
EVALUACIÓN DE PRUEBAS Y USO DE INTERMEDIARIOS EN EL CASO <i>LUBANGA</i> <i>por Alfredo Chirino Sánchez</i>	23	
<i>DISCLOSURE</i> E INTEGRIDAD PROCESAL EN EL CASO <i>LUBANGA</i> . EL RESPETO DE LAS REGLAS PROCESALES Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL <i>por Alberto Nanzer</i>		63
A PARTICIPAÇÃO DAS VÍTIMAS PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO <i>LUBANGA DYILO</i> <i>por Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,</i> <i>Maria Thereza Rocha de Assis Moura - IBCCrim</i>		107
II. DERECHO PENAL		
EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADOS EN EL PRIMER FALLO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL <i>por César Alfonso</i>		155
EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CRIMEN IMPUTADO EN EL CASO <i>LUBANGA</i> <i>por Dino Carlos Caro Coria</i>		177

DETERMINANDO LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE UN CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA: EL CASO <i>LUBANGA</i> <i>por Elizabeth Santalla Vargas</i>	199
EL CONCEPTO DE AUTOR EN EL ESTATUTO DE ROMA Y SU APLICACIÓN EN LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN DILEMA METODOLÓGICO <i>por José Luis Guzmán Dalbora</i>	231
RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LA SENTENCIA <i>LUBANGA</i> . COAUTORÍA <i>por Alicia Gil Gil</i>	263
III. SENTENCIA	
SENTENCIA DE IMPOSICIÓN DE PENA EN EL CASO <i>THOMAS LUBANGA</i> . ASPECTOS GENERALES <i>por Javier Dondé Matute</i>	305
PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA <i>DECISION ON SENTENCE</i> : CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES, CONCURSO Y CÁLCULO DE LA PENA <i>por Juan Luis Modolell González</i>	329
IV. REPARACIONES	
ANÁLISIS DEL CASO <i>LUBANGA</i> . EL PROCEDIMIENTO DE REPARACIONES <i>por Jaime Edwin Martínez Ventura</i>	343
LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS UTILIZADOS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL AL FIJAR LAS REPARACIONES EN EL CASO <i>PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO</i> <i>por Ramiro J. García Falconí</i>	377
MODALIDADES DE REPARACIÓN Y ADECUACIÓN AL TIPO DE VÍCTIMA <i>por Pablo Galain Palermo</i>	389
EL NEXO DE CAUSALIDAD EN SEDE DE REPARACIÓN EN EL CASO <i>THOMAS LUBANGA</i> <i>por Alejandro Aponte Cardona</i>	431
INFORME DEL X ENCUENTRO DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL (SÃO PAULO, 21-22 DE OCTUBRE DE 2013) <i>por María Laura Böhm</i>	457
LOS AUTORES	475

El derecho penal internacional también está en crisis. Los cuestionamientos sobre su eficacia y su sentido mismo son comprensibles en tiempos en los que se percibe un aumento de la conflictividad global que trasciende lamentables choques “históricos”, como los de Cachemira, Israel-Palestina o Colombia. A estos se suman fenómenos violentos más recientes, como en Libia, Siria e Irak, agudizados ahora por el llamado Estado Islámico, o como en Ucrania, los cuales no invitan al optimismo. Son contextos donde se quiebran los consensos mínimos de las civilizaciones humanas y la fuerza se impone sobre el derecho.

Además, cierta resignación es entendible cuando ni las grandes potencias geopolíticas ni los llamados “Estados villanos” se someten a la jurisdicción de una Corte Penal Internacional, con la fatal convicción de que mantenerse al margen de mecanismos multilaterales les resulta más beneficioso que someterse a ellos. Negativa común entre polos opuestos que no debería afectar la credibilidad de los valores comunes que inspiran la idea de una Corte Penal Internacional, al igual que otros organismos internacionales, así provenga de Estados hegemónicos o marginados de la comunidad internacional. Lo que sí es claro es que con estos ataques sufre la eficacia del derecho penal internacional, de la Corte Penal Internacional y, de paso, la idea de la primacía del derecho sobre la fuerza, distintivo esencial del Estado de derecho tanto en el ámbito nacional como internacional.

Por otra parte, en la búsqueda de soluciones a los conflictos contemporáneos, persiste el dilema entre la aspiración a una justicia absoluta (penal) y la frecuente necesidad de transigir y llegar a acuerdos que permitan facilitar una salida al conflicto. Hace unas

décadas, cuando el derecho penal internacional era inexistente, este tipo de transacciones no tenía límites, lo que implicaba una vía libre a la total impunidad, salvo en los casos de la justicia de los vencedores. Sin embargo, hoy en día, el gran avance del efecto preventivo general —aunque apenas individual— que trajeron consigo el derecho penal internacional y los instrumentos de protección de los derechos humanos, buscando impedir graves crímenes en el marco de conflictos armados, tiene como efecto colateral el condicionamiento a las salidas negociadas (véase, por ejemplo, los casos de Colombia y Kenia).

Tales exigencias pueden facilitar soluciones que resultarían más sostenibles que las amnistías generales, al velar por los intereses de las víctimas y reafirmar la validez del derecho en contextos de graves violaciones a los derechos humanos. Empero, y en el peor de los casos, podrían también impedir el fin de un conflicto armado y, como consecuencia absurda, resultar en más violaciones a cambio de mantener en pie la expectativa de una justicia (penal) sin reducciones. El lema “paz sí, pero sin impunidad”, usado por los opositores a los diálogos por la paz en Colombia, ilustra de manera ejemplar esta aspiración ilusoria de una justicia absoluta, inalcanzable incluso en contextos pacíficos.

La validez de una transición negociada no se mide, entonces, por la materialización de una justicia (penal) total o, por el contrario, de una “cuenta borrada” mediante una amnistía general. Ambas suelen negar los intereses de una de las dos partes del proceso, impedir un acuerdo o volverlo efímero. Fáciles resultan las fórmulas impuestas en virtud de una evidente asimetría de la fuerza de las partes; imposición que generalmente deja secuelas que tarde o temprano desembocan en nuevos conflictos o en compensaciones o persecuciones posteriores. Ejemplo de esto son las tardías persecuciones judiciales de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante las dictaduras del Cono Sur.

Por el contrario, los arreglos que se negocian en situaciones de simetría de fuerzas suelen ser complejos. El blanco y el negro se fusionan en los grises de concesiones, tonos que disgustan a los apóstoles de los principios puros. Al mismo tiempo, los acuerdos negociados en igualdad de condiciones prometen mayor aceptación nacional e internacional. En el mejor de los casos prescinden de una fecha de caducidad. Por ende, el acierto de una salida negociada al conflicto se mide más bien por su capacidad de garantizar una paz estable y duradera. De ahí que este criterio finalista imponga concesiones y transacciones para la terminación de un conflicto, a veces dolorosas e incluso inaceptables en un contexto de normalidad y paz, pero que en perspectiva integral prometen no solo el cese inmediato de hostilidades, sino además la construcción de condiciones pacíficas permanentes.

Esta posición mediadora no renuncia a la necesidad de una justicia penal internacional como la que está llamada a garantizar la Corte Penal Internacional. La amenaza de persecución penal —en su caso internacional— de graves crímenes es, por el contrario, constitutiva de la validez y primacía del derecho. Ante la dificultad de hacer efectivas las convicciones más básicas de la humanidad en un orden geopolítico multipolar y asimétrico, la comunidad internacional no debe resignarse, sino reafirmar estos principios y fortalecer los mecanismos conducentes a su realización.

La presente obra se enmarca en las convicciones expresadas líneas arriba al ofrecer un aporte para el perfeccionamiento de los criterios de una justicia penal universal. Actualmente, la Corte Penal Internacional es laboratorio y *engine room* en la construcción del derecho penal internacional. A través del análisis de su primera sentencia condenatoria, en el caso *Lubanga*, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, bajo la coordinación académica de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, pretende retroalimentar de forma crítica y constructiva la labor de la justicia penal internacional. Felicito a los integrantes del Grupo por su incansable y juiciosa labor, plasmada una vez más en una obra colectiva de gran valor.

Christian STEINER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung

GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania) fue creado el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero de 2002, cuenta actualmente con miembros de trece países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros estudiosos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es el estudio y análisis del derecho penal internacional, especialmente en el ámbito latinoamericano.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e intercambian información sobre asuntos de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Hasta el momento, el Grupo de Estudios ha finalizado nueve investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), KAS, Montevideo, 2003. Existe una versión reducida en portugués *Persecução penal na América Latina e Espanha*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), San Pablo, IBCCRIM, 2004.
- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), KAS, Montevideo, 2005.

- *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), KAS, Montevideo, 2006.
- *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), KAS, Montevideo, marzo 2007; reimpresión editorial Temis, Bogotá, 2008 (Kai Ambos y Ezequiel Malarino [editores]).
- *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), KAS, Montevideo, 2008; reimpresión editorial Temis, Bogotá, 2008 (Ambos/Malarino, editores).
- *Justicia de transición en América Latina*, Kai Ambos / Ezequiel Malarino / Gisela Elsner (editores), KAS, Montevideo, 2009; reimpresión editorial Temis, Bogotá, 2010 (Kai Ambos y Ezequiel Malarino [editores]).
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), KAS, Montevideo, 2010.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo II, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), KAS, Montevideo, 2011.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, tomo III, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (editores), KAS, Bogotá, 2013.

En la reunión de San Pablo, desarrollada entre los días 21 y 24 de octubre de 2013, el Grupo discutió los trabajos que constituyen su décima obra, que aquí se presenta: *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*.

La composición del Grupo es actualmente la siguiente:

Coordinación académica:

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, juez del Landgericht (Alemania)

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Coordinación institucional:

Dr. Christian Steiner (Fundación Konrad Adenauer)

Asistente de coordinación institucional:

Juliana Pavía (Fundación Konrad Adenauer)

Referentes latinoamericanos:

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)

Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)

Prof. Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Prof. Ramiro García (Ecuador)

Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile)

Salvador Herencia (Perú)

César Alfonso Larangueira (Paraguay)

Jaime Martínez Ventura (El Salvador)

Prof. Dr. Juan Luis Modollet (Venezuela)

Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil)

Prof. Dr. Javier Dondé (México)

Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)

Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)

Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia)

Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil)

Referentes internacionales:

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)

Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)

En esta obra presentamos los resultados de la investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional sobre la primera sentencia de la Corte Penal Internacional en el caso *Lubanga*. El libro analiza aspectos particulares de la sentencia referidos al derecho penal material, el derecho procesal penal, la determinación de la pena y las reparaciones.

Los trabajos que aquí se publican han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Alemania y la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil. El seminario se llevó a cabo en la ciudad de San Pablo (Brasil) del 21 al 24 de octubre de 2013. Un resumen del desarrollo del seminario se incluye al final del libro.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de San Pablo, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que, desde el año 2002, presta para la consolidación de este Grupo de Estudios. Especialmente agradecemos a su director, el Dr. Christian Steiner. En segundo lugar, al Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Alemania, a la Universidad de San Pablo y a la Comisión de Amnistía

del Ministerio de Justicia de Brasil, por haber colaborado con la organización y financiación del seminario de discusión. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Elisabeth Santalla (Bolivia), Carlos Caro Coria (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Pablo Galain Palermo (Uruguay), Ramiro García (Ecuador), Alicia Gil Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia). También agradecemos a María Laura Böhm (Argentina) por la redacción del resumen del seminario.

Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO
Göttingen-Cambridge
Mayo de 2014

GLOSARIO DE SIGLAS

ATCA	Alien Tort Claims Act (de Estados Unidos)	ECPI	Estatuto de la CPI (Estatuto de Roma)
CA	conflicto armado	<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos Convenção Americana de Direitos Humanos	ER	Estatuto de Roma (de la CPI)
CAI	conflicto armado internacional	FIDH	Federación Internacional de Derechos Humanos Federação Internacional de Direitos Humanos
CANI	conflicto armado no internacional	FNI	Frente Nacional Integracionista Front National Intégrationniste
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño	FPLC	Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo Forces Patriotiques pour la Libération du Congo
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	FRPI	Force de Résistance Patriotique de l'Ituri Fuerza de Resistencia Patriótica de Ituri
CIJ	Corte Internacional de Justicia	HLKO	Haager Landkriegsordnung Reglamento de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre
Com IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos Comissão Interamericana de Direitos Humanos	ICC	International Criminal Court
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos	<i>JCE</i>	<i>joint criminal enterprise</i>
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana de Direitos Humanos	<i>JICJ</i>	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
CPI	Corte Penal Internacional	JR	justicia restaurativa
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos	JT	justicia de transición
DIH	derecho internacional humanitario	<i>JZ</i>	<i>Juristen Zeitung</i>
		<i>KZ</i>	<i>Kritische Justiz</i>

MONUC	United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of Congo (ahora United Nations Organisation Stabilisation Mission in the Democratic Republic of Congo).	AS	Sala de Apelaciones
		SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
		SPI	Sala de Primera Instancia
		StGB	Strafgesetzbuch Código Penal
		TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas Organização das Nações Unidas	TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
OPCV	Office of Public Counsel for Victims Oficina de Consejo Público para las Víctimas	TFV	Trust Found for Victims Fondo para las Víctimas
OTP	Office of the Prosecutor Oficina del Fiscal	TPI	Tribunal Penal Internacional
		TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
PA	protocolo adicional	TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
PUSIC	Parti pour l'Unité et la Sauvegarde de l'Intégrité du Congo Partido por la Unidad y la Salvaguardia de la Integridad del Congo	UPC	Unión de Patriotas Congolese Union des Patriotes Congolais
		VStGB	Völkerstrafgesetzbuch Código Penal Internacional
RCD/K-ML	Rassemblement Congolais pour la Démocratie/Kinsangani-Mouvement de Libération	ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
RDC	República Democrática del Congo República Democrática do Congo	ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba Regras de Procedimento e de Prova		

I.

DERECHO PROCESAL PENAL

EVALUACIÓN DE PRUEBAS Y USO DE INTERMEDIARIOS EN EL CASO LUBANGA

Alfredo Chirino Sánchez

RESUMEN. La sentencia *Lubanga* de la CPI, bajo análisis en este texto, ha provocado un interesante debate, no solo por su trascendencia para deslindar las fronteras futuras de desarrollo de esta jurisdicción, sino también por las connotaciones y características de sus decisiones de cara al diseño y la puesta en práctica de las reglas del procedimiento y de obtención y valoración de la prueba que inspirarán a este tribunal y a otras jurisdicciones penales internacionales. Aunque la caracterización del proceso penal internacional dentro de los acotados márgenes del sistema adversarial resulta una tarea harto difícil, también significa un esfuerzo inusitado caracterizar sus reglas probatorias y sus consecuencias para el justiciable dentro del marco del *fair trial*, máxime cuando muchas de estas reglas parecen aceptar ese objetivo al menos desde la perspectiva normativa, pero no así desde la lógica de la implementación de esas disposiciones. En este trabajo se revisa la incorporación de la prueba testimonial por la vía de intermediarios —organizaciones locales de derechos humanos, oficinas de las Naciones Unidas y hasta organizaciones no gubernamentales— que cumplen una función de vínculo y conexión con las comunidades afectadas y proveen los testigos y las víctimas para el seguimiento de la causa ante la Corte. La valoración de las reglas procesales y de evidencia que vinculan a la CPI y las dificultades de estos intermediarios como instrumentos de obtención de la prueba desde la perspectiva del *fairness* del proceso penal internacional son las preocupaciones de este estudio.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, reglas de procedimiento, reglas de evidencia y de prueba, uso de intermediarios como medio de obtención de prueba, valoración de la prueba, caracterización del proceso penal internacional, debido proceso, *fair trial*, *fairness*, los testigos frente a la jurisdicción penal internacional, modelos procesales, teoría del abuso procesal.

ABSTRACT. The *Lubanga* judgment issued by the ICC which is analyzed in this paper has sparked an interesting discussion not only due to its importance for defining the future of this jurisdiction but also because its decisions regarding the rules of procedure and for the gathering and evaluation of evidence have important connotations both for this court and for other international criminal courts. It is not easy to describe the features of the international criminal process within the tight margins of the adversarial system. Yet it is harder still to characterize its rules of evidence and their consequences for the accused within the framework of a fair trial, especially when many of these rules appear to accept this objective in principle but do not take into consideration the practical implementation of the rules. This paper examines the introduction of testimony through the use of intermediaries. These are local human rights organizations, agencies of the UN and even NGOs which facilitate contact and provide links with the affected communities and assist witnesses and victims in their relations with the Court. It focuses on the evaluation of the procedural and evidentiary rules that apply to the ICC and the difficulties raised by the use of these intermediaries for obtaining evidence with regard to the fairness of the international criminal procedure.

Key words: International Criminal Court, rules of procedure, rules of evidence, use of intermediaries as a means of obtaining evidence, evaluation of evidence, characterization of the international criminal procedure, due process, fair trial, fairness, witnesses in international criminal courts, procedural models, abuse of process theory.

ZUSAMMENFASSUNG. Das *Lubanga*-Urteil des IStGH, mit dem sich dieser Beitrag befasst, hat eine interessante Debatte ausgelöst, nicht nur wegen seiner Bedeutung für die Bestimmung der künftigen Grenzen bei der Weiterentwicklung dieser Gerichtsbarkeit, sondern auch aufgrund der Bedeutung und Besonderheiten seiner Entscheidungen im Hinblick auf die Gestaltung und die praktische Umsetzung der Verfahrensregeln sowie der Regeln zur Beschaffung und Bewertung von Beweismitteln, die für dieses Gericht und andere internationale Strafgerichtsbarkeiten maßgeblich sein werden. Wenngleich die Einordnung des internationalen Strafverfahrens innerhalb der engen Grenzen des adversatorischen Systems äußerst schwierig ist, so ist zugleich ein großer Aufwand damit verbunden, seine Beweisregeln und deren Konsequenzen für den Angeklagten im Rahmen eines fairen Gerichtsverfahrens (*fair trial*) zu bestimmen, vor allem dann, wenn viele Regeln diese Absicht zumindest aus normativer Perspektive zu teilen scheinen, jedoch nicht aus Sicht der Umsetzung solcher Bestimmungen. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Berücksichtigung von Zeugenaussagen mit Hilfe von Vermittlern – örtliche Menschenrechtsorganisationen, Dienststellen der Vereinten Nationen, bis hin zu Nicht-Regierungsorganisationen –, die eine Verbindungs- und Kontaktfunktion mit den betroffenen Gemeinschaften wahrnehmen, sowie Zeugen und Opfer für Verfahren vor dem Gerichtshof bereitstellen können. Aus Sicht der Verfahrensfairness

des internacionales Strafprozesses geht es in diesem Beitrag vor allem um die Bewertung der für den IStGH geltenden Verfahrens- und Beweisregeln, sowie um die Schwierigkeiten, die mit den genannten Vermittlern als Mittel zur Beweisbeschaffung verbunden sind.

Schlagwörter: Internationaler Strafgerichtshof, Verfahrensregeln, Beweis- und Beweismittelregeln, Einsatz von Vermittlern als Mittel zur Beweisbeschaffung, Charakterisierung des internationalen Strafprozesses, rechtmäßiger Prozess, faires Verfahren, Fairness, Zeugen vor der internationalen Strafgerichtsbarkeit, Verfahrensmodelle, Theorie vom Verfahrensmisbrauch.

1. Introducción

La sentencia *Lubanga*, bajo análisis en este texto, ha provocado una significativa reacción de la comunidad científica, no solo por la importancia que este fallo tiene para el desarrollo del derecho penal internacional, sino también por la forma en que el procedimiento se llevó a cabo y las lecciones que pueden aprenderse de esa forma de gestionar una causa compleja,¹ con gran cantidad de víctimas y en la que los testigos tienen un papel tan trascendente para la decisión.

Como parte central de la discusión sobre el fallo, indiscutiblemente, surge la cuestión de principio de la protección de los derechos del inculcado a un juicio justo y la protección que merecían los testigos obtenidos bajo identidad protegida por parte de intermediarios, principalmente organizaciones no gubernamentales y oficinas de las Naciones Unidas radicadas localmente. La información obtenida de estos testigos, de radical importancia para la fijación de los hechos que sirvieron después para la condena, ofrece un filón de debates de gran importancia, no solo sobre la forma y las características del proceso ante la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), sino también sobre la forma de obtención y las reglas de valoración de la prueba testimonial que son derivables de la normativa que regula el procedimiento ante la CPI.

La relación de la CPI con estos *intermediarios* sigue siendo una cuestión discutible, pues su definición no proviene del Estatuto de Roma (ER) o de las propias Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), sino más bien de un intento posterior de dibujar las

¹ Cf. en lugar de muchos otros: Caroline Buisman, "Delegating Investigations: Lessons to be Learned from the Lubanga Judgment", *Northwestern Law Journal of International Human Rights*, vol. 11, n.º 30 (2013), disponible en: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol11/iss3/3>>.

condiciones en que dichos intermediarios son reconocidos como posibles gestores de prueba para el procedimiento internacional. Las *Draft guidelines governing the relations between the Court and intermediaries*, del 1.º de octubre de 2010, resumen estas particularidades de la siguiente manera:

The essence of the notion of an intermediary [as] someone who comes between one person and another; who facilitates contact or provides a link between one of the organs or units of the Court or Counsel on the one hand, and victims, witnesses [...] or affected communities more broadly on the other.

En otras palabras, un intermediario se ubica entre una persona y otra, facilita el contacto y provee un vínculo entre los órganos y unidades de la Corte o del Consejo, por una parte, y entre las víctimas y los testigos, por la otra. Además, cumple una interesante función de contacto con las comunidades afectadas.

No hay que olvidar que estos intermediarios también sirven de conexión con el Fondo de Apoyo a Víctimas (Trust Fund for Victims), una representación que no es de segunda categoría, toda vez que es una representación legal en los países donde hay actividad investigativa de la CPI o también en los países donde las víctimas se encuentran refugiadas si han abandonado su patria en razón de los hechos por los cuales un justiciable está siendo procesado.

Esta relación podría ser, entonces, no solo una colaboración voluntaria, sino también una proveniente de un contrato o de algún otro vínculo jurídico de carácter oneroso. Esto es explicable pues tener el carácter de *conduit* ante la CPI es un elemento propio de la naturaleza de las cosas y de la forma en que este tribunal funciona, a menudo alejado de la zona de conflicto y con víctimas vulnerables en muchos aspectos.²

Tales características arrojan, por lo menos, en una primera observación, inquietudes sobre el grado de contacto con la Corte, pero también sobre el grado de contacto y la vinculación que pudieran tener con las comunidades afectadas,³ lo que podría llevar también a posibles dudas sobre el grado de credibilidad de su actuación de mediación y

² Cf. Victims Rights Working Group, "Comments on the Role and Relationship of 'Intermediaries' with the International Criminal Court", 6 de febrero de 2009, disponible en <http://www.vrwg.org/VRWG_DOC/2009_Feb_VRWG_intermediaries.pdf>.

³ Una dificultad planteada precisamente por el tipo de procedimientos seguidos ante los tribunales penales internacionales, y por la logística necesaria para dar seguimiento a los casos. Cf. con muchas más referencias al tema: Buisman, o. cit., p. 32.

contacto con las víctimas y testigos, o, por lo menos, del grado de objetividad frente al justiciable que es perseguido por graves delitos de carácter internacional.⁴

Es evidente que la cuestión de los intermediarios trasciende la mera problematización de ese medio de obtención de prueba testimonial, pues pone en el tapete de discusión la forma, el contenido y la trascendencia de las reglas de obtención de la prueba en complejos casos del derecho penal internacional, así como también la forma en que la CPI coexiste con las críticas sobre posibles implicaciones de debido proceso que podrían hacerse al utilizar estos medios de obtención de prueba, de otra manera indispensables dada la lejanía, la complejidad cultural, los riesgos y las condiciones de vulnerabilidad de la prueba testimonial disponible para ser recibida y valorada durante el juicio.

La obtención, la introducción en el proceso y la valoración de la prueba son tres temas de indudable importancia para el derecho procesal. Constituyen, asimismo, tres áreas sobre las cuales existe un debate de gran trascendencia en la dogmática referida al derecho adjetivo.

En el caso *Lubanga*, pero de seguro en otras causas ante los tribunales penales internacionales, resulta innegable que es muy difícil mantener investigaciones de este calibre fuera del conocimiento de las comunidades donde habitan los testigos y las víctimas, y errores de la Fiscalía o de los investigadores podrían exponer la identidad de estas personas y confrontarlas con dificultades y riesgos para su integridad corporal o su vida. Esto surge claramente como una posibilidad cuando los propios investigadores no tienen los rasgos culturales, el idioma o la nacionalidad de los países donde se investigan los hechos, y cuando van en convoyes protegidos por tropas de las Naciones Unidas. Atender estas dificultades con grupos locales y con personas que trabajan en los sitios del suceso parece ser una salida lógica y razonable, pero trae problemas sobre la forma en que se

⁴ No puede perderse de vista que los intermediarios necesitan recursos económicos para pagar a su equipo que trabaja en las comunidades, muchas veces sin paga en países donde el grado de inflación es gigantesco, como es el caso de Uganda, y donde las víctimas y las personas que colaboran con la justicia internacional necesitan apoyo logístico, comida y hasta atención médica. Cf. Mark Kersten, "The Middle Man: The Intermediaries of International Criminal Justice", *Justice in Conflict*, 21 de agosto de 2011, disponible en: <<http://justiceinconflict.org/2011/08/21/the-middle-man-the-intermediaries-of-international-criminal-justice/>>. Si se considera esta circunstancia económica, puede comprenderse la repercusión que tiene en el trabajo de los intermediarios (y en la posible efectividad de este en la justicia penal internacional) el hecho de que, a pesar de todos estos escollos, deban ofrecer material probatorio de calidad en procesos que se realizan a miles de kilómetros del área de conflicto y con poca o ninguna información sobre los acontecimientos procesales.

realizan las averiguaciones y también sobre la idoneidad de las decisiones que se asumen a la hora de obtener las declaraciones de los testigos y de las víctimas, que luego serán introducidas al proceso.

A pesar de las dificultades procesales, que serán discutidas después en este trabajo, el uso de intermediarios se consideró como una forma de resolver estas dificultades y fue asumido como una “buena práctica” en las investigaciones. Los intermediarios podían tener acceso a las personas de interés, entrevistarlas en lugares seguros, fuera de las zonas de conflicto, y no despertaban sospechas al desplazarse por el país. La OTP empezó a usar los intermediarios desde el verano del año 2004, pero no se suscribieron contratos con ellos sino hasta dos años después.⁵ Cómo introducir esta prueba testimonial obtenida por los intermediarios y hacerla llegar posteriormente al juicio, sin afectar los derechos del inculcado a contestar estratégicamente los cargos y a ofrecer el descargo correspondiente, y al mismo tiempo sin afectar los acuerdos de confidencialidad asumidos, es una situación paradójica de una dificultad enorme.

Lo cierto es que no hay proceso penal, ni nacional o internacional, donde no se discutan críticamente las habilitaciones legales acerca de la forma en que la prueba ha sido puesta a consideración de un tribunal, y esto, especialmente, porque las formas previstas para la incorporación y valoración de la prueba forman parte integral del principio de legalidad y se entienden como derivaciones del respeto al principio acusatorio y de igualdad de armas⁶ que informan las modernas tendencias en el derecho procesal. No se trata, por supuesto, de una mera formalidad la que se introduce en estos debates, sino de la verdadera esencia de la discusión probatoria, pues constituye el punto central del denominado *derecho a un proceso penal justo (fair trial)*.

En un Estado constitucional de derecho no podrá ser el acusado reducido a un mero objeto del Estado que persigue los delitos; debe haber umbrales o criterios de prueba para la toma de decisiones de interés para la libertad del justiciable.⁷ Por ello, debe

⁵ International Criminal Court, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 (en adelante, *Lubanga Judgement*), sentencia del 14 de marzo de 2012, p. 194.

⁶ En el derecho penal internacional ha tenido una larga discusión este principio. Ya el ICTY consideró —con razón— que el principio de igualdad de armas pertenece al corazón de los problemas derivados del *fair trial*. Cf. *Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber Judgment*, 15 de julio de 1999, caso n.º IT-94-1-A, § 44.

⁷ El tema, por ejemplo, de cuál será el umbral a partir del que podrá ser sometida una persona a una medida cautelar o a una decisión de enjuiciamiento también tiene que ver con el estatus de la prueba y del grado de convencimiento que puede irse alcanzando en el proceso probatorio. En la decisión de confirmación del *indictment* en

ofrecérsele un proceso que a lo largo de su tramitación le permita la efectiva defensa de sus derechos, lo que implica, directamente, el derecho a intervenir en el proceso de construcción del objeto procesal y de la determinación de la verdad procesal,⁸ aspectos en los que indudablemente la prueba —y los criterios para decidir los determinados umbrales en los que han de tomarse decisiones— cumple un papel de indudable trascendencia. La propia igualdad de armas, como principio, exige que el acusado tenga la posibilidad de examinar la prueba de cargo, en especial de los testigos, en las mismas condiciones que los testigos que ha presentado para su defensa.⁹

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), así como el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se orientan a consagrar principios procesales que garantizan un complejo abanico de derechos para el justiciable.¹⁰ Estos derechos dan la base para la construcción de un debido proceso que se erige como una base abierta

el caso *Lubanga*, se entendió que las “pruebas suficientes” al tenor del artículo 61.7 deben existir para considerar que hay bases sustanciales (*substantial grounds*) para creer que el imputado cometió alguno de los delitos que han sido atribuidos en la acusación. El estándar probatorio requiere, entonces, como bien apunta Ambos, que haya bases sustanciales, esto es, un nivel más alto que el mero criterio de “motivos razonables” establecido en el artículo 58.1.a para emitir una orden de arresto. Por su parte, el umbral de condena, es decir, el nivel de convencimiento para emitir una sentencia, se ubica en el estándar donde la CPI está “convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable” (artículo 66.3). Es por ello que la CPI requiere, entonces, pruebas concretas y tangibles de que los cargos acusados han sido efectivamente establecidos por la Fiscalía y han hallado una convicción en el criterio de la Corte. Cf. Kai Ambos, “The first confirmation decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, en L. Kotsalis, N. Courakis y C. Mylonopoulos (eds.), *Essays in honour of Argýrios Karras*, Atenas, 2010, p. 984.

⁸ El derecho a ser escuchado en juicio y ejercer un proceso de contradicción con las pruebas, realizar interrogatorios y contrainterrogatorios, así como la posibilidad de discutir el valor de testimonios y documentos forma parte de esos derechos inalienables del justiciable que han sido reconocidos en los diversos sistemas procesales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe n.º 50/00 del caso 11.298, *Reinaldo Figueredo Planchart*, subrayó que al señor Figueredo Planchart se le impidió ejercer su derecho de defensa, especialmente en los interrogatorios de testigos, en las declaraciones inculpativas o en las fases de discusión de la prueba documental (§ 112). Esta circunstancia le impidió defenderse con todas las garantías del debido proceso.

⁹ Sergey Vassiliev, “Structure of Contested Trial”, en Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vassiliev, Salvatore Zappalà (eds.), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford: Oxford University Press, 2013, cap. 5 (“Trial Process”), p. 637.

¹⁰ En los estatutos de los dos tribunales penales internacionales de carácter militar establecidos luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial se estableció la necesidad de atender los derechos de los inculcados como presupuesto de la justicia. Así, la Carta Fundacional del Tribunal de Núremberg en su artículo 16 y la Carta del Tribunal de Tokio en el artículo 9 hicieron referencia a esta consideración conectándola a la idea del *fair trial*. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reunido estas garantías bajo la denominación “debido proceso legal”. Cf. Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, § 117.

para la búsqueda de la verdad¹¹ mediante el desarrollo de condiciones para la defensa de derechos frente a la instancia judicial.

No se duda, por ello, de la importancia del principio del debido proceso legal para alcanzar un proceso penal que merezca la denominación de *democrático*, sometiendo los amplios poderes de persecución del Estado a reglas preestablecidas, y con amplio reconocimiento de la capacidad y los derechos de defensa del justiciable.¹²

La discusión no ha quedado sin plantearse en el ámbito del derecho penal internacional, a pesar de cierta tradición en los tribunales de tal competencia de no introducir estrictas reglas sobre la admisibilidad de la prueba,¹³ dejando la cuestión a un mero principio de libre análisis de la información (*principle of free assessment of information*).¹⁴

Es evidente que el derecho procesal penal internacional ha alcanzado un grado de madurez suficiente como para que la discusión de temas tales como los principios probatorios, su alcance y las posibilidades de declaratoria de su inaplicabilidad o prohibición tenga ya un nivel de discusión científica suficientemente profundo.¹⁵ Dicho debate se ha planteado en la rica tradición que acompaña el surgimiento de esta jurisdicción que ha permitido el encuentro de la cultura jurídica del *common law* y del *civil law*, aun cuando todavía puede haber voces que plantean que no es posible hablar de un concepto firme de derecho procesal penal internacional ni, por ende, de un área jurídica con principios

¹¹ Un primer antecedente en el marco de la jurisprudencia de derechos humanos de la Corte Interamericana puede encontrarse en el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala. Fondo*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, § 197-202, y en el caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 4 de julio de 2007, § 128.

¹² Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se orientan en esta dirección. Solo por vía de ejemplo se podrían citar los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) o el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana tuvo ocasión de pronunciarse a este respecto en el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 20 de junio de 2005, § 78.

¹³ Los tribunales penales internacionales, en especial el Tribunal para la antigua Yugoslavia, el Tribunal para Ruanda y la Corte Penal Internacional, tienen reglas específicas sobre el procedimiento y las pruebas, a las cuales están obligados, lo que implica que en el análisis de la situación sobre la prueba para estos tribunales dichas reglas merecen un estudio especial.

¹⁴ Cf. Paul Behrens, "Assessment of International Criminal Law Evidence: The Case of Impredictable Génocidiarie", en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71 (2011), pp. 662, 667.

¹⁵ Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, Salvatore Zappalà, "Introduction", en Sluiter, Friman, Linton, Vasiliev y Zappalà (eds.), o. cit., p. 18.

establecidos y con una coherente y decidida doctrina de interpretación.¹⁶ Junto con ello opera también, como un factor de gran trascendencia, el respaldo formativo de los abogados que suelen incidir en los procesos de carácter penal internacional, quienes provienen principalmente de la formación en derechos humanos, también en derecho internacional y, por supuesto, del derecho penal. Ellos han tenido un papel importante en la discusión de principios, el planteamiento de alegatos y argumentos interpretativos, y también en la construcción de la base legal con la que funcionan estos tribunales, que a pesar de su aporte es claro que no hablan el mismo *idioma* del derecho,¹⁷ donde el enfrentamiento entre los internacionalistas y los penalistas es el que quizá ha marcado más profundamente el desarrollo de la justicia internacional.¹⁸

Con todo, podría partirse de que el sistema procesal que se ofrece en el derecho penal internacional procede de una tradición jurídica donde hay más énfasis en la presunción de inocencia y el principio de juez natural. Sin embargo, en tiempos recientes han brotado otros asuntos de interés en la discusión del derecho penal internacional, como la participación de las víctimas y los difíciles equilibrios entre la eficiencia del proceso y la protección a los derechos de defensa en el contexto planteado por la investigación de delitos gravísimos que afectan las fibras más sensibles del Estado y la cultura donde han tenido lugar.¹⁹ De la misma manera, los propios estatutos y documentos que dan origen a los tribunales penales internacionales reflejan las tensiones y tradiciones jurídicas de los actores clave que han contribuido a la construcción de esas bases normativas, y se imponen aquellas que son más conocidas y confiadas por esos actores.²⁰

También podría decirse que las reglas y estatutos sobre el tema procesal, desde Núremberg hasta La Haya, provienen del sistema adversarial, sobre todo en materia de la presentación de los casos, aun cuando se admiten principios liberales en cuanto a la admisión de la prueba. Junto con ello, por supuesto, es notable el activismo judicial en la orientación de los procesos y en cierta forma la necesidad de este activismo para llevar los presupuestos normativos a la realidad de un procedimiento que está vivo y requiere

¹⁶ Cf. con más detalles Salvatore Zappalà, "Comparative Models and the Enduring Relevance of the accusatorial-inquisitorial dichotomy", en Sluiter, Friman, Linton, Vasiliev y Zappalà (eds.), o. cit., p. 44.

¹⁷ A. Clapham, *The three Tribes Engage on the Future of International Criminal Law* (2011), citado por Zappalà, o. cit., p. 44.

¹⁸ Zappalà, o. cit., p. 45.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

adaptaciones indispensables a la práctica. Esto último podría llevar a cuestionar, o al menos a poner en tensión, el eventual carácter de *fairness* del entero sistema.²¹

La propia Corte Penal Internacional propone cuatro puntos esenciales que ya habían sido considerados a la hora de discutir los temas relacionados con la admisibilidad de cuatro documentos, en el numeral 107 de la sentencia *Lubanga*, mediante procedimientos de admisión diferentes a la propia admisión oral de dicha evidencia. Al respecto:

- En primer lugar, la solicitud de que se someta toda la evidencia que se considere necesaria para la averiguación de la verdad (artículo 69.3).
- En segundo lugar, la obligación de asegurar que el juicio sea justo y expedito con total arreglo y respeto a los derechos del acusado (artículo 64.2).
- Aun cuando el Estatuto establece el carácter deseable de los que testigos den oralmente sus testimonios, existe la excepción planteada por el artículo 68 de las RPP, según la cual los testimonios podrían recibirse a través de medios audiovisuales o de grabación de audio.

Es claro que estas cuestiones deben decidirse de tal manera que no afecten el interés del inculpado; no obstante, hay hipótesis en las cuales esta consideración es especialmente compleja, sobre todo cuando se trata de testimonios de víctimas y testigos protegidos debido a su vulnerabilidad. La recepción de esta prueba suele tener recaudos procesales que afectan los derechos de intervención del inculpado y derivan en limitaciones directas al derecho de defensa, de donde el equilibrio entre la protección que el proceso debe dar a estos testigos y la atención a los derechos del inculpado suele quedar en un difícil y precario equilibrio. Por esa razón es que aceptar que todas esas pruebas se recibirán o se admitirán “mientras se atiendan los derechos del acusado y las necesidades de un juicio justo y expedito” queda como una fórmula general, demasiado abierta, que podría generar algunas injusticias para el caso concreto.

- Un cuarto punto necesario, y que la propia Corte reconoce en su sentencia, es que el artículo 69.4 del Estatuto le concede amplios poderes para decidir sobre la relevancia y la admisibilidad de cualquier evidencia, tomando en cuenta, por supuesto, el valor probatorio del medio y el eventual perjuicio que esto pudiera causar al principio de juicio justo o al de la justa evaluación de los testimonios. Esto último no es más que una forma de justificar los amplios poderes de deci-

²¹ *Ibidem*.

sión que se reconocen a la Corte en materia de evidencia, tan solo limitados a la consideración sobre la justeza del proceso (*fairness*).

Estas reglas, limitadas por la consecución del *fairness* del procedimiento, hacen que precisamente las consideraciones de arbitrio de la Corte Penal Internacional sean muy amplias y la obliguen en cada caso la observación de las eventuales dificultades para la intervención de la defensa del proceso. En especial, el principio de libertad probatoria, que le permite a la Corte discutir qué tipo de pruebas necesita para averiguar la verdad, la deja con una gran capacidad de determinar la prueba útil y, sobre todo, cuál será el *test* para ver su idoneidad para el proceso penal.²²

Junto con ello, debe apuntarse la tendencia cada vez mayor de la Corte Penal Internacional de basar sus decisiones en pruebas testimoniales, lo que ha llevado a diversas dificultades en la gestión de este material probatorio.²³ Entre los problemas que se aprecian están, indudablemente, los referidos a la atención de las necesidades psicosociales de las víctimas, los problemas organizativos y logísticos de atender el transporte de estas víctimas hasta la sede de La Haya y, por supuesto, los problemas de seguridad que están involucrados en la presencia de estas personas en un proceso de este carácter.²⁴ Tales dificultades, sumadas a ciertas problemáticas derivadas de la forma en que la Oficina del Fiscal (OTP) obtiene esta prueba testimonial, así como la inadecuada cooperación de los países en los que se encuentran los testigos, junto con los siempre presentes problemas de recursos económicos disponibles para hacer posible la obtención de esta prueba, han creado importantes dificultades que afectan las capacidades de la Corte Penal

²² Tanto en la Carta Fundacional del Tribunal de Núremberg (artículo 19) como en la del Tribunal del Lejano Oriente (artículo 13, literal A) se hacía referencia a un principio de no sometimiento a reglas técnicas en materia probatoria, y se garantizaba en primera instancia el procedimiento más expedito posible para admitir aquellas pruebas que se considerara que tenían valor probatorio. Con el advenimiento del Tribunal para la antigua Yugoslavia (TPIY) se prefirió incluir reglas de prueba y procedimiento propias, que liberaban al tribunal de seguir “reglas nacionales” en materia probatoria. Se estableció un sistema de amplitud probatoria con una amplia autonomía para el tribunal en cuanto a la aplicación de las reglas, sometiéndolas a criterios que favorecieran la justicia del proceso, así como para que se interpretaran en consonancia con el espíritu del Estatuto y los principios generales del derecho. Regla 89 literal b: “*In cases not otherwise provided by this section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law*” (Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, 1994).

²³ “Witnesses before the International Criminal Court. An International Bar Association International Criminal Court Programme report on the ICC’s efforts and challenges to protect, support and ensure the rights of witnesses”, julio de 2013, disponible en: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4470a96b-c4fa-457f-9854-ce8f-6da005ed>>, p. 6.

²⁴ *Ibidem*.

Internacional para acceder a esta prueba y generar criterios razonables para la determinación de la verdad real de los hechos investigados.²⁵

Dentro de ese contexto de problemas, surge hoy el uso de *intermediarios*²⁶ y la relevancia que la prueba que estos producen podría tener para el destino final de un procedimiento y para el dictado de una condena. Determinar la forma de esta intervención pertenece a uno de los primeros problemas conceptuales a los que debe dedicarse la doctrina, no solo para explorar la utilidad y el sentido de la prueba así obtenida, sino también para determinar después las reglas de valoración utilizadas por la CPI para derivar, válidamente, una convicción. El resultado final de este debate bien podría contribuir a establecer el sentido y la forma del *fair trial* en el diseño del procedimiento penal internacional.

2. La prueba de intermediarios y las dificultades de la justicia penal internacional

Los intermediarios tienen un papel importante en las averiguaciones de asuntos de derecho penal internacional. Este papel es claramente justificado por las dificultades de un tribunal con sede en Europa que tiene que lidiar con complejas causas, con múltiples víctimas, y con testigos y sitios del suceso que están ubicados lejos de su ámbito de acción. Conectarse con las comunidades, así como con las personas que vivieron de cerca las atrocidades que han de investigarse, es una tarea altamente compleja, que involucra una logística de grandes proporciones y además un conocimiento de la zona y de la cultura donde tuvieron lugar los hechos que no suele ser fácil de adquirir desde la distancia en la que se ubica la CPI.

La OTP requiere informantes, personas conocedoras del terreno que la acerquen a las víctimas y que le faciliten su trabajo de ubicar hechos y circunstancias, así como testigos de los acontecimientos. Esta tarea, que ha sido compartida por otros tribunales penales de competencia internacional, tiene un papel trascendente en el éxito de las investigaciones acometidas.

Por otra parte, la Fiscalía tiene dificultades de tiempo y de recursos humanos y materiales, por lo que la ayuda que pueda provenir de organizaciones en el terreno, con

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Lubanga Judgement*, a partir de la página 90.

conocimiento del idioma, de la cultura local y de las circunstancias en que tuvieron lugar los acontecimientos, son un apoyo realmente esencial para el trabajo de investigación, que no puede ser desestimado. De Vos apunta claramente a la circunstancia de que la OTP —antes de presentar cargos contra Lubanga— había conducido una investigación de año y medio en el terreno, con setenta misiones al Congo, en las que se entrevistó con 200 personas, mientras que, en una actividad de 10 días, MONUC²⁷ viajó a 30 pueblos y pudo entrevistar a 150 personas.²⁸ Es claro que el impacto de organizaciones ubicadas y conectadas localmente es mucho mayor que el de la acción que puede conducir la OTP a la distancia y con poco conocimiento del terreno y de las finas imbricaciones culturales y de acceso que solo pueden conocerse desde dentro del país en conflicto, sin contar los riesgos implícitos en un conflicto armado que está desarrollándose.²⁹

Pero esta cercanía con las personas y los acontecimientos es la que precisamente arroja la mayor cantidad de preguntas sobre la objetividad e idoneidad del trabajo que realizan los intermediarios a la hora de recabar las pruebas. Sería el caso, por ejemplo, de que en las tareas de recopilación de información se trabajara más en pruebas y elementos de convicción que son de cargo y se descartara prueba que pudiera ser de utilidad a la defensa, lo que ya propone serios problemas para la defensa desde la perspectiva del principio de igualdad de armas.

Por otra parte, estos intermediarios no tienen la obligación específica de generar una investigación objetiva, por cuanto su responsabilidad no es procesal, sino de colaboración.³⁰ Si se centran en la búsqueda de prueba de cargo, esa es una escogencia que

²⁷ United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC), ahora denominada United Nations Organisation Stabilisation Mission in the Democratic Republic of Congo.

²⁸ Christian M. De Vos, "Case Note: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo 'Someone Who Comes Between One Person And Another': Lubanga, Local Cooperation And The Right To A Fair Trial", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12, n.º 1, junio de 2011, disponible en <<http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download63e01.pdf>> p. 17.

²⁹ De acuerdo con Buisman, le tomó a la CPI dos años colocar una base de operaciones en Bunia, el principal pueblo de la zona de Ituri, y fue difícil buscar una locación donde llevar a los testigos a entrevista sin llamar la atención. Además de ello, había problemas logísticos para atender a los investigadores y ofrecerles servicios básicos, tales como una ducha, o para que pudieran viajar por la zona sin tener que enfrentarse a bloqueos puestos por grupos armados con el fin de cobrar impuestos. Buisman, o. cit., p. 34.

³⁰ Con ocasión de la discusión de las *Draft guidelines*... en el tema de intermediarios, la Redress subrayó la importancia de observar el trabajo de los intermediarios en colaboración con la CPI, y no como una mera tarea *para* la CPI. Es decir, observar su trabajo en conexión con los fines de la justicia internacional y en beneficio de los altos objetivos de esa jurisdicción. Cf. Redress, "Comments on the Draft Guidelines Governing Relations between the Court and Intermediaries", 15 de octubre de 2010, disponible en: <http://www.redress.org/downloads/publications/Comment_on_draft_guidelines_on_intermediaries_15_Oct_2010.pdf>.

pueden hacer libremente. Mientras tanto, la OTP sí debe actuar con objetividad y debe recolectar también prueba que pudiera ser exculpatoria. ¿Pero cómo podría alcanzar este objetivo? ¿Involucrando a técnicos y especialistas de la OTP en las organizaciones locales? ¿Provocando la integración de los esfuerzos locales en la estrategia general de investigación promovida desde La Haya? Sin duda, son preguntas de gran trascendencia para evaluar la eventual tarea de la OTP de controlar una igualdad de armas en la práctica de cara a la situación procesal del acusado.

Estas preguntas, más generales, deben mezclarse con otras cuestiones igualmente delicadas como lo son la forma de escoger los testigos y las víctimas que serán llamadas a declarar, así como la forma de controlar la veracidad de sus testimonios y la capacidad de incidencia de estas deposiciones en el proceso final de decisión del caso. Aquí las cuestiones relacionadas con la protección de testigos y víctimas tienen un papel trascendental; no obstante, no reducen la trascendencia del deber posterior de revelar información a la defensa del acusado para los casos en que haya duda sobre las personas escogidas para brindar sus declaraciones.

En el caso *Lubanga* se plantearon discusiones de gran valor sobre la idoneidad de los testimonios, su veracidad, pero también sobre la identidad y la calidad de testigos presenciales o víctimas en el caso.³¹ Debe tomarse en cuenta que en *Lubanga* se estaba en presencia de cargos por incorporar niños a las fuerzas armadas, y de allí que el testimonio de personas menores de edad estuviera a la orden del día.³²

³¹ El 8 de julio de 2010 la Sala de Primera Instancia I de la CPI ordenó un *stay of the proceedings* (suspensión de los procedimientos) debido a la incapacidad de la Fiscalía de cumplir con las órdenes de esa cámara de revelar la identidad de un "intermediario", es decir, de una persona a la que se le pidió que colaborara brindando asistencia en aspectos de la investigación, por lo que se ordenó, en una primera instancia, la liberación de Lubanga. La resolución fue apelada, y en esa sede se decidió dar un efecto suspensivo a la decisión de poner en libertad al acusado, mientras se resolvía la apelación deducida por la Fiscalía. El 8 de octubre de 2010, la Appeals Chamber de la CPI decidió retrotraer la decisión de la Sala de Primera Instancia acerca de la suspensión de los procedimientos y de la liberación de Lubanga. El argumento de la Cámara de Apelaciones fue que la Sala de Primera Instancia debió haber impuesto sanciones a la Fiscalía primero, antes de tomar la decisión de aplicar una sanción procesal tan drástica como una suspensión de los procedimientos.

³² En los procedimientos en el caso *Lubanga* se achacó la existencia de testimonios que no eran ni íntegros ni ciertos; algunos testimonios fueron observados como un intento de introducir mentiras en los procedimientos o incluso de mentir sobre los propios nombres o sobre el hecho de haber sido niños soldados por temor a ser ellos mismos perseguidos y procesados por crímenes competencia de la CPI. De estas cuestiones no salieron librados tampoco los intermediarios, de los que se sospechaba que podrían haber intentado hacer llegar a la CPI declaraciones falsas sobre los acontecimientos investigados. Cf. Sylvia Ngane, "Should States bear responsibility of imposing Sanctions on its Citizens who as Witnesses commit crimes before the ICC?"; en Ralph Hehman y Mark Findlay (eds.), *Exploring the*

Con todo, el problema fundamental de los intermediarios, en cuanto a su utilidad y papel clave en los procedimientos, es mucho más logístico que normativo. Las *Líneas directrices* que se circularon en octubre de 2010 con el objetivo de dar una regla de trabajo uniforme con los intermediarios y otras organizaciones de apoyo chocaban con varias situaciones inciertas, entre ellas cuál sería la más idónea relación final con la Corte, pues las mismas *Líneas directrices* mezclaban, por un lado, una función de voluntariado y, por otro, una cierta función de representación, incluso con la posibilidad de ser protegidos ante el riesgo demostrado en un análisis caso por caso. Además, y como la propia Redress apuntó en su momento, la actividad de los intermediarios requiere información útil para la toma de decisiones, lo que incluye, por supuesto, datos sobre estrategia procesal para la conducción efectiva de las averiguaciones *in locu*, además de que para poder orientar el trabajo debe haber limitaciones acerca de la confidencialidad con que se deben manejar ciertos datos de la investigación.³³

En todo caso, los principios que orientan la función de los intermediarios son establecidos en las *Líneas directrices* de una manera que podría causar cierta sorpresa: por un lado se exige de ellos los más altos estándares de confidencialidad y que en sus tareas no actúen como sustitutos de los equipos de trabajo de la CPI. De seguido, se afirma que sus tareas de cooperación no deben poner en peligro el proceso justo (*fair trial*). Finalmente, que los intermediarios pueden recibir protección de la CPI en la asunción de sus labores (lo que luego se analiza caso por caso).³⁴ En otras palabras, el diseño de su actuación los considera, en lo que conviene, como colaboradores de la CPI y, en lo que interesa —esto es, en lo procesal—, se los observa como eventuales puntos de riesgo para el debido proceso.³⁵

Precisamente esa dicotomía en el análisis de los intermediarios es lo que genera la veta más importante de comentarios, pues es claro que la propia CPI pone un énfasis

Boundaries of International Criminal Justice (International and Comparative Criminal Justice), Londres: Ashgate, 2011, pp. 131-132.

³³ Redress, o. cit., p. 2.

³⁴ Glassborrow reportaba del enorme riesgo enfrentado por los intermediarios *in locu* en los diversos países donde se realizaban investigaciones de la CPI desde Darfur al Congo, lo que sin duda pone en peligro la efectiva representación de las víctimas en los diversos procesos. Cf. Katy Glassborrow, "Intermediaries in Peril", en Institute for War and Peace Reporting, *ACR Issue* 180, 28 de julio 2008, disponible en <<http://iwpr.net/report-news/report-news/acr-issue-180>>.

³⁵ Por otra parte, los propios intermediarios se sienten poco reconocidos por la CPI, aun cuando asumen tareas centrales de trabajo que habrían de ser responsabilidad directa del *staff* de la Corte, lo que genera en muchos casos frustración. Cf. Victims Rights Working Group, o. cit.

en sus propias dudas sobre estos colaboradores y, eventualmente, en la forma en que sus informaciones ingresarán al proceso. Algunos intermediarios, en el propio caso *Lubanga*, se sintieron abandonados por la Corte, pues la información disponible solía ser contradictoria o problemática, como ocurrió cuando se decretó la libertad de Lubanga, decisión que luego fue cambiada en apelación. Este tipo de datos procesales debían ser explicados a los testigos y víctimas, quienes ya habían sido contactados de previo por algunos activistas en representación de la Corte, y, sin embargo, se los mantenía sin información precisa sobre esos detalles, de gran importancia para ellos.³⁶ El reclamo de este abogado refleja la aún poco clara relación de estos intermediarios y la dificultad de la CPI para tratar con ellos y reconocer las difíciles circunstancias que enfrentan en el terreno. Muchas de las decisiones que se toman en el terreno y la información que llega localmente podrían no ser bien comprendidas por los actores locales, que no tienen cabal conciencia de las complejidades procesales que suelen aflorar en este tipo de casos.

Sin embargo, los problemas más serios con la prueba derivada de intermediarios provienen de los acuerdos de confidencialidad suscritos, especialmente con MONUC y otros terceros, como las ONG, los cuales deseaban que la información obtenida por ellos no fuera revelada en ninguna etapa del procedimiento.³⁷ La OTP acordó con estas organizaciones, en aplicación de lo estipulado en el artículo 54.3.e del Estatuto de la CPI, que no revelaría estas informaciones sin el previo consentimiento de aquellas. Lo curioso es que, según la propia valoración de la OTP, algo de ese material tendría condición de exculpatorio, pero no podía revelarlo a la defensa en virtud los acuerdos de confidencialidad suscritos en el marco de las competencias concedidas por el Estatuto. Esto abría la puerta a que la Cámara pudiera revisar el material en cuestión y decidir si el proceso se mantenía en los cánones de imparcialidad (*fair trial*) si no se revelaba la información a la defensa, o si podían tomarse otras medidas para compensar esa falta de imparcialidad con relación a la defensa. En una primera decisión, la Sala de Primera Instancia decidió

³⁶ Se trata de la situación de un abogado en Kinshasa que representaba víctimas en el caso *Lubanga*, citado por De Vos con referencia a "Intermediaries in Peril", de Katy Glassborow, cit. De Vos, o. cit., p. 19.

³⁷ En el caso de las misiones de las Naciones Unidas, tal compromiso era perfectamente legal, tal y como se puede leer en el Acuerdo Negociado de Relación entre la CPI y la ONU (*Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*), ICC-ASP/3/Res.1, 18(3), 22 de julio de 2004, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf>.

una suspensión de los procedimientos (*stay of the proceedings*)³⁸ que luego fue revocada en apelación.

El destino de la prueba proveniente de la intervención de estos intermediarios sigue siendo impreciso y requiere un estudio detallado, tanto desde la perspectiva de la cultura procesal asumida por la CPI como también de los arreglos organizativos asumidos y proyectados para seguir adelante con esta estrategia de trabajo probatorio en el marco de la justicia internacional.

3. La prueba de testigos y la prueba obtenida a través de medios indirectos o de intermediarios

3.1. La prueba testifical y la necesidad de protección de testigos en el procedimiento penal internacional

El testigo, según Roxin, es aquella persona que da sus percepciones sobre los hechos al juez por medio de una declaración.³⁹ Se trata de un medio probatorio importante y es el que quizá juega un papel más trascendente en la formación de convicción en los procedimientos del derecho penal internacional.

Testigos de diversas etnias e idiomas se acercan a la CPI a brindar su visión sobre los hechos en declaraciones, que en la medida de lo posible se producen ante el tribunal, con toda la intermediación posible. No obstante, problemas relacionados con el testimonio afloran a pesar y a consecuencia de la intermediación: problemas de recuerdos, de inconsistencias de modo, tiempo y lugar, amenazas, miedos, ideaciones y, por supuesto,

³⁸ La defensa presentó declaraciones de posibles manipulaciones de los testigos por parte de los intermediarios para que dieran información falsa. Además, alguna prueba de la Fiscalía dio pie a pensar en que esto había sido una práctica en el proceso de investigación. Tal fue el caso de la siguiente declaración recibida y valorada en el trámite de la resolución sobre los intermediarios: *"This is contrary to the statement given to the OTP and that's why I wanted to make the statement and explain why I came here. That's why I met the OTP's intermediary who told me the following. He said, You have to change your name, you have to change your identity. Don't give the true story that took place; in other words, there was a story that they were telling to the witnesses. And I say that they're crooks. Why is it that I say that they're crooks and swindlers? Well, instead of letting me tell the true story of what took place and instead of letting me describe all of the events I lived through, they are inventing statements in order to manipulate the investigation". Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-01/06-2434-Red2, Decision on the Intermediaries (31 de mayo de 2010).*

³⁹ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 219.

complicaciones propias del procedimiento que someten a los testigos a mayores dificultades para brindar su declaración.

A pesar de sus problemas, el testigo es una figura que provee material de importancia al juez, le agrega antecedentes y acontecimientos y le permite “ver” aquello que no presenció personalmente. Para hacer que esta “visión” ingrese al proceso es necesario que el testigo llegue a este en la forma de prueba testifical, es decir, cuando vierte su testimonio en el proceso. Ese testimonio es, por supuesto, una representación de lo que en la memoria del testigo hay sobre lo acontecido. De allí la dificultad para valorar el testimonio y la dificultad para aceptar muchas veces sus asertos. Por ello, varios principios concurren para garantizar que la declaración testimonial pueda ser prueba en el proceso del *thema probandum*.

En primer lugar, Climent Durán⁴⁰ señala el principio de intermediación, pues esta prueba debe practicarse, en lo posible, frente al juez, no solo porque es este quien debe convencerse en un sentido o en otro de los hechos que han sido acusados, sino también porque es él quien en definitiva la apreciará y valorará.

En los procedimientos nacionales se ha ido extendiendo poco a poco la recepción de prueba por medios tecnológicos, como la videoconferencia, por ejemplo, que tiene lugar fuera del asiento del tribunal. Para el uso de estas herramientas se suele establecer como requisito que ellas favorezcan el respeto de las garantías de intervención de las partes y que puedan garantizar la posibilidad de que el juez pueda imponerse del testimonio, en su integridad. Esto último implica que el sistema tecnológico escogido para valorar la prueba permita el interrogatorio y el examen exhaustivo del testimonio por los intervinientes en el proceso. Es por ello que el principio de contradicción es el otro gran principio que complementa la intermediación.

La contradicción se da cuando el acusado puede interrogar a los testigos ofrecidos por la defensa y a contrainterrogar a los testigos de cargo, estos últimos ofrecidos por el fiscal. Este principio obliga, entonces, a la presencia directa del testigo en la sala de juicio, con el fin de realizar el proceso de contradicción.

El tercer principio a considerar con la prueba testifical es, por supuesto, el principio de oralidad. Se atiende este principio cuando se exige la comparecencia personal de los testigos en el juicio, donde serán sometidos a un interrogatorio por los intervinientes frente al tribunal.

⁴⁰ Carlos Climent Durán, *La prueba penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2.ª ed., t. I, 2005, pp. 113-141.

Junto con el principio de oralidad se menciona el principio de publicidad, que se realiza en la exigencia de público como forma de controlar los servicios de justicia que prestan los tribunales. En el derecho nacional se contemplan excepciones a la publicidad, precisamente para proteger la vida privada, la integridad física o por encontrarse en peligro de revelación un secreto estatal, comercial o industrial en virtud de los temas discutidos en el debate.

En el proceso ante la CPI, la admisión de prueba testimonial por medios “indirectos” está regulada por el numeral 68 de las RPP. Este artículo se estatuye como una barrera regulatoria que impide que en todos los casos se admitan testimonios transcritos o grabados con anterioridad. Así, indica el mencionado numeral:

- a) Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente no está presente en la Sala de Primera Instancia, tanto el Fiscal como la defensa hayan tenido ocasión de interrogarlo en el curso de la grabación; o
- b) Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente está presente en la Sala de Primera Instancia, no se oponga a la presentación de ese testimonio, y el Fiscal, la defensa y la Sala tengan ocasión de interrogarlo en el curso del proceso.

De los presupuestos del artículo anterior, se infiere que la posibilidad de utilizar prueba testimonial mediante transcripción o grabación está sujeta a la posibilidad de que todas las partes involucradas en el proceso tengan la oportunidad de interrogar al testigo (*cross-examination*). Adicionalmente, el acusado tiene derecho al debido proceso y la correspondiente oportunidad de que su representante puede examinar el testimonio incriminatorio.

3.1.1. El testimonio “vivo” en el derecho penal internacional

En el proceso penal internacional, pues, la principal prueba es el testimonio vivo⁴¹ (*the live testimony of a witness*); sin embargo, solo por razones excepcionales puede la Sala aceptar un testimonio escrito o la grabación de audio del testigo. La regla 90.A de

⁴¹ Christoph Safferling, *International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 469. En los juicios de Núremberg la situación era distinta, como resultado del cuidadoso detalle puesto por los nazis en la conservación de archivos documentales. Esta circunstancia llevó a la Fiscalía a considerar la posibilidad de tomar estos procedimientos como de “solo papel” (*paper only trial*). No obstante, esta situación cambió después: 33 testigos rindieron su declaración para la Fiscalía y 61 fueron ofrecidos por la Defensa. La presencia de testigos fue mayor en el juicio ante el Tribunal del Lejano Oriente, donde fueron escuchados en Corte en el IMTFE 419 testigos, 109 de la Fiscalía y

las RPP del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) enuncia una clara decisión en pro del testimonio vivo, exigiendo que el testigo sea escuchado directamente por la Cámara.⁴² El artículo 69.2 del ER se decide claramente por el uso de testimonio vivo, salvo las excepciones establecidas en el artículo 68 para la protección de víctimas y testigos. Este artículo, por supuesto, no niega la posibilidad de que los testimonios puedan proveerse vía electrónica (mediante video y tecnología de audio), como tampoco niega la posibilidad de que se introduzcan transcripciones escritas, pero ha de entenderse que estos medios deben perjudicar los derechos del acusado.

3.1.2. Los testigos protegidos y su incidencia procedimental

Una excepción importante en los procedimientos nacionales, pero también en el proceso penal internacional, es la que proviene de testigos protegidos, esto es, de personas acerca de las cuales se estima existe un grave riesgo para su vida o integridad corporal o la de sus familiares por razón de su denuncia o de su ofrecimiento como testigo. En virtud de ese riesgo es que sus identidades se protegen y, en algunos casos también sus características personales individualizantes (su rostro, su voz).

Esta protección se provee en interés de la justicia y para garantizar que la información relevante en manos de los testigos sea allegada al proceso. La protección es, entonces, una forma de facilitar que estas fuentes de información no se pierdan y sean útiles en el proceso de averiguación.⁴³ No obstante, estas medidas de gran importancia para garantizar la participación activa de los testigos en el juicio podrían poner en peligro el ejercicio de derechos importantes del justiciable, todos ellos derivados del derecho a un proceso justo. En primer lugar, el derecho a un juicio público, con amplia intervención de las partes, el derecho a preparar su defensa y a confrontar la prueba de cargo, entre otros, podrían quedar en peligro. Es por ello que los tribunales deben buscar un adecuado balance entre estos derechos trascendentes del debido proceso legal y los

310 de la Defensa, así como 16 testimonios de los inculpados que se dirigieron a la Corte por su propia voluntad. Cf. McDermott, "Regular Witness Testimony", en Sluiter, Friman, Linton, Vasiliev y Zappalà, o. cit., p. 860.

⁴² La regla 90.A se mantiene en las RPP del TPIR, como bien lo analiza McDermott, pero fue eliminada de las RPP para el TPIY en diciembre del año 2000 y no se incluyó en las RPP para el TESL en marzo de 2003. McDermott, o. cit., p. 861.

⁴³ Guido Acquaviva y Mikaela Heikkilä, "Protective and Special Measures for Witnesses", en Sluiter, Friman, Linton, Vasiliev y Zappalà, o. cit., p. 819.

intereses involucrados en la protección de los testigos y víctimas. En el artículo 54 del ER se establece claramente el deber del fiscal de proteger los intereses y circunstancias personales de los testigos durante las investigaciones y tomar las medidas o exigir los recaudos necesarios para asegurar la confidencialidad de la información y la protección de cualquier persona.

Estos niveles de protección aumentan cuando el proceso avanza de las etapas de investigación a las preparatorias del juicio, donde, entre otras cosas, ya se cuenta con una persona acusada de los hechos, cuyos derechos también deben ser tomados en cuenta.⁴⁴

El artículo 68 ER establece la obligación de tomar las medidas apropiadas para proteger la seguridad física y el bienestar psicológico, así como la dignidad y privacidad de las víctimas y de los testigos; esto último como una excepción al principio de audiencia pública, permitiendo que se conduzcan los procedimientos *in camera* o que se permita la presentación de evidencia por medios electrónicos u otros medios de protección. La regla 87.3 de las RPP de la CPI autoriza a la Cámara a ordenar que los nombres de la víctima, de los testigos o de cualquier otra persona en riesgo en razón de su testimonio sean eliminados del expediente, y a prohibir a los intervinientes que revelen esa información personal a un tercero ajeno al procedimiento. En estos casos se utilizan seudónimos o los procedimientos se conducen *in camera*. El artículo 68.2, por su parte, sostiene que la utilización de medios tecnológicos para presentar evidencia debe ser entendida como medida de protección, en especial para víctimas de delitos y agresiones sexuales y para víctimas menores de edad. En el caso *Lubanga*, en especial, la Cámara fue específica sobre el deber de la parte que ofrece un testigo de solicitar la aplicación de un procedimiento de protección.⁴⁵

Conviene analizar, entonces, la forma en que la recepción de la prueba testimonial puede incidir en los derechos de participación de las partes, en especial del acusado en los procedimientos penales internacionales, lo que se hará de seguido.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Lubanga*, Sala de Primera Instancia, CPI, 9 de diciembre de 2008 (ICC-01/04-01/06-1547), § 6.

3.1.3. La prueba de los intermediarios y los derechos de participación en el proceso penal internacional

Es evidente que, tratándose de la prueba testimonial, en especial, y de los testimonios provenientes de intermediarios en concreto, la mejor forma de recibir esta prueba es en persona, directamente ante la Sala de Primera Instancia. En el caso de testigos protegidos, existe la dificultad de conocer la identidad de la persona, pero también se afecta la posibilidad del interrogatorio y de la preparación de una adecuada estrategia del caso, especialmente del acusado, cuando debe contrarrestar los asertos hechos por el testigo, donde el contexto de su identidad y su vinculación al caso resulta fundamental.

El ER reconoce en su normativa los derechos de participación del acusado; en concreto, los referidos a la posibilidad de discutir y controvertir los asertos dados por un testigo. Claramente el artículo 63 establece que el acusado debe estar presente en las audiencias del juicio, mientras el artículo 64 contempla la obligación de una audiencia pública, salvo las limitaciones allí impuestas. Desde la perspectiva del principio de inocencia, el artículo 66 estatuye la presunción de inocencia del acusado hasta que su culpabilidad sea demostrada en juicio. En esta línea de garantías del procedimiento, el artículo 67 contempla el derecho del acusado a ser procesado de manera justa e imparcial en una audiencia pública, sin dilación indebida, incluida la posibilidad de defenderse en persona y de examinar a los testigos.

El artículo 67.2 contiene la obligación de la Fiscalía de revelar a la Defensa prueba que se halle en su poder que pudiera contribuir a mostrar la inocencia del acusado, o a mitigar su culpa, o que de alguna manera pudiera afectar la credibilidad de la prueba en poder de la Fiscalía.

Otros derechos reconocidos al acusado pueden derivarse de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como otros documentos de derecho internacional que expresamente deberían aplicarse en la interpretación de las normas procesales conforme al artículo 21 del ER, con una primacía reconocida al ER y a las RPP.

Ahora bien, volviendo a la cuestión de los testigos proveídos por vía de intermediarios, el punto que más interesa es determinar la forma en que será posible asumir el testimonio cuando el testigo ha sido protegido por razones de seguridad (peligro para la vida del testigo, su familia, etcétera) y cómo es posible evitar posibles lesiones al debido

proceso y al derecho de defensa que podrían provenir de estos niveles de protección que abarcan también el anonimato.

Se parte de que la protección resulta esencial también para proteger los fines del proceso. Un testigo que tema por su vida o la de su familia se negaría a participar en los procedimientos, y en el caso de las víctimas probablemente trataría de evitar la victimización secundaria o terciaria proveniente de los actos del procedimiento a los que sería invitada a participar. Es por ello que el ER, en su artículo 68, contempla expresamente la posibilidad de proveer protección a los testigos en su dignidad, bienestar físico y psicológico, así como también en su privacidad.

En aplicación de las posibilidades creadas por el artículo 68.4 del ER, la CPI escuchará a la Unidad de Víctimas y Testigos (Victims and Witnesses Unit) con el fin de obtener toda la información relevante dirigida a decidir qué tipo de medidas de protección se tomarán en cada caso. Las medidas pueden incluir desde la eliminación de los nombres de los documentos del caso, la distorsión de la voz o de las características del rostro durante el testimonio, llevar a cabo los procedimientos a puerta cerrada (*in camera sessions*), permitir la total anonimidad del testigo o permitir el testimonio *viva voce* con la ayuda de video o de tecnologías de audio.

El marco de referencia de estos derechos de protección que contiene el ER contempla, como es posible entender, una gama de posibilidades para observar las exigencias del debido proceso, que pueden estar plenamente realizadas en un caso pero reducidas en otro, por lo que el análisis correcto ha de hacerse caso por caso y no en una consideración general. El artículo 64.2 es claro al consignar el deber de la Sala de Primera Instancia de asegurar que el juicio sea expedito, justo y con pleno respeto a los derechos del acusado, así como también a la tutela debida a la protección de las víctimas y testigos.⁴⁶ Esto último implica que la Sala ha de asegurar este equilibrio y ha de contar con un margen suficiente para tomar las decisiones correspondientes en cada caso. Es posible observar, al respecto, que las potestades de la Fiscalía quedarían subordinadas a la autoridad de la Sala de Primera Instancia cuando esta vigila los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial.

En el caso *Lubanga* se tuvo a la vista el testimonio de niños soldados que testificaron bajo seudónimo, y si se tiene en cuenta la regulación del artículo 68.2 —regla que

⁴⁶ “[...] fair and expeditious and is conducted with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.”

permite decretar que la audiencia se celebre a puerta cerrada si se trata de un testigo menor de edad— es posible imaginar los problemas procesales para la defensa planteados por ambas circunstancias. La declaratoria de privacidad de la audiencia es claramente una excepción, como el propio ER menciona, al principio de publicidad de las audiencias, y podría constituirse en un obstáculo importante para el ejercicio de los derechos del justiciable a examinar la evidencia de cargo planteada por la Fiscalía.

3.2. Sobre los intermediarios

La definición de intermediario que da la Corte Penal Internacional es:

*[...] that is, people who work – between one person and another; who facilitate contact or provide a link between one of the organs or units of the Court or Counsel on the one hand, and victims, witnesses, beneficiaries of reparations or affected communities more broadly on the other.*⁴⁷

El problema presentado en el caso *Lubanga* tiene que ver con los denominados *intermediarios*, es decir, las personas que tienen contacto directo con testigos, víctimas y comunidades afectadas, y que, aun cuando no son empleados directos de la Corte, son utilizados para tener contacto con ellos y obtener información que luego será usada por el tribunal.

Según la propia definición de la Corte, un intermediario es una persona que facilita el contacto y provee una conexión entre los órganos y unidades de la Corte, por un lado, y las víctimas, los testigos y las comunidades afectadas, de una manera más amplia, por el otro.

El uso de estos intermediarios arroja varias preguntas jurídicas del mayor interés en la discusión de los temas probatorios, principalmente el uso de la información obtenida a través de estos órganos de colaboración de la Corte, que no han sido empleados por ella ni tienen oficialmente ningún reconocimiento jurídico para su intervención en el proceso.

Las ventajas de los intermediarios para una Corte que se hace inquisitorial son muy importantes, pues los sesgos de la prueba que provienen de intermediarios que son parte

⁴⁷ Corte Penal Internacional, *Draft guidelines on Intermediaries use*, documento recuperado de <<http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/icc-intermediaries-commentary-20110818.pdf>>.

del conflicto, quizá hasta víctimas, podrían provocar que ciertas visiones, totalmente subjetivas y ajenas a toda discusión, lleguen hasta el caso, provocando una visión parcializada de los hechos que podría perfectamente convertirse en el contexto definitivo de la prueba a discutir en la sentencia.

Estos problemas se hicieron especialmente claros en la decisión de la Cámara de Juicio del 2008, donde se decía que era posible comprometer el *fairness* del proceso ante la incapacidad de introducir en él elementos potencialmente exculpatórios que podrían provenir de varios informantes, de cuya confidencialidad de la fuente no se pudo tener certeza en virtud de la forma en que se obtuvo esa prueba, tanto de informantes que provenían de ONG localizadas en el Congo como de la propia Misión de las Naciones Unidas en ese país.

En una segunda decisión, de 2010,⁴⁸ que después fue retrotraída por vía de apelación en virtud del rechazo de la revelación de las fuentes de los intermediarios por parte de la Fiscalía, dejó duda sobre la posible efectividad de esa prueba en virtud del cuestionamiento de la veracidad de las fuentes, entre otros motivos.

La búsqueda de testigos, de elementos de prueba en el terreno, y hasta la ponderación de cuáles comunidades han sido afectadas y en qué extensión, son un problema muy serio en delitos de carácter internacional. La CPI, al confiar en estos intermediarios, abre una puerta muy peligrosa para el abuso y afecta gravemente los derechos de defensa del justiciable.

Lo anterior plantea claramente que el procedimiento ante la CPI no podría identificarse como un proceso adversarial, donde hay una creencia bastante fuerte en el respeto de las partes a las reglas del procedimiento, donde la revelación de las fuentes y la conexión de los testigos es una cuestión que queda al debate contradictorio de las partes, y donde los jueces juegan un papel secundario. Por otro lado, una forma de intervención más fuerte de los jueces reforzaría la idea de que es la Fiscalía la que debe, de una manera más intensa, revisar, controlar y asegurar, sin dañar el derecho a la confidencialidad de las fuentes, y sin poner en peligro la seguridad de testigos y víctimas, a la hora de introducir esos elementos probatorios en el proceso. En todo caso, los derechos de defensa y de intervención en juicio quedan fuertemente cuestionados cuando en este delicado equilibrio se deposita total credibilidad en los intermediarios, sin una adecuada

⁴⁸ Con una descripción detallada del caso y de los temas planteados, cf. Ambos, "The first confirmation...", o. cit., p. 982.

fundamentación de por qué se otorga esa credibilidad y cuáles son las razones que sustentan el criterio judicial de tal decisión.

Esto último es especialmente cierto cuando pudieran derivarse de la prueba elementos que justificarían o exculparían el hecho por parte del justiciable, que en buena medida también podrían derivarse de la acción de los intermediarios, dado que el desconocimiento de su identidad y de sus conexiones con el hecho deja a la defensa sin posibilidad de reaccionar sobre estos temas.

Es evidente que ni la Fiscalía ni la CPI pueden dejar de usar estos elementos de prueba, pues son su única conexión con los hechos acaecidos, con la dimensión y el contexto de los daños y hasta con la eventual justicia de la solicitud de las reparaciones que van a ser alegadas como existentes.

3.3. Temas que son esenciales en la discusión sobre el uso de intermediarios

Algunas lecciones aprendidas en el derecho interno podrían ser de interés para la CPI a la hora de discutir sobre la idoneidad de este tipo de prueba.

En gran parte el problema de los intermediarios tiene que ver con el tema de las prohibiciones probatorias y con el equilibrio de igualdad de armas que debe existir en un proceso penal. Es muy probable que la revisión de las *Líneas directrices* sobre intermediarios se oriente en este delgado límite entre los derechos de investigación de la Fiscalía y los derechos de intervención de la Defensa.

Además, habría que reconocer algún grado de conexión y hasta de función oficial de los actores locales a la hora de analizar su intervención en el proceso, lo que requerirá reglas sobre cómo reconocerles ese papel oficial, escoger su intervención y proceder a su análisis, en definitiva.

Por otro lado, los acuerdos de confidencialidad conforme al artículo 54.3.e del ER tienen diversos problemas. En algún caso esa confidencialidad podría estar protegiendo a personas que han participado efectivamente en los hechos y se custodian en esa confidencialidad para producir un testimonio con valor de prueba en contra de alguien que también participó.

Las dificultades de estos temas procesales han sido revisadas extensivamente por los tribunales internacionales como el de la antigua Yugoslavia, el cual estuvo constantemente afectado por temas de seguridad nacional que impidieron en algún caso —y en términos generales pudieron afectar— la revelación de prueba exculpatoria a favor del justiciable.

En el derecho interno, la utilización de informantes tiene que ver no solo con el tema de la protección de confidencialidad sino con su introducción en el proceso. Las reglas para hacerlo, curiosamente, tienen que ver con la fundamentación de la credibilidad y la plausibilidad de los testimonios que se hicieron llegar a los procedimientos mediante la intervención de los intermediarios.

La principal cuestión tiene que ver con el principio de inmediación, que surge precisamente de los artículos 69.4 y 74.2 del Estatuto, los cuales sostienen que la prueba que será analizada en juicio es aquella que ha sido sometida, discutida y, finalmente, admitida por la Cámara.

Esta visión del principio de inmediación se vincula precisamente con los precedentes y tradiciones jurídicas del principio acusatorio. Claramente el principio de inmediación tiene que ver con el principio de control oral de la prueba, de *cross interrogation* y de otras reglas relacionadas con el principio de igualdad de armas, donde las partes pueden discutir los elementos que se van produciendo con la prueba.

La propia sentencia *Lubanga* entra en la cuestión (p. 93) de que la prueba de los testigos tendrá que derivarse del carácter entero de la prueba recibida, de su plausibilidad, su consistencia y el impacto de su testimonio en su esencia para los hechos discutidos.

En el punto 103 de la sentencia se entra en la cuestión, por ejemplo, de la relatividad de los recuerdos de los testigos menores de edad para la fecha de los hechos, sometidos a traumas y otras dificultades provenientes, sobre todo, de los hechos que ocurrieron entre 2002 y 2003. Al respecto, apunta la Corte la utilidad del testimonio experto de psicólogos a fin de proveer informaciones útiles para la discusión del testimonio de estas personas, sujetas a tantas consideraciones y problemas.

Aquí se trata de determinar si un testimonio ha sido otorgado sin sesgos o posibles razones de sospecha sobre su credibilidad, como ocurriría, por ejemplo, cuando el testigo se enfrenta al riesgo de autoincriminación en los hechos (numeral 106 de la sentencia). Este tipo de circunstancias ha de valorarse mediante el ejercicio de la sana crítica, estableciendo razones suficientes para excluir cualquier posibilidad de que dicha prueba testimonial pueda estar viciada por este tipo de problemas.

3.4. La evidencia proveniente de los intermediarios de la Corte y el problema de la valoración de la prueba

Tal y como se ha planteado *supra*, ciertamente el Estatuto da una gran flexibilidad a la Corte acerca de la evidencia que recibe,⁴⁹ y esta libertad, proveniente del principio de libertad probatoria (únicamente limitado por la licitud del medio probatorio), le da al tribunal amplios márgenes de discrecionalidad para demostrar hechos por medio de diversas herramientas. No obstante, la obtención de prueba por medio de intermediarios propone temas que tienen que ver con la forma de valoración de las circunstancias, los elementos que rodean el hecho y los propios aspectos de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, cuando provienen de testigos y víctimas que han sido previamente escogidos por intermediarios profundamente vinculados a las localidades en conflicto en los países en los que han tenido lugar los hechos que se investigan. Hay que recordar que estos intermediarios no son la Fiscalía, no tienen los mismos compromisos de objetividad en la recopilación de los elementos probatorios, y con frecuencia pueden estar afectados por su vinculación subjetiva con los hechos y las investigaciones.

En otros procedimientos ante tribunales penales internacionales, como en el famoso caso *Milosevic*, una buena parte de la información fue recolectada por organizaciones no gubernamentales relacionadas con Kosovo, y se introdujo mucha información en forma de declaraciones escritas.⁵⁰ Estas circunstancias ponían en dificultades muchas de las preconcepciones sobre el proceso frente a los tribunales penales internacionales, muy especialmente sobre el tema del *hearsay* o testimonio indirecto o de referencia, introducido por personas que no fueron testigos presenciales de los hechos. La regla de contrastar el dicho de oídas o de referencia con la persona que presencié los hechos es una de las dificultades planteadas por este tipo de gestiones procesales, y afecta directamente la aceptabilidad de los medios probatorios así introducidos en el proceso. En el caso *Milosevic*, mucha de la información producida por las ONG fue aceptada por la Fiscalía, resumida por esta y presentada al ICTY con el objetivo de que fuera valorada como prueba de los hechos acusados. Aquí hay indudables cuestiones procedimentales que deben ser puestas

⁴⁹ Mark Klamburg, "General Requirements for the Admission of Evidence", en Sluiter, Friman, Linton, Vasiliev y Zappalà, o. cit., cap. 7 ("Law of Evidence"), p. 1019.

⁵⁰ Human Rights Watch, "Weighing the Evidence. Lessons from the Slobodan Milosevic Trial", disponible en: <<http://www.hrw.org/reports/2006/12/13/weighing-evidence>>.

en la mesa de debate, no solo por la forma en que se relajan principios procesales de la mayor importancia en materia probatoria y procesal, sino también por el impacto de esta prueba en los procedimientos penales internacionales.

3.5. La teoría del abuso del derecho y su aplicación posible en el caso *Lubanga*

La teoría del abuso del proceso (*abuse of process*) ha sido enunciada por jueces procedentes de la tradición del *common law* como un mecanismo para contrarrestar resoluciones judiciales potencialmente erróneas.⁵¹ Los casos en que el mecanismo ha sido utilizado tienen que ver con aspectos que interesan en el caso *Lubanga*, como cuando la evidencia admitida pueda tener un efecto adverso en la imparcialidad (*fairness*) de los procedimientos o cuando las autoridades encargadas de la aplicación del derecho han incurrido en una acción delictuosa, lo que podría provocar una suspensión de los procedimientos (*stay of proceedings*).

En el *common law* la teoría del abuso procesal ha sido utilizada en casos en que el justiciable, por ejemplo, ha sido secuestrado para ser juzgado en el extranjero con el fin de evitar el trámite de la extradición, aun cuando en este caso habría que conceder, con Knoop, que la razón —al menos explícita— de aplicar la suspensión de los procedimientos lo era para evitar que hubiera un efecto nocivo en la conciencia pública sobre la justicia, y aun cuando es claro que el efecto directo de la suspensión de los procedimientos era evitar un juzgamiento incorrecto que pudiera provocar un error de hecho.⁵²

El papel del abuso procesal también ha sido observado en el análisis de casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En el importante precedente conocido como *Teixeira de Castro contra Portugal*,⁵³ la Corte de Estrasburgo tuvo que analizar un caso en el cual se produjo una condena por tráfico de estupefacientes basada exclusivamente en las deposiciones de dos oficiales de policía que habían incitado la comisión del ilícito, el cual no se habría cometido si no hubiera sido promovido por ellos. En otras palabras, estos policías habían actuado como agentes provocadores, pero los

⁵¹ Knoop, o. cit., p. 174.

⁵² *Ibidem*, p. 175.

⁵³ CEDH, *caso Teixeira de Castro contra Portugal* (44/1997/828/1034), 9 de junio de 1998.

tribunales portugueses consideraron que, en todo caso, el acusado había sido detenido en posesión de droga y denegó los hábeas corpus planteados en su oportunidad a favor del justiciable.

Llegado el asunto a la jurisdicción de derechos humanos europea, el TEDH consideró que es cierto que en la lucha contra el tráfico de drogas se deben emplear medidas adecuadas, pero que ante el uso de agentes provocadores su empleo debía ser revestido de especiales salvaguardas, con el fin de evitar que se viera afectado el derecho a una justa e imparcial administración de justicia tan solo para alcanzar una acción expedita de los órganos de la persecución penal. Al respecto, consideró que los requisitos sobre imparcialidad (*fairness*) contenidos en el artículo 6 de la CEDH son aplicables a todos los procedimientos dirigidos a la investigación de delitos criminales, desde los más sencillos hasta los más complejos. Por ello, consideró que, en el caso concreto, al haber sido producido un delito experimental por vía de dos agentes provocadores del hecho, se había provocado graves daños al derecho del justiciable a un *fair trial*.

También en los anales de los tribunales penales internacionales se encuentran precedentes del uso de la teoría del abuso procesal. Tanto en el TPIY como en el TPIR pueden denotarse claras orientaciones hacia el uso de esta teoría con el fin de salvaguardar el procedimiento de posibles resoluciones que afecten el *fair trial*. Knoops cita con razón el precedente *Prosecutor v. Barayagwiza*, del 3 de noviembre de 1999,⁵⁴ de la Cámara de Apelación del TPIR, que tuvo que analizar un caso donde se habían sucedido repetidas lesiones procesales, entre ellas no atender una solicitud de hábeas corpus planteada por el justiciable.⁵⁵ A raíz de esas repetidas violaciones procesales se consideró conveniente la suspensión de los procedimientos basada en el abuso procesal. La tesis sostenida por la Cámara de Apelación del TPIR, con apoyo en precedentes de la Cámara de los Lo-res, se basaba en que el sentido de la doctrina del abuso procesal era el de mantener la integridad de los procedimientos,⁵⁶ especialmente como salvaguarda de los derechos del acusado.

⁵⁴ *Prosecutor v. Barayagwiza. Appeals Chamber Decision*, 3 de noviembre de 1999, ICTR-97-19-AR72, § 73.

⁵⁵ "73. The Appeals Chamber now considers, in light of the abuse of process doctrine, the Appellant's allegations concerning three additional issues: 1) the right to be promptly informed of the charges during the first period of detention; 2) the alleged failure of the Trial Chamber to resolve the writ of habeas corpus filed by the Appellant; and 3) the Appellant's assertions that the Prosecutor did not diligently prosecute her case against him. These assertions will be considered."

⁵⁶ "Under the doctrine of 'abuse of process,' proceedings that have been lawfully initiated may be terminated after an indictment has been issued if improper or illegal procedures are employed in pursuing an otherwise lawful process. The House of Lords summarized the abuse of process doctrine as follows:

La tesis del abuso del proceso se planteó en el caso *Lubanga*, concretamente ante la inobservancia de la Fiscalía de cumplir con el requerimiento de develar más de doscientos documentos que podían contener información exculpatoria, lo que provocó que la Defensa se colocara en una posición desventajosa en relación con la Fiscalía. La Fiscalía había suscrito acuerdos de confidencialidad para obtener estos testimonios y no podía revelarlos, de conformidad con los extremos de los acuerdos. Así las cosas, la decisión de la Fiscalía se tomó sin darle a la Sala de Primera Instancia la posibilidad de discutir, por ejemplo, si era posible que esos documentos contuvieran información útil para la Defensa de Lubanga y que por ello debiera ser puesta a disposición de sus representantes. La decisión de suspender los procedimientos fue luego levantada por la Cámara de Apelación considerando que las medidas tomadas por la Fiscalía habían sido “suficientes” para mantener las condiciones de imparcialidad en el juicio de Lubanga, donde, por cierto, el criterio de “suficiencia” aparecía realmente como nebuloso y arbitrario.⁵⁷

En el año 2011 se volvió a plantear una gestión de la defensa con el objetivo de lograr una nueva suspensión de los procedimientos y conseguir la libertad de Lubanga. Desde la perspectiva de la Defensa, en el caso *Lubanga* habría habido un abuso procesal de parte de la Fiscalía, que provocó “perjuicio grave e irreparable al proceso judicial de buscar y establecer la verdad”.⁵⁸ Para esa fecha, la Defensa había cuestionado prueba testimonial obtenida de los intermediarios, y se había planteado que incluso uno de ellos había recibido consejo sobre el contenido de su declaración. La solicitud de la Defensa fue rechazada⁵⁹ en virtud de que se consideró que las alegadas actuaciones “ilegales e impropias” podrían ser planteadas y discutidas en el proceso que ya tenía lugar para ese momento.

La teoría del abuso del proceso, como doctrina, tendría entonces sentido en aquellos casos en que la actuación de los órganos de la investigación hayan excedido sus potestades, causando gravamen irreparable a las posiciones jurídicas de la Defensa y del inculpado, a tal punto que el proceso se vería teñido por esas afrentas procesales y podría

“[P]roceedings may be stayed in the exercise of the judge’s discretion not only where a fair trial is impossible, but also where it would be contrary to the public interest in the integrity of the criminal justice system that a trial should take place.

“It is important to stress that the abuse of process doctrine may be invoked as a matter of discretion. It is a process by which Judges may decline to exercise the court’s jurisdiction in cases where to exercise that jurisdiction in light of serious and egregious violations of the accused’s rights would prove detrimental to the court’s integrity.” Prosecutor v. Barayagwiza, § 7475.

⁵⁷ Knoops, o. cit., p. 178.

⁵⁸ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Redacted Decision on the ‘Defense Application Seeking a permanent Stay of the Proceedings’”, Trial Chamber I, 7 de marzo de 2011, ICC-01/04-01/06, § 23.*

⁵⁹ *Ibidem*, § 218.

generar un error judicial (*miscarriage of justice*). Como lo propone con razón Knoops, esto puede suceder perfectamente en caso de que las autoridades de la investigación, deliberada o negligentemente, conserven y no revelen información con valor exculpatorio al acusado.⁶⁰

La cuestión, entonces, reside principalmente en decidir si la Fiscalía o las autoridades de la investigación hicieron lo posible, dentro del marco de sus competencias, para evitar daños a las posiciones jurídicas de la Defensa, a pesar de no revelar información potencialmente exculpatoria a la Defensa del justiciable, una temática central en el caso *Lubanga*.

3.6. Análisis probatorio a la luz del caso *Lubanga*

El papel de la prueba proveniente de los intermediarios

Del presente trabajo resulta evidente que los informantes e intermediarios han tenido un papel clave en el caso *Lubanga*. Estos actores seguirán teniendo un rol relevante en otras causas, por lo que corresponde establecer algunas consideraciones que le permitan a la CPI enfrentar las críticas realizadas hasta la fecha sobre la imparcialidad o la falta de ella en la tarea de los intermediarios.

La discusión sobre cómo se obtuvo la prueba para el caso *Lubanga* fue trascendente para el fallo, y la Sala de Primera Instancia se preocupó por determinar la forma en que la obtuvieron los intermediarios. Fue así que se decidió llamar a representantes de los intermediarios para que dieran cuenta de ello. Bernard Lavigne, líder del equipo de investigación de la CPI en el Congo, y Nicholas Sebire, miembro de ese equipo, brindaron testimonio acerca de estos aspectos. En general, dieron a entender que las investigaciones en la zona de Bunia comenzaron en el año 2004 y se enfrentaron a diversos problemas, pues los grupos armados seguían actuando en Ituri y en sus alrededores. El propio Lavigne indicó que durante las primeras etapas del trabajo de investigación oían disparos durante todas las noches y que era posible que los testigos fueran confrontados con riesgos graves, debido a su contacto con la investigación y a las eventuales amenazas de líderes de la milicia que pudieran intentar amedrentarlos, a ellos y a sus familias, con el fin de evitar ser acusados penalmente. Para tratar de proteger a estas personas y reducir los referidos riesgos, el equipo de investigación prefirió construir relaciones con grupos de trabajo locales, principalmente organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales que

⁶⁰ Con más detalles, cf. Knoops, o. cit., pp. 182 ss.

conocían bien el terreno, las cuales ayudaron al equipo a identificar potenciales testigos y víctimas. Sebire acotó que el uso de intermediarios para contactar a los testigos fue la única solución posible para evitar los problemas de seguridad detectados.

La defensa planteó que en el caso hubo cuatro intermediarios que presionaron a testigos para que rindieran falso testimonio. La Sala de Primera Instancia encontró que, de los 23 intermediarios que prestaron su colaboración, al menos tres presionaron para obtener falso testimonio. Lavigne indicó en su testimonio que en Bunia circuló la noticia de que la CPI podría relocalizar a los testigos y las víctimas, y algunas personas vieron esa posibilidad como una manera de conseguir vivienda en otras localidades de manera gratuita. Ello permitía construir por lo menos una hipótesis plausible de que algunos presuntos testigos rindieron testimonio con la esperanza de verse favorecidos con ese tratamiento por parte de la CPI.

La mayoría de los intermediarios no recibió ninguna forma de compensación por sus servicios, aparte del reintegro de sus gastos, pero en algún caso el equipo de investigación entró en contrataciones con intermediarios cuya colaboración se consideró clave. Desde la perspectiva del proceso, esta vinculación económica podría arrojar dudas sobre la falta de interés en orientar las investigaciones en algún sentido, y pone en cuestión la objetividad del trabajo de esos intermediarios.

Ya se ha dicho que el deber u obligación de objetividad de la Oficina del Fiscal no rige de la misma manera para los intermediarios, que tienen urgencia de obtener prueba de cargo, tanto para sus representados (muchas veces víctimas en el proceso) como también por el conocimiento que tienen de los hechos. Por ello, no puede esperarse de manera natural que estos intermediarios produzcan prueba exculpatoria. Sin embargo, puede haber estrategias para que la CPI garantice la calidad de la evidencia obtenida en el sitio de los hechos, como sería designar expertos de las propias misiones de las Naciones Unidas y de las ONG que operan localmente, de tal manera que se pueda garantizar su experticia en la conducción de las investigaciones. Si además estos expertos contaran con protocolos de investigación relativamente completos, que pudieran seguirse en las diversas investigaciones y que sirvieran de estándar de calidad, podría garantizarse también la calidad de la evidencia recolectada.

El otro camino sería la reducción del uso de compromisos de confidencialidad, con el fin de limitar el impacto de este tipo de prueba en los procedimientos ante la CPI, lo que es en definitiva una decisión compleja en términos generales, debido al uso bastante amplio que se hace de intermediarios en los procesos ante la CPI.

De la misma manera, deben tomarse medidas para que los apoyos financieros y logísticos a los intermediarios fluyan con más agilidad, a fin de asegurar su participación en las investigaciones y, al mismo tiempo, que pueda garantizarse un adecuado trabajo y calidad de las investigaciones emprendidas en el lugar de los hechos.

La adecuada capacitación de los intermediarios es también fundamental a este respecto, no solo para garantizar los estándares de imparcialidad y de debido proceso en las investigaciones emprendidas por estos intermediarios. Al respecto, debe tenerse en cuenta que dicha capacitación debe ser proveída de tal manera que no deje a ese intermediario como una persona o institución incapaz de recibir la tutela de la CPI, en caso de que sea necesario, o que no se le permita asumir su posición de testigo, por las indudables reservas que habría cuando se prepara a los testigos antes del juicio (*witness proofing or coach witness*).⁶¹

La Sala de Primera Instancia pudo, al final, luego de valorar la prueba ofrecida y de hacer un escrutinio de los testimonios cuestionables, concluir que, a pesar de ello, se podía derivar un criterio de condena en contra de Lubanga, pero llamó la atención de la Fiscalía acerca de la forma en que había asumido su trabajo en el lugar de los hechos y el escaso escrutinio que hizo de los intermediarios y de la prueba que producían, lo que a la postre le causó a la CPI un esfuerzo mayor de valoración y ponderación de la prueba.

Textualmente sostuvo:

La Sala es de la opinión de que la Fiscalía no debería haber delegado sus funciones de investigación de los intermediarios en la forma establecida anteriormente, a pesar de las amplias dificultades de seguridad a las que se enfrentó. Una serie de testigos han sido llamados durante este juicio cuyo testimonio, como resultado de las acciones esencialmente sin supervisión de tres de los principales intermediarios, no puede ser invocada de manera segura. La Cámara pasó un período considerable de tiempo investigando las circunstancias de un número sustancial de personas cuyo testimonio fue, al menos en parte, incorrecto o deshonesto. La negligencia de la Fiscalía al no verificar y examinar este material suficientemente antes de que se introdujera condujo a un gasto significativo de parte de la Corte.⁶²

⁶¹ Cf. Jacques Mallesons Stephen, "The OTP v. Thomas Lubanga Dyilo: The Challenges of using 'intermediaries' in the International Criminal Court", *Humanitarian Law Perspectives*, Australian Red Cross, 7 de julio de 2011, disponible en <http://www.redcross.org.au/files/2011_-_the_otp_v_thomas_lubanga_dyilo_-_the_challenge_of_using_intermediaries_in_the_international_criminal_court.pdf>, pp. 15-16.

⁶² "The Chamber is of the view that the prosecution should not have delegated its investigative responsibilities to the intermediaries in the way set out above, notwithstanding the extensive security difficulties it faced. A series of witnesses have been called during this trial whose evidence, as a result of the essentially unsupervised actions of three of the principal

4. Conclusiones

El análisis del papel de los intermediarios como colaboradores de la justicia penal internacional fue uno de los argumentos de la Defensa en la crítica del quehacer procesal en el caso *Lubanga*, y no por razones de escasa importancia: Se discutió la idoneidad de testigos y víctimas que se presentaron a la CPI como medios de prueba para demostrar hechos, y hubo dudas de su veracidad e identidad.

Es innegable que el papel de los intermediarios seguirá siendo significativo para garantizar el contacto con víctimas y testigos en los países donde la CPI realiza sus investigaciones, y la CPI así lo ha reconocido en sus *Draft guidelines* sobre los intermediarios, donde da una serie de orientaciones sobre su trabajo.

La revisión de los problemas existentes en el caso *Lubanga* obliga a reflexionar sobre la necesidad de proveer para que materialmente estas redes de trabajo de intermediarios puedan funcionar eficientemente, sin temor a que los problemas económicos o de seguridad obstaculicen sus acciones *in situ* o les imposibiliten conversar y realizar sus averiguaciones con los testigos y las víctimas. De la misma manera, deben contar con la posibilidad de interactuar más abiertamente con el equipo técnico de la CPI, a fin de trasladarle su conocimiento de los hechos, los temas logísticos, así como las previsiones que sean más idóneas para garantizar el respeto al debido proceso y a la protección de las víctimas y testigos en el trabajo cotidiano. Por ello, las cuestiones sobre confidencialidad de la información, datos sobre estrategia de investigación y otras informaciones de gran impacto para el proceso penal tendrán que ser compartidos con actores que están muchas veces vinculados a víctimas y testigos no solo por funciones *ad honorem*, sino también por vinculaciones contractuales de representación. Esto último propone no pocos problemas sobre la idoneidad y confiabilidad de los testimonios y del trabajo de los intermediarios.

La importancia de prueba obtenida a través de acuerdos de confidencialidad con intermediarios seguirá aumentando en otros casos ante la Corte, y la Oficina del Fiscal tendrá que variar sus políticas de revelación de información a la Defensa si quiere

intermediaries, cannot safely be relied on. The Chamber spent a considerable period of time investigating the circumstances of a substantial number of individuals whose evidence was, at least in part, inaccurate or dishonest. The prosecution's negligence in failing to verify and scrutinise this material sufficiently before it was introduced led to significant expenditure on the part of the Court." Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of Congo, Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (14 de marzo de 2012), § 219.

atender las necesidades de protección de principios valiosos del proceso penal, como el de igualdad de armas, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

El futuro de la justicia penal internacional reside en la capacidad de estos tribunales, especialmente de la CPI, de mantener efectivos contactos en los países y construir medios para la efectividad de sus resoluciones en los países suscriptores del Tratado de Roma. La mejora de estos contactos tanto para hacer efectivas sus órdenes como para obtener evidencia útil en los procesos garantizará el futuro del trabajo jurisdiccional de la CPI. Sin embargo, para obtener la cooperación de organizaciones y otros actores que fungieron como intermediarios hubo necesidad de llegar a acuerdos de confidencialidad y restricciones al acceso a prueba, lo que sin duda afectó el producto final de esta actividad de colaboración —afectaciones que de seguro incidieron en las posibilidades de prueba de la defensa y su capacidad para contestar los cargos—.

Estos problemas de equilibrio procesal se manifiestan ya en la relación entre los artículos 69 y 74 del ER. Mientras el artículo 69 permite una amplia libertad probatoria y de decisión por parte de la CPI sobre la evidencia que será analizada, el artículo 74.2 establece la obligación de una evaluación de pruebas con base en la totalidad del juicio, obligando a que la valoración de los juzgadores recaiga en las pruebas que hayan sido presentadas y examinadas en juicio, esto es, con inmediación. Hasta aquí las reglas de evaluación probatoria coinciden con las regulaciones preestablecidas para cualquier procedimiento legal proveniente de la tradición de los sistemas mixtos. En todo caso, es evidente que también hay prueba escrita, declaraciones escritas que han sido incorporadas al procedimiento y que ofrecen dificultades para ser admitidas en un estricto sistema del proceso de inmediación. Se está hablando de un sistema procesal muy complejo, con préstamos del sistema del *common law*, en especial con respecto al derecho de defensa, que hace que la interacción de partes y el manejo de las pruebas adquiera reglas muy peculiares.

Lo que sí es esperable es que los problemas que surgieron en el caso *Lubanga* se den en futuros juicios ante la CPI, lo que lleva a la necesidad de promover soluciones que permitan equilibrar de mejor manera los derechos del justiciable con los niveles de protección de víctimas, testigos e intermediarios, y no se malogren la justicia y el *fair trial*.

Una de las propuestas que repetidamente aparecen en la literatura es la reforma del ER, con el fin de superar el tratamiento altamente contradictorio que se le ha dado al tema y proveer normas específicas que contengan regulaciones sobre la intervención de los intermediarios, tanto por no ser problemas que pudieran haber sido anticipados a la

hora de redactar el ER como porque la mayor cantidad de dificultades han surgido con el paso del tiempo y en la práctica cotidiana de los juicios ante la CPI. Esta reforma, por supuesto, es compleja, tanto en lo técnico como en lo político, debido al difícil proceso de consenso establecido por el artículo 121 para alcanzar tales cambios en el texto del Estatuto.

No obstante, ya es evidente que este trabajo de los intermediarios debe ser reconocido en el Estatuto, pero no solo ello, sino también el carácter de su colaboración y, por consiguiente, la extensión y la calidad del apoyo y la protección que han de recibir de la CPI.

La Fiscalía debe tener claro —y este es un producto específico del caso *Lubanga*— que la asunción de intermediarios como colaboradores de la justicia y testigos enfrentará a la Fiscalía a diversos problemas ante la Defensa, la cual estará atenta a los acuerdos de confidencialidad asumidos y al intento que muchas veces podría ser casual de ampliar los poderes de la Fiscalía a la hora de asumir sus capacidades de participación procesal al abrigo de las normas del ER. Al respecto —y esto será tema de la casuística futura—, dichas capacidades de participación de la Oficina del Fiscal estarán sometidas al control detallado de la Sala de Primera Instancia y eventualmente de la Cámara de Apelaciones, ante las discusiones que se avizoran sobre las dificultades para el acusado y su estrategia de defensa.

En cuanto a estos puntos, es esperable que la actividad de conducción y guía de la CPI a las diversas redes de intermediarios (ONG y otros grupos de apoyo, incluso de la ONU) sea de gran ayuda para que, antes de que la reforma del ER tenga lugar, se alcanzen objetivos de utilidad práctica en el futuro cercano.

Bibliografía

- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires: Ediar, vol. I.
- AMBOS, Kai, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Política Criminal*, Santiago de Chile, vol. 5, n.º 9 (julio 2010), art. 6, pp. 237-256, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992010000100006&script=sci_arttext (5.1.2014).
- “The first confirmation decision of the International Criminal Court: *Procesutor v. Thomas Lubanga Dyilo*”, en L. KOTSALIS, N. COURAKIS y C. MYLONOPOULOS (eds.), *Essays in honour of Argyrios Karras*, Atenas, 2010, pp. 979 ss.

- “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, 12 (2012), pp. 115-153.
- “International criminal procedure: ‘adversarial’, ‘inquisitorial’ or mixed?”, *International Criminal Law Review*, t. 3, n.º 1, 2003.
- *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- AMICC (AMERICAN NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT), “Deconstructing Lubanga, The ICC’s First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo”, en: http://www.amicc.org/docs/Deconstructing_Lubanga.pdf (4.1.2014).
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid: Marcial Pons, 5.ª ed., 2010.
- BAYLIS, Elena, “Outsourcing Investigations”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 14, 2009, pp. 121, 142.
- BEHRENS, Paul, “Assessment of International Criminal Law Evidence: The Case of Impredictable Génocidiarie”, en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71 (2011).
- BINDER, Alberto, “La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/microsoft_word_-_34bi.pdf (3.1.2014).
- *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2.ª ed., 1999.
- BUISMAN, Caroline, “Delegating Investigations: Lessons to be Learned from the Lubanga Judgment”, *Northwestern Law Journal of International Human Rights*, vol. 11, n.º 30 (2013), disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol11/iss3/3/> (4.1.2014).
- CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Depalma, 1986.
- CAINIELLO, Michele, “Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?”, *International Criminal Law Review* 10 (2010), pp. 23-42, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753747 (31.12.2013).
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, Bogotá: Temis, 4.ª ed., 1985.
- CARTER, Linda, y Fausto POCAR (eds.), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Systems*, Cheltenham: Elgar, 2013.
- CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Valencia; Tirant lo Blanch, 2.ª ed., t. I, 2005.
- DE VOS, Christian M., “Case Note: Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo ‘Someone Who Comes Between One Person And Another’: Lubanga, Local Cooperation And The Right To A Fair Trial”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12, n.º 1, junio de 2011, disponible en <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download63e01.pdf> (4.1.2014).
- GARCÍA MARÍN, José María, “Proceso Inquisitorial-Proceso Regio. Las garantías del procesado”, *Revista de la Inquisición*, n.º 7, 1998, pp. 137-149, disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/RVIN/article/viewFile/RVIN9898110137A/1622> (31.12.2013).

- GLASSBORROW, Katy, “Intermediaries in Peril”, en INSTITUTE FOR WAR AND PEACE REPORTING, *ACR Issue* 180, 28 de julio 2008, disponible en <http://iwpr.net/report-news/report-news/acr-issue-180> (2.1.2014).
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, y José Manuel ARROYO GUTIÉRREZ, *Los diversos sistemas procesales penales: principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno*, San José (Costa Rica): ILANUD, 1991.
- HOUED VEGA, Mario, *La prueba y su valoración en el proceso penal*, Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2007.
- HUMAN RIGHTS WATCH, “Weighing the Evidence. Lessons from the Slobodan Milosevic Trial”, disponible en: <http://www.hrw.org/reports/2006/12/13/weighing-evidence> (31.12.2013).
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, “Witnesses before the International Criminal Court. An International Bar Association International Criminal Court Programme report on the ICC’s efforts and challenges to protect, support and ensure the rights of witnesses”, julio de 2013, disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4470a96b-c4fa-457f-9854-ce8f6da005ed> (31.12.2013).
- KERSTEN, Mark, “The Middle Man: The Intermediaries of International Criminal Justice”, *Justice in Conflict*, 21 de agosto de 2011, disponible en: <http://justiceinconflict.org/2011/08/21/the-middle-man-the-intermediaries-of-international-criminal-justice/> (4.1.2014).
- KNOOPS, Geert-Jan, *Redressing miscarriages of justice: practices and procedure in (international) criminal cases*, Leiden, 2013.
- LOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Derecho procesal penal*, tomo I, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2008.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2.^a ed., 2004.
- MALLESONS STEPHEN, Jacques, “The OTP v. Thomas Lubanga Dyilo: The Challenges of using ‘intermediaries’ in the International Criminal Court”, *Humanitarian Law Perspectives*, Australian Red Cross, 7 de julio de 2011, disponible en http://www.redcross.org.au/files/2011_-_the_otp_v_thomas_lubanga_dyilo_-_the_challenge_of_using__intermediaries__in_the_international_criminal_court.pdf (4.1.2014).
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.
- MORA MORA, Luis Paulino, “El derecho a la prueba como derecho humano fundamental”, en *Programa de Capacitación a Jueces de Centroamérica. Seminario: Valoración de la Prueba como Garantía Procesal*, San José (Costa Rica), 1996.
- NGANE, Sylvia, “Should States bear responsibility of imposing Sanctions on its Citizens who as Witnesses commit crimes before the ICC?”, en Ralph HEHNMAN y Mark FINDLAY (eds.), *Exploring the Boundaries of International Criminal Justice (International and Comparative Criminal Justice)*, Londres: Ashgate, 2011.

- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Introducción al Derecho procesal penal (acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense)*, Managua: Hispamer, 2.^a ed., 2002.
- REDRESS, “Comments on the Draft Guidelines Governing Relations between the Court and Intermediaries”, 15 de octubre de 2010, disponible en: http://www.redress.org/downloads/publications/Comment_on_draft_guidelines_on_intermediaries_15_Oct_2010.pdf (1.1.2014).
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- SAFFERLING, Christoph, *International Criminal Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SLUITER, Göran, Håkan FRIMAN, Suzannah LINTON, Sergey VASILIEV, Salvatore ZAPPALÀ (eds.), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- VARELA, Casimiro, *La valoración de la prueba*, Buenos Aires: Astrea, 1990.
- VICTIMS RIGHTS WORKING GROUP, “Comments on the Role and Relationship of ‘Intermediaries’ with the International Criminal Court”, 6 de febrero de 2009, disponible en http://www.vrwg.org/VRWG_DOC/2009_Feb_VRWG_intermediaries.pdf (1.1.2014).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.^a ed., 2002.

DISCLOSURE E INTEGRIDAD PROCESAL EN EL CASO LUBANGA.

EL RESPETO DE LAS REGLAS PROCESALES Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL*

Alberto Nanzer

RESUMEN. En *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia paralizó dos veces el proceso ante la resistencia de la fiscalía a divulgar ciertas pruebas de descargo que tenía en su poder. El trabajo reseña lo ocurrido en el caso y evalúa críticamente la solución escogida por la CPI para lidiar con los problemas derivados del *disclosure*. Puntualmente, critica que el tribunal no haya excluido la posibilidad de que un acusado sea condenado en un proceso en el que se le ha ocultado prueba potencialmente exculpatoria. A su vez, sugiere que el sistema procesal consagrado en el ECPI enlaza aspectos negativos del *common-law* y del derecho continental. Finalmente, el artículo postula que la rigidez con que la Sala resguardó la integridad del proceso es consistente con los fines de la justicia penal internacional. Se comentan distintas teorías “expresivistas”, que destacan la virtud comunicativa de la pena y el proceso para restablecer el derecho luego de la comisión de crímenes atroces.

Palabras clave: *disclosure*, clausura del proceso, prueba exculpatoria, *common-law*, *civil-law*, teorías “expresivistas”, integridad del proceso, justificación de la justicia penal internacional.

ABSTRACT. In *Lubanga*, Trial Chamber I stayed the proceedings twice due to the Prosecutor’s unwillingness to disclose some exculpatory evidence in its possession. The paper describes what happened in the case and makes a critical evaluation of the solution adopted by the ICC to deal with disclosure issues. Specifically, it criticizes the fact that the court did not exclude the possibility of an accused being convicted in a procedure in which potentially exculpatory evidence was not disclosed to him. We also suggest that the procedural system enshrined in the Rome Statute combines some negative aspects of both common law and continental law.

* Agradezco el interés y los valiosos comentarios de Máximo Langer, Kai Ambos, Pablo Eiroa, Daniel Pastor y José Milton Peralta.

Finally, we posit that the Chamber's rigid protection of the integrity of the procedure is consistent with the aims of international criminal justice. We examine different "expressivist" theories which highlight the communication values of punishment and of the proceedings as a means of reaffirming the law after the commission of heinous offenses.

Key words: disclosure, closure of the proceedings, exculpatory evidence, common law, civil law, expressivism, integrity of the proceedings, justification of international criminal justice.

ZUSAMMENFASSUNG. Im *Lubanga*-Prozess hat die Hauptverfahrenskammer zweimal das Verfahren aufgrund der Weigerung der Anklagebehörde unterbrochen, in ihrem Besitz befindliches entlastendes Beweismaterial herauszugeben. Der Beitrag stellt die Ereignisse im genannten Fall dar und nimmt eine kritische Wertung der vom IStGH gewählten Lösung für den Umgang mit den aus der Offenlegung (*disclosure*) folgenden Problemen vor. Er kritisiert insbesondere, dass das Gericht die Verurteilung eines Angeklagten in einem Verfahren nicht ausgeschlossen hat, in dem möglicherweise entlastendes Beweismaterial vorenthalten wurde. Zugleich wird die Auffassung vertreten, dass das im IStGH-Statut niedergelegte Prozesssystem negative Aspekte des *common law* und des kontinentaleuropäischen Rechts verbindet. Abschließend stellt der Artikel fest, dass die Unnachgiebigkeit, mit der die Kammer die Unverletzbarkeit des Verfahrens verteidigte, im Einklang mit den Zielen der internationalen Strafgerichtsbarkeit steht. Er kommentiert verschiedene „expressivistische“ Theorien, in denen der kommunikative Wert der Strafe und des Prozesses für die Wiederherstellung des Rechts nach dem Begehen von Gräueltaten hervorgehoben wird.

Schlagwörter: *disclosure*, Prozessende, entlastendes Beweismaterial, *common law*, *civil law*, „expressivistische“ Theorien, Unverletzbarkeit des Strafverfahrens, Begründung der internationalen Strafjustiz.

1. Introducción

El presente trabajo no se detendrá en las consideraciones efectuadas por la Sala de Primera Instancia (SPI) en la sentencia de condena de Lubanga, ni en sus pronunciamientos posteriores, referidos a la cuantía de la pena y la reparación de las víctimas. Mi interés aquí se circunscribirá a examinar dos incidencias previas que, por razones formales, por poco determinan la conclusión anticipada del proceso. Me refiero a las decisiones de suspensión temporaria del trámite, adoptadas por la propia SPI I, sobre la base de la doctrina inglesa del abuso del proceso.

Estas decisiones fueron la consecuencia previsible de una disputa ardua y continua entre los representantes de la acusación y los de la jurisdicción. Ambas son el corolario de un abierto desafío de la fiscalía a la autoridad de los jueces, tanto en su facultad para interpretar normas procesales como en su prerrogativa para dar órdenes a las partes. Pero esta relación ríspida y recelosa no irrumpió de la nada; por el contrario, ella se hizo visible de la mano de una institución compleja, extraña a quienes hemos sido formados en el sistema continental. Me refiero al denominado *disclosure*, es decir, al deber general de las partes de divulgar la prueba de la que disponen antes del juicio.

En lo que sigue, intentaré formular algunas precisiones sobre la regulación de esta materia en el sistema procesal de la CPI (sección 2). Luego ofreceré una reseña de las incidencias procesales que derivaron en la suspensión del trámite (sección 3). A partir de esos antecedentes, procuraré definir en qué medida la confidencialidad puede operar como restricción a los deberes de divulgación que pesan sobre el fiscal (sección 4). Asimismo, examinaré si los problemas del caso Lubanga responden a una combinación inadecuada de elementos propios de los modelos acusatorio e inquisitivo (sección 5). Por último, teniendo en cuenta la rigidez con la que se condujo la SPI, esbozaré algunas reflexiones sobre el valor de la integridad procesal en la justicia penal internacional (sección 6).

2. La regulación del *disclosure* en el ECPI

El ECPI sujeta la persecución penal de los crímenes internacionales a los estándares del denominado *fair trial*. Esta noción reúne un conjunto de derechos individuales reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien sus derivaciones concretas varían según el ordenamiento jurídico de que se trate, lo cierto es que los tribunales regionales procuran fijar niveles mínimos de protección que los Estados no pueden vulnerar sin incumplir los tratados multilaterales a los que han adherido. El proceso penal internacional hace propio ese desarrollo normativo y jurisprudencial; una de las aspiraciones del sistema es esclarecer y castigar los crímenes más graves a través de un proceso modelo, capaz de proyectarse luego a los ordenamientos de los Estados parte.¹

¹ Cf. no obstante las reservas de Mégret, para quien no es apropiado analizar el proceso penal internacional únicamente desde esta perspectiva. Frédéric Mégret, "Beyond 'Fairness': Understanding the Determinants of International Criminal Procedure", *UCLA Journal of International Legal & Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 37 ss.

Uno de los subprincipios en los que suele descomponerse la noción de *fairness* es el de igualdad de armas, que no alude —como podría intuirse— a una completa igualación de las facultades procesales concedidas a una y otra de las partes contendientes, sino más bien a un equilibrio entre la fiscalía y la defensa, que permita a esta última resistir la acusación con la mayor eficacia posible. En otras palabras, la legislación procesal debe garantizar al acusado una justa chance de analizar críticamente y contrarrestar la prueba de cargo que la acusación ha reunido mediante el empleo de sus numerosas facultades de injerencia e investigación.² De allí que todas las manifestaciones concretas de este subprincipio tengan una naturaleza eminentemente reparadora: el derecho procesal debe elevar el protagonismo de la defensa, a riesgo de que todo el proceso se desnaturalice y se convierta en un mecanismo opresivo e injusto.

Entre otras cosas, sobresalen a este fin los derechos del acusado a estar debidamente informado de los cargos que se le imputan, a disponer del tiempo y las facilidades necesarios para preparar su defensa, a requerir la presencia en el juicio de los testigos de descargo, y a presentar toda otra prueba que refuerce su hipótesis exculpatoria. En los procesos de naturaleza adversarial, caracterizados por la colisión abierta de dos explicaciones de los hechos independientes entre sí, adquiere singular relevancia la figura del *disclosure*. Dicha institución, correspondiente a la etapa de preparación del juicio, impone a las partes el deber de exhibirse recíprocamente todas las pruebas que utilizarán en la audiencia.³

Las disposiciones del ECPI y de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) referidas a esta materia no difieren en lo esencial de aquellas vigentes en los tribunales *ad-hoc*,⁴ ni se distinguen demasiado de las que rigen en el derecho angloamericano.⁵ De todas maneras, la particular configuración del ECPI determina que esa obligación resulte aquí más onerosa para el fiscal que en los sistemas mencionados. Por un lado, el ECPI divide

² Sigo aquí a Roxin y Schünemman, para quienes esta interpretación permite reivindicar la igualdad de armas incluso en un sistema procesal como el alemán, que no adscribe a la idea de contienda ni reconoce a la fiscalía el rol de parte. Claus Roxin y Bernd Schünemman, *Strafverfahrensrecht*, 26.ª ed., Múnich: Beck, 2009, p. 63.

³ Cf. Sabine Swoboda, "The Disclosure Regime. A Defense Perspective", *Criminal Law Forum*, vol. 19 (2008), p. 450.

⁴ Cf. Vladimir Tochilovsky, "Prosecution Disclosure in the ICC and Relevant Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals", en Doria, Gasser y Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden: Nijhoff, 2009, p. 843; Elizabeth Nahamya y Diarra Rokhayatou, "Disclosure of Evidence before The International Criminal Tribunal for Rwanda", *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), pp. 339 ss.

⁵ Sobre las diferencias entre los países del *common-law*, cf. Maximo Langer y Kent Roach, "Rights in the criminal process: a case study of convergence and disclosure rights", en Tushnet y Fleiner (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Abingdon: Routledge, 2013, pp. 273 ss. (en particular, pp. 280 s.).

el deber de divulgar la prueba exculpatoria en dos etapas: primero ante la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), durante la audiencia de confirmación de los cargos; luego, ante la SPI, durante la audiencia previa al comienzo del debate. Por otro lado, el ECPI demanda del fiscal una mayor objetividad que la que es propia del fiscal ante los tribunales *ad-hoc*. Prueba de ello es que el artículo 54.1.a le impone el deber de investigar tanto las circunstancias incriminatorias como aquellas que puedan favorecer la posición del imputado. Ambos rasgos —en especial este último— incrementan sensiblemente sus obligaciones de divulgación.

El deber de divulgación está consagrado en dos normas del ECPI. El artículo 61, referido a la audiencia de confirmación de los cargos, establece en su inciso 3 que el fiscal estará obligado a proporcionar al imputado un ejemplar del documento en que se formulan los cargos en su contra (apartado *a*), y a informarle acerca de las pruebas que se proponga presentar ante la SCP (apartado *b*).

El artículo 67, referido a los derechos del acusado pronto a enfrentar el juicio, dispone que el fiscal “divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo” (inciso 2). La norma reza finalmente que, en caso de duda, “la Corte —la SPI— decidirá”.⁶

⁶ La figura del *disclosure* se completa luego con lo dispuesto en las RPP. La regla 76 aclara en su inciso 1 que el fiscal debe comunicar a la defensa “los nombres de los testigos que se proponga llamar a declarar en juicio” y que, además, “le entregará copia de las declaraciones anteriores de estos”. La regla 77 extiende esta obligación de divulgación a los “libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles” que se encuentren a disposición del fiscal.

Tanto aquella como esta regla establecen que los deberes de la fiscalía se entenderán sin perjuicio de la necesidad de proteger a víctimas y testigos, ni de las exigencias de confidencialidad. La regla 81.2, por ejemplo, habilita al fiscal para que solicite al tribunal que este lo releve de su deber, en aquellos casos en que la divulgación de documentos o informaciones pueda perjudicar investigaciones presentes o futuras; de todas formas, aclara luego que esas pruebas no serán admitidas hasta tanto el fiscal las ponga en conocimiento de la defensa.

La regla 81.3 remite a las facultades del tribunal —en la instancia de confirmación de los cargos y en la de juicio— para adoptar recaudos tendientes a proteger la seguridad individual de víctimas y testigos, así como la de sus familiares; esto quiere decir que la divulgación solo tendrá lugar en las condiciones establecidas previamente por el tribunal. En sentido concordante, la regla 81.4 dispone que el tribunal podrá tomar medidas para proteger la confidencialidad de la información, o para garantizar la seguridad de las personas comprometidas; entre las medidas admisibles, según la misma regla, cuenta la prohibición de divulgar la identidad de los testigos antes del comienzo del juicio.

La regla 81.5, por su parte, fija una pauta muy importante para tener en cuenta en casos conflictivos: cuando la fiscalía, amparada en la necesidad de proteger a víctimas y testigos, se haya reservado documentos o informaciones,

Las normas potencialmente conflictivas con este deber general, en lo que interesa al caso *Lubanga*, son los artículos 54.3.e y 68.1 ECPI. El primero autoriza al fiscal a “convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información”.⁷

El segundo dispone que el tribunal adoptará las medidas adecuadas para proteger los intereses de víctimas y testigos; esa responsabilidad se extiende también al fiscal. La norma deja en claro que las medidas escogidas “no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial”.

3. Las resoluciones de paralización del trámite

1. La primera resolución sobre abuso del proceso⁸ se suscitó en razón de que la Fiscalía se rehusaba a divulgar a la defensa —y también al tribunal— numerosos elementos de prueba potencialmente exculpatórios. Justificaba su proceder en el artículo 54.3.e ECPI: sostenía que esa norma faculta al fiscal a recolectar pruebas en condiciones de confidencialidad, y lo releva de ese modo del deber general previsto en el artículo 67.2 ECPI.

La situación era sumamente grave porque la estrategia de la fiscalía dependía de la información obtenida por esa vía. En particular, su hipótesis acusatoria se sustentaba en numerosos elementos de prueba provistos por la ONU sobre la base de un acuerdo de confidencialidad celebrado previamente con la CPI; allí se consignaba que la ONU y la fiscalía podían convenir que la primera suministrara a la segunda documentos o

estos “no podrán hacerse valer posteriormente como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o el juicio sin antes darlos a conocer de manera debida al acusado”.

⁷ La regla 82, con la que se procura reglamentar esta facultad del fiscal, no hizo más que sembrar confusión. Es que su inciso 2 dispone que “si el fiscal presentare como prueba documentos o informaciones protegidos con arreglo al párrafo 3 e) del art. 54”, el tribunal no podría exigir aclaraciones ni ampliaciones de parte de las fuentes que interactuaron con aquel. Como veremos más abajo, esta regla sirvió al fiscal en *Lubanga* para postular la tesis de que el artículo 54.3.e ECPI permitía recopilar prueba en sentido estricto, es decir, prueba utilizable en el juicio.

⁸ CPI, SPI I, *Prosecutor v. Lubanga, Case n° ICC-01704-01/06, “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”* (resolución del 13 de junio de 2008).

informaciones bajo promesa de confidencialidad y únicamente con el propósito de generar nueva prueba.⁹

El material que el fiscal pretendía reservar para sí consistía en más de 207 documentos que, según él mismo admitía, podrían ostentar naturaleza potencialmente exculpatoria o resultar de interés para la preparación de la defensa. Del total, 156 documentos habían sido suministrados por la ONU a partir del acuerdo mencionado.¹⁰

El tribunal dividió su pronunciamiento en tres partes.

a. En la primera, fijó su posición acerca de la interpretación que correspondía asignar al artículo 54.3.e ECPI, y examinó en qué medida esa norma suscitaba un conflicto con el artículo 67.2 ECPI.

Destacó que el texto del artículo 54.3.e ECPI era diáfano y no dejaba margen para la duda. Según esa regla, el uso de los acuerdos de confidencialidad solo es factible en circunstancias excepcionales. Sin perjuicio de esa interpretación restrictiva, además, la información obtenida a cambio de la promesa de confidencialidad únicamente podía utilizarse para generar pruebas nuevas.¹¹

Luego expresó su disconformidad con la actitud de la fiscalía, que había reconocido públicamente su pretensión de utilizar ese recurso como fuente de pruebas definitivas. Dijo que esa postura representaba un abuso “serio y masivo”, a la vez que la violación de una disposición importante; sostuvo que, con esa lógica, toda la prueba que el fiscal obtuviera de sus proveedores de información podría subsumirse en los acuerdos mencionados en el artículo 54.3.e ECPI.¹²

Consideró entonces que el empleo de tales acuerdos no podía tener lugar de un modo que “subvierta el Estatuto”. Y le hizo saber al fiscal que, en situaciones como esa, el proceso solo podía seguir adelante previa divulgación de toda la prueba potencialmente exculpatoria.¹³

⁹ Artículo 18.3 del acuerdo, transcripto por el tribunal en el § 65.

¹⁰ *Ibidem*, § 63.

¹¹ *Ibidem*, § 71. Este pasaje, sin embargo, no es tan terminante como parece. El tribunal sugiere al final que la regla 82.1, eventualmente, podría habilitar el uso directo en el juicio de la “prueba plataforma” (*springboard evidence*). Aquí la transcripción de la oración problemática: “[...] las restricciones son que la fiscalía debería recibir documentos o información de forma confidencial únicamente con el propósito de generar nueva prueba; en otras palabras, el único propósito de recibir este material debería ser que él conduzca a otra prueba (que, por consiguiente, puede utilizarse), a menos que se aplique la regla 82(1)” (itálica agregada).

¹² *Ibidem*, § 73.

¹³ *Ibidem*, § 75.

Explicó por último que, si se respetaban esas premisas, el conflicto entre los artículos 54.3.e y 67.2 ECPI se tornaba insignificante; aclaró que cuando el fiscal detectara que algún elemento de la *springboard evidence* ostentaba un carácter potencialmente exculpatorio, debía hacer las gestiones necesarias para que el proveedor de la información le permitiera divulgarlo a la defensa; añadió que una eventual negativa lo obligaba de todos modos a someter el problema ante el tribunal, por la vía prevista en la regla 83 (audiencia *ex parte*).¹⁴

b. En la segunda parte, dejó en claro que el derecho de la defensa a obtener el *disclosure* integra la noción de *fair trial*. Tomó para sí la opinión del TPIY, en el sentido de que, “aunque en algunos casos pueda resultar necesario negar cierto material a la defensa, de modo tal de asegurar un interés público importante [...] el interés público queda de todas formas excluido allí donde su aplicación privaría al acusado de la oportunidad de establecer su inocencia”.¹⁵

c. Finalmente, el tribunal despejó las dudas sembradas por el fiscal en torno al rol del tribunal en incidencias procesales de este tipo. Rechazó la pretensión de la fiscalía de reservarse una facultad para decidir *per se* si la prueba potencialmente exculpatoria repercutiría en la decisión del tribunal solo de forma conjetural o si, por el contrario, ella influiría realmente. Sostuvo que esa disquisición no tenía arraigo en el ECPI; por ello, cada vez que el fiscal creyera que la prueba demostraba o tendía a demostrar la inocencia, ella debía ser divulgada inmediatamente, al menos al tribunal.¹⁶

Frente a este panorama, el tribunal asumió una posición radical y detuvo el trámite del proceso. Ponderó que, si desde el comienzo era claro que no estaban dadas las precondiciones esenciales para un juicio justo y si, además, no podía vislumbrarse que esas precondiciones pudieran reconstituirse luego, resultaba “necesario” e “inevitable” paralizar el caso.¹⁷

La Sala de Apelaciones (SA) adoptó una decisión salomónica: ratificó la posición de la SPI, pero levantó la suspensión del proceso, tomando en cuenta que, en el ínterin,

¹⁴ *Ibidem*, § 76.

¹⁵ *Ibidem*, § 80.

¹⁶ *Ibidem*, § 87. Sobre esa base, los jueces consideraron que la negativa de la fiscalía les había impedido evaluar la situación por sí mismos; apuntaron que, con ese criterio, se bloqueaba sin remedio la posibilidad de que el tribunal decida en casos de duda, tal como lo exige el artículo 67.2 ECPI (*ibidem*, § 88).

¹⁷ *Ibidem*, § 91.

las fuentes habían relevado al fiscal de su deber de mantener la información en secreto.¹⁸ En otras palabras: avaló el cuadro de situación descripto por el tribunal inferior como fundamento de la detención, pero sostuvo que tal estado de cosas ya no respondía a la realidad.¹⁹

Por un lado, la SA mantuvo en lo esencial la interpretación propiciada por el tribunal para el artículo 54.3.e ECPI. Dijo que tanto la interpretación literal como la contextual sugerían lo mismo: la fiscalía solo podía ampararse en esa norma con el propósito de generar, a partir de ella, nuevas y verdaderas pruebas capaces de ser divulgadas a la defensa con antelación al comienzo del juicio.²⁰ Si bien reconoció al fiscal que en la mayoría de los casos no resultaba posible predecir qué naturaleza tendrían las informaciones que se obtuvieran a partir de acuerdos de confidencialidad, ponderó también que su decisión de recurrir a esta herramienta lo obligaba a lidiar con esa incertidumbre. Dejó en claro que los riesgos de este tipo de investigaciones no pueden trasladarse al acusado, quien mantiene una expectativa al pleno reconocimiento de sus derechos procesales.²¹

Rechazó de forma expresa un argumento planteado por las víctimas, que consideraban que, en verdad, el artículo 67.2 ECPI no era aplicable a los supuestos del artículo 54.3.e. Fundaban esa afirmación en que aquella norma obligaba a divulgar toda la prueba, y que esta, justamente, no reconocía el carácter de prueba a los documentos cuya exhibición no es posible por decisión de sus proveedores. La SA desestimó ese criterio, pues lo contrario implicaría aceptar que el fiscal pudiera acumular gran cantidad de información sobre la base de un acuerdo de confidencialidad, sin someterla al examen del tribunal o la defensa; ese proceder sería contrario a la idea de *fair trial*, que debe operar como guía en la interpretación del Estatuto.²²

¹⁸ CPI, SA, *Prosecutor v. Lubanga*, Case n° ICC-01/04-01/06 OA 13, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’” (resolución del 21 de octubre de 2008). Cf. el voto parcialmente disidente del juez Pikis, para quien la paralización del proceso dispuesta por la SPI no se había supeditado a condición alguna y, en consecuencia, debía reputarse permanente y definitiva (§ 49 ss.).

¹⁹ Destacó que el 13 de junio de 2008, efectivamente, la SPI tuvo que hacer frente a una situación en la que la fiscalía disponía un gran número de documentos de contenido potencialmente exculpatorio, que no estaba dispuesta a divulgar ni a la defensa de Lubanga ni al propio tribunal. Dijo al respecto que “si el juicio del Sr. Lubanga Dyilo hubiera tenido lugar en tales circunstancias, habría existido siempre una duda indefinible respecto a si la divulgación de los documentos en cuestión hubiera cambiado el curso del juicio” (ibídem, § 97).

²⁰ Ibídem, § 41, 54 y 55.

²¹ De allí el acierto de calificar este recurso investigativo como “excepcional” (cf. ibídem, § 55).

²² Ibídem, § 43.

Por otro lado, la SA confirmó que la fiscalía no tiene facultades para sustraer al tribunal la información obtenida en razón del artículo 54.3.e ECPI. Consideró que la última oración del artículo 67.2 ECPI —que le concede al tribunal la facultad de decidir en caso de duda— indica que la evaluación final en torno a la divulgación del material que posee o controla el fiscal corresponde a los jueces. Agregó que esa facultad era consecuente con lo previsto en el artículo 64.2 ECPI, que confía al tribunal el deber general de garantizar que el juicio sea procesalmente justo y expeditivo, así como el respeto de los derechos del acusado.²³

Dijo a continuación que, aunque el tribunal siempre puede acceder a la información confidencial, él no tiene permitido disponer la divulgación sin el consentimiento de las fuentes. En casos como este, sus facultades se circunscriben a recibir el material, examinarlo en una audiencia *ex parte* y decidir si tiene o no carácter potencialmente exculpatario. En caso afirmativo, debe urgir al fiscal para que obtenga la autorización de los proveedores de la información; si estos mantienen su posición reticente, determinará si pueden adoptarse medidas equilibradoras, capaces de asegurar los derechos del acusado y la justicia procesal del juicio, pese a la no divulgación de la información.²⁴

2. La segunda resolución que paralizó el proceso tuvo también su origen en una disputa en torno a los deberes de divulgación que el ordenamiento procesal impone a la fiscalía.²⁵ Esta vez, la controversia se refería a la situación de los denominados *intermediarios*, esto es, individuos que recolectan prueba en el lugar de los hechos por encargo de la acusación.²⁶

Durante el juicio, el tribunal consideró necesario que la fiscalía revelara la identidad y otros datos personales del intermediario 143. La cuestión se suscitaba en medio de una denuncia de la defensa, que argüía que algunos intermediarios contratados por el fiscal habían sobornado a diversos testigos y manipulado sus declaraciones. El tribunal tuvo en cuenta la convergencia de intereses presentes en el caso: por un lado, la urgencia por esclarecer si la intervención de estos sujetos pudo haber perturbado el caso que presentaba

²³ *Ibidem*, § 46.

²⁴ *Ibidem*, § 48.

²⁵ CPI, SPI I, *Prosecutor v. Lubanga, Case n° ICC-01/04-01/06, "Public Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU"* (resolución del 8 de julio de 2010).

²⁶ El tribunal discurrirá luego *in extenso* sobre los inconvenientes de esta modalidad de investigación, en su sentencia del 14 de marzo de 2012.

el fiscal y, por el otro, la necesidad de proteger la seguridad de la persona cuyo datos se mantenían hasta el momento en reserva. Finalmente, los jueces se inclinaron por una divulgación acotada: resolvieron que la información relativa a 143 solo sería accesible a la defensa y a la persona de contacto que esta tenía en la República Democrática del Congo, luego de que fueran tomadas las medidas de seguridad pertinentes para resguardar la integridad de la persona afectada; cualquier otra difusión quedaba expresamente prohibida.²⁷

La fiscalía no quedó conforme con ese criterio e intentó revertirlo por todos los medios. Una vez que expiró el plazo que el tribunal le había fijado para cumplir con la orden, el fiscal mantuvo su negativa. Sostuvo que se hallaba ante un dilema; un conflicto entre el deber de obedecer al tribunal y el de proteger a las personas que pudieran sufrir represalias como consecuencia de sus investigaciones. Dijo entonces que prefería “enfrentar consecuencias adversas en su litigio que poner a una persona en riesgo como resultado de la previa interacción con esta oficina”.²⁸

El tribunal expuso que la actitud de la fiscalía suscitaba dos problemas. Por un lado, la cuestión más tangible, esto es, la negativa del fiscal a revelar a la defensa la información referida al informante 143. En este sentido, el tribunal advirtió que ese incumplimiento influiría negativamente en su evaluación de la prueba y de la justicia procesal con la que se había desarrollado este caso. Destacó a su vez que la falta de divulgación del informante reforzaba un planteo de abuso del proceso, fundado justamente en las arbitrariedades propiciadas por la fiscalía durante la recopilación de la prueba en el Congo.²⁹

El segundo problema resultaba en cambio de la actitud desafiante hacia la autoridad del tribunal. Sobre esto, consideró inaceptable la posición del fiscal, según la cual este no estaría obligado a cumplir las órdenes judiciales referidas a la protección de personas convocadas por la CPI. La fiscalía, reprocharon los jueces, pretendía reescribir el artículo 68.1 ECPI, que atribuía al tribunal la facultad de adoptar medidas “apropiadas” para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad de víctimas y testigos.³⁰ Sostuvieron que el cumplimiento de las medidas no podía quedar al

²⁷ Lubanga, “Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143”, cit., § 8.

²⁸ *Ibidem*, § 14 s.

²⁹ *Ibidem*, § 20.

³⁰ La acusación —vale la pena aclarar— se amparaba en el texto de esa misma norma que, seguidamente, establece que “el fiscal debe adoptar tales medidas particularmente durante la investigación y persecución de esos crímenes”.

arbitrio del fiscal; recalcaron que si bien esa misma norma también lo autoriza a tutelar la seguridad de las personas en riesgo, la decisión definitiva compete exclusivamente al tribunal, y la Fiscalía no tiene atribuciones para desobedecer argumentando que el criterio escogido es errado.³¹

En el párrafo más rudo de la resolución, los jueces expusieron que ningún tribunal puede operar en un contexto en el cual la fiscalía se reserva el derecho de ignorar sus órdenes en función de cómo interpreta sus propias obligaciones. Consideraron que la pretensión de la fiscalía de erigirse en una autoridad paralela capaz de derrotar las razones del tribunal “supone una intrusión profunda, inaceptable e injustificada en el rol de la judicatura”.³²

Así las cosas, el tribunal concluyó que la actitud del fiscal no dejaba otra alternativa que detener el juicio por abuso del proceso: no solo por el incumplimiento de la orden puntual referida al informante 143, sino especialmente por la decisión unilateral de la fiscalía de reservarse una facultad de examinar las medidas judiciales de protección de testigos. Este escenario impedía garantizar un juicio procesalmente justo a los acusados, pues sustraía a los jueces el control de una parte significativa del procedimiento.³³

La SA, a su turno, levantó otra vez la suspensión del proceso; esta vez lo hizo revocando expresamente lo decidido por la SPI.³⁴ El tribunal superior cuestionó también la posición desafiante de la fiscalía,³⁵ aunque calificó de desproporcionada la consecuencia procesal impuesta; sostuvo que no podía afirmarse que los jueces hubieran perdido el control en el desarrollo del juicio y que, por consiguiente, habría bastado con aplicar sanciones correctivas al fiscal renuente, de conformidad con lo previsto por el artículo 71 ECPI.³⁶

Este segundo fallo no se refirió en concreto a la cuestión de la divulgación de la prueba, sino únicamente a la prerrogativa que el tribunal había reivindicado para impartir órdenes vinculantes a la fiscalía.³⁷ De cualquier manera, la SA reforzó todavía

³¹ *Ibíd.*, § 24.

³² *Ibíd.*, § 27.

³³ *Ibíd.*, § 31.

³⁴ CPI, SA, *Prosecutor v. Lubanga*, Case n° ICC-01/04-01/06 OA 18, “Public document Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled ‘Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU’” (resolución del 8 de octubre de 2010).

³⁵ *Ibíd.*, § 46 ss.

³⁶ *Ibíd.*, § 59 ss.

³⁷ La SA consideró que las dos órdenes de la SPI relativas a la divulgación de la información personal del intermediario 143 no eran motivo de impugnación (cf. *ibíd.*, § 45).

más la autoridad del tribunal para administrar un conflicto suscitado en torno a este tema: cuando se dilucidan las medidas más convenientes para proteger a las víctimas y los testigos, la fiscalía debe sin excepción acatar el criterio del tribunal. Recordó que la potestad del fiscal para adoptar medidas de este tipo —reconocida en el artículo 68.1 ECPI— no puede relativizar ni perturbar la responsabilidad del tribunal de garantizar un juicio procesalmente justo e imparcial.³⁸

4. Excurso: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ¿verdadero auxilio de la CPI?

En la primera de sus resoluciones sobre *disclosure*, la SPI se amparó en la jurisprudencia del TEDH para argumentar que la fiscalía no podía decidir por sí misma cuándo ocultar y cuándo divulgar la prueba exculpatoria. La reserva unilateral de la prueba, destacó la SPI, no era un mecanismo avalado por ese organismo regional, que exigía que la decisión fuera adoptada por el tribunal de juicio.³⁹ Ahora bien, ¿es esta una reproducción fiel del criterio imperante en Estrasburgo?

La jurisprudencia del TEDH permite advertir un estándar bastante nítido respecto del *disclosure*, en una sucesión de casos que involucran al Reino Unido.⁴⁰ En concreto, el tribunal ha dicho que el derecho fundamental al *fair trial* (artículo 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH]) demanda la institución de procesos adversariales, en los que impere el principio de igualdad de armas entre la acusación y la defensa. Esto supone, entre otras cosas, que ambos participantes del proceso deben contar con la posibilidad de conocer y observar la prueba de su antagonista; de allí la necesidad de que la acusación divulgue a la defensa toda la evidencia que posea, sea favorable o desfavorable para el acusado. Pese a la contundencia del aserto, el TEDH también ha dejado en claro que la pretensión de la defensa no puede considerarse un derecho absoluto; en ciertos casos, antes bien,

³⁸ *Ibidem*, § 50. La SA propuso así una interpretación sistemática, capaz de armonizar lo previsto en los artículos 68.1 y 64.2 ECPI.

³⁹ Cf. CPI, *Prosecutor v. Lubanga*, “Decision on non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements”, § 82 ss.

⁴⁰ Interesan aquí los siguientes: *Rowe and Davis*, sentencia del 16 de febrero de 2000; *Jasper*, sentencia del 16 de febrero de 2000; *Edwards and Lewis*, sentencia del 27 de octubre de 2004, y *McKeown*, sentencia del 11 de enero de 2011.

la obligación de divulgar la prueba puede ceder por razones de seguridad nacional, o frente a la necesidad de proteger testigos en riesgo, o para mantener en reserva ciertos métodos de investigación policial. El tribunal se apresura a aclarar que la invocación de estas causales solo permite prescindir del *disclosure* en situaciones de estricta necesidad y que, cuando ello ocurre, el Estado debe encontrar los mecanismos para contrarrestar las dificultades provocadas al acusado.

Al mismo tiempo, el TEDH considera que no le corresponde examinar si el retaceo de la divulgación ha sido efectivamente necesario, pues ello lo obligaría a sustituir al Estado en la valoración de la prueba. Su labor, en casos como este, se circunscribe a controlar el *procedimiento* empleado para arribar a esa decisión. En otras palabras: el TEDH se limita a verificar que, antes de determinar si divulga o no la prueba, el Estado haya empleado mecanismos que garanticen la igualdad de armas y protejan los intereses del acusado.⁴¹

La SPI citó expresamente los casos *Rowe and Davis* y *Jasper*. En el primero de ellos, el tribunal se encontraba frente a un caso similar a *Lubanga*: el fiscal, *motu proprio*, había decidido no divulgar una prueba por razones de interés público, sin exhibírsela antes al juez. El defecto procesal pretendió ser subsanado luego, cuando la fiscalía puso la prueba a disposición de la cámara de apelaciones; la cuestión a decidir era si ese control posterior podía subsanar la omisión de exhibir el material frente al tribunal de juicio.

En *Jasper*, el acusado había sido condenado por contrabando de marihuana, luego de un proceso en el cual parte de la prueba había sido mantenida en reserva. Aquí, la fiscalía había solicitado al juez que excluyera la evidencia en una audiencia *ex parte*, es decir, sin presencia del abogado de defensor. La defensa solo sabía que se había promovido el incidente, pero desconocía qué tipo de prueba pretendía ocultársele. El juez examinó la prueba y consideró que podía mantenerse en reserva, pues no perjudicaba el caso propuesto por la defensa; la cámara de apelaciones compartió ese criterio y ratificó lo decidido. La cuestión a decidir por el TEDH era si la intervención judicial en este caso bastaba para contrarrestar la restricción de derechos, o si habría correspondido proveer al acusado de un “defensor especial”, que accediera a la prueba y representara sus intereses.⁴²

El TEDH resolvió ambos asuntos el mismo día (16 de febrero de 2000). Si bien la solución de los casos fue dispar en relación con la responsabilidad del Reino Unido

⁴¹ Cf. por todos *Rowe and Davis*, § 60 ss.

⁴² La pretensión de la defensa puede consultarse en el § 44 de la sentencia.

(condena en *Rowe and Davis*, exculpación en *Jasper*), el parámetro de evaluación fue idéntico: *someter la decisión al juez de primera instancia es un mecanismo satisfactorio para paliar las dificultades que la no divulgación pueda provocar a la defensa*.

Ahora bien, quien se aproxime a esta jurisprudencia no debe perder de vista un dato esencial: en los dos casos, los acusados habían sido condenados por un jurado. Es decir, se trataba de casos en los que operaba el tradicional sistema anglosajón de tribunales bifurcados (juez técnico que dirige el proceso y fija las penas, jueces legos que se pronuncian sobre la culpabilidad o inocencia del acusado). Cuando le tocó analizar el mismo mecanismo, pero en un esquema de tribunal único, el TEDH ajustó su doctrina.

En *Edwards and Lewis*, se objetó la justicia procesal de dos casos en los cuales la persona que decidía sobre la excepción al *disclosure* era la misma que debía resolver el asunto objeto de prueba. Allí, los peticionarios objetaban el procedimiento empleado para ocultarles, por razones de interés público, pruebas relativas a un planteo de *entrapment*. En otras palabras, los acusados alegaban que el hecho por el que se los acusaba había sido provocado por los propios funcionarios del Estado, y advertían que el juez los había perjudicado al privarles el acceso a una prueba que podía ser conducente para acreditar esa circunstancia.

El TEDH analizó lo ocurrido a la luz del estándar aplicable, y concluyó que el control judicial había sido insatisfactorio. Reconoció que la prueba ocultada se refería o podría haberse referido a una cuestión de hecho, cuya decisión se encomendaba al mismo juez que debía determinar si operaba en el caso una excepción al *disclosure*. Sostuvo que, al decidir que los acusados no habían sido víctimas de provocación estatal, el juez tuvo acceso a pruebas que no fueron divulgadas. Consideró que ese ocultamiento privó a la defensa de la oportunidad de valorar cómo incidirían en la suerte de su planteo y, en consecuencia, condenó al Reino Unido por violación del artículo 6 CEDH.

¿Quiere decir esto que el sistema europeo de protección de los derechos humanos prohíbe que el mismo tribunal que juzga sobre el fondo del asunto se expida antes sobre la incidencia de *disclosure*?

Las consideraciones del TEDH en *McKeown* sugieren una respuesta afirmativa. En esa oportunidad, el tribunal debía determinar si era acorde con el artículo 6 CEDH el procedimiento vigente en Irlanda del Norte para juzgar ciertos delitos de terrorismo. Allí tampoco había un jurado, pero el sistema contemplaba la figura de un *disclosure judge*, al que le tocaba evaluar si la prueba que el fiscal pretendía retener podía de algún modo reforzar la estrategia de la defensa.

El planteo del peticionario no es de interés aquí;⁴³ lo relevante es lo que el TEDH dijo luego de reseñar su jurisprudencia sobre la materia. Sostuvo que, si se la somete al control de una instancia de apelación, la labor del *disclosure judge* satisface los requerimientos del Convenio. Aclaró: “[...] la fortaleza del sistema de un juez del *disclosure* es que este evita el prejuicio que se suscitaría si al juez del debate le fuera requerido considerar material no divulgado, mas no deja la cuestión del *disclosure* librada enteramente a la discreción de la fiscalía”. Y remató que la alternativa norirlandesa, precisamente, era propicia para hacer frente al problema que motivó la condena del Reino Unido en *Edwards and Lewis*.⁴⁴

En el caso *Donohoe v. Irlanda*, sin embargo, el TEDH se abstuvo de propinar un golpe definitivo al procedimiento de *disclosure* que sigue la CPI.⁴⁵ Allí, el peticionario esgrimía que el examen judicial —efectuado por el mismo tribunal que lo condenó posteriormente— violaba su derecho a un juicio procesalmente justo. A su modo ver, el análisis de la prueba retenida se había proyectado también a la cuestión de su responsabilidad penal. Por esa razón, se quejaba de que la audiencia del tribunal se hubiera celebrado en privado, y estimaba que el Estado debió haber instituido algún mecanismo que permitiera que el material fuera analizado de una forma no perjudicial para la defensa.

Pese a que el planteo del condenado se refería al problema del *disclosure* y se amparaba en la doctrina de *Edwards and Lewis*, el TEDH lo rechazó echando mano de su

⁴³ Exponía que la decisión del juez del *disclosure* solo podía ser aceptable con respecto a la situación procesal existente antes del juicio, pero no después. Argüía que este juez solo estaba en condiciones de afirmar que la prueba retenida no era relevante para la estrategia que la defensa proyectaba en ese momento, pero su decisión no podía excluir de antemano que, con el devenir del proceso, aquella finalmente necesitara contar con la información en cuestión. Agregaba que el juez de los hechos, por su parte, no estaba en condiciones de evaluar satisfactoriamente una situación sobreviniente de ese tipo, por la evidente razón de que no conocía la prueba que el fiscal había quitado de la contienda. El TEDH rechazó el planteo del peticionario, pues consideró que este omitió indicar de forma concreta en qué momento su estrategia de defensa hubiera demandado la divulgación de las pruebas (cf. § 52).

⁴⁴ § 48.

⁴⁵ Sentencia del 12 de diciembre de 2013. Se trataba allí de un caso en el que el peticionario había sido condenado por pertenecer a la organización criminal IRA. Durante el juicio, la fiscalía propuso la denominada “prueba de opinión”, en virtud de la cual se pedía a una persona calificada que brindara su parecer acerca del hecho que constituía el objeto de la acusación. En ese contexto, el jefe de policía sostuvo que estaba convencido de que el peticionario y un coacusado formaban parte de la organización; al preguntársele por las fuentes que sustentaban esa afirmación, el funcionario manifestó que no podía revelarlas pues ello pondría en riesgo la seguridad nacional y la integridad física de otras personas. El tribunal aceptó la excusa pero obligó al declarante a que le exhibiera las pruebas que pretendía mantener en reserva. El material fue examinado por los jueces, quienes concluyeron en que los archivos y registros allí reunidos no resultaban favorables a la estrategia de la defensa. La prueba, en consecuencia, se mantuvo oculta tanto a la defensa como a la acusación.

jurisprudencia sobre testigos anónimos o ausentes en el juicio.⁴⁶ Solo uno de los jueces tomó nota de este cambio en el objeto de la decisión, y puso de relieve que, en verdad, lo que el condenado pretendía era un pronunciamiento acerca del “doble rol” que el tribunal de juicio había desempeñado en el caso.⁴⁷

Ni el caso *Edwards and Lewis* ni su progenie fueron citados por la SPI. Sin embargo, el criterio establecido allí suscita ciertas dudas en torno a si el procedimiento consagrado en *Lubanga* es suficiente para garantizar un *fair trial*. El interrogante se plantea porque el ECPI concentra en la SPI las funciones que, en el modelo inglés, están repartidas entre el juez y el jurado. Parecería que si, imaginariamente, le hubiera tocado examinar lo ocurrido en *Lubanga*, el TEDH habría exigido algo más que la participación del juez. La objeción es solo conjetural porque la fiscalía finalmente divulgó las pruebas. De todas maneras, es apropiado preguntarse qué habría decidido el tribunal de Estrasburgo si se sometía a su estudio un caso en el que la SPI, antes de condenar al acusado, hubiera revisado la prueba exhibida por la fiscalía y hubiera concluido que era correcto ocultarla a la defensa. En ese recurso ficticio, probablemente el TEDH habría reputado el procedimiento como violatorio del artículo 6 CEDH.

5. Análisis de las cuestiones examinadas por el tribunal

Los avatares del caso *Lubanga* permitieron que la CPI se pronunciara sobre dos cuestiones centrales para la dogmática del *disclosure*.

En primer lugar, la CPI reafirmó su autoridad como único órgano capaz de decidir si una determinada prueba es en verdad potencialmente exculpatoria.⁴⁸ La doctrina

⁴⁶ § 76 ss. El caso testigo respecto de esta materia es *Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido* (sentencia del 15 diciembre de 2011). El argumento central en *Donohoe* consistía en que las fuentes anónimas, que el policía había revelado únicamente al tribunal, no habían constituido una prueba decisiva para la condena.

⁴⁷ Cf. el voto concurrente del juez Paul Lemmens. Este magistrado coincidió con sus colegas en que Irlanda no había violado el artículo 6 CEDH, pero centró su decisión en el problema del *disclosure*. Hizo hincapié en que el tribunal era consciente de las dificultades que el procedimiento de *disclosure* acarrearía a la defensa y, por ese motivo, adoptó una serie de precauciones tendientes a contrarrestarlas. Puntualmente, ponderó que el tribunal afirmara que la prueba examinada —y retenida a la defensa— no contribuía a reforzar la hipótesis de la inocencia; además, tuvo en cuenta que los jueces aseguraron que no habían considerado esos elementos para tener por probada la culpabilidad.

⁴⁸ Cf. Christian De Vos, “Someone who comes between one person and another”: *Lubanga*, Local Cooperators and the Right to a Fair Trial, case note”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), pp. 229 ss. Este autor destaca que la SPI demostró mayor interés en reivindicar su rol frente a las insinuaciones de la fiscalía que en solucionar el conflicto puntual que perjudicaba a la defensa. Prueba de ello es que, luego de la segunda detención del proceso,

advierde aquí un apartamiento del estándar vigente hasta ese momento en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales —particularmente del TPIY—, que dejaban este tipo de disputas libradas al criterio de la fiscalía.⁴⁹

La segunda cuestión que se presentó en el caso es la de si resulta eventualmente factible privar a la defensa del acceso a una prueba exculpativa y, en caso afirmativo, cuáles son los recaudos que deben tomarse para reducir al mínimo la afectación que padece la defensa. En este punto, a diferencia del anterior, la posición de la CPI no es concluyente; basta con tener presente la hendidura que ha dejado la SA al postular que, si la Fiscalía recibe información confidencial de descargo, podría mantenerla en reserva si adopta medidas que propendan a restituir el equilibrio.

Por mi parte, adhiero a las objeciones de quienes consideran alarmante que la SA haya eludido fijar una posición contundente sobre el carácter impostergable de los derechos de la defensa en materia probatoria y, en lugar de ello, haya propiciado un esquema de análisis caso a caso, amparándose en lugares comunes acerca de la necesidad de balancear el interés en la seguridad con el del acusado. No es motivo de polémica que las investigaciones penales internacionales se desarrollan en escenarios hostiles, en los que la integridad de los testigos e informantes está severamente amenazada. Pero, dado que la comunidad internacional ha optado por procesar esos conflictos mediante el derecho, en general, y el derecho penal, en particular, esas dificultades no pueden justificar que una persona sea juzgada en un foro en el que se le oculte prueba capaz de sustentar su inocencia. Un juicio de esas características no es más que una farsa, pues ninguna medida alternativa podrá eliminar la perplejidad de quien intuye que la información que se le ha ocultado podría haber cambiado su suerte.⁵⁰

Independientemente del peso de las razones subyacentes —que prohíben al fiscal ocultar la prueba de descargo—, lo cierto es que el punto ya está resuelto en el ECPI. Asignar mayor protagonismo a los acuerdos de confidencialidad, pese al criterio estricto consagrado en el artículo 54.3.e ECPI, no toma debidamente en cuenta que la

el tribunal se rehusó a reanudar el trámite pese a que la fiscalía se mostraba dispuesta a cumplir con lo ordenado y revelar los datos del intermediario 143.

⁴⁹ Alex Whiting, "Lead Evidence and Discovery before the International Criminal Court: the Lubanga Case", *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 221.

⁵⁰ Cf. Swoboda, o. cit., pp. 471 s.

CPI es el primer tribunal internacional que opera con un genuino sistema de reglas procesales.⁵¹

Los Estatutos del TPIY y del TPIR, adoptados por el Consejo de Seguridad, solo incluían algunas disposiciones procesales aisladas; el grueso de la tarea creadora se asignaba a los jueces, a quienes se encomendaba la confección de las reglas de procedimiento y prueba. Esos mismos jueces, inclusive, se reservaban poderes inherentes con los cuales prescindir del derecho escrito cuando era necesario perfeccionar el proceso.⁵²

La CPI, por el contrario, no responde a esa tradición. Su estatuto es un tratado multilateral, en el que cada disposición —por ejemplo, el artículo 54.3.e ECPI— debe considerarse fruto de arduas negociaciones diplomáticas; se trata de un sistema que procura conciliar tradiciones jurídicas diferentes, pero también concepciones disímiles sobre la relación entre el poder penal y los individuos, sobre el alcance de los derechos fundamentales, etcétera. Los Estados signatarios, inclusive, retuvieron la facultad de dictar las RPP; el artículo 51.3 ECPI solo habilita a los jueces a establecer reglas provisionales en casos de urgencia, cuya vigencia queda *ad referendum* de la decisión de la Asamblea de Estados parte.

La diferencia que pretendo destacar aquí puede ilustrarse con los modelos de decisión que desarrolla Schauer en su conocido trabajo sobre la filosofía de las reglas.⁵³ Según este autor, las reglas —descriptivas o prescriptivas— constituyen generalizaciones que concretan justificaciones subyacentes. La autonomía semántica del lenguaje hace que esas concreciones no se superpongan por completo a la justificación que les dio origen, y ofrezcan así resultados insatisfactorios. El ejemplo tradicional es el de la regla que prohíbe ingresar con perros a una taberna. Si la justificación subyacente es no perturbar al resto de los clientes, la prohibición puede resultar, según el caso, demasiado amplia o demasiado estrecha. ¿Cómo proceder frente a estas circunstancias, que Schauer denomina “experiencias recalitrantes”?

⁵¹ Sigo aquí a Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmschurst, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 427 s.

⁵² Al respecto, un sector de la literatura consideraba perjudicial a la posición del acusado que, al igual que en Núremberg, el TPIY no contara con normas generales preexistentes de carácter procesal, y que “los mismos jueces devinieran fuente normativa, limitando así los derechos de defensa y creando una situación de incertidumbre difundida del derecho penal” (Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Buenos Aires: Edhasa, 2007, p. 171).

⁵³ Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

Una alternativa es que quien aplica la regla se comporte del mismo modo que quien dialoga con otra persona. La conversación es una práctica en la que las generalizaciones son ineludibles; la necesidad de precisar y aclarar va de la mano del contexto: los interlocutores dan por supuesto el empleo de enunciados que sugieren más de lo que en realidad pretenden expresar, o que omiten circunstancias relevantes. La situación no es dramática porque siempre es posible refinar las ideas y corregir los efectos colaterales que aparezcan como disfuncionales.⁵⁴ Lo mismo podría predicarse de las generalizaciones que se plasman en reglas: la existencia de una generalización previa no sería, como tal, un obstáculo para aquello que deberíamos hacer ahora, del mismo modo que, en una conversación, una generalización previa no es un obstáculo para aquello que pretendemos decir ahora.⁵⁵

La contracara de esto es un modelo en el que las reglas se resisten o, como dice Schauer, se “atrincheran” frente a las presiones de la justificación subyacente. Aquí, por el contrario, las generalizaciones continúan gobernando la decisión, aun ante la irrupción de una experiencia recalcitrante; el intérprete ya no dispone de la posibilidad de refinar o corregir la generalización previa. De cara a su justificación subyacente, la regla siempre es relativamente tosca, porque individualiza una prescripción ocultando aspectos que luego se muestran como relevantes. Lo característico es que el sujeto que debe decidir no trata las generalizaciones como meras indicaciones; ellas le proveen razones que son independientes de aquellas provistas por la justificación subyacente tenida en cuenta para elaborar la regla.⁵⁶

El fenómeno del atrincheramiento de las reglas ayuda a precisar la magnitud del conflicto entre el deber de divulgar la prueba exculpatoria y el de honrar promesas de confidencialidad. El ECPI ha cristalizado, ha registrado una secuencia de justificaciones convergentes, que sugerían soluciones disímiles. Con las reglas ocurre algo similar a lo que sucede con las fotografías: no siempre hacen honor a quienes han sido retratados. La redacción del artículo 54.3.e ECPI asigna un protagonismo acotado a la confidencialidad. Es evidente que los Estados parte consideraron riesgoso que la fiscalía investigara

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 38 ss. Más adelante, Schauer aclara todavía más este concepto, cuando indica que, en el modelo de la conversación, las generalizaciones pasadas son una suerte de taquigrafía útil y necesaria, pues suministran una forma de organizar las complejidades de la existencia, teniendo en cuenta los límites temporales y espaciales de la mente (p. 43).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 51 s.

los hechos de esa manera, pues un proceso en el que el acusador no exhibe lo que tiene se aleja demasiado de los estándares de justicia procesal vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, no hay margen para corregir sobre la marcha esa generalización, aun cuando existan buenas razones para hacerlo. Pese a ello, parte de la doctrina insiste en reivindicar el valor que tiene mantener la reserva en este tipo de investigaciones. Whiting, por ejemplo, señala incluso que la confidencialidad constituye una necesidad todavía más acuciante en la CPI que en los tribunales *ad hoc*. Argumenta que el carácter permanente de aquella permite su intervención rápida en conflictos que aún permanecen abiertos. Apunta también que los informantes (Estados, ONG, etcétera) solo se mostrarán dispuestos a cooperar en un contexto de confidencialidad. Añade que, si el informante es un Estado, la publicidad es perjudicial porque reduce su margen de actuación en el plano diplomático; si se trata de una ONG, en cambio, la divulgación pone en riesgo a los funcionarios que operan en el lugar de los hechos.⁵⁷ Concluye por tanto que la prueba mediata confidencial será en definitiva “crítica” para el éxito de la CPI.⁵⁸

Abogar en favor de una “maximización” de este recurso puede resultar problemático, pues equivale a proceder según el esquema de la conversación que, como he sugerido, no es el modelo acorde a un sistema de decisión conforme a reglas preestablecidas. Es cierto que la noción de *lead evidence* es un tanto inasible. El fiscal podría replicar que, aun ciñéndose a la interpretación de la CPI, se topará de todas maneras con elementos de descargo, cuya divulgación es obligatoria de acuerdo al artículo 67.2 ECPI. A mi juicio, el deber de revelar la prueba prevalece también en esos casos: si tenemos en cuenta que el *disclosure* abarca no solo la prueba actualmente exculpatoria, sino también la que tiene ese carácter de forma potencial, no veo cómo podría pretenderse retener información con el argumento de que se trata de *lead evidence*. De tal manera, una interpretación armónica de los artículos 54.3.e y 67.2 ECPI sugiere que la fiscalía solo puede comprometerse a ocultar la prueba mediata de naturaleza inculpativa; en cualquier

⁵⁷ Whiting, o. cit., pp. 226 ss. Su análisis tuvo especialmente en cuenta la situación de Sudán; allí, la fiscalía prácticamente no tuvo acceso al país y debió confiar en testigos situados en otros lugares. La argumentación también resultó premonitoria de lo que ocurriría luego en Kenia, donde tanto el presidente de la República como el presidente de la Cámara de Representantes —ambos en ejercicio— enfrentan cargos por crímenes contra la humanidad.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 230.

otro supuesto —prueba actual o potencialmente exculpatória— debe comunicarla a la defensa con la antelación suficiente para que esta pueda ajustar su estrategia.⁵⁹

6. El ECPI como sistema gerencial. ¿Sincretismo deficitario de tradiciones jurídicas?

El recurso a la comparación entre modelos procesales no tiene por cometido encasillar al ECPI en una u otra tradición jurídica: esa comprobación reporta, a lo sumo, un valor pedagógico. De cómo es el proceso en cada una de estas tradiciones no se sigue aún cómo debe ser el proceso en el derecho penal internacional. Es evidente que la justicia penal internacional presenta rasgos propios que justifican reglas particulares, distintas de las que rigen en los derechos nacionales; pero también resulta indudable que los elementos que se han combinado al diseñar el sistema no surgieron *ex nihilo*, sino que provienen directamente de esos sistemas de los que el proceso penal internacional procura diferenciarse.⁶⁰

⁵⁹ Para una interpretación parcialmente análoga, cf. Kai Ambos, "Confidential Investigations [article 54 (3) (e) ICC Statute] vs. Disclosure Obligations: the Lubanga Case and National Law", *New Criminal Law Review*, vol. 12 (2009), pp. 566 s. Este autor adhiere a lo resuelto en *Lubanga*; al mismo tiempo, empero, elude una solución tajante y considera que tanto la cuestión de si determinada información puede divulgarse como la de si determinada prueba es relevante para la defensa deben dilucidarse caso a caso ("*Ultimately, the question of whether certain information may be disclosed at all and whether certain evidence is relevant for the defense can only be solved on a case-by-case basis*"). Por mi parte, entiendo que eso es acertado solo respecto de la segunda cuestión (¿es potencialmente exculpatória la prueba?); aquí, efectivamente, la decisión del tribunal no puede anticiparse pues dependerá de una comparación entre el contenido de la prueba y el "caso" que propone la defensa. En cambio, la primera cuestión (¿hay que divulgar la prueba potencialmente exculpatória?) ya está definida por el artículo 67.2 ECPI. Razones de interés público, a lo sumo, podrían justificar que se omitan algunos detalles comprometedores o se supriman aspectos sobreabundantes. Pero, a mi criterio, no es conciliable con el ECPI un escenario en el cual la fiscalía y el tribunal ocultan por completo un determinado elemento de prueba potencialmente exculpatório.

⁶⁰ Esto es reconocido incluso por quienes relativizan el valor metodológico de la comparación *common-law/civil-law* para explicar las características determinantes de la justicia penal internacional. Desde esta perspectiva, Mégret ha admitido que la puja entre sistemas constituye uno de los motores en el desarrollo del proceso internacional (cf. Mégret, o. cit., p. 43). Este autor, empero, parece contradecirse más adelante, cuando apunta que la susceptibilidad del proceso penal internacional respecto de las tradiciones jurídicas obedece a que el derecho internacional carece mayormente de una tradición propia que lo identifique. Explica así que ese desapego, fundado en el hecho de que la justicia penal internacional no tiene una predilección canónica por ningún sistema, convierte la explicación comparativa en una actividad más bien prescindente (p. 48). Aunque el análisis del proceso penal internacional supone en efecto mucho más que la comparación entre los sistemas, creo que sigue siendo útil recurrir a ellos para evaluar la coherencia interna del proceso internacional.

La tarea del comparatista, entonces, consiste en confrontar el nuevo producto con los ordenamientos tradicionales, para determinar si aquel ofrece soluciones coherentes y previsibles.⁶¹ A los fines de este trabajo, como ya he adelantado al comienzo, interesa dilucidar si el sistema incorpora suficientes reaseguros para garantizar a la defensa un mínimo equilibrio entre sus facultades y las de la acusación.

Existe coincidencia en la literatura respecto de que el ECPI mantiene una estructura predominantemente adversarial, presente ya en los demás tribunales penales internacionales. Esto es así en razón de que el proceso penal internacional se desarrolla a partir del llamado *two cases approach*, según el cual la búsqueda de la verdad (procesal) se encomienda a las partes, que deben someter sus hipótesis explicativas del hecho al examen de un tercero neutral.⁶² No obstante, también hay acuerdo en que el ECPI es menos adversarial que el estatuto de los tribunales ad hoc, pues la fiscalía está obligada a investigar incluso a favor del acusado, y se asemeja así a la “autoridad más objetiva del mundo”, según se la concibe en el derecho alemán.⁶³

Los procesos penales internacionales, entonces, sujetan el progreso de la investigación a la actividad autónoma de la acusación y la defensa; mas allá de algunas facultades residuales reconocidas al tribunal, la responsabilidad por el esclarecimiento de los hechos descansa en la fiscalía. No contemplan ningún tipo de investigación judicial, ni tampoco la confección de un expediente oficial, en el que se documenten las diligencias realizadas antes del juicio. Pese a esta clara orientación hacia el modelo adversarial, empero, la regulación procesal presenta una característica curiosa de signo contrario: la ausencia de reglas detalladas en materia de admisibilidad de la prueba.⁶⁴

Cierta doctrina postula que esos —y otros— rasgos dan lugar a un tribunal especial, que es más que una mera fusión inconexa de dos sistemas antagónicos. Me refiero

⁶¹ Cf. Michele Caianiello, “Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?”, *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 385 ss.

⁶² Cf. Kai Ambos, “International criminal procedure: ‘adversarial’, ‘inquisitorial’ or mixed?”, *International Criminal Law Review*, vol. 3 (2003), p. 4. El autor argumenta que la aproximación a la verdad es el único rasgo que permite mantener una distinción tangible entre los sistemas vigentes en el *common-law* y el *civil-law*.

⁶³ Cf. Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht*, Berlín: Springer, 2011, pp. 287 ss.

⁶⁴ Sigo aquí a John Jackson, “Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards beyond National Boundaries”, en JACKSON, LANGER y TILLERS (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 221 ss. (en especial, pp. 236 ss.).

a la figura del “tribunal gerencial”.⁶⁵ En el sistema gerencial, la responsabilidad principal de los jueces —técnicos— es que las partes “retrasen lo menos posible el proceso y el flujo de casos en el sistema penal”. El tribunal organiza y dispone de los recursos a la manera del administrador de una empresa. La aceleración del proceso constituye un objetivo de la labor jurisdiccional, quizás más importante que el de esclarecer los hechos o poner fin a la controversia existente.⁶⁶

Así, por ejemplo, se explica que, pese a que el modelo gerencial presenta como nota distintiva una mayor intervención del tribunal, esto no lo superpone con el modelo inquisitivo, pues esa injerencia no se concreta con el fin de investigar la verdad, sino con el de optimizar el trabajo de las partes y lograr un pronto desenlace.⁶⁷ Al mismo tiempo, merece destacarse el rol de colaboración que las partes desempeñan respecto de los jueces; esa asistencia, se advierte, puede incluso resultar “involuntaria”.

En lo aquí interesa, el modelo gerencial propicia la existencia de un único tribunal —prescinde de los tribunales “bifurcados” del derecho anglosajón— compuesto por jueces profesionales, responsable de preparar el juicio y decidir sobre la cuestión de fondo. Esa configuración, se postula, justificaría eludir las complejas reglas de admisibilidad de prueba presentes en modelo acusatorio.⁶⁸

Otra cualidad decisiva es la relativa al modo en que se registran las diligencias procesales: el sistema de tribunal gerencial rechaza la documentación de todo acto realizado “ya que esto tomaría un tiempo considerable”; paralelamente, una vez en el juicio, el sistema no impide la introducción por lectura de testimonios y pericias recopilados por las partes, “para así evitar que la declaraciones de testigos y peritos tomen demasiado tiempo”.⁶⁹

Esta presentación de los tribunales penales internacionales resulta oportuna para entender dos cuestiones recurrentes en el caso *Lubanga*: a) la admisibilidad de la prueba testimonial obtenida por la fiscalía antes de la audiencia, y b) la obligación del fiscal de divulgar la prueba antes del juicio.

⁶⁵ Máximo Langer, “El sistema del tribunal gerencial en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en BAIGÚN (comp.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 671 ss. El autor se refiere en verdad al ETPIY, pero sus consideraciones también son pertinentes para explicar el ECPI, teniendo en cuenta que aquel, fruto de la labor creadora del tribunal, ha relativizado sensiblemente su naturaleza acusatoria.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 688 s.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 686.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 687.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 688.

a. Con relación al problema de la admisibilidad de la prueba testimonial no confrontada previamente por la defensa, se advierte que el sistema ha dejado grietas por las que puede filtrarse la discrecionalidad del juez.⁷⁰ No hay dificultades para comprobar que, en este punto, la regulación abandona su perfil acusatorio y se aproxima a la libertad probatoria que domina en los sistemas del *civil-law*.

Como ya he insinuado, la alquimia procesal no es una empresa reprochable *per se*, en la medida en que no incrementa el riesgo de arribar a resultados erróneos o el desequilibrio ya existente entre la posición del acusador y la del acusado. Por mi parte, considero correcta la posición que sugiere que, en este punto, el modelo vigente es deficitario tanto desde la perspectiva de la justicia sustancial como desde la de la justicia procesal.

Sustancialmente, es inconsistente porque el tándem mencionado (*investigación ex parte/admisibilidad laxa*) abre la puerta a elementos de prueba de mala calidad, cuyas deficiencias el tribunal no está en condiciones de neutralizar; esta objeción no se diluye con el argumento —habitual en los sistemas del *civil-law*— de que los jueces profesionales están en óptimas condiciones de separar la paja del trigo. El control estricto de admisibilidad imperante en el sistema angloamericano se explica por la menor formalidad con que las partes llevan adelante sus investigaciones. Si bien el fiscal es un funcionario que debe conducirse con lealtad y probidad, su *dossier* de antecedentes no tiene una fiabilidad comparable a la de un expediente judicial en el derecho continental. Por eso es por regla ineludible que él reproduzca todas sus probanzas en vivo ante la mirada del tribunal (técnico o lego).

Esas dificultades, tangibles en cualquier ordenamiento nacional tributario del *common-law*, se intensifican todavía más en el contexto del proceso penal internacional. Primero: en las investigaciones que tienen lugar tras la finalización de un conflicto armado, muchos de los testigos integraban el bando que resultó vencedor y, por ese motivo, tienen un interés en el desenlace del proceso; eso hace que la necesidad de confrontar sus dichos resulte prioritaria. Segundo: la fiscalía debe lidiar con el hecho de que las tribus

⁷⁰ Las normas que dan lugar a esa discrecionalidad del tribunal son los incisos 4 y 7 del artículo 69 ECPI. El primero establece: “[...] la Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”. El inciso 7, por su parte, dispone: “[...] no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.

o pueblos enfrentados se comunican en diferentes lenguas; esa circunstancia acrecienta el riesgo de error y aconseja no eludir la declaración tradicional ante el tribunal y la defensa. Tercero: los operadores del sistema tienen menos herramientas para detectar y neutralizar un falso testimonio, en un proceso que, por razones geográficas y culturales, se muestra proclive a la fabulación y la exageración.⁷¹

Procesalmente, el sincretismo generado por la fusión de una estructura adversarial y un control laxo de admisibilidad de la prueba diluye las chances del acusado de hacer frente al *ius perseguendi*: la solución del ECPI consolida y aumenta la desigualdad existente entre la fiscalía y la defensa. Teniendo en cuenta que aquella dispone de un poder de investigación muy superior al de esta, la posibilidad de incorporar un registro escrito de declaraciones testimoniales pone al imputado en una situación aún más desventajosa. En lugar de propender al equilibrio, las reglas procesales operan en sentido inverso.⁷²

b. El criterio de la mala articulación de modelos procesales también sirve para examinar la regulación conferida al *disclosure*. El problema radica ahora en la dudosa combinación de una regulación detallada sobre divulgación de la prueba con un sistema de sanciones librado completamente al arbitrio del tribunal.⁷³

En el ordenamiento procesal de la CPI, como ya apunté, no existe un expediente oficial en el que se documenten las pruebas recolectadas por el fiscal y la defensa. Las partes, a su vez, disponen en los hechos de una potestad amplia para escoger qué pruebas

⁷¹ Sigo aquí a Jackson, o. cit., p. 240.

⁷² Michele Caianiello, "First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials. A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pp. 401 s. El autor reconoce que no es realista ni conveniente pregonar una prohibición absoluta de las declaraciones obtenidas unilateralmente antes del juicio por el fiscal, pues tal posición no tomaría debidamente en cuenta la particular situación en la que se encuentran los tribunales en el proceso penal internacional. De todas formas, propone una solución ecléctica que a mi juicio resguarda satisfactoriamente los intereses del imputado: la diferenciación entre cuestiones relativas al imputado y rasgos del contexto en el que ocurrieron los hechos. Mientras que para las primeras no se admite en ninguna circunstancia la prueba no confrontada por la defensa, para las segundas se adopta un criterio más flexible. Solo en este último supuesto, los jueces pueden valerse de estas pruebas ya producidas, a menos que la defensa logre demostrar que ellas son de todas formas cruciales para su estrategia (p. 407). Para Caianiello, si no se adopta un criterio de esta índole, "la CPI corre el riesgo de desarrollarse en dirección al peor escenario hipotético: la creación de un sistema con una estructura general acusatoria, aunque con disposiciones específicas inquisitivas en pasajes cruciales del procedimiento". En su opinión, que comparto, en un escenario semejante, "el acusado estaría sistemáticamente desventajado en la práctica, dada la superioridad estructural de medios del fiscal, que estaría en condiciones de producir como prueba cualquier declaración o ítem reunido durante las investigaciones (p. 409).

⁷³ Caianiello, "Disclosure...", o. cit., pp. 38 ss. El autor se nutre de la diferencia de modelos procesales propuesta por Damaška: el de burocracia coordinativa, orientado a la resolución de conflictos, y el de burocracia jerárquica, orientado a la implementación de políticas públicas.

revelar, tanto al tribunal como a la contraparte. Por consiguiente, las disposiciones que obligan al fiscal a mostrar todas sus cartas —ganadoras y perdedoras— deberían prever una reacción vehemente e inequívoca frente a su conducta desleal.

Caianiello, en una opinión que comparto, advierte que ni el ECPI ni las RPP prevén sanciones taxativas a los incumplimientos de la fiscalía. La exclusión de la prueba no divulgada oportunamente o la caducidad de la acusación —por no divulgar la prueba exculpatoria— no son respuestas dirigidas al infractor. Son más bien instrumentos provistos a los jueces para “administrar” o “gerenciar” el conflicto, es decir, para resguardar la continuidad del trámite. El mecanismo de la corrección procesal no procura restablecer el equilibrio que se ha afectado con la inconducta de la acusación, sino llevar el caso a buen puerto.

La consecuencia más evidente de esta concepción es que se consagra una situación de desprotección sistemática en perjuicio de la defensa, que se encuentra a merced de lo que decida la fiscalía respecto de la divulgación de la prueba relevante.⁷⁴ Frente a las inconductas del fiscal, la respuesta subsiguiente depende del buen tino de los jueces, que considerarán el incumplimiento solo como una pauta más al momento de solucionar el conflicto, pues su cometido primordial no es restituir la vigencia de la justicia procesal, sino administrar eficazmente el proceso.⁷⁵

⁷⁴ Esto en el marco de un proceso en el que su capacidad de reunir prueba es más bien modesta. La experiencia ha demostrado que los Estados parte y las organizaciones internacionales no tienden a auxiliar a la defensa en esa tarea. La investigación queda en los hechos circunscripta a la labor de la fiscalía, que en el Estatuto de Roma debe también ocuparse de agotar los caminos que conduzcan a la absolución del acusado. Tanto en el TPIY como en el TPIR, la fiscalía solo está obligada a revelar a la defensa la prueba de descargo que se le presente accidentalmente, pero no a profundizar las líneas investigativas que sugieran la inocencia. Aquí, como ya adelanté, se pone de manifiesto otro elemento propio de los sistemas inquisitivos asociados al *civil-law*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 40. De todas formas, sería errado suponer que el *disclosure* no es también problemático en los sistemas adversariales más puros. Si tomamos al derecho inglés como caso testigo, advertiremos que tampoco existe allí un sistema de sanciones terminante y predecible para hacer frente al incumplimiento estatal de los deberes de divulgación probatoria. Pese a que existe acuerdo en que este tipo de irregularidades procesales debería conducir al fracaso de la acusación y a la finalización del caso por abuso del proceso, la jurisprudencia rehúye las posiciones terminantes y tiende a disculpar al fiscal cuando ha actuado de buena fe (cf. Chris Taylor, “The disclosure sanctions review: another missed opportunity?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 17 (2013), pp. 272 ss. [en especial, p. 277]). La doctrina actual, inclusive, advierte que la tendencia legislativa y jurisprudencial consiste en reforzar la respuesta frente a los incumplimientos del *disclosure* por parte de la defensa, y tolerar las irregularidades cometidas por la fiscalía. A tal punto esto es así que, para sorpresa de quien se aproxima al *common-law* desde el derecho continental, el sistema habilita al jurado a adoptar una presunción o inferencia en contra del acusado que omite revelar las defensas —de hecho y de derecho— y las pruebas que esgrimirá en el juicio (cf. Andrew Ashworth, *The Criminal Process*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 242 ss.).

7. Sobre el valor de la integridad procesal

Independientemente de las cuestiones que he destacado, el caso *Lubanga* nos invita a emprender una reflexión más profunda, que trasciende al problema del *disclosure*. Me refiero a la discusión en torno al valor que corresponde asignar a la integridad del proceso en el sistema de justicia penal internacional. Es evidente que la SPI demostró un compromiso férreo con la justicia procesal: ni la necesidad de revertir la baja productividad de la CPI, ni el imperativo por juzgar y castigar los crímenes atribuidos a Lubanga fueron suficientes para que los jueces convalidaran un proceso de inferior calidad.

7.1. La tesis de la adaptación

En un artículo reciente,⁷⁶ Mirjan Damaška se pregunta si la justicia penal internacional debería ser evaluada según los mismos estándares aplicables en el derecho interno.

Una alternativa, explica, consistiría en bregar por una evolución constante del proceso penal internacional, que le permita alcanzar niveles de excelencia y lo convierta incluso en un modelo para los ordenamientos locales. Según otro criterio, al que adscribe el autor, una aspiración de ese tipo resulta poco realista y puede generar el efecto contrario al buscado (minar la legitimidad de los tribunales internacionales). El derecho procesal penal internacional, en su opinión, debe desarrollar estándares más modestos, que tomen debidamente en cuenta “la situación peculiar de estos tribunales y la circunstancias peculiares en que ellos operan”.⁷⁷

Esta mirada sugiere que la justicia penal local y la justicia penal internacional se desenvuelven en escenarios disímiles, incluso antagónicos.

En el orden local, en su opinión, el poder penal es sumamente potente: dispone de un aparato estatal provisto de innumerables herramientas para interferir en las libertades individuales. Sin embargo, la realidad es que la voracidad punitiva —Damaška la denomina *libido puniendi*— ha decrecido considerablemente en los últimos tiempos. Por un lado, los desenlaces consensuados y las alternativas a la pena han reducido la incidencia de la persecución penal en la vida cotidiana; por el otro, el principio de justicia procesal

⁷⁶ Mirjan Damaška, “Reflections on Fairness in International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pp. 611 ss.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 612.

—entendido como el camino a través del cual se ha de arribar al resultado punitivo— ha adquirido una importancia sobresaliente, suficiente incluso para relativizar la necesidad de esclarecer hechos punibles y aplicar las penas pertinentes.

La justicia penal internacional experimenta más bien lo contrario. El aparato punitivo que la motoriza es frágil; el éxito de las investigaciones depende habitualmente de la solicitud de actores extraños (gobiernos, funcionarios de la ONU, ONG, etcétera). Como contrapartida, la *libido puniendi* es verdaderamente intensa, pues el objetivo último es erradicar la impunidad de los crímenes internacionales. Cualquier solución alternativa al castigo de los responsables parece no tener cabida.

La justicia penal internacional se encuentra entonces en una situación paradójica: sus aspiraciones son mayores que las del derecho penal nacional, pero su poder es considerablemente menor. Este es un dato que no debe perderse de vista cuando se reflexiona sobre los estándares de justicia procesal.

La “adaptación” que Damaška propone, aparentemente forzada por la naturaleza de las cosas, supone dos alternativas distintas, que el autor trata de manera conjunta.⁷⁸

En primer lugar, sugiere interpretar el alcance de los derechos fundamentales de una forma compatible con los fines que el sistema procura alcanzar. Esos derechos, redactados en términos amplios, son objeto de un procedimiento constante de concreción y refinamiento; en esa labor dogmática, se dice, no sería correcto extender de manera automática al derecho penal internacional las interpretaciones aceptadas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo: el derecho de defensa puede o no incluir un derecho de autodefensa. Esta posibilidad, que habitualmente es admitida en los ordenamientos procesales nacionales, no debería propiciarse en el proceso penal internacional, pues podría suministrar a los imputados una poderosa herramienta propagandística para alegar en favor de sus crímenes aberrantes.⁷⁹

En segundo lugar, propone adoptar una posición más flexible en materia de admisibilidad de la prueba ilícita, al menos en aquellos casos en los que su credibilidad no ha sido puesta en duda. Se ampara en la situación acuciante que experimentan quienes deben investigar este tipo de crímenes, y en la reacción esperable por parte de las

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 616 ss.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 617. Similar laxitud propone para interpretar el derecho a un juicio en un plazo razonable y —aunque con menor convicción— para el derecho a confrontar a los testigos de cargo.

víctimas, quienes sentirán perplejidad si el acusado es absuelto en razón de una deficiencia técnica.⁸⁰

La posición que he reseñado sirve de fundamento a quienes sostienen que, en el caso *Lubanga*, la CPI adoptó un enfoque exageradamente “absolutista”. Turner, por ejemplo, reprocha falta de moderación a la SPI; sostiene que, al clausurar el proceso, omitió balancear el interés de la justicia procesal con otros intereses igualmente legítimos (el de las víctimas, el de la República Democrática del Congo, el de la comunidad internacional, etcétera).⁸¹ Considera que, si los jueces hubieran ponderado estos intereses en conflicto, habrían considerado remedios alternativos más convenientes.⁸²

Esta autora, al igual que Damaška, alega que la necesidad de acomodar fines convergentes es más apremiante en este ámbito que en el proceso penal nacional. La gravedad extrema de los crímenes, así como su amplio alcance y su carácter sistemático, incrementan las demandas de retribución y prevención. Esto suscita un interés público mayor en la persecución y el juicio, que desaconseja la adopción de remedios procesales que conduzcan a la extinción del proceso.⁸³

7.2. La visión no instrumental del proceso penal internacional

El enfoque de la justicia procesal que hemos atribuido a Damaška lleva sobre sus espaldas una concepción precisa sobre el derecho procesal penal: la de su carácter instrumental. Me refiero a la idea que postula que la configuración y el funcionamiento del proceso dependen por completo de los fines reconocidos a la justicia penal.

La naturaleza instrumental del proceso, que carece de detractores en los ordenamientos nacionales, resulta problemática en el derecho penal internacional. Es cierto que la proposición según la cual la forma debe estar al servicio de la sustancia es intuitivamente fuerte: no se puede hacer un proceso sin antes reflexionar para qué lo hacemos. En este sentido, como hemos visto, la elección del sistema de justicia penal internacional ha sido clara. Según se consigna en el preámbulo del ECPI, la Corte debe su creación al

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 618.

⁸¹ Jenia Iontcheva Turner, “Policing International Prosecutors”, *International Law and Politics*, vol. 45 (2012), pp. 175 ss.

⁸² *Ibíd.*, p. 191. Entre otros, sugiere los siguientes: a) la prohibición de valorar elementos que la prueba no divulgada relativizaba o contradecía; b) la imposición de una suspensión condicional del proceso; c) la aplicación de una multa a la fiscalía hasta tanto esta revelara la prueba, etcétera.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 208 s.

interés explícito de la comunidad internacional en erradicar la impunidad de los crímenes internacionales. Se trata ni más ni menos que de la *Grundnorm* del derecho penal internacional.⁸⁴

Por supuesto que no es esta la única finalidad que persigue el sistema. El juzgamiento también procura otras cosas: ofrecer a las víctimas un foro que les permita difundir su martirio y recuperar así la dignidad ultrajada; legar a las generaciones venideras una reconstrucción fidedigna de lo ocurrido; disuadir a futuros dictadores que se propongan cometer esos crímenes aberrantes; restablecer y afianzar la paz entre los pueblos, etcétera.⁸⁵ Todas estas finalidades repercuten en las interpretaciones y valoraciones de los operadores del sistema, que priorizan una u otra de manera contingente, muchas veces sin un patrón previsible y explicable. Pero lo cierto es que la comprensión del proceso penal, invariablemente, está aferrada a ese razonamiento teleológico.

Sin embargo, esa visión tradicional del derecho procesal penal experimenta en la actualidad un retroceso ostensible. Reconocidos autores han puesto de manifiesto que la naturaleza instrumental del proceso no logra aprehender rasgos característicos de la justicia penal internacional; consideran que, en función de esos rasgos, el juicio cuenta con un valor intrínseco, inclusive superior al que se le asigna como herramienta para la consecución de otros fines.

Los crímenes internacionales, se dice con acierto, tienen lugar en un contexto particular, que Ohlin ha rotulado como de “supresión de la juridicidad”. Los autores no solo cometen hechos aberrantes, de una crueldad que a menudo supera la imaginación; actúan en un lugar y en un momento en el que tanto ellos como sus víctimas saben que no hay derecho. Esta circunstancia, que no forma parte del contexto de otros crímenes

⁸⁴ Cf. Jens David Ohlin, “A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law”, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 77 ss. De acuerdo con este autor, “the general underlying principle behind international criminal law is that criminals who perform dastardly acts must be punished, and that some basic Grundnorm (e.g. anti-impunity) explains why the international system must step into a field-penal law-once exclusively the domain of domestic systems” (p. 82).

⁸⁵ Sobre la falta de idoneidad del juicio para cumplir cada uno de estos fines, cf. el extraordinario trabajo de Martti Koskeniemi, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6 (2002), pp. 1 ss. En particular, el autor pone en duda que el sistema de justicia internacional pueda proveer una verdad histórica completa sobre los hechos que se juzgan. Argumenta que en este tipo de juicios lo verdaderamente controversial no es el hecho concreto que se atribuye al acusado, sino el contexto en el que ese hecho tuvo lugar. El promotor del juicio solo puede concretar su empresa si adopta un marco de interpretación que los imputados bajo ningún concepto habrán de consentir. De ese modo, se produce una situación perturbadora: lo único que el acusado tiene interés en rebatir está desde el comienzo excluido de la discusión. Se trata del fenómeno del *différend*, es decir, una situación en la cual aceptar el método de resolución del conflicto equivale a hacer propia la posición del adversario (pp. 10 ss.).

gravísimos cometidos en un Estado de derecho, produce efectos perturbadores en todas las personas involucradas. Para las víctimas, la situación de desamparo genera una angustia adicional a la del delito: la convicción de que no existe nadie a quien recurrir hace nacer el temor fundado de que las vejaciones se repetirán tantas veces como desee el autor. Para este, la ruina del derecho elimina cualquier inhibición y libera las pulsiones más primitivas y oscuras de la condición humana.⁸⁶

La aclaración que hemos presentado aquí no puede celebrarse como novedosa; de todas formas, sí es revelador establecer cuál es la incidencia que ella debe tener en nuestra aproximación al proceso penal internacional.

Pues bien, en la misma línea que Ohlin, entiendo que el proceso penal internacional consiste antes que nada en una vindicación del derecho. Lo que define su carácter no instrumental es que el restablecimiento del derecho no opera hacia el futuro, sino de manera retroactiva. El juzgamiento no persigue el restablecimiento efectivo del Estado de derecho a través del castigo penal; no se hace *para* lograr que la región involucrada incorpore o reincorpore instituciones republicanas y democráticas. La comunidad internacional, simplemente, se presenta allí donde sea necesario desagraviar el derecho y hacer saber al mundo que la anarquía no prevalece. Si esta intuición es correcta, deberíamos postular una justificación deontológica de la justicia penal: hacemos procesos penales simplemente porque es lo correcto.⁸⁷

7.3. El “expresivismo” procesal

Esta peculiaridad de los crímenes internacionales nos permite justificar el proceso penal apelando a argumentos habitualmente empleados para reivindicar la pena.

Las teorías expresivas sostienen que el castigo penal es una forma idónea para transmitir mensajes al individuo castigado, al resto de la sociedad o a ambos a la vez. Según una formulación corriente, la pena es un dispositivo válido para expresar indignación, resentimiento o reprobación. La cuestión puede examinarse desde dos planos: por un lado, el plano analítico, que evalúa si el castigo efectivamente desempeña ese papel de

⁸⁶ Ohlin, o. cit., pp. 100 ss.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 103 ss. Destaco otro pasaje del autor que considero ilustrativo: “*Subjecting lawlessness to criminal procedure—whether national or international—is inherently worthwhile. Or, expressed differently, international criminal procedure has a deontological moral worth and cannot be reduced to consequentialist arguments about the increases in social utility created by the criminal trial. Subjecting conduct to the Rule of Law is a Kantian end in and of itself*” (p. 105).

transmisión;⁸⁸ por el otro, el plano moral, que demanda argumentar por qué es valioso que la pena opere de esa manera.

Primoratz, por ejemplo, propone una versión “intrínseca” del expresivismo, que desconecta al castigo de todo tipo de especulación preventiva o consecuencialista.⁸⁹ Si la condenación moral que expresa la pena produce efectos extrínsecos, esto es, si influye en el comportamiento futuro de las personas, tanto mejor; pero esto no es un presupuesto ni un elemento constitutivo, al menos en el marco de esta teoría expresiva. Su fundamentación no es prospectiva sino retrospectiva (*backward-looking*). La condena vehemente del crimen combatido reivindica el derecho que ha sido transgredido; además, reafirma el derecho subjetivo que el autor ha violado y demuestra que el mal cometido constituye efectivamente un crimen. Esta reivindicación no es un fin externo a la pena —como sucede en cambio con la prevención del crimen—; la confirmación de la vigencia del derecho *es* propiamente la pena.⁹⁰

El autor se adelanta a posibles objeciones que podría suscitar su postura. De todas ellas, hay una que tiene gran importancia para lo que pretendo sostener en este trabajo. Primoratz se pregunta más o menos lo siguiente: si la condenación lleva consigo la idea de reprobación y, paralelamente, la reafirmación del derecho violado, ¿por qué no basta con una declaración en ese sentido? ¿Por qué la reprobación tiene que ser necesariamente punitiva?

Desde su perspectiva, una respuesta declarativa pero no punitiva carece de suficiente carga expresiva. No es contundente ni para el penado ni para el público en general, incluida la víctima. El criminal ya ha demostrado su desprecio por las palabras (de la ley); de otra forma no habría cometido el delito. La única forma de llegar a él es interferir en sus intereses. Para la víctima y el resto de la comunidad, la desaprobación meramente verbal resulta indiferente y desproporcionada, teniendo en cuenta el nivel de injerencia que el hecho ha significado para aquella y el que el autor experimenta con la declaración condenatoria. Según Primoratz, en definitiva, esa solución es inaceptable porque diluye

⁸⁸ Cf. Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, en Feinberg, *Doing and Deserving*, Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 95 ss. Dentro de este plano, suele discutirse si la reprobación social ínsita en el carácter aflictivo de la pena es de tipo convencional o natural. Lo primero equivale a equiparar ese padecimiento con otros símbolos inequívocos que se presentan en nuestra vida cotidiana. Por ejemplo: tomar champaña es símbolo de celebración, así como vestirse de negro lo es de luto.

⁸⁹ Igor Primoratz, “Punishment as Language”, *Philosophy*, 64 (1989), pp. 187 ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 196 s.

aquello que la condenación se propone transmitir; unos y otros acabarán por concluir que los derechos violados no valen, esto es, carecen de reconocimiento jurídico. El Estado que reprueba y no castiga es timorato, por eso sus juicios no convencen a nadie.⁹¹

No pretendo aquí discutir la fundamentación del castigo a partir del argumento de la “seriedad” del mensaje. Solo deseo hacer notar que esta concepción, de cualquier manera, relega ese castigo a una posición subalterna con relación a la declaración de condena. Este reacomodamiento, a mi entender, repercute en nuestra aproximación al proceso. En lo que sigue, quiero referirme a tres posiciones que han considerado este fenómeno al momento de justificar la justicia penal internacional.

7.3.1. Entre quienes han propiciado una adaptación de los fundamentos del “expresivismo” a la realidad del derecho penal internacional vale la pena mencionar a David Luban.⁹²

Para este autor, la justicia penal internacional representa un mecanismo indispensable de proyección normativa. Más allá de su valor instrumental (por ejemplo, para conocer lo que ha ocurrido), los juicios son en sí mismos actos expresivos; la sola realización de ellos pone de manifiesto que los crímenes internacionales son hechos horribles e inaceptables, y no un simple ejercicio de la razón de Estado propio de situaciones extraordinarias.⁹³

Claro es que el contenido de ese mensaje no es una obviedad. El derecho penal internacional se asienta sobre una ambiciosa redefinición de la soberanía estatal que se había impuesto con la paz de Westfalia: los Estados ya no se asemejan a divinidades seculares, que reservan para sí la autoridad suprema de ordenar a sus súbditos que mueran o maten por razones patrióticas. Esta idea revolucionaria perturba de igual modo a los Estados liberales que a los regímenes autoritarios: todos se ven forzados a aceptar lo que antes era una blasfemia, esto es, la posibilidad de que un sujeto extraño reinterprete y descalifique decisiones políticas “sagradas”, que se pretendían incuestionables.⁹⁴

⁹¹ *Ibíd.*, p. 200.

⁹² Cf. David Luban, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, en Besson y Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 569 ss.

⁹³ *Ibíd.*, p. 576.

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 577 s. En un trabajo posterior, el autor se ha referido nuevamente a este rol transformador del sistema. Al respecto, señala lo siguiente: “*International criminal law uses trials, punishments and forms of law to project a radically different set of norms, one that reclassifies political violence from the domain of the sacred to the domain of ordinary thugery. What was once called Kriegsraison we now label war crime. Massacres and invasions in the name of raison d'état*”.

De cualquier manera, el enfoque de Luban es relevante aquí porque destaca que, en verdad, el centro de gravedad de la justicia penal internacional está en el juicio y no en la pena.⁹⁵ Al respecto, el autor dice lo siguiente “solo los juicios pueden comunicar la criminalidad inherente a la violencia política en contra de los ciudadanos”. En su opinión, “la decisión de no montar juicios penales no es un acto menos expresivo que la creación de tribunales, y los contenidos expresivos asociados con la impunidad o con el castigo sumario son inaceptables: ambos son afirmaciones de que el crimen político se encuentra fuera del derecho”. Y concluye que “el sentido de los juicios respaldados por el castigo es afirmar el reino del derecho contra las pretensiones de la política”.⁹⁶

7.3.2. Otra conocida variante del “expresivismo” es la teoría comunicativa de Duff. Para este autor, el castigo es una empresa de comunicación moral; su objetivo no es hostilizar al criminal, sino propiciar un intercambio con él, destinado a que comprenda la incorrección de su conducta y acepte las consecuencias que de ella se siguen.⁹⁷

Esta alternativa resulta sin dudas más ambiciosa, pues no se contenta solo con transmitir un mensaje de desaprobación; por el contrario, la pena aspira aquí a obtener una respuesta apropiada —comprensión, remordimiento— de parte del condenado, quien hace saber de ese modo su intención de seguir integrando la comunidad que lo ha reprendido. Una aclaración: el enfoque que presento es normativo; por tanto, no nos preguntamos si los acusados se muestran efectivamente proclives al remordimiento y ávidos por reintegrarse de forma plena a la comunidad que los juzga. Solo reflexionamos acerca de si tal cosa sería al menos plausible, aunque la realidad demuestre luego que la empresa comunicativa resultó infructuosa en el caso concreto.⁹⁸

are now called crimes against humanity and aggression. In place of sacred violence, we now say 'torture' and 'genocide' (David Luban, “After the Honeymoon. Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), p. 510.

⁹⁵ La preponderancia del proceso es un hecho perceptible tanto para quienes pregonan una fundamentación expresiva extrínseca del derecho penal internacional como para quienes —como postulo aquí— defienden una fundamentación expresiva intrínseca. Los primeros destacan que el proceso es una herramienta más eficaz que la pena a la hora de expresar las cosas que la comunidad internacional persigue en relación con los crímenes internacionales (contención de las víctimas y restablecimiento de su dignidad, elaboración de una verdad histórica oficial, etcétera). Por mi parte, como se advertirá, pienso que el juicio aventaja a la pena en su poder simbólico para dejar en claro que el derecho prevalece incluso en los contextos de mayor anarquía y desamparo.

⁹⁶ Luban, “Fairness to Rightness...”, o. cit., p. 576.

⁹⁷ Antony Duff, “Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?”, en BRUDHOLM y CUSHMAN (eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 83 s.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 85 s.

Dentro de ese esquema, el proceso penal es concebido como un foro en el cual la comunidad de ciudadanos convoca a uno de sus pares para que rinda cuentas acerca de su accionar. Así entendido, es evidente que el juicio solo podrá prosperar si quienes se proponen efectuarlo logran demostrar que tienen legitimación para ello (*standing*), es decir, si pueden justificar su autoridad para obligar a alguien a que responda ante ellos por algo que ha hecho u omitido hacer.⁹⁹

Esta legitimación depende al menos de dos cosas. Por un lado, los pretensos jueces deben contar con argumentos convincentes para acreditar que el asunto les incumbe: en nuestra vida cotidiana nos topamos con infinidad de hechos que nos indignan, escandalizan y conmueven; sin embargo, eso no nos legitima para forzar al responsable a que nos dé explicaciones sobre lo que ha hecho. Lo más probable es que, ante nuestra mirada inquisitiva, nos responda con aspereza: “¿y a ti qué te importa?”.¹⁰⁰ Si trasladamos esta intuición al fenómeno del castigo, la convocatoria del responsable demanda la previa existencia de una *polis* capaz de reivindicar el presunto delito como un asunto propio.

Pero, además, la empresa comunicativa solo será válida si la comunidad respeta en todo momento la condición de miembro que corresponde al individuo llamado a rendir cuentas. Es que, como hemos visto, la respuesta punitiva opera aquí de forma inclusiva, esto es, procura reconciliar al responsable con la comunidad y mantenerlo dentro su seno.

Las dos condiciones que he apuntado resultan sumamente problemáticas en el derecho penal internacional.

La primera exige explorar si la mera pertenencia al género humano es suficiente para concluir que existe una comunidad ante la cual deban responder los autores de ciertos crímenes.¹⁰¹ Pero incluso si se concede que tal cosa es plausible, es decir, si se reconoce

⁹⁹ Antony Duff, “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en BESSON y TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 594 ss.

¹⁰⁰ Sobre este problema, cf. especialmente Antony Duff, “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio* 23 (2010), pp. 124 ss.

¹⁰¹ Esta idea ha sido defendida recientemente por Ambos. Este autor considera que los derechos humanos —sustentados en el imperativo kantiano de la dignidad de la persona— permiten construir una noción de ciudadanía universal. Todo ciudadano del mundo, según esta posición, goza del amparo de la comunidad internacional, que se compromete a velar por sus derechos básicos y, de ser necesario, a reprimir penalmente la conducta de quienes los vulneran. Kai Ambos, “Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33 (2013), pp. 293 ss. Una fundamentación de este tipo ha sido combatida con vehemencia por Daniel Pastor, para quien es moralmente insostenible instituir la figura del ciudadano universal solo a los fines punitivos. En su opinión, no puede

que la humanidad es un rasgo que nos liga con esa intensidad, resta aún definir quién puede arrogarse la representación de esa *polis*. Aquí, en particular, interesa saber si los tribunales penales internacionales pueden invocar un verdadero mandato para hablar en nombre de todos su congéneres.¹⁰² No voy a detenerme en estas cuestiones ahora; me basta con indicar que estas consideraciones irrumpen permanentemente en la fundamentación de la justicia penal internacional.

La segunda cuestión —la pertenencia de los acusados a la comunidad— repercute con mayor claridad en la controversia respecto del valor de la justicia procesal. En este caso, alguien podría sostener que los autores ya no merecen el tratamiento que corresponde a los conciudadanos, pues ellos mismos han decidido excluirse de la comunidad que integran; sus hechos revelan un desprecio tan evidente por la humanidad que sería intolerable seguir considerándolos nuestros pares. ¿Tiene sentido obstinarse con la posibilidad de entablar un diálogo, si nuestro interlocutor, por decisión propia, ha suprimido definitivamente esa posibilidad?¹⁰³

Renunciar a la comunicación con el acusado equivale a declararlo *hostis humanis generis*. Si la comunidad internacional se resigna a ver en él un *outlaw*, un sujeto ajeno al derecho, ella admite que ya no es factible aplicarle el derecho penal. Se lo podrá encerrar o colgar, pero ese mal infligido no equivale al castigo; el derecho penal, enseña Duff, supone una previa confrontación entre pares, en la que uno de ellos responde ante los demás.¹⁰⁴

7.3.3. Una tercera combinación entre el proceso penal y las teorías expresivas es la que presenta Wringle.¹⁰⁵ En este caso, la posición que defendemos aquí pretende hacer frente a una objeción corriente que se esgrime al juzgamiento de los crímenes de guerra;

haber un *ius puniendi* internacional sin una ciudadanía plena; así, postula: “[...] para prevenir los denominados crímenes internacionales no es tan importante la determinación mundial de lo que *no es lícito hacer*, esto es, definir esos hechos punibles y su castigo global, sino que lo decisivo es lo que *no es lícito no hacer*, a saber, dejar de desarrollar políticas mundiales serias para asegurar a todos los habitantes del planeta el goce de los derechos fundamentales mínimos y vitales”. Daniel Pastor, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, pp. 86 ss. (la cita corresponde a la p. 96; la itálica es del original).

¹⁰² Cf. Duff, “Authority and Responsibility...”, o. cit., pp. 597 ss.

¹⁰³ Cf. Duff, “Can We Punish...?”, o. cit., p. 91.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 92. En palabras de Duff: “But if our judgment is that he ‘separates himself in a final way from a moral order that transcends the human community’, that appears to cut off the possibility of trying to communicate with him in this way – in which case we can kill him or lock him up, but we cannot punish him”.

¹⁰⁵ Bill Wringle, “Why punish War Crimes? Victor’s Justice and Expressive Justifications of Punishment”, *Law and Philosophy*, vol. 25 (2006), pp. 159 ss.

me refiero a la que menosprecia esos procesos como mecanismos de “justicia de los vencedores”.¹⁰⁶ Se afirma habitualmente que el escenario posbélico en el que tienen lugar estos juicios despierta una amarga sospecha: quienes resultan culpables no pagan únicamente por los hechos horrendos que cometieron; su condena, antes bien, responde al “crimen” residual de haber formado parte del bando derrotado. La objeción denuncia una selectividad moralmente injustificada en el castigo, derivada de una situación puramente azarosa (el desenlace de la guerra).¹⁰⁷

En su opinión —por razones que no podemos analizar aquí—, la *victor's justice objection* constituye un hueso imposible de roer tanto para las teorías retribucionistas como para las teorías consecuencialistas del castigo. La justificación plausible, sostiene, debe buscarse en una “forma sutil de expresivismo”, que abogue en favor de la justicia penal internacional a partir del valor expresivo del juicio.¹⁰⁸ Al respecto, dice lo siguiente:

[...] una posición de este tipo no solo deberá explicar por qué sentimos justificado infligir un tratamiento hostil a los criminales de guerra, sino también por qué consideramos tan importante que ese castigo sea impuesto de acuerdo con formas legales.¹⁰⁹

La razón por la cual se coloca al juicio penal por delante de la pena misma reside en el tipo de mensaje que se busca transmitir. La práctica de montar estos juicios, señala Wringer, expresa un compromiso público con una determinada idea de justicia,

¹⁰⁶ El autor no se propone justificar un modelo ideal de punición, en el cual resultarían castigados todos los responsables de crímenes de guerra, sin importar en qué bando han combatido. Intenta dar con una fundamentación del castigo tal como este se impone en la realidad: o bien con tribunales *ad-hoc*, o bien con tribunales permanentes, erigidos por las potencias vencedoras o por la comunidad internacional. Cualquiera de estas variantes, entiende, debe lidiar con la objeción apuntada.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 164 s. El autor señala que solo un “optimista incurable” podría reivindicar la superioridad moral de su causa en razón del simple hecho de que su bando prevaleció militarmente. Una obstinación semejante, aunque en sentido inverso, nos propone Jorge Luis Borges en su cuento *Deutsches Requiem*. Allí, el narrador es el subdirector de un campo de concentración, Otto zur Linde, condenado por torturador y asesino. Mientras aguarda su muerte en la horca, el personaje reivindica la derrota del nazismo con estas palabras: “[...] se cierne ahora sobre el mundo una época implacable. Nosotros la forjamos, nosotros que ya somos su víctima. ¿Qué importa que Inglaterra sea el martillo y nosotros el yunque? Lo importante es que rija la violencia, no las serviles timideces cristianas. Si la victoria y la injusticia y la felicidad no son para Alemania, que sean para otras naciones. Que el cielo exista, aunque nuestro lugar sea el infierno”.

¹⁰⁸ Su posición, vale aclarar, difiere de la de Duff en dos cuestiones centrales: por un lado, sostiene que el destinatario principal del mensaje no es el condenado, sino el público en general; por el otro, cree que no es ineludible que el autor integre la comunidad que se dispone a castigarlo. Se trata así de una teoría expresiva “denunciante” y no “comunicativa”, pues el castigo no se concibe como un diálogo entre el Estado y el responsable, sino como un mensaje unilateral (cf. no obstante la aclaración que efectuó en la nota 113).

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 180.

compuesta por dos razones fundamentales: a) el uso de la fuerza no puede ejercerse de forma ilimitada por quienes la detentan; y b) el poder político no puede ejercerse de forma tal que suprima la voz de sus destinatarios.¹¹⁰

El autor argumenta que una fundamentación de este tipo lo pone a salvo de la objeción sobre la justicia de los vencedores. Por un lado, sostiene que la realización selectiva de juicios penales —dirigida solo a un grupo— no perturba ni disminuye la función expresiva tal como la hemos presentado. Sostiene este punto con la siguiente analogía: el hecho de que alguien no grite cada vez que está enojado no es suficiente para poner en duda su enojo cuando efectivamente grita.¹¹¹ Por tanto, el hecho de que el sistema de justicia penal internacional no transmita su mensaje en todos los casos no le quita expresividad al mensaje cuando efectivamente lo transmite. Por el otro, subraya que su teoría expresiva no lo fuerza a adherir a alguno de los principios generales que sí resultan directamente afectados por la objeción. En particular, intenta demostrar que su propuesta no es una reedición inútil del retribucionismo, en virtud de que lo que el juicio expresa no es que los autores merecen el castigo, sino simplemente que el sistema de justicia penal internacional venera y reivindica un conjunto de normas cuya vigencia no estaba del todo clara.¹¹²

No es relevante aquí evaluar si el expresivismo de Wringer logra en efecto ofrecer una fundamentación inmune a la objeción mencionada. Basta con destacar que su propuesta coincide con las demás en que asigna una importancia superlativa al juicio penal, y en que reconoce al derecho procesal un potencial expresivo superior al del derecho sustantivo.

7.4. Expresivismo e integridad procesal

La reseña que he propuesto desnuda las diferencias que existen entre las tres variantes. La más relevante es la que se refiere al destinatario del mensaje que se pretende transmitir con el proceso penal. Así, mientras Luban y Wringer piensan en una difusión

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 185.

¹¹² *Ibidem*, p. 188. Esta afirmación es cuestionable, dado que resultaría poco verosímil pretender restablecer la vigencia de la *rule of law* sin prestar atención a la cuestión de si el acusado merece o no el castigo. Sí sería coherente postular que la función expresiva se realiza con la mera realización del juicio, y se refuerza aún más con la eventual absolución de aquel acusado cuya culpabilidad no pudo ser demostrada.

erga omnes, Duff se esfuerza por restablecer los lazos de pertenencia del condenado con la comunidad que lo juzga.¹¹³

De cualquier manera, una cosa es evidente: la calidad del proceso es directamente proporcional a su capacidad expresiva. Luban y Duff coinciden en que la justicia procesal es un elemento necesario de la legitimidad de un veredicto; la diferencia entre ambos es que para el primero ella es incluso un elemento suficiente, teniendo en cuenta la debilidad de la autoridad política que sustenta los tribunales penales internacionales.

Según las palabras del propio Luban, “dada la carencia de un gobierno mundial que autorice tribunales internacionales como la CPI, su autoridad debe ser en gran medida autogenerada mediante una adhesión estricta a la justicia natural”; pues “solo de esta forma ellos [los tribunales] pueden proyectar una visión normativa capaz de competir con la ortodoxia westfaliana”.¹¹⁴ Duff, como expliqué más arriba, considera ineludible encontrar una justificación para sostener la pretensión de juzgamiento que esgrime la CPI. De allí su preocupación por caracterizar a la humanidad al menos como una “comunidad moral en estado embrionario”.¹¹⁵

Wringe, por su parte, ratifica mi intuición cuando reflexiona acerca de las razones por las cuales el castigo de los crímenes de guerra puede reputarse un compromiso con ideales de justicia y no con sentimientos de venganza. En su opinión, ese compromiso solo es tangible en la medida en que sea impuesto “al final de un proceso que siga normas jurídicas tan estrictamente como sea posible”.¹¹⁶

Todas estas voces obligan a observar con escepticismo y desconfianza la pretensión de “ajustar” los estándares de justicia procesal vigentes en el derecho penal internacional. Si tal cosa sugiere adecuar la configuración del proceso al fenómeno sobre el que habrá de operar, no hay objeciones serias que oponer. Pero si, por el contrario, lo que se insinúa es que los jueces de la CPI están facultados a proceder a discreción con las reglas

¹¹³ En un trabajo posterior al que he examinado aquí, Wringe modifica su posición sobre el tipo de “expresivismo” que justifica el castigo de los crímenes de guerra. Considera ahora, siguiendo en parte a Duff, que no es descabellado defender la existencia de una comunidad capaz de llamar a rendir cuentas a los criminales de guerra. Dice que la variante comunicativa es superior a la otra porque no utiliza a las personas condenadas como medio para transmitir mensajes a la generalidad. Bill Wringe, “War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?”, *Res Publica*, vol. 16 (2010), pp. 119 ss.

¹¹⁴ Luban, “Fairness to Rightness...”, o. cit., p. 579. El autor recuerda al respecto que, en contra de lo que vaticinaba la fiscalía, las absoluciones dictadas por el tribunal de Núremberg reforzaron su legitimidad.

¹¹⁵ Duff, “Authority and Responsibility”, o. cit., p. 601, nota 41.

¹¹⁶ Wringe, “Why Punish...?”, o. cit., p. 190.

vigentes (en el ECPI y en las RPP), se presenta una contradicción insoluble. Vindicar el derecho violando el derecho es un mensaje distorsionado, comparable al que emite una radio descompuesta.

8. Conclusiones

1. La CPI ha establecido de forma concluyente que corresponde a los jueces determinar cuándo una prueba es potencialmente exculpatória. En cambio, permanece abierta la cuestión relativa a si, y en qué condiciones, el tribunal puede mantener en reserva documentos o informaciones capaces de respaldar la estrategia de la defensa o de debilitar la hipótesis de la acusación.

Considero que un proceder semejante afecta de forma irreversible la justicia procesal con la que debe conducirse el juicio. Si el acusado sabe que el tribunal dispone de prueba potencialmente exculpatória y, no obstante, esta no se le exhibe, la posterior condena no podrá despejar las dudas provocadas por el ocultamiento inicial. De cualquier manera, resulta injustificado rediscutir las razones subyacentes que aconsejan y desaconsejan acotar el *disclosure* por razones de confidencialidad. La redacción precisa del artículo 54.3.e ECPI no ampara al fiscal que ha recopilado prueba exculpatória y pretende sustraerse de sus deberes de divulgación conforme al artículo 67.2 ECPI. Las reglas de juego no están a disposición de los operadores del sistema y no pueden modificarse en medio de la partida.

2. Los procesos penales internacionales, en general, y el proceso ante la CPI, en particular, son el producto de una fusión de tradiciones jurídicas que debilita la posición de la defensa frente al poder del fiscal. Por un lado, se ha incorporado el *two cases approach*, cuyas consecuencias son la falta de un expediente oficial y la profusión de reglas sobre admisibilidad de la prueba. Pero, al mismo tiempo, el sistema delega en el tribunal la facultad de “administrar” pruebas dudosas, pues confía en su pericia para emplearlas o descartarlas al momento de juzgar los hechos. De esta manera, las reacciones procesales (inadmisibilidad, clausura anticipada, etcétera) no son respuestas que el acusado puede pretender como derivación de su derecho a un juicio justo, sino mecanismos de control que los jueces utilizan libremente como directores del proceso.

3. La importancia que se asigne a la integridad del proceso depende de una definición previa: si se lo concibe como mero instrumento al servicio de fines extraños, o si le reconoce un valor intrínseco. El “expresivismo” postula que la justicia penal

internacional es moralmente valiosa porque afirma la primacía del derecho aun en los peores escenarios; a su vez, sostiene que el juzgamiento tiene un potencial expresivo superior al del castigo. Si esto es acertado, la claridad del mensaje está supeditada a la previa realización de un juicio correcto e irreprochable.

Bibliografía

- AMBOS, KAI, “Confidential Investigations [article 54 (3) (e) ICC Statute] vs. Disclosure Obligations: the Lubanga Case and National Law”, *New Criminal Law Review*, vol. 12 (2009), pp. 543 ss.
- “International criminal procedure: ‘adversarial’, ‘inquisitorial’ or mixed?”, *International Criminal Law Review*, vol. 3 (2003), pp. 1 ss.
- “Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33 (2013), pp. 293 ss.
- ASHWORTH, Andrew, *The Criminal Process*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CAIANIELLO, Michele, “Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?”, *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 23 ss.
- “First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials. A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pp. 385 ss.
- CRYER, Robert, Hakan FRIMAN, Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DAMAŠKA, Mirjan, “Reflections on Fairness in International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pp. 611 ss.
- DE VOS, Christian, “‘Someone who comes between one person and another’: Lubanga, Local Cooperators and the Right to a Fair Trial, case note”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), pp. 217 ss.
- DUFF, Antony, “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en BESSON y TASSIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 589 ss.
- “Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial”, *Ratio* 23 (2010), pp. 123 ss.
- “Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?”, en BRUDHOLM y CUSHMAN (eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 79 ss.

- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en FEINBERG, *Doing and Deserving*, Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 95 ss.
- JACKSON, John, “Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries”, en JACKSON, LANGER y TILLERS (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 221 ss.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6 (2002), pp. 1 ss.
- LANGER, Máximo, “El sistema del tribunal gerencial en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en BAIGÚN (comp.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 671 ss.
- LANGER, Maximo y Kent ROACH, “Rights in the criminal process: a case study of convergence and disclosure rights”, en TUSHNET y FLEINER (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Abingdon: Routledge, 2013, pp. 273 ss.
- LUBAN, David, “After the Honeymoon. Reflections on the Current State of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), pp. 505 ss.
- “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, en BESSON y TASIIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 569 ss.
- MÉGRET, Frédéric, “Beyond ‘Fairness’: Understanding the Determinants of International Criminal Procedure”, *UCLA Journal of International Legal & Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 37 ss.
- NAHAMYA, Elizabeth, y Diarra ROKHAYATOU, “Disclosure of Evidence before The International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), pp. 339 ss.
- OHLIN, Jens David, “A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law”, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 77 ss.
- PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.
- PRIMORATZ, Igor, “Punishment as Language”, *Philosophy*, 64 (1989), pp. 187 ss.
- ROXIN, Claus, y Bernd SCHÜNEMMAN, *Strafverfahrensrecht*, 26.^a ed., Múnich: Beck, 2009.
- SAFFERLING, Christoph, *Internationales Strafrecht*, Berlín: Springer, 2011.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- SWOBODA, Sabine, “The Disclosure Regime. A Defense Perspective”, *Criminal Law Forum*, vol. 19 (2008), pp. 449 s.
- TAYLOR, Chris, “The disclosure sanctions review: another missed opportunity?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 17 (2013), pp. 272 ss.
- TOCHILOVSKY, Vladimir, “Prosecution Disclosure in the ICC and Relevant Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals”, en DORIA, GASSER y BASSIOUNI (eds.), *The Legal Regime of the*

International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko, Leiden: Nijhoff, 2009, pp. 843 ss.

TURNER, Jenia Iontcheva, “Policing International Prosecutors”, *International Law and Politics*, vol. 45 (2012), pp. 175 ss.

WHITING, Alex, “Lead Evidence and Discovery before the International Criminal Court: the Lubanga Case”, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 14 (2009), pp. 207 ss.

WRINGE, Bill, “War Crimes and Expressive Theories of Punishment: Communication or Denunciation?”, *Res Publica*, vol. 16 (2010), pp. 119 ss.

— “Why punish War Crimes? Victor’s Justice and Expressive Justifications of Punishment”, *Law and Philosophy*, vol. 25 (2006), pp. 159 ss.

ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Buenos Aires: Edhasa, 2007.

A PARTICIPAÇÃO DAS VÍTIMAS PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO *LUBANGA DYILO*

*Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura - IBCCrim*

RESUMO. Com o fim de apresentar um estudo aprofundado sobre a participação processual das vítimas perante o TPI, a partir do caso Lubanga, o presente trabalho foi dividido em duas partes: a primeira versou sobre a análise e a síntese das diversas questões enfrentadas e das decisões proferidas pelo Tribunal, desde a fase investigatória até a recursal. A segunda consistiu na análise crítica e em uma tentativa de sistematização sobre o alcance do papel da vítima no sistema processual penal internacional e os limites que devem ser respeitados em nome da “par conditio” e do justo processo.

Palavras chaves: participação processual das vítimas perante o TPI, conceito processual de vítima, interesse processual em participar, poderes processuais da vítima no processo penal internacional.

RESUMEN. Con el fin de presentar un estudio exhaustivo sobre la participación procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional desde el caso Lubanga, el trabajo se divide en dos partes: la primera es el análisis y la síntesis respecto a los diversos problemas que se presentaron ante la Corte y sus decisiones, desde la fase de investigación hasta la apelación. La segunda consistió en el examen crítico y el intento de sistematización del papel de las víctimas en el sistema de justicia penal internacional, así como los límites que deben respetarse en el nombre de la par conditio y el debido proceso.

Palabras clave: participación procesal de la víctima en la CPI, concepto de víctima a la luz del proceso penal, interés procesal de participación, poderes de la víctima en el proceso penal internacional.

ABSTRACT. In order to present a thorough study of the procedural participation of victims of the Lubanga case before the ICC, this work has been divided into two parts. The first explains the analysis and synthesis of the various issues faced

and the decisions by the court, starting at the investigation stage through to the appeal. The second consists of the critical analysis, attempting to systematize the scope of the role of victims in the international criminal justice system and the limits which must be respected in the name of “par conditio” and due process.

Key words: procedural participation of victims before the ICC, procedural concept of the victim, procedural interest in participating, procedural powers of the victim in the international justice process.

ZUSAMMENFASSUNG. Ausgehend von dem Fall Lubanga, mit der Absicht eine gründliche Untersuchung über die Verfahrensbeteiligung der Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof aufzuzeigen, wurde die folgende Arbeit in zwei Teilen erstellt: Der erste Teil handelt von der Analyse und Synthese der verschiedenen gemeisterten Probleme und der vom Gericht getroffenen Entscheidungen, von der Untersuchungsphase bis zum Rechtsmittelverfahren. Der zweite Teil besteht aus der kritischen Analyse und einem Versuch der Systematisierung über die Reichweite der Rolle des Opfers im Internationalen Strafprozess und die Grenzen, die im Namen des „par conditio“ und des gerechten Prozesses berücksichtigt werden müssen.

Stichworte: Verfahrensbeteiligung der Opfer vor dem IstGH, Verfahrenskonzept des Opfers, Verfahrensinteresse um teilzunehmen, Verfahrensrechte des Opfers im internationalen Strafverfahren.

1. Introdução. Metodologia

Muito embora o estudo sobre a participação processual da vítima perante o Tribunal Penal Internacional (TPI) esteja circunscrito ao caso Lubanga Dyilo, a multiplicidade de questões enfrentadas ao longo daquele processo indicou a imperiosa necessidade de se proceder a um recorte no âmbito da pesquisa. Isso porque, desde as etapas iniciais daquela persecução, quando sequer o objeto da acusação estava delimitado, o TPI já foi instado a resolver várias questões processuais relativas à participação das pretensas vítimas. Houve, portanto, um dispêndio considerável de energia por parte dos juízes para resolver uma série de aspectos relacionados com a participação das vítimas os quais não eram suficientemente evidentes. Além disso, a interposição de recursos e as decisões proferidas pela *Appeals Chamber* constituíram um elemento a mais na formação do quadro geral sobre tal matéria. Como se não bastasse, não foram raros os casos em que os entendimentos minoritários foram expressamente declarados pelos respectivos juízes. Muitos destes votos, aliás, trouxeram argumentos por demais ricos e que, portanto, não poderiam ser simplesmente olvidados da análise.

E, de fato, a despeito do entendimento majoritário que se construiu no caso Lubanga, percebe-se que os juízes têm diferentes interpretações a respeito dos mesmos dispositivos normativos. Conscientes dos riscos decorrentes da simplificação, talvez seja possível afirmar que a essência do debate sobre a participação processual das vítimas reside na diversidade das premissas lógicas adotadas. Com efeito, para aqueles mais sensíveis à premência do direito internacional dos direitos humanos, o papel processual da vítima na gestão da Justiça Penal tenderá a ser mais valorizado. Já para aqueles outros mais preocupados com a distribuição equitativa de forças da marcha processual e, portanto com as próprias premissas do *fair trial*, a intervenção das vítimas tenderá a ser mais restrita.

Tendo tais dificuldades em vista, o estudo estará focado no exame dos requisitos que legitimam as vítimas a participarem e no exame, igualmente, do quadro de interesses processuais que justificam essa intervenção. Afinal, quem está habilitado a participar? Quais são as condições para tanto? Quais são os limites de tal participação? Ainda que estas questões não tenham sido expressamente formuladas pelos juízes, foram, sem dúvida, as principais indagações enfrentadas e que tantos debates provocaram.

No desenho do roteiro do trabalho, a primeira parte concentra um exame exaustivo sobre as diversas decisões proferidas durante o caso Lubanga Dyilo. Esta parte, é certo, antecipa uma proposta de sistematização para o enfrentamento dos requerimentos de participação. Não se tem, obviamente, a pretensão de se esgotar tão delicado problema. O objetivo é o de apresentar um quadro orientativo que permita fixar as condições e os requisitos a serem observados e preenchidos para que as vítimas possam exercer o direito processual de participação perante o TPI.

2. Participação das vítimas na fase preliminar de investigação perante a *Pre Trial Chamber*

A primeira decisão proferida pelo TPI, que tocou diretamente as questões relativas à participação processual das vítimas, data de 17 de janeiro de 2006, quando sequer estava definida a acusação contra Thomas Lubanga Dyilo.¹ Em realidade, representadas pelo

¹ ICC-01/04 - Pre Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo. Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 and VPRS6.

então presidente da Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH),² algumas pessoas, invocando a condição de vítimas, e com amparo no art. 68(3) do ER,³ apresentaram requerimento solicitando autorização para que pudessem acompanhar e participar das investigações que estavam sendo conduzidas para a apuração da situação que envolvia a República Democrática do Congo (RDC). A questão era substancialmente nova. Não só pela ausência de precedentes no âmbito do próprio TPI, mas principalmente pela perspectiva de intervenção de supostas vítimas em uma fase ainda por demais embrionária da persecução penal.

Ao enfrentar o pedido, a *Pre Trial Chamber I* considerou relevante a solução de duas questões principais. Em primeiro lugar, reputou indispensável decidir sobre a existência ou não de um direito de participação das vítimas na fase de investigação. Como se verá, tal questão foi crucial diante da aparente restrição dada pelo art. 68(3) que, ao fazer uso da expressão *proceedings*, teria, em tese, limitado aquela intervenção apenas à fase processual. É fato que após superar essa primeira questão, a Câmara passou a avaliar se os requisitos dados pelo art. 85 das Regras de Procedimento e de Prova (RPP),⁴ que forneceu um conceito de vítima, teriam sido atendidos por cada um dos requerentes.

Para tanto, a *Pre Trial Chamber I* valeu-se de interpretações gramaticais e contextuais, não só do próprio ER, como também de outros documentos normativos do TPI. Nesse ponto, ao confrontar as versões em inglês e em francês do Estatuto concluiu que as expressões *proceedings* e *procédure*, utilizadas no art. 68(3), teriam sido empregadas em vários outros dispositivos para englobarem, igualmente, a fase preliminar da investigação.⁵ Além disso, a Câmara observou que o Capítulo no qual está inserido o art.

² Sidiki Kaba.

³ Com a seguinte redação em inglês: "Article 68. Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings [...] 3. Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence".

⁴ Com a seguinte redação em inglês: "Rule 85. Definition of victims. For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence: (a) "Victims" means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court; (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes".

⁵ Nesse aspecto, a Pre-trial fez referência ao disposto nos arts. 17(2)(3) e 54(3)(e) observando que a expressão *proceedings* incluiria a fase de investigação e, também valeu-se do art. 56(1)(2) cuja expressão *procédure*, em seu

68(3) – sob o título “do julgamento” – também conteria outros dispositivos que seriam aplicáveis à investigação.⁶

Mas é fato que a análise feita *Pre-trial Chamber I* foi mais além do que as interpretações gramatical e contextual. De fato, ao valer-se de uma exegese teleológica, reconheceu que a participação processual das vítimas, mesmo nos estágios iniciais da persecução penal, seria a solução mais adequada para com o próprio movimento do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário que reconheceu a importância do papel das vítimas na gestão da Justiça Criminal.⁷ E aqui deve ser destacado o uso feito pela Câmara das fontes de direito previstas pelo art. 21(1)(c) do ER, mais especificamente, da jurisprudência internacional dos direitos humanos. Com efeito, a *Pre-trial* valeu-se de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH)⁸ e de um julgado da Corte Interamericana (CorteIDH)⁹ para reafirmar a assertiva segundo a qual as vítimas teriam um direito de participarem da persecução penal, mesmo que em suas etapas iniciais.

Assim, após reconhecer a existência de um direito de participação das vítimas, a *Pre-trial Chamber I* passou a destrinchar as condições e as formas pelas quais se daria tal participação, o que levou, uma vez mais, à interpretação das disposições constantes do art.

entender, também abarcaria a investigação. É o que assentou: “32. [...] the Chamber notes that in Part 2 of the Statute, entitled ‘Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law’, both the English and French versions of article 17 use the term ‘proceedings’ several times in paragraphs 2 and 3 in a manner that seems to cover the investigation stage, which is expressly mentioned in paragraph 1 of the same article. 33. In Part 5 of the Statute entitled ‘Investigation and Prosecution’ the term ‘proceedings’ is used for the first time in article 54(3)(e) regarding the possibility of the Prosecutor’s agreeing not to disclose ‘at any stage of the proceedings’ information obtained on the condition of confidentiality. The Chamber considers that this term clearly refers to the investigation stage, since issues of disclosure may arise in the course of the investigation.[...] 34. The term ‘la procédure’ is also used in article 56(1) and (2) of the Statute concerning the role of the Pre-Trial Chamber in the case of a unique investigative opportunity...”

⁶ A *Pre-trial Chamber* fez referência, especificamente, aos arts. 69 a 72 do ER, já que estes dispositivos conteriam uma série de regulamentações aplicáveis às diferentes fases da persecução.

⁷ Aliás, nesse aspecto, a *Pre-trial Chamber I* afirmou que a vítima guardaria uma certa posição de independência frente à acusação não podendo ser considerada uma simples aliada da parte que acusa. “51. In the Chamber’s opinion, the Statute grants victims an independent voice and role in proceedings before the Court. It should be possible to exercise this independence, in particular, vis-à-vis the Prosecutor of the International Criminal Court so that victims can present their interests”.

⁸ No caso da Corte Europeia, as referências foram aos casos: *Moreira de Azevedo v. Portugal* (23.10.1990); *Tomasi v. França* (27.08.1992); *Acquaviva v. França* (21.11.1995), *Selmouni v. França* (28.07.1999); *Calvelli e Ciglio v. Itália* (17.01.2002); *Perez v. França* (12.02.2004); *Antunes Rocha v. Portugal* (31.05.2005). Ver para tanto par. 52, nota 52 da decisão.

⁹ No caso da Corte Interamericana, as referências foram aos casos: *Blake v. Guatemala* (24.01.1998). Nesse sentido, ver, par. 53, nota 53 da decisão.

68(3) do ER. Afinal, segundo tal dispositivo, a participação se daria pela manifestação de “entendimentos” e de “opiniões”, o que, de qualquer modo, ficaria dependente do reconhecimento da existência de interesses pessoais das vítimas que justificassem aquela intervenção (*personal interests affected*).

Aqui a Câmara lembrou que é justamente na fase de investigação que são colhidos todos os elementos necessários para a elucidação do caso e para a identificação do provável autor dos crimes cometidos. Seria, portanto, um primeiro degrau em direção à construção da formal acusação a qual poderia levar à condenação e à reparação do dano (art. 75 do ER). Assim, para a Câmara, os interesses das vítimas na participação da investigação seriam mais do que evidentes.¹⁰ O reconhecimento da existência do interesse em participar conferiria, por consequência, um direito processual à efetiva participação. Como contrapartida, recairia sobre o TPI o dever de garantir o exercício daquele direito, o qual não se esgotaria na previsão de mecanismos e de instrumentos que viabilizassem a apresentação de requerimentos, mas incluiria, igualmente, o direito de vê-los examinados e decididos.¹¹

Na tentativa de conferir um norte às formas como tal participação se daria ainda na fase de investigação, a *Pre-trial Chamber I* levou em conta três possíveis situações: a) atuação, de ofício, da Câmara de Instrução na adoção de medidas de preservação de meios de prova, à luz do disposto nos arts. 56(3) e 57(3)(c) do ER; b) adoção de medidas pela Procuradoria ou por advogados que atuem para resguardo dos interesses gerais e potenciais da defesa; c) apresentação de requerimentos pelas próprias vítimas.

No caso de atuação de ofício, a Câmara dispôs que a participação ou não de eventuais vítimas deveria ser objeto de decisão a ser enfrentada logo no início daqueles procedimentos.¹² Já na hipótese de medidas adotadas pela Procuradoria ou por advogados em favor dos interesses gerais da defesa, a Câmara distinguiu os procedimentos

¹⁰ Conforme se infere do seguinte trecho da decisão: “72. The right to present their views and concerns and to file material pertaining to the ongoing investigation stems from the fact that the victims’ personal interests are affected because it is at this stage that the person allegedly responsible for the crimes from which they suffered must be identified as a first step towards the indictment”.

¹¹ Bastante sugestivo é o seguinte trecho que é destacado da decisão: “71 [...] The use of the present tense in the French version of the text (‘la Cour permet’) makes it quite clear that the victims’ guaranteed right of access to the Court entails a positive obligation for the Court to enable them to exercise that right concretely and effectively. It follows that the Chamber has a dual obligation: on the one hand, to allow victims to present their views and concerns, and, on the other, to examine them”.

¹² ICC-01/04, par. 73.

que deveriam ser pautados pelo sigilo daqueles outros nos quais esta exigência não se colocaria. Assim, a participação das vítimas não seria admitida no caso de sigilo a resguardar, a menos que se detectasse, em um exame de ponderação, a prevalência de seus interesses. Já no caso de procedimentos públicos, a regra seria a participação, a menos que houvesse uma decisão em sentido contrário da Câmara, devidamente justificada e em atenção aos interesses das vítimas.¹³ Por fim, no caso de requerimentos formulados diretamente pelas vítimas, a Câmara se reservou no direito de examiná-los em cada caso.¹⁴

Assim, após admitir a possibilidade de participação das vítimas na fase de investigação, e de qualificar tal participação como um direito processual que ensejaria, por parte do TPI, um dever de assegurar o seu efetivo exercício nas formas e condições estabelecidas, a Câmara de Instrução se debruçou sobre os requisitos que permitiriam qualificar uma pessoa como vítima e, com isto, legitimá-la à participação processual.

Como se sabe, os critérios definidores são dados pela regra 85(a) do RPP.¹⁵ Dessa forma, vítima será toda e qualquer pessoa¹⁶ que tenha sofrido uma lesão decorrente da prática de algum crime sujeito à jurisdição do TPI.

Na análise de tais critérios, a *Pre-trial Chamber I* afirmou que o sentido e o alcance da expressão “lesão” deveria ser realizado em cada caso e sempre tendo como parâmetro as normas do direito internacional dos direitos humanos, diante da inexistência de qualquer definição dada pelo ER ou pelos demais documentos normativos do TPI.¹⁷ Essa premissa foi posta em prática no momento em que a Câmara passou a examinar, individualmente, os requerimentos de participação. E foi nesse ponto que, fundada em documentos internacionais,¹⁸ e também na jurisprudência internacional dos direitos

¹³ ICC-01/04, par. 74.

¹⁴ ICC-01/04, par. 75.

¹⁵ Conf. regra transcrita na nota 4.

¹⁶ Importante lembrar que o mesmo dispositivo, em sua alínea b, reconhece que as organizações e as instituições dedicadas à religião, à educação, à arte, à ciência ou que tenham finalidade filantrópica poderão ser vítimas dos crimes de competência do TPI. Neste sentido, é a redação: “... (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art, or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals, and other places and objects for humanitarian purposes”.

¹⁷ Ver par. 81 da decisão.

¹⁸ As referências foram específicas à Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1985 e aos Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, adotados pela Comissão de Direitos Humanos, em 19 de abril de 2005.

humanos,¹⁹ a Câmara afirmou que o sofrimento emocional e as perdas econômicas estariam inseridos no contexto de lesão referida pelo art. 85 do RPI.²⁰

Já quanto à exigência de configuração de crime de competência do TPI, a Câmara pontuou que qualquer análise não poderia ficar restrita ao reconhecimento da competência material, ou seja, na simples referência a alguma das figuras penais típicas dadas pelo art. 5º do ER (crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão). Segundo a Câmara, para além desta regra, seria imprescindível observar os demais critérios que complementam a competência do TPI, vale dizer, as regras de competência temporal, dadas pelo art. 11 do ER, dos critérios de competência territorial, fixados pelo art. 12(2) (a) do ER e, também, da nacionalidade ativa tal como definido pelo art. 12(2)(b).

No que se refere ao nexo de causalidade entre a lesão suportada e o crime praticado, a *Pre-trial Chamber I* reconheceu as dificuldades para uma afirmação categórica diante da prematuridade natural que cerca a fase de investigação. Tratando-se de fase da persecução desenhada justamente para apurar o fato e todas as suas circunstâncias, seria muito difícil, em um estágio ainda preliminar, qualquer afirmação precisa e definitiva quanto à existência de relação de causalidade entre uma lesão e um fato criminoso. Consciente, portanto, de tais dificuldades, a Câmara buscou amparo no mesmo standard probatório que é exigido para outras decisões que também são proferidas na fase de investigação. Assim, os chamados “motivos suficientes para crer” – *grounds to believe*²¹ –, os quais são referidos como condição para a expedição de um mandado de detenção, também poderiam ser usados como critério orientador para a decisão sobre a participação processual de supostas vítimas.²² Ou seja, longe de qualquer juízo de certeza quanto ao

¹⁹ No caso de sofrimento emocional, as referências foram feitas aos casos *Aksoy v. Turquey*, de 18 de dezembro de 1996, par. 113 e *Selmouni v. France*, de 28 de julho de 1999, par. 123, ambos da Corte Europeia de Direitos Humanos e aos casos *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, decisão de 10 de setembro de 1993 e *Neira Alegria et al. v. Peru*, de 19 de setembro de 1996, ambos da Corte Interamericana. Já no caso dos danos econômicos, as referências foram ao caso *Ayder and others v. Turkey*, julgado em 08 de janeiro de 2004 da Corte Europeia e ao caso *El Amparo v. Venezuela*, de 14 de setembro de 1996, da Corte Interamericana (par. 116, nota 87 da decisão).

²⁰ Esse raciocínio foi desenvolvido quando do exame do pedido formulado em favor de VPRS1, que era uma mulher que tinha perdido o marido, as filhas e os sobrinhos e cuja casa fora incendiada.

²¹ A expressão é referida pelo art. 58(1)(a) do ER que dispõe sobre a expedição de mandado de detenção e, de forma ainda mais restritiva, pelo art. 6(7) do ER. De qualquer modo, ainda que no último artigo, o ER tenha se valido de uma expressão mais restritiva, o que a *Pre-trial Chamber I* procurou destacar foi o standard probatório que permeia esta fase inicial da persecução e que, portanto, deveria ser estendido para todas as demais decisões, dentre as quais aquelas relativas à habilitação da participação de pretensas vítimas.

²² “99. The Chamber is of the opinion that the term ‘grounds to believe’ constitutes the least demanding criterion at the preliminary stage of the proceedings before the Court. In view of the discretion accorded to the Chamber by

preenchimento dos requisitos dados pelo art. 85 do RPP, seria suficiente um quadro de probabilidade quanto à condição de vítima. Este quadro, de qualquer modo, deveria ser demonstrado por postulante já que o ônus sobre ele recai.²³

É importante notar ter sido esse percurso lógico reiterado, meses depois, quando a *Pre-trial Chamber I* reviu a participação de algumas vítimas.²⁴ De fato, com o aprofundamento da investigação, os fatos foram melhor definidos o que permitiu, inclusive, a expedição de um mandado de detenção contra Thomas Lubanga Dyilo.²⁵ Dessa forma, a Câmara reconheceu que algumas daquelas pessoas já não mais poderiam ser consideradas como vítimas à luz dos critérios estabelecidos pela regra 85 do RPP, razão pela qual foram excluídas da participação processual.²⁶ Observe-se que essa possibilidade de revisão é compatível com a própria dinâmica que envolve a persecução penal perante o TPI, cujo procedimento envolve juízos progressivos de formação de culpa. Ou seja, de fatos ainda “indefinidos”, em um estágio preliminar de investigação de “situações”, o processo penal internacional segue uma trajetória contínua rumo a uma maior delimitação de seu próprio objeto com o amadurecimento dos chamados “casos”. Natural, portanto, que novos elementos de conexão surjam, assim como outros não subsistam. Essa dinâmica exigirá, por consequência, um contínuo ajuste do posicionamento de pretensas vítimas no processo.

A solução da questão relativa à participação das vítimas fez surgir outras questões bem mais específicas e que envolveram a forma como os requerimentos de habilitação seriam apresentados, bem como a maneira como as demais partes, em especial a defesa,

the Statute and the Rules, it considers that such a criterion may also be applicable to the procedural rights enjoyed by victims. The Chamber concludes that at the situation stage, the status of victim may be accorded only to applicants in respect of whom it has ‘grounds to believe’ that they meet the criteria set forth in rule 85(a) of the Rules” (par. 99 da decisão).

²³ “100. [...] Thus, the applicants must demonstrate that there are grounds to believe that they suffered harm as a result of a crime within the jurisdiction of the Court, such crime having allegedly been committed within the temporal and territorial limits of the relevant situation”.

²⁴ ICC-01/04-01/06 de 29 de junho de 2006. Decision on the applications for participation in the proceedings submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo.

²⁵ Conforme decisão de 10 de fevereiro de 2006, ICC-01/-4-01/06-2 que foi publicada em 17 de março de 2003 sob o registro ICC-01/04-01/06-37.

²⁶ Foram as pessoas referidas por VPRS 1, 4 e 5. Para a Câmara, cabe às pretensas vítimas, ou quando for o caso, os seus familiares próximos ou dependentes, o ônus processual de demonstrar o preenchimento de todos os requisitos previstos pelo art. 85 do RPP. Nesse sentido: “...the Chamber considers that the casual link required by rule 85 of the rules at the case stage, is substantiated when the victim, and where applicable, close family or dependants, provides sufficient evidence to allow it to be established that the victim has suffered harm directly linked to the crimes contained in the arrest warrant or that the victim has suffered harm whilst intervening to help direct victims of the case or to prevent the latter from becoming victims because of the commission of these crimes.”

poderiam contraditar tais requerimentos. Afinal às pretensas vítimas se assegurou o anonimato como uma medida protetiva. Como compatibilizar, então, o resguardo da segurança, pela via do anonimato, com os direitos processuais inerentes às partes processuais, em especial o direito à ampla defesa?

Vale lembrar que, conforme preceituado pelos arts. 89(1) do RPP²⁷ e 86(5) do Regulamento do Tribunal,²⁸ todos os requerimentos apresentados à Secretaria são submetidos a um controle preliminar o qual envolve, dentre outros, um exame quanto à regularidade da documentação juntada. Assim, caso os requerimentos estejam incompletos, a própria Secretaria pode restituí-los ao respectivo requerente, para que sejam melhor instruídos. Com ou sem resposta, são, então, encaminhados à Câmara para apreciação. No caso examinado pela *Pre-Trial Chamber I*, contudo, o representante legal das vítimas pediu que os requerimentos fossem editados, de forma a excluir as referências à identidade dos postulantes, antes mesmo de serem encaminhados à defesa. A defesa argumentou, por sua vez, que a permanência do anonimato inviabilizaria qualquer possibilidade de exercício de contraditório já que o ponto central da questão seria justamente a apreciação quanto ao atendimento de todos os requisitos que habilitariam aquela, ou aquelas pessoas, a figurarem como vítima(s) no processo.

Ao decidir a questão, a *Pre-trial Chamber I* percorreu, claramente, o caminho da ponderação dos interesses. Identificou, de um lado, o dever, a ela imposto, de proteção da privacidade das vítimas – art. 57(3)(c) do ER²⁹ – e o princípio geral de proteção dos interesses das vítimas – regra 86 do RPP.³⁰ De outro, apontou para a necessidade de se

²⁷ “Rule 89. Application for participation of victims in the proceeding 1. In order to present their views and concerns, victims shall make written application to the Registrar, who shall transmit the application to the relevant Chamber. Subject to the provisions of the Statute, in particular article 68, paragraph 1, the Registrar shall provide a copy of the application to the Prosecutor and the defence, who shall be entitled to reply within a time limit to be set by the Chamber. Subject to the provisions of sub-rule 2, the Chamber shall then specify the proceedings and manner in which participation is considered appropriate, which may include making opening and closing statements...”

²⁸ “... 5. The Registrar shall present all applications described in this regulation to the Chamber together with a report thereon. The Registrar shall endeavour to present one report for a group of victims, taking into consideration the distinct interests of the victims”.

²⁹ “Article 57. Functions and powers of the Pre-Trial Chamber. 1. Unless otherwise provided in this Statute, the Pre-Trial Chamber shall exercise its functions in accordance with the provisions of this article. [...] 3. In addition to its other functions under this Statute, the Pre-Trial Chamber may: [...] (c) Where necessary, provide for the protection and privacy of victims and witnesses, the preservation of evidence, the protection of persons who have been arrested or appeared in response to a summons, and the protection of national security information...”

³⁰ “Rule 86. General principle. A Chamber in making any direction or order, and other organs of the Court in performing their functions under the Statute or the Rules, shall take into account the needs of all victims and witnesses

resguardaras garantias do exercício do contraditório e da ampla defesa, as quais estariam representadas pela exigência de se remeter à Procuradoria e à defesa cópias de todos os requerimentos – art. 89(1) da RPP.³¹

No enfrentamento da questão, a Câmara reconheceu a supremacia dos interesses da defesa, lembrando existir uma diferença substancial entre a divulgação de dados sigilosos para o suspeito e a divulgação para a defesa técnica. Ademais, na fase referida por “situação” – e, portanto, ainda bastante embrionária da persecução –, a intervenção do defensor estaria informada pela necessidade de se resguardar os direitos e as garantias potenciais da defesa. Não haveria, dessa forma, uma relação direta de assistência entre o defensor e o investigado.³² A ausência de uma relação mais direta foi considerada importante para que a Câmara não reconhecesse a presença de riscos na divulgação das identidades de pretensas vítimas. Assim, decidiu que nenhuma cópia de requerimentos ou de documentos juntados na fase de investigação de situações seria entregue às demais partes de forma editada, ou seja, sem referência à identidade das vítimas.

A admissão da participação das vítimas, que por si só suscitou várias decisões por parte da *Pre-trial Chamber I* em uma tentativa clara de complementar os claros existentes nos diversos documentos jurídicos do TPI, fez surgir novas questões que também não tinham sido especificadas por aqueles documentos. Dentre estas, merece ser destacada a decisão que autorizou a participação processual das vítimas na audiência de confirmação das acusações feitas contra Lubanga Dyilo.³³

Aqui alguns aspectos conflituosos foram apontados pela Câmara. De um lado, o interesse das vítimas em preservar o anonimato diante da deterioração da situação na RDC e que aumentou a situação de risco e de maior vulnerabilidade. De outro, a garantia que proíbe as acusações anônimas. Na ponderação destes dois interesses, a Câmara permitiu que o representante das vítimas pudesse apresentar alegações iniciais e finais e que pudesse formular pedidos de intervenção durante a audiência. No entanto, proibiu que novos aspectos fáticos relacionados com a imputação ou mesmo que novas provas pudessem

in accordance with article 68, in particular, children, elderly persons, persons with disabilities and victims of sexual or gender violence”.

³¹ Conforme nota 57 supra.

³² “28. [...] At the situation level, during the initial stages of the investigation, the OPCD’s role is restricted to safeguarding any potential rights of the defence, and does not extend to any form of direct assistance to any suspect or accused”.

³³ ICC-01/04-01/06, Decision on the arrangements for participation of victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 at the confirmation hearing, de 22 de setembro de 2006.

ser por ele apresentados e proibiu, igualmente, a participação ativa na produção da prova oral com a inquirição de testemunhas.³⁴

É certo que o anonimato serviu de argumento central para a decisão da *Pre-trial Chamber*, o que deixou aberta a resolução de situação diversa. Ou seja, caso não estivessem as vítimas amparadas pela medida protetiva do anonimato ser-lhes-ia permitido participara ponto de interferirem na própria construção da tese acusatória de modo a ampliarem os fatos imputados pela Procuradoria? A resposta afirmativa implicaria reconhecer, em favor das vítimas, um poder equiparável ao do próprio órgão acusador. Por mais que o ER tenha reconhecido uma posição de destaque das vítimas, soa exagerado supor que a participação tenha sido projetada em grau tão amplo. É possível que a intenção do ER tenha sido a de outorgar às vítimas um papel *sui generis* na relação processual sem que fossem elas equiparadas à condição de parte. Até mesmo porque, a condição de parte supõe uma aderência a um posicionamento claro na dinâmica do processo. Afinal, ação e reação são os aspectos que fixam a tensão processual levando a marcha a um contínuo movimento. Logo, permitir que as vítimas, que não detém o domínio da tese acusatória, pudessem intervir na audiência a ponto de alterar o substrato que dá base à acusação, desvirtuaria a lógica e o equilíbrio do modelo processual onde as partes estão bem definidas.

Já a possibilidade de participação nas alegações iniciais e finais é uma decorrência natural do regime abraçado pelo ER que prevê, expressamente, a possibilidade de tal intervenção. Quanto à inquirição de testemunhas, a vedação, que tinha assumido uma dimensão categórica quando da decisão, foi mitigada quando da audiência, já que a Câmara autorizou que o representante legal das vítimas apresentasse uma questão a uma testemunha que tinha sido arrolada pela Procuradoria.³⁵

De qualquer modo, e como se verá, a questão relativa à extensão da participação das vítimas no processo perante o TPI não é livre de controvérsias. De fato, a temática retomou o centro dos debates quando o processo alcançou a fase de julgamento perante a *Trial Chamber*. Ali, algumas decisões proferidas perpetuaram a controvérsia em torno do reconhecimento de um direito à prova em favor das vítimas. A existência de decisões não unânimes, mesmo perante a *Appeal Chamber*, bem ilustra o grau de incerteza que cerca a maior ou menor amplitude dos direitos processuais que cercam a participação processual da vítima.

³⁴ Conforme pag. 7/8 da decisão.

³⁵ ICC-01/04-01/06-T-39-Eng. pag. 95 e 141.

3. Participação das vítimas na fase de julgamento perante a *Trial Chamber*

3.1. A condição processual de vítima.

O entendimento majoritário da *Trial Chamber*

Em 18 de janeiro de 2008, a *Trial Chamber I* proferiu uma longa decisão, não unânime,³⁶ em que enfrentou diversas questões relacionadas com a participação das vítimas na fase de julgamento do processo de Lubanga Dyilo. Na mesma oportunidade, fixou, de maneira pormenorizada, as condições e as formas pelas quais se daria tal participação.³⁷

Seguindo o mesmo raciocínio que já tinha sido trilhado pela *Pre-trial Chamber*, a *Trial Chamber* definiu o conceito de vítima valendo-se, para tanto, do disposto na regra 85 da RPP. A partir de então, os juízes, sensíveis às condições peculiares do Congo e conscientes das imensas dificuldades que algumas pessoas teriam em provar a própria identidade, abrandaram os requisitos formais para comprovação de tal condição.³⁸ Assim, partindo da premissa de que a participação processual seria um direito, a Câmara fixou uma lista bastante extensa de documentos que seriam admitidos para a demonstração da identidade dos postulantes.³⁹

³⁶ Voto dissidente ficou por conta do Juiz René Blattmann.

³⁷ ICC-01/04-01/06. Decision on victim's participation.

³⁸ Aliás, uma das grandes questões enfrentadas no julgamento final de Thomas Lubanga Dyilo foi justamente a admissão de provas relativas à idade das pretensas vítimas. Isso porque, a acusação envolveu o uso das chamadas crianças-soldado, em que a prova quanto à idade constitui elemento essencial justamente porque o crime supõe uma condição especial do sujeito passivo.

³⁹ Documentos oficiais de identidade, como carteira nacional de identidade, passaporte, certidão de nascimento ou de óbito, certidão de casamento, testamento, carteira de habilitação e carta de agência humanitária. Admitiu, ainda, documentos não oficiais tais como cartão de votação, carteira de estudante, carta de autoridade local, documentos de tratamento médico, carteira de trabalho e de batismo. Por fim, admitiu certificados ou atestados de extravio de documentos, documentos escolares, carteira de membro de Igreja, carteira de associação política ou partidária, documentos expedidos pelos centros de reabilitação de crianças associadas a grupos armados, certificado de nacionalidade ou carteira de pensão (ICC-01-04-01/06-1119, par. 87). A Câmara chegou, inclusive, a admitir que a falta dos documentos poderia ser suprida por uma declaração de identidade, desde que firmada por duas testemunhas. Nesse sentido: ICC-01-04-01/06-1119, par. 88. No caso de organizações ou instituições, admitindo qualquer documento de constituição da entidade de acordo com a lei do país ou mesmo qualquer documento que indicasse a lesão direta à sua propriedade tal como previsto pelo art. 85(b) do RPP.

Superada a problemática da identidade, Câmara afirmou incumbir ao requerente, a prova de que teria suportado algum tipo de lesão e que esta seria decorrente da prática de algum crime de competência do TPI. Na definição de lesão, a maioria da Câmara entendeu que o sentido deveria ser amplo, guardando correspondência com o proclamado pela Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder da ONU. Por consequência, o conceito de vítima deveria ser amplo, alcançando todas as pessoas que tivessem suportado danos físicos ou psicológicos, sofrimento emocional, perdas econômicas ou mesmo lesões aos seus direitos fundamentais.⁴⁰

Já quanto ao enfrentamento do conceito de “crime sujeito à competência do TPI”, a maioria dos juízes adotou um posicionamento menos restritivo entendendo, dessa forma, que a referência a crime feita pela regra 85 do RPP não estaria vinculada aos termos da acusação confirmada pela *Pre-trial Chamber*. Ou seja, poderia ser qualquer crime dentre aqueles sujeitos ao critério de competência material definido pelo ER. É que para os juízes, a regra 85 do RPP não teria feito qualquer restrição ao crime provocador da lesão sofrida pela vítima. Logo, a condição de vítima e, portanto a sua “legitimidade para participar”,⁴¹ adviria do simples fato de ser vítima de um crime internacional – *core crimes* – sujeito à jurisdição do TPI.

A maioria reconheceu, contudo, a necessidade de uma restrição a qual seria dada por uma outra condicionante, qual seja, o interesse pessoal da vítima na participação processual. Este, por sua vez, estaria previsto pelo art. 68(3) do ER. Ou seja, o fato de alguém atender os critérios para ser qualificado como vítima, não levaria, automaticamente, à efetiva participação, já que esta estaria dependente, ainda, da configuração de um interesse específico, intimamente conectado, portanto, com o processo em que pretende intervir. Ainda que não tenham feito referências expressas, é possível identificar,

⁴⁰ Conforme par. 92 da decisão: “1. Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws prescribing criminal abuse of power” e “18. “Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that do not constitute violations of national criminal laws but internationally recognized norms to human rights”.

⁴¹ De alguma forma, empresta-se aqui o conceito de “legitimidade de agir” como um dos requisitos da chamada condição da ação e que foi desenvolvido por Liebman e que ganhou grande recepção na doutrina processual brasileira.

no raciocínio desenvolvido pelos juízes, a admissão de duas condições distintas para a participação: a legitimidade como pertinência subjetiva da vítima e o interesse processual na participação.⁴² Assim, a legitimidade, que é a própria condição de vítima, constitui um pressuposto para a análise do interesse. É possível ser vítima sem ter interesse na participação do processo. Mas, não é possível participar sem ter sido sequer vítima.

Logo, para os juízes, haveria um real interesse em participar quando houvesse uma conexão clara entre a vítima e a prova que será produzida e valorada durante o julgamento de Lubanga Dyilo, ou mesmo quando a vítima fosse, de alguma forma, afetada por alguma questão que surgisse durante aquele julgamento.⁴³ Além disso, consideraram que o interesse não poderia ser avaliado apenas dentro de uma perspectiva reparatória, o que seria por demais restritivo. Ao contrário, entenderam que o interesse é amplo, ainda que conectado com os fatos postos a julgamento no processo.⁴⁴

Já quanto ao standard probatório exigido para as decisões sobre a participação das vítimas, a Câmara também adotou o critério do “*grounds to believe*”. Ou seja, bastaria identificar a presença de fundamentos que conferissem, em um exame preliminar,

⁴² Este raciocínio é mais fácil de se detectar quando da leitura do parágrafo 95 da decisão. Os juízes reconhecem que admitir a participação de toda e qualquer vítima seria impraticável e, mais do que isto, contrário aos próprios princípios que norteiam a justiça. Daí, recorrendo ao disposto no art. 68(3) do ER identificam o que seria uma condição independente e que estaria representada pelo interesse em participar. Este interesse não decorre do simples fato de ser vítima, mas sim, da existência de uma clara conexão entre o processo que está em curso e os interesses da vítima, quer seja porque há uma questão probatória que, de alguma forma, afeta aquela vítima, quer seja, porque há alguma questão que se coloca no processo e cujo enfrentamento, de alguma forma, afeta a vítima. Para melhor compreensão, transcreve-se o seguinte trecho: “95. In light of the above analysis, it is therefore clear that a victim of any crime falling within the jurisdiction of the Court can potentially participate. However, self-evidently, it would not be meaningful or in the interests of justice for all such victims to be permitted to participate as victims in the case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, given that the evidence and the issues falling for examination in the case (which will be dependent on the charges he faces) will frequently be wholly unrelated to the crimes that caused harm to victims coming from this very wide category. Article 68(3) of the Statute is clear in its terms: “where the interests of the victims are affected, The Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate [...]”. Applying that essential requirement, the interests of many victims even of the Situation in the Democratic Republic of the Congo will be unrelated to the substance of the present case (the issues and the evidence), and in consequence granting participation rights to them would not serve any useful purpose”.

⁴³ Na verdade, a Câmara propôs duas questões a enfrentar para a delimitação do interesse na participação: “Is there a real evidential link between the victim and the evidence which the Court will be considering during Mr. Thomas Lubanga Dyilo’s trial (in the investigation of the charges he faces) leading to the conclusion that the victim’s personal interests are affected? Is the victim affected by an issue arising during Mr Thomas Lubanga Dyilo’s trial because his or her personal interests are in a real sense engaged by it?”

⁴⁴ Ver par. 97 e 98 da decisão.

credibilidade às afirmações postas pelas pretensas vítimas,⁴⁵ não se exigindo, dessa forma, certeza, até mesmo porque tal exigência, de alguma forma, poderia levar a uma antecipação da apreciação do próprio mérito da causa.

3.2. Formas de participação.

O entendimento majoritário da Trial Chamber

O raciocínio desenvolvido pela maioria da Câmara circunscreve a possibilidade de participação das pretensas vítimas que, para tanto, sempre deverão demonstrar uma especial conexão entre os seus interesses, ainda que amplos, com as questões enfrentadas especificamente pelo processo. Ainda segundo a maioria, o deferimento da participação, nessas condições, não seria definitivo e, portanto, não seria válido para toda a marcha processual. Ao contrário, seria pontual.⁴⁶ Tal entendimento, observe-se, fixa um encargo à vítima que, para tanto, deverá demonstrar, continuamente, possuir um interesse que justifique a intervenção.

Essa lógica estabelece um relativo paradoxo entre o crescente movimento de maior sensibilidade para com a importância do papel da vítima no terreno no direito internacional dos direitos humanos e as perspectivas de sua efetiva participação na marcha processual. De fato, a necessidade de apresentação de contínuos pedidos, os quais sempre deverão vir acompanhados da demonstração dos interesses processuais – *personal interests affected* –, é um indicador de que a participação processual da vítima, na visão da Câmara, constitui uma medida excepcional dentro do roteiro processual.

É fato que a *Trial Chamber I* prossegue em suas deliberações, fixando parâmetros que deverão ser observados quando da participação das vítimas nas diferentes etapas do processo.

Assim, no caso de acesso a registros, a documentos e aos arquivos, com base no disposto na regra 131(2) do RPP,⁴⁷ a Câmara entendeu que as vítimas, a princípio, terão

⁴⁵ Ver par. 99 da decisão.

⁴⁶ Ver par. 101 da decisão.

⁴⁷ O artigo em questão trata dos registros dos atos praticados durante o procedimento perante a Pre-trial Chamber, dispondo que poderão ser consultado pelas partes e, também pelas vítimas ou seus representantes, desde que não estejam acobertados pelo sigilo e pela necessidade de se resguardar a proteção da segurança nacional. Neste sentido, é a redação do dispositivo: "Art. 131. [...] 2. Subject to any restrictions concerning confidentiality and the protection of national security information, the record may be consulted by the Prosecutor, the defence, the representatives

acesso apenas aos documentos públicos, quais sejam aqueles que não estão acobertados pelo manto da confidencialidade ou mesmo pelo sigilo emergente da proteção da segurança nacional. No entanto, caso as informações contidas nesses documentos sejam substancialmente relevantes para os interesses das vítimas, será assegurado o acesso, mas apenas em favor daquelas que se reconhecer a configuração de tal interesse.⁴⁸ Ou seja, nesse caso em que valores importantes alimentam o sigilo, não bastará um “standard geral de interesse” para acessá-los, mas sim um “interesse qualificado” e que é representado pela expressão *material relevance to the personal interests*. Há aqui, claramente, um exercício de ponderação feito pela Câmara e que leva em conta o posicionamento processual *sui generis* da vítima na marcha processual.⁴⁹

No mais, com relação à inquirição das testemunhas e à produção de outras provas, a maioria da Câmara entendeu que tal possibilidade não estaria restrita à acusação e à defesa, até mesmo porque já teria sido prevista pela regra 91(3)(a)(b) do RPP.⁵⁰ Nesse ponto, reconheceu a possibilidade de inquirição das testemunhas e de exame das provas

of States when they participate in the proceedings, and the victims or their legal representatives participating in the proceedings pursuant to rules 89 to 91”.

⁴⁸ Veja-se a propósito o seguinte trecho: “106. Due to the fact that confidential filings within the record often contain sensitive information related to national security, protection of witnesses and victims, and the prosecution’s investigations, the presumption will be that the legal representatives of victims shall have access only to public filings. However, if confidential filings are of material relevance to the personal interests of participating victims, consideration shall be given to providing this information to be relevant victim or victims, so long as it will not breach other protective measures that need to remain in place”.

⁴⁹ De qualquer modo, a Câmara reconhece o seu dever de proceder à intimação do representante legal da vítima para que ele possa avaliar, em tempo razoável, a configuração ou não de tal interesse Conforme par. 107 da decisão.

⁵⁰ O artigo em questão fixa critérios para a intervenção dos representantes legais quando da produção de prova oral. No entanto, assume tal intervenção como excepcional. De um lado por fixar critérios para que ela possa ser concretizada. Ou seja, deve ser precedida de um pedido dirigido à Câmara que conterà a pergunta que se deseja fazer. A pergunta poderá, ainda, ser submetida às considerações das partes. Além disso, a decisão da Câmara deverá levar em conta o estágio do processo, os direitos do acusado, os interesses da testemunha e a necessidade de um julgamento célere e eficaz. É o que se infere da seguinte redação: “Art. 91 [...] 3. (a) When a legal representative attends and participates in accordance with this rule, and wishes to question a witness, including questioning under rules 67 and 68, an expert or the accused, the legal representative must make application to the Chamber. The Chamber may require the legal representative to provide a written note of the questions and in that case the questions shall be communicated to the Prosecutor and, if appropriate, the defence, who shall be allowed to make observations within a time limit set by the Chamber. (b) The Chamber shall then issue a ruling on the request, taking into account the stage of the proceedings, the rights of the accused, the interests of witnesses, the need for a fair, impartial and expeditious trial and in order to give effect to article 68, paragraph 3. The ruling may include directions on the manner and order of the questions and the production of documents in accordance with the powers of the Chamber under article 64. The Chamber may, if it considers it appropriate, put the question to the witness, expert or accused on behalf of the victim’s legal representative.”

que tivessem sido determinadas, de ofício, dentro da perspectiva dos poderes instrutórios do Tribunal. Aqui, a maioria fez uma associação com o interesse geral de “apuração da verdade”. Se este alimenta os poderes instrutórios, natural que alimentasse, igualmente, a participação da vítima. Da mesma forma, a Câmara reconheceu a possibilidade de a vítima questionar a admissibilidade ou a relevância de uma prova.

Já com relação à inspeção de documentos ou outros elementos de prova mantidos em poder da acusação ou da defesa, em uma estrutura comum ao *adversary system*, a Câmara reconheceu que o exercício de tal direito processual, tal como previsto pelas regras 77 e 78 da RPP, somente se aplica às partes. Nessa perspectiva, reconhece o protagonismo da acusação e da defesa no gerenciamento do material probatório. De qualquer modo, a maioria dos juízes não assumiu uma posição extremada, admitindo a possibilidade de que as vítimas tivessem acesso a algum material probatório específico que estivesse sob a guarda da Procuradoria. A permissão, contudo, não foi estendida ao material que eventualmente estivesse em poder da defesa.⁵¹

Quanto à participação das vítimas em audiências realizadas sob sigilo de justiça, a Câmara, embora tenha admitido a possibilidade, afirmou que qualquer decisão somente poderia ser tomada no exame da singularidade de cada caso. Já quanto à possibilidade de sustentação oral, a Câmara admitiu a possibilidade de restringi-la de modo que fosse concretizada por um único representante legal comum.⁵² Nesse aspecto, e interpretando a regra 90(2) da RPP,⁵³ a Câmara reafirmou o poder que detém de ordenar que as vítimas fossem agrupadas e representadas por um representante legal comum. Reconheceu, contudo, a impossibilidade de indicar, desde logo, critérios orientadores detalhados. Não descartou, contudo, a perspectiva de se levar em consideração a identidade linguística, a proximidade temporal e espacial dos crimes cometidos, dentre outros critérios para o agrupamento das vítimas.⁵⁴

O percurso lógico desenvolvido pela maioria dos juízes, e parte das conclusões tomadas, foi alvo de críticas por parte do Juiz René Blattmann que, para tanto, declarou

⁵¹ Ver par. 111 da decisão.

⁵² Ver par. 113 e 115.

⁵³ Assim redigido: “Art. 90 [...] 2. Where there are a number of victims, the Chamber may, for the purposes of ensuring the effectiveness of the proceedings, request the victims or particular groups of victims, if necessary with the assistance of the Registry, to choose a common legal representative or representatives. In facilitating the coordination of victim representation, the Registry may provide assistance, inter alia, by referring the victims to a list of counsel, maintained by the Registry, or suggesting one or more common legal representatives.”

⁵⁴ Ver. par. 124 e 125.

o seu voto divergente. O ponto central da discórdia repousou nos critérios adotados para a definição processual de vítima que, no entender do Juiz Blattmann, teriam sido por demais amplos. Para ele, não seria possível desconsiderar a exigência de conexão entre a vítima e o objeto do processo. Daí a utilidade de classificação das vítimas entre “vítimas da situação” (fase da investigação) e “vítimas da causa” (fase de julgamento, onde a acusação já está definida), a qual já teria sido sufragada pela jurisprudência do próprio TPI.⁵⁵

Ademais, para Blattmann, um conceito impreciso de vítima não só traria incertezas para as próprias vítimas, mas também colocaria em risco o direito do acusado ao justo processo. O Juiz foi mais além ao afirmar que a ausência de uma vinculação clara entre a definição de vítima e os termos da imputação – dada e confirmada – deixa aberta a possibilidade para uma participação mais ampla do que aquela circunscrita pela acusação o que, no seu entender, violaria preciosos princípios do direito penal, tais como o princípio da legalidade.⁵⁶

Tomando tais premissas, Blattmann sugere a observância dos seguintes critérios: em primeiro lugar, há que se decidir se a pessoa que pleiteia a participação sofreu uma lesão por conta da prática de crime de competência do Tribunal. No entanto, observa o Juiz que não bastaria aqui um procedimento de subsunção típica geral. Para ele, o crime que condiciona a participação é aquele circunscrito pelos termos da acusação confirmada pela *Pre-trial*. Superada esta premissa, deve-se averiguar, em segundo lugar, se os interesses da vítima são afetados pelo caso. Reconhecido este interesse, a efetiva participação da vítima deveria ser avaliada dentro de um juízo de oportunidade o qual deveria levar em conta o estágio em que se encontrar o processo. E, por fim, deveria ser levado em consideração, igualmente, se a participação seria prejudicial aos direitos do acusado e a um justo, imparcial e eficiente processo.⁵⁷

Blattmann também manifestou discordância quanto à perspectiva que foi aberta, pela maioria, de apresentação de requerimentos duplos – ou múltiplos – de habilitação. Segundo as suas considerações, a se seguir o raciocínio desenvolvido pela maioria, haveria um pedido de caráter geral, que seria válido para todo o processo, e

⁵⁵ Nesse aspecto, o Juiz Blattmann buscou apoio em decisão proferida pela Pre-trial Chamber datada de 24 de dezembro de 2007, especialmente o voto dissidente proferido pelo Juiz Pikis em que se afirma a conexão clara entre o conceito de vítima e o objeto da acusação.

⁵⁶ Ver, especificamente, o par. 21 do voto dissidente.

⁵⁷ Ver par. 15 do voto dissidente.

outro(s) específico(s) e que se aplicaria para determinados atos do processo. Para ele, a metodologia proposta imporia excessivo ônus às vítimas. Em seu raciocínio, caberia à Câmara extrair do pedido inicialmente formulado outros elementos para decidir sobre a participação em atos mais específicos sem que houvesse a necessidade de contínuos e sucessivos pedidos.⁵⁸

3.3. A participação processual das vítimas.

O entendimento majoritário da Câmara de Recursos - Appeals Chamber

A decisão, não unânime, proferida pela *Trial Chamber I* relativa à participação das vítimas na fase do julgamento foi impugnada tanto pela acusação quanto pela defesa o que levou a um julgamento igualmente não unânime pela *Appeals Chamber*.⁵⁹ Considerando o âmbito das impugnações, três foram as questões delimitadas pelos recursos e enfrentadas pela Câmara, a saber: a) se o conceito de vítima supõe a configuração de uma lesão pessoal e direta; b) se a lesão da vítima e o conceito de interesse pessoal previstos pelo art. 68(3) do ER devem estar conectados com os termos da acusação de Lubanga Dyilo e c) se a participação processual das vítimas permitiria que elas apresentassem provas e/ou questionassem a admissibilidade e/ou relevância de uma dada prova.

3.3.1. Ainda em torno do conceito de vítima. Lesão pessoal e direta

Nessa primeira abordagem, a Câmara de Recursos observou que a regra 85 da RPP distingue, em suas alíneas, as vítimas que são pessoas naturais daquelas que são organizações e instituições. O RPP associa as últimas à lesão direta, o que, segundo a Câmara, seria revelador do desejo de se restringir a amplitude do conceito de vítima no caso de organizações, mas não no caso de pessoas naturais. Daí prossegue a Câmara de Recursos, em se tratando de pessoas físicas, a vítima é tanto aquela que sofreu uma lesão como também aquele que suportou algum sofrimento em razão de atos que atingiram diretamente

⁵⁸ Ver par. 22 do voto dissidente.

⁵⁹ ICC-01/04-01/06 OA90A10, de 11 de julho de 2008, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on victim's participation of 18 January 2008.

outras pessoas. A conclusão tem especial aplicação no caso Lubanga. Afinal, o recrutamento e o alistamento de crianças atingem não só estas, como também os seus pais.⁶⁰

Mas, para a Câmara de Recursos, a principal questão no contexto da delimitação do conceito de vítima não reside no fato de a lesão ser direta ou indireta, mas sim na dimensão pessoal do sofrimento. Ou seja, o sofrimento poderia ser pessoal, mesmo na hipótese de crimes que vitimassem uma coletividade,⁶¹ como é o caso das perseguições raciais, étnicas ou religiosas. Afinal, justamente por pertencer a um dado grupo, a pessoa poderá sentir-se pessoalmente atingida, sendo, portanto, vítima igualmente. O raciocínio da *Appeals Chamber*, contudo, traz o risco de se ampliar, demasiadamente, o conceito de vítima, o que, por consequência, pode trazer maiores dificuldades, além daquelas já enfrentadas pelo TPI, na gestão da atividade processual diante da perspectiva que se abre de múltiplos requerimentos de intervenção.

3.3.2. A lesão e o crime devem estar conectados com os termos da imputação dada pela acusação?

Embora a *Appeals Chamber* tenha reconhecido que a redação do art. 85 do RPP não exija uma conexão entre o conceito de vítima e os crimes objeto da acusação, uma leitura conjunta do art. 68(3) do ER e da regra 89(1) do RPP⁶² conduz, necessariamente, ao reconhecimento da existência de tal restrição. Isso porque os interesses pessoais são aqueles afetados pelo processo o qual, por sua vez, gravita em torno de uma acusação. Assim, para que a vítima possa apresentar os seus requerimentos, nas formas indicadas pela regra 89(1) do RPP, deve ela guardar algum vínculo com o fato processual que constitui o objeto do processo a ponto de qualifica-la como vítima dos crimes imputados.⁶³

⁶⁰ Conforme se depreende do seguinte trecho: “32 The Appeals Chamber considers that the harm suffered by a natural person is harm that person, i.e. personal harm. Material, physical, and psychological harm are all forms of harm that fall within the rule if they are suffered personally by the victim. Harm suffered by one victim as a result of the commission of a crime within the jurisdiction of the Court can give rise to harm suffered by other victims. This is evident for instance, when there is a close personal relationship between the victims such as the relationship between a child soldier and the parents of that child. The recruitment of a child soldier may result in personal suffering of both the child concerned and the parents of that child”.

⁶¹ É o que se conclui a partir do seguinte trecho: “35. The Appeals Chamber considers that there may clearly be harm that could be both personal and collective in nature. The fact that harm is collective does not mandate either its inclusion or exclusion in the establishment of whether a person is a victim before the Court”.

⁶² Ver nota 26 supra.

⁶³ É o que se denota do seguinte trecho: “62. Given that the purpose of trial proceedings is the determination of the guilt or innocence of the accused person of the crimes charged, and that the application under rule 89(1) of the Rules

Seguindo tal raciocínio, caberia à Câmara de Julgamento decidir se uma pessoa é ou não vítima, reconhecendo, para tanto, a conexão entre a lesão por ela suportada e o crime narrado pela acusação. Uma vez confirmada esta condição, caberia à Câmara averiguar, igualmente, se os interesses da vítima teriam sido, de alguma forma, afetados pelo processo. Somente em caso positivo, é que seria admitida a participação processual.

3.3.3. Qual a extensão do direito de participação processual das vítimas?

O entendimento majoritário da Câmara de Recursos é de que o direito de produzir prova e o direito de questionar a admissibilidade de provas não são exclusivos das partes (acusação e defesa), sendo reconhecidos também em favor das vítimas habilitadas a participar do processo. Para tanto, a maioria dos juízes estabelece uma analogia com os poderes instrutórios do Tribunal (art. 69(3) do ER).⁶⁴ Ou seja, o fato de se permitir que o Tribunal determine, de ofício, a produção de prova seria um claro indicativo de que tais poderes não seriam monopólio da acusação e da defesa. O argumento, todavia, é discutível justamente por fixar uma equivalência entre o julgador e a vítima, cujas posições na relação processual são, sabidamente, distintas. Mas, para além daquele argumento, o entendimento majoritário considera que qualquer limitação ao exercício de poderes instrutórios por parte da vítima, enfraqueceria, demasiadamente, a participação processual destas, conclusão que não se coadunaria com a *ratio legis* do art. 68(3) do ER.⁶⁵

De qualquer modo, a afirmação de que o direito de participação processual envolve o poder de postular pela introdução de prova não conduz a um dever, automático, em aceita-la. Conforme o entendimento majoritário, ao Tribunal assiste uma margem para

in this context is for participation in the trial, only victims of these crimes will be able to demonstrate that the trial, as such, affects their personal interests. Therefore, only victims who are victims of the crimes charged may participate in the trial proceedings pursuant to article 68(3) of the Statute read with rule 85 and 89(1) of the Rules".

⁶⁴ "Art. 69 [...] 3. The parties may submit evidence relevant to the case, in accordance with article 64. The Court shall have the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth".

⁶⁵ Conforme se extrai do seguinte trecho: "To give effect to the spirit and intention of article 68(3) of the Statute in the context of the trial proceedings it must be interpreted so as to make participation by victims meaningful. Evidence to be tendered at trial which does not pertain to the guilt or innocence of the accused would most likely be considered inadmissible and irrelevant. If victims were generally and under all circumstances precluded from tendering evidence relating to the guilt or innocence of the accused and from challenging the admissibility or relevance of evidence, their right to participate in the trial would potentially become ineffectual."

apreciação, levando-se em conta os direitos e as garantias do acusado e os critérios de conveniência e de oportunidade processual.

Já quanto à impugnação de prova fundada em razões de admissibilidade, a maioria entendeu inexistir qualquer proibição normativa para que as vítimas assim procedessem. Nesse ponto, foram citados como exemplos a impugnação de prova obtida com violação dos direitos humanos das vítimas, da prova violadora das regras de confidencialidade ou mesmo das provas potencialmente perigosas à segurança ou à dignidade das vítimas.⁶⁶

3.3.4. Os votos dissidentes dos juízes Pikis e Kirsch

Ambos os juízes discordaram da decisão tomada pela maioria da Câmara de Recursos, nos pontos relativos à introdução de prova e de impugnação da admissibilidade de prova.

A posição de Pikis é a de que apenas as partes – acusação e defesa – é que detém o poder de provar já que são elas que estão em situação de confronto e de disputa. Mais do que isto, a afirmação de um ônus probatório sobre o acusador fixa em torno deste, exclusivamente, o dever de demonstrar a culpa do réu. Logo, o acusador seria a única parte que o réu haveria de confrontar no processo.⁶⁷ Para amparar o seu entendimento, Pikis valeu-se de diversos julgados proferidos pela Corte Europeia que delineiam os parâmetros de uma disputa “adversarial”, justa e equilibrada. Acrescenta que a participação processual das vítimas foi prevista para que estas pudessem expressar as suas opiniões, o que seria compatível com o desejo de lhes conceder voz na gestão da Justiça Penal Internacional.

A par desses aspectos relacionados com a estrutura lógica da disputa processual, Pikis analisa a regra 91 do RPP,⁶⁸ concluindo que a possibilidade de a vítima inquirir testemunha não constitui um direito, mas sim uma espécie de concessão que é previamente deferida pela Câmara de Julgamento, na forma e na maneira por ela estabelecida. Além disso, qualquer intervenção dessa natureza deveria ser feita em respeito aos direitos

⁶⁶ Ver par. 103 da decisão.

⁶⁷ “14 ... O Juiz ampara o seu raciocínio nas características que devem cercar uma adversarial hearing e, nesse sentido, pontua: “In sum, in an adversarial hearing the two sides are cast in the position of adversaries, in connection with the determination of the only issue raised before the Chamber, the guilt or innocence of the accused. The adversary of the accused is the Prosecutor and none other”.

⁶⁸ Ver nota 51 supra.

do réu de modo a não prejudicá-lo. Daí a impossibilidade de a vítima levantar questões que não fossem previamente divulgadas ao réu.

Quanto à impugnação da admissibilidade de provas, Pikis foi bastante enfático ao afirmar que as questões relativas à propositura e admissão de prova afetam exclusivamente as partes que estão em conflito e que o interesse das vítimas coincidiria com o interesse da comunidade internacional, qual seja, que a justiça obedecesse aos parâmetros do justo processo.⁶⁹

Esse raciocínio foi seguido, em linhas gerais, pelo voto dissidente do Juiz Kirsch que acentuou ser tarefa exclusiva da Procuradoria a promoção da acusação e, portanto, a demonstração da responsabilidade penal do réu. No seu sentir, a possibilidade concedida às vítimas de manifestação de opiniões estaria jungida à necessidade de buscarem o resguardo de seus interesses pessoais nos quais não se incluiria a possibilidade de apresentação de provas adicionais para a demonstração de culpa do réu.

O mesmo raciocínio foi exposto com relação à impugnação da admissibilidade de prova. E aqui, lembrou o Juiz Kirsch que a regra 72 do RPP que levaria a Câmara a ouvir as partes e também as vítimas sobre a admissibilidade de provas relacionadas com os abusos sexuais, longe de configurar uma previsão genérica, seria específica e assim desenhada para dar efetividade à regra 71 do RPP que proíbe qualquer prova sobre o comportamento sexual anterior da vítima em crimes de tal natureza.⁷⁰

3.4. A participação das vítimas na fase recursal

A primeira oportunidade em que a *Appeals Chamber* foi provocada a se manifestar sobre o eventual direito de participação das vítimas em sede recursal ocorreu quando do julgamento do recurso interposto pela defesa de Lubanga contra a decisão, proferida pela *Pre-Trial Chamber I*, que indeferira o pleito de liberdade por ele formulado.

Como se sabe, a prisão processual de Lubanga foi decretada em 10 de fevereiro de 2006 e cumprida em 16 de março do mesmo ano em Kinshasa, na RDC. Em 20 de setembro, a defesa requereu a concessão da liberdade, sob argumento de que a duração

⁶⁹ Bastante ilustrativas são as suas palavras: "19 [...] The proof or disproof of the charges is a matter affecting the adversaries. The victims have no say in the matter. Their interest is that justice should be done, coinciding with the interest of the world at large that the criminal process should run its course according to law, according to the norms of a fair trial. Both the submission of evidence and its reception affect the parties to the adversity".

⁷⁰ Conforme par. 37 e 38 de seu voto.

da custódia tinha extrapolado o limite do razoável. O indeferimento do pedido foi desafiado com a interposição do recurso previsto pelo art. 82(1)(b) do ER.⁷¹ Durante o processamento, as vítimas, cuja participação já tinha sido autorizada pela *Pre Trial Chamber*, apresentaram contrarrazões ao recurso da defesa. O fato é que a intervenção suscitou intenso debate quanto à possibilidade de sua ocorrência em sede recursal até que, em 12 de dezembro, a *Appeals Chamber*, deferiu a participação.⁷² Os fundamentos da decisão, contudo, somente foram apresentados meses depois, quando do julgamento do mérito do próprio recurso.⁷³

Por maioria,⁷⁴ os juízes entenderam que a participação das vítimas no processamento de recursos interpostos pelas partes não seria decorrência automática da participação deferida nas outras etapas do procedimento, mas sim providência que ficaria dependente de prévio requerimento e análise por parte da *Appeals Chamber*. Segundo os juízes, a vinculação entre participação e resguardo dos interesses pessoais, feita pelo art. 68 (3) do ER, tornaria indispensável uma constante análise quanto à configuração destes interesses nas diferentes etapas do processo. Nesse passo, a decisão tomada pela *Pre-trial Chamber* não poderia assegurar uma participação automática em qualquer recurso que viesse a ser interposto, até mesmo porque a natureza e o objeto de eventuais recursos não poderiam ser antevistos.⁷⁵ Ou seja, para o entendimento majoritário, a incerteza que permeia os atos processuais futuros, em especial os recursos, impede que a admissão de participação das vítimas se estenda para atos que se mostram incertos e sobre os quais não é possível, de antemão, fixar a dimensão e a profundidade de seus interesses.

Logo, afirmando a indispensabilidade de prévio requerimento, a maioria fixou as condições e os requisitos de tais pedidos. Assim, devem ser formulados tão logo o recurso da parte seja interposto, contendo, além da indicação precisa dos interesses pessoais afetados pelo julgamento do recurso, uma exposição das razões que qualificariam

⁷¹ O artigo em questão prevê as hipóteses em que decisões interlocutórias poderão ser desafiadas mediante a interposição de recurso à Câmara de Recursos do TPI.

⁷² ICC-01/04-01/06-769.

⁷³ Em 13 de fevereiro de 2007. ICC 01/04-01/06(AO 7). Judgment on the appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo'.

⁷⁴ Com relação à participação das vítimas e a forma como tal se daria em sede de recurso, o Juiz Sang-Hyun Song apresentou voto dissidente.

⁷⁵ "The Pre-trial Chamber could not, at that stage, have had any mandate which could grant the victim participants the right automatically to participate in any interlocutory appeal that may arise. The subject matter and nature of any interlocutory appeal would, at that stage, have been unknown." (par. 43).

a intervenção como processualmente apropriada.⁷⁶ A Câmara, por sua vez, avaliaria o cabimento da participação e, no caso de admiti-la, indicaria a forma como seria ela concretizada tendo como norte o resguardo dos direitos da defesa e dos valores do justo processo. De qualquer modo, a decisão quanto à participação recursal seria precedida da observância do contraditório, assegurando-se às partes – acusação e defesa – a oportunidade para manifestarem-se sobre o pedido.⁷⁷

Esse entendimento, contudo, não foi unânime. De fato, o Juiz Sang-Hyuon considerou incabível qualquer exigência imposta às vítimas para a apresentação de novo requerimento de participação na fase recursal. No seu entender, a decisão de habilitação da *Pre-trial Chamber I* já suporia a perspectiva automática de participação nos eventuais recursos que fossem interpostos contra as decisões proferidas ao longo da persecução. O voto divergente baseou-se em dois argumentos.

Em primeiro lugar, teceu considerações sobre o fato de o recurso representar uma extensão do próprio processo não guardando, portanto, a força de inaugurar uma segunda demanda. Assim, para o Juiz Sang-Hyuon, a *Appeals Chamber* não poderia modificar uma decisão, tomada pela *Pre-trial Chamber*, quanto ao juízo de conveniência de participação processual das vítimas. Ou seja, como aquele juízo já tinha sido superado, a participação nos procedimentos recursais seria lógica, representando, assim, o exercício natural do direito processual. Haveria, portanto, uma espécie de inversão do ônus, incumbindo à *Appeals Chamber* o encargo de revelar que a participação em sede recursal seria processualmente inoportuna e inconveniente.⁷⁸

Não obstante, o Juiz Sang-Hyuon também buscou apoio para o seu raciocínio no regulamento 64(4)(5) do TPI, o qual fixa diretrizes para a participação das vítimas nos procedimentos recursais, o que incluiria a possibilidade de apresentação de contrarrazões aos recursos. Nesse ponto, o Juiz lembrou a dimensão complementadora de que gozam os dispositivos do Regulamento do TPI. Para o Juiz Sang, o regulamento complementaria o

⁷⁶ Par. 44 da decisão.

⁷⁷ Par. 46/48 da decisão.

⁷⁸ Par. 4/6 do voto dissidente. Destaca-se o seguinte trecho: "... An appeal under article 82(1)(b) of the Statute is an extension of the proceedings before the Pre-trial Chamber regarding interim release and therefore it is appropriate to qualify the appeal as being the 'same case' in the sense of regulation 86(8) of the Regulations of the Court. For that reason, the Appeals Chamber should not overturn lightly a decision of the Pre-trial Chamber regarding the appropriateness of victims' participation in relation to proceedings on interim release or even rule on the issue again without good reason to do so".

princípio geral previsto no art. 68(3) do ER, concretizando, assim, o desejo do próprio TPI em assegurar a efetiva participação processual das vítimas.⁷⁹

4. Outras questões

4.1. Representação das vítimas menores

Após a Câmara de Recursos redefinir os critérios para a participação das vítimas no processo de Lubanga Dyilo circunscrevendo-os aos termos da acusação proposta, a *Trial Chamber I* proferiu nova decisão em que examinou cada um dos pedidos formulados.⁸⁰ Como a acusação tratou de crime de guerra na modalidade de recrutamento e de alistamentos de menores, a grande questão que passou a ser discutida envolveu a exigência da representação legal para a participação processual da vítima.

A exigência de que o representante fosse parente ou que existisse uma relação legal de guarda para com a vítima foi uma das questões colocadas. E, nesse ponto, a decisão da Câmara levou em conta todas as dificuldades que cercavam a situação da RDC e, especialmente, as características dos crimes cometidos. Afinal, é da natureza do recrutamento o afastamento da criança de seu lar e a perda de qualquer elo familiar. Assim, em muitos casos, as únicas pessoas que poderiam atuar em prol dos interesses da vítima seriam aquelas com os quais as vítimas mantivessem alguma relação de confiança ou de

⁷⁹ O raciocínio é mais complexo razão pela qual se opta pela transcrição do seguinte trecho do voto: "7. I am not convinced by the opinion of the majority of the Appeals Chamber that a separate application by victims to participate in the appeal and a decision by the Appeals Chamber thereupon is necessary because article 68(3) of the Statute 'mandates a specific determination by the Appeals Chamber that the participation of victims is appropriate in the particular interlocutory appeal under consideration (paragraph 40 of the Judgment). I note that the article 68(3) of the Statute provides that the Court shall permit the participation of victims. The word 'court' does not necessarily refer solely to the Appeals Chamber, acting a particular interlocutory appeal. In the present context, I read the word 'Court' to include the plenary of the Judges of this Court. Pursuant to article 52(1) of the Statute read with rule 4 of The Rules of Procedure and Evidence, the plenary of the Judges has a mandate to adopt Regulations of the Court 'necessary for its routine functioning'. The regulation of the participation of victims when a case moves from one Chamber to another Chamber squarely falls within this mandate. Thus, the plenary of the Judges of this Court, by adopting regulation 64(4) and(5), determined how victims who have participated in the proceedings that gave rise to the impugned decision may participate appropriately in interlocutory appeals: they may file a response, as may any other participant". (par. 4 do voto dissidente).

⁸⁰ ICC-01/04-01/06 de 15 de dezembro de 2008. Decision on the applications by victims to participate in the proceedings.

proximidade, tais como professores, representantes comunitários ou mesmo de organizações não governamentais. Conforme ainda lembrado pela Câmara, a regra 89(3) do RPP⁸¹ não estabeleceu qualquer condição ou formalidade especial para a representação legal da vítima, especialmente quando fosse criança, fazendo referência, tão somente, ao fato de atuar ele com o consentimento ou em favor desta.⁸² Decidiu, por fim, admitir os requerimentos apresentados por terceiros, na qualidade de representantes das vítimas, ainda que inexistente qualquer relação de parentesco ou mesmo determinação legal de guarda.

Com relação aos requerimentos formulados por representantes legais à época em que as vítimas eram crianças, mas que se tornaram adultos no curso do processo, a Câmara decidiu que não seria necessário qualquer pedido de ratificação, presumindo a continuidade do consentimento até manifestação em sentido contrário.⁸³ Outra questão interessante foi a admissão de requerimentos formulados diretamente pelas crianças-vítima, independentemente de representante legal. Aqui a Câmara entendeu que a regra 89(3) não teria um caráter imperativo quanto à indispensabilidade de existência de representante para as vítimas menores.⁸⁴

4.2. Medidas de proteção para as vítimas

Relativamente às medidas de proteção e, especialmente, ao anonimato, em uma clara tentativa de compor o conflito de interesses representado, de um lado, pelo resguardo da segurança e da integridade das vítimas e, de outro, pelo direito do acusado ao justo processo, a Câmara de Julgamento, quando da decisão proferida em 18 de janeiro de 2008,⁸⁵ admitiu a participação processual das vítimas, mesmo no caso de anonimato, consignando, contudo, que a necessidade de identificação seria tão maior quanto maior fosse a intervenção e a importância da participação da vítima na marcha processual.⁸⁶

⁸¹ Com a seguinte redação: "Art. 89[...] 3. An application referred to in this rule may also be made by a person acting with the consent of the victim, or a person acting on behalf of a victim, in the case of a victim who is a child or, when necessary, a victim who is disabled".

⁸² Conforme par. 67 da decisão.

⁸³ Conforme par. 78 da decisão.

⁸⁴ Conforme par. 94 da decisão.

⁸⁵ ICC-01/04-01/06. Decision on victim's participation.

⁸⁶ Vale registrar o entendimento: "131. However, the Trial Chamber is of the view that extreme care must be exercised before permitting the participation of anonymous victims, particularly in relation to the rights of the accused.

4.3. O duplo status. Vítimas que também são testemunhas

Em 5 de junho de 2008, a *Trial Chamber I* proferiu decisão em que fixou parâmetros regulatórios no caso de vítimas, habilitadas que atuam, igualmente, como testemunhas.⁸⁷ Nessa perspectiva, a Câmara deliberou que a participação da vítima no processo não poderia comprometer a sua segurança pessoal, de modo que eventuais medidas protetivas estabelecidas deveriam ser mantidas sob sigilo. Além disso, proclamou que o duplo status – vítima e testemunha – não seria justificativa suficiente para que se reconhecesse em favor destas outros direitos.

Em 26 de junho de 2009, a *Trial Chamber I*, ao decidir o pedido formulado por algumas vítimas que pretendiam prestar depoimento durante o julgamento, e sob juramento de dizer a verdade,⁸⁸ retomou os critérios que tinham sido indicados pela *Appeals Chamber* relativamente ao “direito de produzir prova” por parte das vítimas, mais especificamente a afetação do interesse pessoal e a relevância da prova.⁸⁹

Assim, reconheceu que aquelas vítimas, em particular, tinham interesses pessoais a resguardar os quais estavam consubstanciados pelos relatos que poderiam ser fornecidos acerca dos dramas pessoais por elas enfrentados durante o período em que permaneceram recrutadas nas fileiras da *Union des Patriotes Congolais* (UPC). Nesse aspecto, a *Trial Chamber* entendeu que as informações poderiam servir de auxílio para a definição de critérios para a futura reparação.⁹⁰

Já quanto ao critério da relevância, a *Trial Chamber*, após retomar os pontos principais da acusação,⁹¹ reconheceu que os possíveis relatos apresentados pelas vítimas

While the safety and security of victims is a central responsibility of the Court, their participation in the proceedings cannot be allowed to undermine the fundamental guarantee of a fair trial. The greater the extent and the significance of the proposed participation, the more likely it will be that the Chamber will require the victim to identify himself or herself.”

⁸⁷ ICC-01/04-01/06.Decision on certain practicalities regarding individuals who have the dual status of witness and victim.

⁸⁸ ICC-01/04-01/06.Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial.

⁸⁹ Quais sejam: a) apresentação de requerimento; b) informação às partes; c) demonstração de que os interesses pessoais foram afetados por aspectos específicos do processo; d) avaliação de conveniência; e) compatibilidade para com os direitos do acusado e com um processo justo. Ver, para tanto, par. 4 da decisão ICC-01/04-01/06-1432.

⁹⁰ ICC-01/04-01/06-2032, par. 29.

⁹¹ Quais sejam: o envolvimento de Lubanga Dyilo, na condição de co-perpetrador do recrutamento e do alistamento de crianças, menores de 15 anos e o uso destas em hostilidades cometidas entre o início de setembro de 2002 a junho de 2003 e, também, na condição de co-perpetrador do alistamento e recrutamento de 10 crianças

poderiam ilustrar alguns de seus aspectos importantes, auxiliando os juízes na “determinação da verdade”,⁹² os quais, no caso específico, compreenderiam o envolvimento de Lubanga Dyilo, na condição de co-executor do recrutamento e do alistamento de crianças, menores de 15 anos e o uso destas em hostilidades cometidas entre o início de setembro de 2002 a junho de 2003.

5. Participação processual das vítimas: um quadro geral⁹³

As diversas e sucessivas decisões proferidas pelas diferentes Câmaras do TPI permitem desenhar um quadro geral sobre a participação processual das vítimas. Muito embora este quadro beba na fonte de um caso específico, dele é possível extrair algumas diretrizes que, certamente, informarão outros processos. Alguns aspectos mais pontuais, embora não menos relevantes, ainda suscitam profundas controvérsias, mesmo sendo restritas a posicionamentos minoritários do próprio Tribunal. De qualquer modo, antes de uma exposição crítica mais detalhada a respeito das condições, requisitos e implicações que cercam a participação processual das vítimas, propõe-se o seguinte quadro geral:

1. A participação processual das vítimas, prevista pelo art. 68(3) do ER, constitui um direito processual o qual fixa sobre o TPI um dever de natureza de assegurar a sua realização em todas as fases de persecução, ou seja, desde os estágios iniciais, antes mesmo da prisão do pretense agente, até a fase recursal.
2. A participação não é automática. Além do reconhecimento da condição de vítima fica ela condicionada à demonstração de um interesse pessoal afetado pelo processo e de sua compatibilização com os direitos do acusado e do justo processo.
3. O titular desse direito é a vítima que, por sua vez, é todo aquele que preencher os requisitos fixados pela regra 85 do RPP. É, a princípio, toda e qualquer

menores de 15 anos nas Forces patriotiques pour La libération du Congo (FPLC) e o uso destas na participação ativa de violências cometidas no contexto do conflito armado entre os dias 2 de junho e 13 de agosto de 2003. (ICC-01/04-01/06-T-107-ENG).

⁹² ICC-01/04-01/06-2032, par. 29.

⁹³ O quadro geral leva em conta a análise de todas as decisões que foram assinaladas nos itens anteriores deste trabalho. Não ficou restrito, portanto, ao quadro apresentado pela Trial Chamber I quando do julgamento do caso Thomas Lubanga Dyilo.

pessoa que tenha sofrido uma lesão decorrente da prática de algum crime de competência do TPI. A integração do dispositivo deve obedecer às normas internacionais de direitos humanos e, especialmente, o Princípio 8º dos Princípios Básicos de Proteção das Vítimas da ONU, adotado pela Resolução 60/147, de 16 dezembro de 2005. Logo, a referência às lesões supõe uma interpretação ampla, compreendendo as lesões físicas, mentais, emocionais ou mesmo as perdas econômicas.

4. Na compreensão do sentido e do alcance da expressão crime, deve-se levar em conta a situação processual. Assim, no estágio de “investigação de situações” a questão comporta uma maior amplitude até mesmo porque a tese acusatória ainda está sendo construída. No entanto, uma vez definida a acusação pela Procuradoria, a imputação por ela apresentada servirá de baliza para a delimitação do objeto do processo e, portanto, das próprias pessoas habilitadas a nele participarem na condição de vítima. A vítima é a pessoa que foi afetada pelos crimes definidos pela tese acusatória. Ou seja, à medida que a trajetória persecutória avança, fecham-se os círculos de definição do enredo acusatório e, por consequência, de seus atores e de seus coadjuvantes.
5. Nos estágios iniciais da persecução perante a *Pre-trial Chamber*, quando a investigação ainda está sendo realizada, o interesse da vítima resulta da necessidade de que a investigação chegue a bom termo com a identificação dos responsáveis e com a formalização da acusação. Trata-se do primeiro degrau rumo à futura reparação prevista pelo art. 75 do ER.
6. Na audiência de confirmação de acusação perante a *Pre-trial Chamber*, as vítimas, ainda que amparadas por medida protetiva do anonimato, poderão participar do ato, ofertando alegações iniciais e finais sendo-lhes permitido, ainda, formular pedidos de intervenção, os quais serão enfrentados pelos juízes. A participação não autoriza qualquer inovação nos fatos imputados ou mesmo a participação ativa na produção da prova diante da vedação das “acusações anônimas”.
7. Na fase de julgamento, cabe à vítima demonstrar igualmente, que os seus interesses pessoais serão afetados durante o processo, como por exemplo, o interesse na produção de uma dada prova ou mesmo na solução de alguma questão específica que aporte durante o processo.

8. Na fase de julgamento, as vítimas podem propor a produção de prova, inquirir testemunhas e impugnar a admissibilidade ou a relevância de uma dada prova. Para tanto, devem apresentar pedido específico que será submetido às partes, indicando em que medida a produção da prova afetará os seus interesses. Devem se comprometer com qualquer obrigação de divulgação e com outras medidas protetivas. Na decisão, a Câmara levará em conta o fato de ser a intervenção apropriada ou não e se é ela consistente com os direitos do acusado e com os parâmetros do justo processo.
9. A princípio, as vítimas terão acesso apenas aos registros públicos, vale dizer, aqueles que não estejam acobertados pelo sigilo ou por algum segredo de Estado. Excepcionalmente, terão acesso aos documentos sigilosos, desde que evidenciado um interesse pessoal qualificado – *material relevance to the personal interest*.
10. As vítimas tem o direito de participar de todas as audiências públicas e de apresentarem requerimentos escritos. Poderão participar de audiências realizadas sob o amparo do segredo de justiça e de formularem requerimentos confidenciais, dependendo das circunstâncias de cada situação.
11. Como forma de assegurar o bom andamento da marcha processual, os pedidos e as manifestações das vítimas podem ser feitos por um único representante atuando em prol do interesse de todos.
12. O fato de uma vítima habilitada a participar do processo figurar, também, como testemunha, não lhe confere um status diferenciado na distribuição dos direitos processuais.
13. O anonimato é uma das medidas protetivas mais eficazes para o resguardo da integridade da vítima e de seus familiares. Não é fator que impeça a participação processual da vítima. No entanto, quanto maior for essa participação, maior será a necessidade de que a vítima seja identificada.
14. As vítimas podem participar dos procedimentos recursais desde que o pedido de participação seja apresentado logo após a interposição do recurso pela parte inconformada, no qual deverá indicar o interesse pessoal que será afetado pelo julgamento do recurso. Ao examinar o pedido, a *Appeals Chamber* deverá levar em conta o critério de conveniência, o respeito aos direitos do acusado e o resguardo do justo processo.

6. Exame crítico

6.1. A vítima como personagem de destaque

Como se sabe, foi no embalo do contexto histórico e político que emergiu do pós-guerra que o movimento de edificação internacional dos direitos humanos ganhou substancial impulso. E sob o imenso guarda-chuva da dignidade humana, o movimento voltou a atenção para as vítimas de crimes. Essa preocupação, embora tenha se manifestado em variadas frentes, guardou, na busca pela aproximação entre a Justiça Penal e os interesses das vítimas, uma forte vertente. A proliferação de documentos internacionais, o reconhecimento de um direito à Justiça, a instauração de sistemas regionais de monitoramento e de fiscalização de direitos humanos e os próprios paradigmas nos quais se funda a chamada Justiça de Transição⁹⁴ são manifestações claras de uma trajetória consagradora da vítima como importante personagem na dinâmica que cerca a gestão dos conflitos penais.

É nesse cenário que o direito penal internacional se forma e se sedimenta. A construção de uma ordem penal internacional, que se afirma como projeto a partir da experiência dos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, alcança o seu clímax com a criação de um órgão jurisdicional permanente. Nesse ponto, o próprio preâmbulo do ER revela a energia alimentadora da ordem penal internacional. Atrocidades como aquelas que permearam o século passado não podem mais ser alvo exclusivo do interesse punitivo dos Estados nacionais. A gravidade e a dimensão das condutas, somadas ao envolvimento, à tolerância ou mesmo à incapacidade dos governos locais de fazerem frente a tais práticas, atentam contra a consciência da humanidade gerando, portanto, um estado de instabilidade que é pernicioso à própria paz internacional. Emana daí o sentido para a construção de um poder punitivo internacional: o repúdio à impunidade.

Essa ideologia fixa uma categoria de crimes os quais estão unidos pelo grau de violência, pela amplitude de suas práticas e pelos bens jurídicos que se tutelam. Reconhecida como válida tal categorização a ela se associa um regime punitivo bastante severo, representado pela imprescritibilidade do poder punitivo, pela afirmação da

⁹⁴ Kai Ambos chega a assinalar que a "Justicia en justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas". Kai Ambos: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, p. 39.

responsabilidade penal dos superiores e dos dirigentes, pelo repúdio à coisa julgada fraudulenta, pela relativização do *ne bis in idem* e, por fim, pela afirmação de um poder punitivo internacional relativamente independente e, portanto, não excludente dos poderes punitivos nacionais.

Se de um lado a ordem penal internacional e a inevitabilidade da punição que ela proclama atendem alguns dos anseios das vítimas em busca de uma justiça retributiva, por outro, busca-se implementar mecanismos que assegurem uma maior aproximação das vítimas para com os mecanismos de realização de justiça. Não se trata, é certo, de resgate de antigas fórmulas de gestão privada da justiça punitiva em que a vítima detinha todo um protagonismo na própria movimentação do aparelho punitivo. Assim como no plano doméstico, a justiça penal internacional é atividade realizada por terceiro que, de certo modo, catalisa o sentimento natural de vingança que move as vítimas. A grande diferença reside na ausência da figura do Estado, ou ao menos daquele Estado tradicional fundado em uma concepção própria da era moderna. A grosso modo, poder-se-ia dizer que o poder punitivo internacional resulta da confluência de vários poderes nacionais.

A bem da verdade, a expectativa crescente é de que as vítimas desempenhem um papel mais relevante nos processos de gestão da justiça penal. Esta participação, maior ou menor a depender dos contextos políticos, sociais e culturais próprios de cada sistema, é tomada como igualmente importante nos conflitos penais categorizados como internacionais. Isso porque, a amplitude e o nível de gravidade das práticas delituosas, por si, estabelecem fissuras profundas no tecido social as quais exigem um complexo instrumental capaz de recompô-lo. A questão não se esgota na estruturação de uma base jurídica que permita a punição dos agentes responsáveis por aquelas práticas criminosas. Há que se assegurar a participação das vítimas da trajetória rumo à concretização da punição. A lógica é razoavelmente simples. Quanto maior for o envolvimento das vítimas nos processos criminais, tão maior será a legitimidade das decisões proferidas e tão melhores serão os efeitos sociais por elas produzidos. Logo, o julgamento não será produto, tão somente, de uma atividade distantemente produzida, mas sim, o resultado de uma atividade compartilhada com aqueles que, direta ou indiretamente, sofreram os efeitos das ações violentas. Ao menos em tese, resultados mais precisos seriam alcançados. Essa maior proximidade com a “justiça em realização” reduziria os níveis de tensão das vítimas os quais são acentuados por uma sensação de ausência de respostas.

É dentro desse movimento que o ER abre espaço para o envolvimento das vítimas na persecução penal conduzida pelo TPI. Se comparado com os modelos jurídicos mais

próximos, e que são dados pelas experiências dos Tribunais Ad-hoc, a previsão é, de fato, pioneira já que os Estatutos de criação daqueles órgãos se limitaram a dispor sobre medidas protetivas em favor das vítimas não fixando a possibilidade de intervenção na marcha processual.⁹⁵ Nesse sentido, o ER se alinha ao movimento internacional dos direitos humanos o qual, há tempos, vem afirmando ser direito das vítimas a participação nas diferentes etapas da persecução penal. Natural, portanto, que ao delimitar o sentido e o alcance desta participação, os juízes do TPI busquem apoio naquele direito. Aliás, o próprio ER proclama que a interpretação dos dispositivos normativos que dão base jurídica ao TPI deve ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.⁹⁶

6.2. Chamem a vítima! Os cuidados que cercam a transposição da vítima para a relação processual

A independência científica do direito processual para com o direito material, ao menos no campo penal, é uma decorrência lógica de um movimento que lhe é muito anterior, qual seja, a retomada da “publicização” da Justiça Penal na era moderna. A afirmação da figura do Estado como ente central, superior e que concentra o poder do uso legítimo da força abre caminho para que o Estado exerça o monopólio da jurisdição penal.⁹⁷ A justiça penal deixa de ser, portanto, um simples reflexo do conflito entre indivíduos – ofensor e ofendido –, para ser uma atividade gerenciada pelo Estado. Assim, o descolamento científico entre o direito material e o direito processual que se verifica posteriormente encontra aderência à realidade da justiça penal. A ideia de que o processo não é a simples realização do direito subjetivo material, mas sim o exercício de um direito autônomo é libertária para o próprio processo como realidade jurídica.⁹⁸

Independentemente dessas questões que exigiriam um aprofundamento que extrapola por completo os limites do presente trabalho, o fato é que as próprias qualificações

⁹⁵ Nesse sentido, é o art. 22 do Estatuto do Tribunal Penal para Ex-Iugoslávia e o art. 21 do Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda.

⁹⁶ Conforme art. 21.3 do ER

⁹⁷ A própria ideia de infração é indicativa da mudança de concepção. A infração constitui uma violação de uma ordem superior que pertence ao Estado que deseja vê-la cumprida e obedecida. Nesse sentido, ver: Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 1996, p. 66-67.

⁹⁸ A vinculação entre a ação e o próprio direito subjetivo levou, por muito tempo, a uma confusão entre a parte em sentido material e a parte em sua dimensão processual. Para um exame mais detalhado acerca da independência das relações material e processual ver: Helio Tornaghi, *A relação processual penal*, São Paulo: Saraiva, 1987.

de “acusador” e de “acusado” bem refletem o descolamento existente entre o plano material e o processual. São indicativas de que a relação que se estabelece em torno do processo não constitui uma simples transposição daquela que cerca a ocorrência do fato criminoso. Até mesmo porque, a persecução penal gravita em torno de uma tese acusatória que, em um primeiro momento, se constrói com a investigação e que, em um segundo momento, se quer demonstrar a partir da formal acusação. A tese acusatória, por sua vez, não é uma transposição pura e simples do fato material, mas sim uma leitura jurídico-punitiva. A tese acusatória envolve, portanto, um fato processual. É, enfim, a imputação.⁹⁹

A noção de partes processuais, portanto, realça o descolamento das leituras entre os dois planos. Uma é a do plano jurídico material e que envolve o próprio fato qualificado como criminoso. Nessa leitura há, de um lado, o agente – ou agentes – e, de outro, aqueles que sofrem os efeitos do ilícito – as vítimas. Estas são as partes em sentido material. A segunda leitura é a jurídico processual. Além da mudança de rótulos há, ainda, uma mudança no contexto do enredo. O acusador é quem apresenta a tese e quem se compromete a sustenta-la. A tese, por sua vez, supõe não só a exposição narrativa de um fato como também a sua vinculação a alguém. O acusado é a pessoa formalmente apontada como a responsável pela prática do fato constante da imputação. Como parte processual que é o acusado reage à tese.¹⁰⁰ Da ação/tese (acusador) e da reação/antítese (acusado) emana toda a energia mecânica do processo. Ao menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não se pode reconhecer, na pessoa do acusado, a figura do agente responsável pelo crime. É a consagração do princípio da presunção da inocência. Aliás, mesmo o trânsito em julgado não fixa um quadro definitivo diante da perspectiva da revisão da sentença. Enfim, todos esses aspectos, e tantos outros que poderiam ser mencionados, reforçam o descolamento – o que não implica dizer distanciamento – entre a relação material e a processual que posteriormente se constrói.

A incorporação da vítima na dinâmica processual traz algumas dificuldades. É que diferentemente dos rótulos “acusador” e “acusado”, o rótulo “vítima” está carregado de

⁹⁹ A imputação envolve a atribuição à alguém da prática de um fato penal ou de sua contribuição para a realização do fato penal. Nesse sentido: Luigi Sansò, *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, Milão: Giuffrè, 1953, p. 93 e Pietro Nuvolone, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Ristampa, Pádua: Cedam, 1969, p. 122.

¹⁰⁰ A afirmação incorpora o raciocínio de Chiovenda que, inicialmente, foi construído para o processo civil, mas que encontra reflexo no processo penal justamente por fixar um conceito de parte processual. Nesse sentido: Giuseppe Chiovenda: *Instituições de direito processual civil*, Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969. No processo penal, vale destacar o raciocínio de Giuseppe Guarnieri, *Le parti nel processo penale*, Milão: Fratelli Bocca Editori, 1949, p. 23.

aderência à relação jurídico material. O que se quer dizer é que o seu conceito emana do plano material. Não é uma construção processual. Quando a vítima assume a própria acusação, a leitura se resolve por sua identificação com um dos polos da relação processual. Passa, então, a ser o acusador e, portanto, assumirá a responsabilidade pela apresentação da tese acusatória, assumindo o ônus de sustenta-la. O problema ocorre quando a vítima não assume este protagonismo processual, mas participa do processo. Nesse momento, surge a necessidade de se definir qual é o seu papel no processo para que se possa compreender quais são os limites de sua atuação na relação processual. Ou seja, é preciso dar um papel a este personagem que participa do drama processual sem que seja um dos seus protagonistas. Se o enredo é a tese acusatória (imputação), então os protagonistas são, necessariamente, aquele que persegue a tese e aquele que reage a esta. Tudo o mais estaria em um plano de coadjuvação. Assim, uma vez definido o papel processual da vítima, ficará fácil estabelecer quais serão os limites de sua atuação, vale dizer, quais serão os seus poderes e deveres processuais. Nessa lógica, a figura do assistente de acusação, presente em alguns sistemas jurídicos, é uma construção processual que procura dar resposta a estas perguntas.

6.3. A participação da vítima no processo perante o TPI.

Uma tentativa de sistematização

Dada a própria dimensão e extensão das práticas delituosas que compõem o núcleo do direito penal internacional, a assimilação das vítimas na luta processual reveste-se de maiores dificuldades. De qualquer modo, em uma clara demonstração de sensibilidade para com o movimento vitimológico,¹⁰¹ os arquitetos do ER, não se limitaram a fixar medidas protetivas para o resguardo dos interesses das vítimas. Fixaram, ainda, a possibilidade de que estas participassem ativamente do processo (art. 68.3). Se se admitir que a previsão segue o mesmo raciocínio que alimentou o percurso do direito internacional

¹⁰¹ Por movimento vitimológico entende-se todo um conjunto de estudos, pesquisas, sistematizações e ações nas diferentes esferas de poder e que estão fundadas em uma maior preocupação para com a situação das vítimas de crimes e de abusos de poder. A ideia é bastante ampla e abraça diferentes perspectivas inclusive na própria criminologia. Como precursores dos estudos podem ser citados os seguintes autores e suas obras: Benjamin Medelsohn, "Une nouvelle branche de las science bio-psycho-sociale: La victimologie", em *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1956, e Hans Von Hentig, *The criminal and his victim: studies in the sociobiology of crime*, New Haven: Yale University Press, 1948.

dos direitos humanos, então a participação processual das vítimas constitui, inegavelmente, um direito processual que emana do direito de acesso à Justiça. Desta afirmação decorrem duas premissas.

Primeira. O reconhecimento da existência de um direito processual implica o reconhecimento de um dever como contrapartida e cujo destinatário é o próprio TPI. Não se trata, portanto, de possibilidade reduzida ao campo da discricionariedade ou da liberalidade. Presentes os requisitos, o exercício do direito processual deve ser assegurado pelo Tribunal.

Segunda. O direito é de participação. Participação, por sua vez, conduz, intuitivamente, a uma ideia de acessoriedade que, por lógica, não é a mesma coisa que protagonismo processual. Esta é uma premissa que decorre da própria interpretação do ER o qual faz uso da expressão “participação” – *participation* (inglês e francês) e *participación* (espanhol). Ou seja, a vítima, uma vez reconhecida como tal, não assume o papel de parte processual. Caso a intenção fosse a de lhe consagrar um protagonismo processual – que, de qualquer modo, fugiria à lógica do conceito de parte processual que é aqui se assume –, o ER teria reservado outro tipo de nomenclatura. Logo, a expressão “partes” – *the parties, les parties e las partes* – utilizada em vários momentos – art. 64.3(a) e 69(3) do ER – se refere aos protagonistas – acusador e acusado. Ainda que a interpretação gramatical seja bastante limitada em seus propósitos, a lógica processual reforça o acerto da conclusão.

6.3.1. Condições para a participação

Embora reconhecido como direito processual, o direito de participação das vítimas perante o TPI não é automático e, portanto, não está livre de condicionamentos para o seu exercício. A conclusão decorre não só da leitura do art. 68.3 do ER, quando faz referência ao interesse pessoal afetado, como também do disposto na regra 85 do RPP e que é justamente o dispositivo que lança luzes sobre o conceito de vítima.

Ou seja, da conjugação de tais dispositivos é possível reconhecer a presença de condições para o exercício do direito processual de participação. São, portanto, condições que não afastam a existência do direito. Em realidade, fixam diretrizes para que este possa ser exercido. As condições não visam impedir o exercício do direito de participação, mas sim assegurar o seu exercício quando este se mostrar eficaz e necessário. A ideia que aqui se propõe não é nova já que busca amparo na própria construção doutrinária de Liebman sobre as condições da ação e que muita influência trouxe na doutrina

processual brasileira.¹⁰² A transposição é simples. Assim como o direito à ação depende da observância de condições para que o seu exercício seja admissível, o direito de participação processual também estaria vinculado à observância de condições sem as quais o pedido de participação seria inadmissível.

Da leitura dos dispositivos legais que alimentam a estrutura normativa do TPI podem-se extrair como condições: a) legitimação para participar; b) interesse processual na participação. Estas condições, é importante consignar, devem ser demonstradas pela parte que invoca o direito à participação e, portanto, por aquela que provoca o TPI a sobre ele se manifestar.

6.3.1.1. *Legitimação para participar*

A participação prevista pelo art. 68.3 do ER é desenhada em favor das vítimas. São estas as pessoas, portanto, que detém a legitimação para manifestarem as suas opiniões e considerações ao longo da persecução. A noção de legitimação, esclareça-se, nos leva à ideia de pertinência subjetiva para ocupar a posição de partícipe processual. Compreende, portanto, um conjunto de elementos que identificam a pessoa e que permitem posicioná-la no contexto processual. No caso do acusador, a legitimação permitiria revelar quem estaria autorizado a ajuizar a ação penal. No caso da vítima, a legitimação está vinculada à lesão, ou seja, liga-se à identificação da pessoa, ou o conjunto de pessoas que foram atingidas pela conduta ilícita e que, portanto, suportaram os efeitos. Aqueles que reunirem tais aspectos estarão, portanto, legitimados a pleitearem a participação processual perante o TPI.

Como se sabe, a definição de vítima é dada pela regra 85. A norma, obviamente, exige uma complementação, mostrando-se adequada a busca feita em torno do direito internacional dos direitos humanos. Afinal, este ramo avançou significativamente em

¹⁰² Enrico Tullio Liebman: "L'azione nella teoria del processo civile", em *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, v. 2 – "Diritto processuale", Pádua: Cedam, 1950, p. 448. A doutrina de Liebman foi largamente incorporada na doutrina processual civil brasileira e, posteriormente, transposta para o campo processual penal graças, sobretudo, ao trabalho de Ada Pellegrini Grinover (*As condições da ação penal*, São Paulo: Bushatsky, 1977). Ao menos no campo processual penal, há muitas discussões acerca das chamadas condições da ação penal. Os questionamentos, contudo, não residem no reconhecimento da existência da categoria "condições da ação", mas sim em seu conteúdo. A própria Ada Pellegrini reformulou um pouco o seu posicionamento não deixando, contudo, de admitir a existência de condições da ação penal. Nesse sentido, ver: Ada Pellegrini Grinover, "As condições da ação penal", em *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 69, out./dez., São Paulo, 2007.

direção à consagração dos direitos das vítimas de crimes. E, se em última análise o objetivo do ER foi o de absorver, em certa medida, esse movimento, soa bastante razoável que a complementação seja feita com base naquele instrumental que, longe de restringir a definição de lesão suportada pelas vítimas, fixa um conceito bastante abrangente.

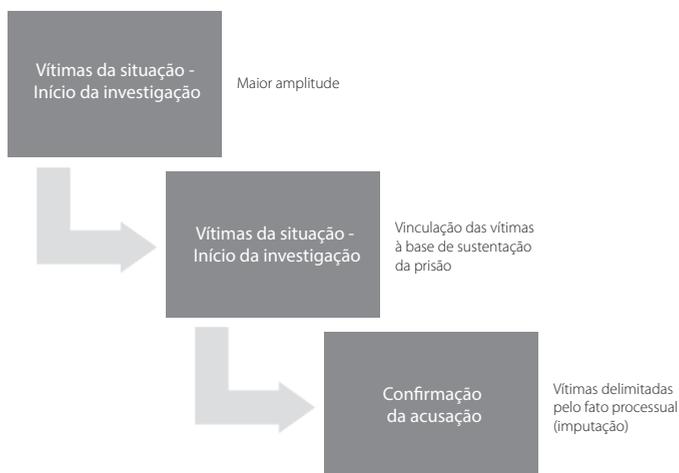
De qualquer modo, não basta a conexão material da vítima para com a conduta criminosa. Mais do que isso, a lesão que ela suporta decorre da prática de um crime dentre aqueles fixados na competência material do TPI. Nesse ponto, a fórmula adotada pelo legislador do ER não é suficientemente clara. De um lado, porque a persecução penal supõe etapas escalonadas de estreitamento de seu próprio objeto. Nas etapas mais iniciais, são situações gerais aquelas que levam ao movimento inicial da investigação. A continuidade da persecução com o esclarecimento dos fatos conduz a uma maior delimitação do caso e de seus possíveis agentes. Aliás, a expedição da ordem de prisão supõe uma delimitação maior do objeto da persecução e de seus potenciais responsáveis.¹⁰³ A confirmação da acusação, por sua vez, já pressupõe uma tese acusatória que é reconhecida como admissível,¹⁰⁴ inaugurando o que se denomina de fase de julgamento. Nesta sequência de ideias, soa natural que o avanço da persecução implique maior delimitação dos fatos o que leva, necessariamente, a uma maior limitação de seus possíveis agentes e, também, das vítimas.

Ora, é mais do que evidente que a composição do quadro das vítimas é mais abrangente na fase da chamada “situação” quando comparada com a da fase da instrução ou mesmo quando comparada com a confirmação da acusação. Lançando o olhar para o caso da RDC fica evidente que a situação levada ao conhecimento da Procuradoria, e que dá embasamento à investigação da própria situação geral do país, é muito mais abrangente do que aquela que ao final foi indicada na acusação de Lubanga Dyilo. Afinal, são vários os crimes praticados em contextos temporais diversos e com atores distintos. É óbvio que as atrocidades que foram praticadas no Congo não se restringem ao alistamento e ao recrutamento de crianças soldado em um determinado período. Daí a possibilidade de participação de um número maior de pessoas na fase preliminar. Mas é certo que a leitura jurídico-processual do fato criminoso vai se restringindo à medida que a persecução avança em suas etapas de formação de culpa. Natural, portanto, que

¹⁰³ Veja-se, a propósito, que o art. 58(1)(a) do ER estabelece, dentre os requisitos para a decretação da prisão a convergência de motivos suficientes para crer que a pessoa alvo da prisão cometeu um crime de competência do TPI. Há, portanto, um afinilamento natural da persecução.

¹⁰⁴ Art. 61 do ER.

haja uma adequação contínua na legitimação das pretensas vítimas. Em termos esquemáticos, teríamos a seguinte situação:



Enfim, nem todas as vítimas que, em tese estão legitimadas a participar das etapas iniciais da persecução, estarão legitimadas a participar das ulteriores fases. O esclarecimento dos fatos propiciado pela transposição das fases da persecução penal leva a uma maior delimitação do próprio objeto do processo. Assim, a definição do fato processual dada pela imputação funciona como filtro legitimador do direito à participação na fase de julgamento.

6.3.1.2. Interesse processual de participação

O reconhecimento da condição de vítima não é suficiente, por si só, para assegurar a participação processual. A admissibilidade da participação fica dependente, ainda, da configuração de um interesse processual. É o que proclama o art. 68(3) do ER ao se referir a “interesses pessoais afetados” – *personal interests affected; intérêts personnels concernés; intereses personales afectados* –.

A inserção de uma segunda condicionante, de fato, fixa um limitador à participação processual das vítimas. Longe de inviabilizar o exercício do direito, o ER procurou buscar um ponto de equilíbrio que contemplasse não só os interesses das vítimas na contribuição para a realização da justiça, mas que também resguardasse a racionalidade da marcha processual. Se, de um lado, há um maior alinhamento do processo penal

internacional para com alguns dos paradigmas do movimento internacional dos direitos humanos, por outro há uma preocupação de se viabilizar o processo como instrumento racional e eficiente de realização do direito processual penal internacional. Condicionar a participação à simples configuração da legitimação – identificação do status de vítima – abriria espaço para uma participação tão ampla que o próprio ideal de combate à impunidade restaria abalado. Daí a necessidade de se fixar mais um plano de condicionamento e que, no caso, é dado pela filtragem do chamado interesse processual. Ou seja, a admissão da participação da vítima deve vir fundada na identificação de um interesse concreto a resguardar.

Na configuração desse interesse não basta uma referência genérica ao direito à reparação.¹⁰⁵ Se assim o fosse, bastaria a demonstração da condição de vítima – legitimação – para que o interesse fosse automático e, por consequência, a participação processual admissível. É evidente que o direito à reparação guarda a sua relevância. No entanto, o interesse processual não pode se esgotar apenas na perspectiva de reparação. Afinal, há outros interesses gerais das vítimas que também estão em jogo, tais como o desejo de realização de justiça em sua dimensão retributiva, a necessidade de adoção de medidas protetivas diante da perspectiva de que algumas vítimas sirvam como fonte de prova e assim por diante. Ou seja, esses interesses gerais devem ser traduzidos em situações específicas que justifiquem o interesse (necessidade) de participação processual.

Ao admitir a participação das vítimas, ainda durante a fase de investigação, por exemplo, a *Pre-trial Chamber I* destacou a importância da fase preliminar no contexto geral da persecução justamente por representar o momento de apuração e de rastreamento de todos os possíveis crimes. É, pois, a fase em que se constrói a tese acusatória e, portanto, a etapa que levará à delimitação do fato processual com a identificação dos prováveis responsáveis e, também, com a especificação das possíveis vítimas. Soa natural, portanto, o reconhecimento de um interesse das vítimas em participar mais ativamente desta fase. Afinal, a construção da tese acusatória limitará não só a dimensão da futura reparação, como também indicará quem são as pretensas vítimas que gozarão de legitimação para participarem das demais fases do processo.

Mas, há, é certo, outras situações que também são representativas do interesse processual. Tome-se como exemplo o resguardo de certas medidas protetivas, tais como o anonimato. Em muitos casos, as discussões sobre a identificação de eventuais

¹⁰⁵ Consagrado pelo art. 75 do ER.

testemunhas poderão levar a situações de risco para as vítimas, sobretudo quando o conflito ainda esteve latente. Soa igualmente natural que tais discussões não fiquem restritas às partes processuais – acusador e acusado. Afinal, ao próprio Tribunal seria importante ouvir as ponderações das vítimas para que uma decisão sobre o confronto entre a efetividade do processo e o resguardo do *fair trial* fosse tomada em bases mais ricas.

Por sua vez, a perspectiva de soltura de um acusado também é outra situação que evidencia um interesse processual das vítimas na participação. Afinal, não serão raros os casos em que os acusados exercem funções importantes nas estruturas governamentais das regiões conflituosas, tendo, em consequência, certo domínio em algumas áreas ou mesmo sob algumas populações. A soltura, portanto, poderia agravar ou recrudescer o conflito, aumentando os riscos de eventuais perseguições às vítimas.

O interesse processual não é, portanto, genérico e tampouco a admissibilidade da participação das vítimas fixa uma expectativa automática de participação em todas as demais fases que se seguirão. Não parece ter sido esta a intenção do ER que, ao contrário, circunscreve bastante a perspectiva de participação, demonstrando, assim, uma clara preocupação não só com a eficiência processual, mas também, com os parâmetros do justo processo.

6.3.2. Paradigma orientativo da participação processual das vítimas: a observância do *fair trial*

Ainda que as condições – legitimação e interesse processual – estejam configuradas, caberá ao TPI delinear os parâmetros pelos quais a participação será exercida. Nesse ponto, a efetiva participação das vítimas deverá guardar uma harmonia com os direitos do acusado ao justo processo, não podendo afrontá-los. As referências expressas feitas pelo art. 68(3) do ER ao julgamento imparcial e equitativo, em realidade, nos remetem à observância dos parâmetros do *fair trial*.

O principal aspecto a se levar em consideração é, sem dúvida, o resguardo da garantia da paridade de armas. É bem verdade que uma igualdade absoluta entre as partes processuais – acusador e acusado – é impossível diante do natural desequilíbrio em favor da acusação que detém todo um aparato investigativo e estrutural para levar a frente sua tese acusatória. É bem verdade, igualmente, que esse desequilíbrio é, de certo modo, compensado com a previsão do expediente da *disclosure*. De qualquer modo, em um processo em que o desequilíbrio tende a gravitar em favor da acusação, a observância do

princípio da igualdade processual deve reger-se por uma busca incessante pela redução dos fatores da desigualdade e não pela instituição de formas e de procedimentos que acentuem aquele desequilíbrio.¹⁰⁶

Não se quer dizer com isso que a participação processual das vítimas, por si só, gera desigualdade hipertrofiando o polo acusatório da relação processual. Até mesmo porque, alguns de seus interesses podem não estar restritos ao desejo retributivo. A observância de certas medidas protetivas é um exemplo bastante ilustrativo. Em realidade, a questão passa pela forma como se dará a participação e, também, por seu objeto.

Nessa perspectiva, a possibilidade reconhecida em favor das vítimas de postularem pela produção de uma dada prova rompe com o senso de igualdade processual. Afinal, não são elas parte da relação processual. Não apresentam a tese acusatória e tampouco estão comprometidas em demonstrá-la. Esta é uma tarefa incumbida ao acusador, tanto é verdade que o ônus probatório recai sobre ele como decorrência natural da presunção de inocência. Acusador e acusado são as partes e os verdadeiros adversários processuais. Permitir que o ator coadjuvante postule a produção de prova rompe com este equilíbrio, justamente por estabelecer um reforço de armas em favor de um dos polos que já é naturalmente o mais forte. De mais a mais, tal possibilidade não guarda aderência com o que dispõe o art. 68(3) que apenas faz alusão à possibilidade de manifestação de opiniões.

7. Conclusão

Demonstrou-se que o ER outorgou à vítima uma posição de destaque na atividade processual, experiência inédita no âmbito da justiça penal internacional. A medida se mostra alinhada com o movimento internacional dos direitos humanos que, progressivamente, passou a reclamar-lhe maior protagonismo na gestão do conflito de natureza penal. Sem embargo, a efetiva participação da vítima não ficou isenta de questionamentos relativamente ao seu alcance quando a realidade dos fatos e do processo a puseram em xeque.

¹⁰⁶ Daí a importância de se assegurar uma situação de equilíbrio entre as partes o que poderá, muitas vezes, implicar em redução das desigualdades com a previsão de instrumentos processuais para apenas uma delas. A respeito da igualdade e de suas consequências no contexto do processo penal ver: Ada Pellegrini Grinover: *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 7.

Assim, as decisões proferidas no caso Lubanga delinearam o alcance do art. 68 (3) do ER. A participação processual está, portanto, assegurada desde a fase de investigação até a recursal. Além disso, o TPI esclareceu o conceito de vítima, previsto pela regra 85 do RPP, reforçando a relação entre vítima e o fato processual. Da análise das questões enfrentadas pelo TPI é possível afirmar que as condições a serem atendidas para a participação da vítima são: a) a legitimação para participar, e; b) o interesse processual na participação.

A primeira condição presume a existência de um conjunto de elementos que identificam a pessoa e permitem posicioná-la no contexto processual. No caso da vítima, trata-se daquela pessoa que sofreu a lesão decorrente do ato ilícito, qual seja, um crime da competência do TPI. Vale ressaltar que a evolução dos atos processuais acarretará um estreitamento do quadro de pessoas legitimadas, posto que a situação abrangida pela investigação sofrerá limitações nos momentos posteriores do processo, como por exemplo quando da confirmação da acusação. Destarte, é possível identificar a vítima da situação, a vítima que está vinculada aos fatos que embasam a ordem de prisão e, finalmente, a vítima delimitada pela formal imputação.

Não basta, contudo, a legitimação para participar. É necessária, ainda, a demonstração de um interesse processual em participar. Não se trata de um interesse genérico e tampouco reduzido à expectativa de reparação. A bem da verdade, as hipóteses são variadas e dependentes das circunstâncias do caso e do próprio processo. O resguardo do anonimato, por exemplo, constitui um interesse que motivaria a intervenção processual. O mesmo se diga com relação ao acesso a documentos sigilosos e outras provas que porventura poderiam fragilizar o estado de segurança das vítimas. É bem verdade que o reconhecimento do interesse processual, embora importante, não conduz, automaticamente, à efetiva participação. O TPI sempre deverá levar em conta os aspectos de conveniência, o respeito aos direitos do acusado e o resguardo do justo processo. As sucessivas decisões proferidas no caso Lubanga e os diferentes entendimentos indicam que a equação apresenta variados matizes, sendo o equilíbrio bastante delicado.

Ao constatar a existência desse espaço de participação ineditamente outorgado à vítima surgiu a necessidade de indagar quais os cuidados necessários para a manutenção do equilíbrio entre as partes na relação processual. Significa dizer que não é possível atribuir à vítima prerrogativas próprias da acusação, sob pena de se hipertrofiar o polo acusatório. A vítima é partícipe da relação processual. Não é protagonista. Os seus interesses não se confundem com os da acusação. Embora o direito de participação ativa seja uma

decorrência do direito de acesso à justiça, o TPI deve ter especial cuidado para manter o caráter acessório desta atividade sem que isto reduza a própria efetividade de tal direito.

Eis aqui a grande tarefa que repousa sobre o TPI e que ainda não foi totalmente solucionada. Muito embora no caso Lubanga inúmeros avanços tenham sido conquistados na regulamentação de uma das grandes expectativas que cercou a criação da jurisdição permanente para os crimes internacionais, qual seja, a aproximação entre as vítimas e a Justiça, a questão ainda não se encontra perfeitamente solucionada. A possibilidade outorgada às vítimas de participarem ativamente da propositura de meios de prova e dos procedimentos de filtragem da admissibilidade probatória é um exemplo eloquente do difícil equilíbrio que a justiça penal internacional deverá construir nos próximos anos. Ao menos o primeiro passo já foi dado.

Bibliografia

- AMBOS, Kai: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008.
- CASSESE, Antonio, “The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections”, *EJIL*, 1999, <http://www.ejil.org/pdfs/10/1/570.pdf> (18.09.2013).
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil* (tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman), 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969.
- FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- “As condições da ação penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 69, out./dez. 2007.
- *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GUARNIERI, Giuseppe: *Le parti nel processo penale*, Milão: Fratelli Bocca, 1949.
- HENTIG, Hans Von: *The criminal and his victim: studies in the sociobiology of crime*, New Haven: Yale University Press, 1948.
- LIEBMAN, Enrico Tullio: “L’azione nella teoria del processo civile”, em *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, v. 2 – “Diritto processuale”, Pádua: Cedam, 1950.
- MEDELSON, Benjamin: “Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: La victimologie”, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1956.
- NUVOLONE, Pietro: *Contributo ala teoria dela sentenza istruttoria penale*, ristampa, Pádua: Cedam, 1969.
- SANSÒ, Luigi: *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, Milão: Giuffrè, 1953.
- TORNAGHI, Helio: *A relação processual penal*, São Paulo: Saraiva, 1987.

II.

DERECHO PENAL

EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADOS EN EL PRIMER FALLO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

César Alfonso

RESUMEN. Las figuras del reclutamiento y la utilización de niños soldados, contempladas en el ECPI, dan lugar a ciertos planteamientos que son tratados en la sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional el 14 de marzo de 2012. Este tribunal llegó a la convicción de que el señor Thomas Lubanga Dyilo había realizado el hecho punible previsto en el artículo 8.2.e.vii del ECPI. El informe analiza, entre otros aspectos, la interpretación de las conductas de reclutamiento y alistamiento, la valoración del conflicto armado y sus repercusiones en la amplitud de las prohibiciones.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, reclutamiento, conscripción, alistamiento, utilización de niños menores, conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional, fuerzas armadas estatales, fuerzas armadas, grupos armados.

ABSTRACT. The judgment issued by Trial Chamber I of the International Criminal Court on 14 March 2012 analyzes the crimes of recruiting child soldiers and using them to participate in hostilities, as defined in the Rome Statute of the ICC. The Chamber found that Mr. Thomas Lubanga Dyilo had committed the punishable act described in Article 8.2.e.vii of the Statute. Among other aspects, this paper analyzes the interpretation of the acts of conscripting and enlisting children, the nature of armed conflict and the consequences of this evaluation on the scope of the prohibitions.

Key words: International Criminal Court, recruiting, conscripting, enlisting, using children under the age of 15, international armed conflict, armed conflict not of an international character, national armed forces, armed forces, armed groups.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Rechtsfiguren der Rekrutierung und des Einsatzes von Kindersoldaten, wie sie im IStGH-Statut vorgesehen sind, werfen eine Reihe von Fragen auf, die in dem am 14. März 2012 von der Ersten Hauptverfahrenskammer

des Internationales Strafgerichtshofs verkündeten Urteil behandelt werden. Das Gericht kam zu der Überzeugung, dass Thomas Lubanga Dyilo die in Artikel 8.2.e.vii des IStGH-Statuts vorgesehene Straftat begangen hatte. Der Beitrag analysiert unter anderem die Interpretation der Handlungen der Zwangsverpflichtung und Eingliederung, sowie die Einordnung des bewaffneten Konflikts und deren Auswirkungen auf die Reichweite der Verbote.

Schlagwörter: Internationaler Strafgerichtshof, Zwangsverpflichtung, Wehrpflicht, Eingliederung, Einsatz von Minderjährigen, internationaler bewaffneter Konflikt, nicht internationaler bewaffneter Konflikt, staatliche Streitkräfte, Streitkräfte, bewaffnete Gruppen.

1. Introducción

“Crimen de guerra”, en un sentido jurídico estricto, designa una infracción a una norma del derecho internacional humanitario (DIH), cuya punibilidad se encuentra prevista directamente por disposiciones del Derecho Internacional.¹ En este sentido, el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) contiene 51 “crímenes de guerra”. Estas prohibiciones se basan en las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CG I-IV),² sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (PA I y II), que las revisan y desarrollan,³ y los Convenios celebrados durante las Conferencias de La Haya⁴ en los años 1899 y 1907.⁵

¹ Véase Kai Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht - Rechtshilfe*, Múnich: C. H. Beck (3.ª ed.), 2011, p. 273.

² El objeto del CG I es la protección de enfermos y heridos de los ejércitos en campaña. El CG II fue celebrado con miras a mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El CG III refiere al trato de prisioneros de guerra, mientras que el CG IV se ocupa de la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

³ En 1977 las CG tuvieron importantes revisiones y desarrollos a través de dos protocolos adicionales. El Primer Protocolo Adicional (PA I) representa el intento de una completa recodificación del DIH, que sobre la base de las CG de 1949 ha integrado en forma parcial el denominado *derecho de La Haya*. El Protocolo Adicional II (PA II) trata lo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. En el marco del PA II se desarrolló el concepto de un artículo 3 común para los convenios.

⁴ Los convenios celebrados durante las conferencias internacionales de paz en La Haya abarcan regulaciones sobre los medios y métodos en la conducción de la guerra. En principio estas disposiciones están destinadas a regir un conflicto entre dos Estados. No existe un equivalente al artículo 3 común CG para los casos de conflicto armado no internacional; pero a partir de la decisión de la cámara de apelación del TPIY en el caso *Tadić*, de 2 de octubre de 1995, se relativizó la distinción entre conflictos internacionales y no internacionales, dado que estos son parecidos a los primeros en cuanto a intensidad, duración y estructura. A partir de esta decisión existe el entendimiento de que las normas del derecho de La Haya rigen además para conflictos no internacionales con las características mencionadas.

⁵ Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht -Europäisches Strafrecht*, Berlín y Heidelberg: Springer, 2011, p. 215.

De interés para el presente informe es el crimen de reclutamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades. El artículo 8.2.b.xxvi ECPI prohíbe el reclutamiento durante un conflicto armado internacional, mientras que el artículo 8.2.e.vii ECPI establece la prohibición de las conductas mencionadas para el caso de un conflicto armado no internacional.⁶

Las figuras mencionadas (reclutamiento y utilización de niños soldados) dan lugar a ciertos planteamientos, que pretenden ser analizados en especial consideración a la sentencia de fecha 14 de marzo de 2012 dictada por la Sala de Primera Instancia I (la Sala) de la Corte Penal Internacional (CPI). Este tribunal ha llegado a la convicción de que el señor Thomas Lubanga Dyilo ha realizado el hecho punible previsto en el artículo 8.2.e.vii ECPI⁷ y le ha impuesto en consecuencia la pena de 14 años de prisión.⁸

2. Reclutamiento

Un primer aspecto a considerar es que la versión en inglés del ECPI, en la parte pertinente, no habla propiamente de *recruitment*,⁹ sino más bien de *conscriptio* y *enlistment*.

Esta terminología no aparece en las disposiciones que sirvieron de fuente a los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI. En el artículo 77.2 PA I y el artículo 4.3.c del PA II, se prohíbe a las altas partes reclutar a niños menores de 15 años para sus fuerzas armadas o permitir su participación en las hostilidades. En el artículo 38.2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), del 20 de noviembre de 1989, se establece una prohibición semejante.¹⁰

En las mencionadas disposiciones del DIH, en el artículo 38 de la CDN, así como en los distintos proyectos anteriores del ECPI, se describe la prohibición, en lo pertinente, con la expresión *reclutar*. La voz *recruiting* fue dejada de lado en la Conferencia en Roma, a requerimiento de la delegación americana, y sustituida por las expresiones

⁶ Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck (3.ª ed.), 2012, p. 1233.

⁷ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01-/04-01/06-2842), en adelante, *Lubanga Dyilo Judgment*.

⁸ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 de julio de 2012 (ICC-01/04-01/06-2901).

⁹ En la versión en español del Estatuto sí aparece la palabra *reclutar*.

¹⁰ Werle, o. cit. (nota 6), p. 1234.

conscripting y *enlisting*. Con esto debía quedar en claro que la realización del tipo no presupone necesariamente una coerción.¹¹

La Sala ha enfatizado que los comportamientos no se encuentran definidos en el Estatuto, las reglas o los Elementos de los Crímenes. En este sentido, ha asumido la posición de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP).¹²

De ello surge una consecuencia para la relación entre los conceptos *conscriptio* y *enlistment* y el concepto *recruitment* utilizado en los antecedentes. La Sala ve a la ‘conscripción’ y al ‘alistamiento’ como formas de ‘reclutamiento’. *Recruitment* representa entonces un concepto superior o general; entre este y aquellos existe una relación género-especie.¹³

2.1. Conscripción

Con relación al significado de *conscriptio*, refiere la Sala que se trata de la incorporación de un niño o niña menor de 15 años a un grupo armado en forma coercitiva.¹⁴

Existe mayormente coincidencia en cuanto al significado de esta expresión. Ya el Working Group on the Elements of ICC Crimes ha manejado en este sentido las siguientes definiciones: “to enlist compulsorily” o “to force someone by law to serve in one of the armed forces”.¹⁵

Como se ha mencionado, en la versión en español del ECPI, en la parte pertinente, se utiliza el verbo *reclutar* para expresar lo que en la versión en inglés del ECPI se pretende describir con la palabra *conscripting*. Según el sentido usual de *reclutar*, esta palabra significa ‘alistar reclutas’. *Alistar*, por su parte, significa ‘sentar o inscribir en lista a alguien’, ‘sentar plaza en la milicia’. Como se aprecia, no se menciona específicamente a la coerción como criterio de uso de la palabra *reclutar*, por lo que el recurso a la versión en inglés del ECPI es relevante para una interpretación adecuada de la versión en español.¹⁶

¹¹ *Ibidem*; *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 607.

¹² *Ibidem*, § 600, 607.

¹³ *Ibidem*, § 607.

¹⁴ Werle, o. cit. (nota 6), p. 1236.

¹⁵ Gregoria Palomo: *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berlín: Berliner Wissenschafts, 2009, p. 136.

¹⁶ Véase el diccionario de la RAE (<<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>); véase también Ezequiel Malarino y Emanuela Fronza, “Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales

2.2. Alistamiento

En cuanto al significado de *enlisting*, la Sala entiende que designa la incorporación voluntaria del niño o de la niña menor de 15 años de edad a un grupo armado.¹⁷

Ambos sostiene que el entendimiento de *enlistment* como algo voluntario y de *conscriptio* como algo forzoso es ampliamente aceptado.¹⁸

Palomo ha argumentado, sin embargo, a favor de una interpretación más amplia de *enlistment* y ha criticado en su momento la aproximación de la SCP ahora asumida por la Sala. Según esta crítica, la aproximación de la Sala no se basa en el sentido usual de la expresión, que designa la incorporación de una persona a una unidad militar sin que su voluntad tenga un rol definitorio. *Enlisting* significa “*to enroll on the list of a military body; to engage a soldier*” tanto como “*to join something esp. the armed forces*”. De ahí deriva que *enlisting* describa de manera general la incorporación de una persona en una unidad armada. Para fortalecer su posición, Palomo expresa que también este es el sentido usual de los términos correspondientes en francés y español.¹⁹

Afirma que la aproximación propuesta es la adoptada en la confirmación de las órdenes de captura para la situación en Uganda. A los buscados Kony, Otti y Odhiambo se les ha atribuido, entre otros, “*enlisting through abduction*”. Por otro lado, la Sala de procedimiento I del Tribunal Especial para Sierra Leona, en su decisión contra Fofana y Kondewa, interpreta *enlisting* como concepto general para todas las formas de reclutamiento, entre las que *conscripting* muestra un elevado contenido criminal y en este sentido representa una forma más grave de alistamiento. También se menciona la posición del juez Robertson, quien habla de *lesser enlistment offence*, y que la interpretación propuesta subyace también al significado del § 8.1, número 5, VStGB²⁰ en lo pertinente.²¹

plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, *Temas actuales del derecho penal internacional*, Montevideo, 2005, pp. 61-96.

¹⁷ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 607.

¹⁸ Kai Ambos: “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260871/348074> (2.8.2013), p. 21; así también Werle, o. cit. (nota 6), p. 1236.

¹⁹ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 139.

²⁰ § 8, “*Kriegsverbrechen gegen Personen. (1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...] 5. Kinder unter 15 Jahren für Streitkräfte zwangsverpflichtet oder sie zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten verwendet.*”

²¹ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 139.

Desde la perspectiva propuesta, *conscriptio* es un concepto subordinado a *enlistment*. En otras palabras, *enlistment* constituye el género y *conscriptio* representa la especie.²²

En contra de la lectura de *enlisting* como reclutamiento voluntario, argumenta Palomo que la aproximación de la SCP reduce en demasía el concepto, y además exigiría la prueba correspondiente, que en relación con el reclutamiento de niños soldados es especialmente problemática. Alega que el concepto de la *voluntariedad* no se encuentra precisado en el Estatuto y que su tratamiento y delimitación han sido igualmente problemáticos en la jurisprudencia. También afirma que la interpretación de la SCP no se corresponde con los antecedentes históricos de la regulación. La delegación americana, que fue la que instó la sustitución de *recruiting* por *conscripting and enlisting*, veía en este último término la expresión de un procedimiento técnico administrativo de incorporación de un nombre a una lista; no se habló de una comprensión como reclutamiento voluntario.²³

Ambos había señalado ya que la interpretación realizada por la SCP de los términos *enlisting* y *conscripting* es convincente, pero que se habría podido apreciar un análisis más detallado basado en el derecho comparado. El autor hace referencia a que el tribunal, de acuerdo con el artículo 21.1.c ECPI, aplica en forma subsidiaria principios generales de derecho derivados de leyes nacionales de los sistemas legales del mundo. Estos no solo son importantes para llenar vacíos legales, sino también para la interpretación de reglas imprecisas y para mejorar el razonamiento legal. Para Ambos, la SCP debió haber tomado en cuenta, por lo menos, aspectos relevantes del derecho anglosajón para sustentar sus proposiciones. Menciona que ya una vista rápida al diccionario *Black's Law*, que define *enlistment* como “ingreso voluntario a una rama de los servicios armados” y *conscriptio* como “alistamiento compulsivo de personas en los servicios armados”, sirve de evidencia de la corrección de las propuestas interpretativas de la SCP.²⁴ Tampoco la Sala hace mayores esfuerzos en el sentido aconsejado por Ambos.

Lo mencionado relativiza la crítica de Palomo, en atención a que la interpretación de la SCP y de la Sala se corresponde con un sentido técnico del sustantivo *enlistment*.

Respecto a lo afirmado de la reducción del concepto de alistamiento, es de reconocer que, si bien a medida que se va precisando un concepto se estrecha su extensión, en el

²² “Conscripting ist [...] eine speziellere Form des enlisting.” *Ibidem*, p. 139.

²³ *Ibidem*, pp. 140-143.

²⁴ Kai Ambos, “La primera decisión de confirmación de la Corte Penal Internacional”, en Leonidas Kotsalis, Nestor Courakis y Christos Mylonopoulos (editores): *Libro homenaje para Argyrios Karras*, Atenas: Sakkoulas, 2010, 979 (989, 990).

presente caso esto no reduciría el alcance de la prohibición, ya que se abarcan las posibles formas de reclutamiento. En este sentido afirma Ambos:

[...] la interacción entre alistamiento (voluntario) y reclutamiento (forzoso) evita cualquier laguna de punibilidad ya que, independientemente de la forma en la cual el niño llega a formar parte de un grupo armado (voluntaria o no), esta es cubierta por el delito.²⁵

De esto último se deriva que solo pueden darse dos supuestos: un reclutamiento coherente con la voluntad del niño o un reclutamiento donde esta está ausente: un reclutamiento forzado.

Si esto es así, el argumento citado por Palomo de la dificultad probatoria de la voluntariedad se relativiza ante la alternatividad mencionada. Esto es así porque se daría la siguiente situación: Incorporado un niño a una unidad armada, agotados los esfuerzos probatorios, puede llegar a no saberse si la incorporación fue voluntaria o compulsiva, que —como se ha dicho— son las variantes posibles. En los dos supuestos, el acusado sería punible, ya que en el primer caso sería aplicable la variante del *alistamiento* y en el segundo la de la *conscriptión*.

Se plantea luego la pregunta de si sería viable una condena ante la situación probatoria ambigua a la que se hizo mención. A favor de una respuesta afirmativa habla la circunstancia de que se da una situación en la que no es posible mayor esclarecimiento y los supuestos de reclutamiento se encuentran en una relación de alternatividad.²⁶

En contra de una *constatación alternativa*²⁷ puede mencionarse el argumento de la existencia de una relación de grados entre *conscriptio* y *enlistment*. Si bien no se habla de una auténtica cualificación, se aceptaría que *conscripting* con sus ingredientes de coerción representa frente al *enlistment* una modalidad de realización cualificada.²⁸

En caso de la existencia de una relación de grados puede aceptarse que ante la duda se puede sancionar con base en el tipo (en este caso, en la variante) más favorable (*in dubio mitius*), que de seguir lo dicho en el párrafo precedente sería la del *enlistment*.²⁹

²⁵ Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 21.

²⁶ Carl-Friedrich Stuckenberg, "Wahlfeststellung", en *Juristische Arbeitsblätter*, Múnich: Luchterhand, 2001, p. 221 (221, 223).

²⁷ Con esta expresión se pretende hacer referencia a lo que en alemán se designa con la palabra *Wahlfeststellung*.

²⁸ Cf. Palomo, o. cit. (nota 15), p. 140.

²⁹ Stuckenberg, o. cit. (nota 26), p. 221 (223).

Volviendo a la interpretación de la Sala respecto a *enlisting*, esta aparece como adecuada y convincente.

En otro orden de ideas, el concepto de *enlisting* en particular y el de *recruitment* en general refieren a la incorporación a una unidad armada con el fin de una formación o alguna otra faena militar. No son abarcadas por los conceptos las campañas generales de las fuerzas armadas para instrucción escolar o laboral.³⁰

2.3. El reclutamiento y el consentimiento

La Sala afirma que el hecho de que se haya reemplazado la palabra *recruitment* (que aparece en los PA y en la CDN) en el Estatuto por las de *conscription* y *entlistment*, deja fuera de duda que la prohibición no solo alcanza al reclutamiento forzoso.³¹

Esto es relevante para dar respuesta a la pregunta de si un reclutamiento coincidente con la voluntad del niño es abarcado por los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI.

En muchos tipos legales la voluntad del afectado de sacrificar sus intereses, objeto de protección puede excluir la realización del tipo u operar (a lo sumo) como una causa de justificación. La distinción entre estos roles, es decir, si una voluntad coincidente del afectado impide la realización del tipo u opera con carácter justificante, depende de las características del tipo.³²

Cuando el consentimiento opera como una circunstancia que excluye la tipicidad, se tienen usualmente en cuenta aspectos meramente fácticos, la mera capacidad natural de voluntad del afectado. Cuando el consentimiento opera con un efecto justificante, se consideran aspectos normativos, tales como aspectos relativos a su validez. Es cierto que en algunos casos, cuando el consentimiento opera a nivel del tipo, pueden tener relevancia aspectos normativos. Por ejemplo, en los supuestos de lesión de confianza o infidelidad (§ 266 Strafgesetzbuch [StGB]), se considera que una aprobación del titular del patrimonio respecto al riesgo de un negocio, en determinadas circunstancias, excluiría la lesión del deber de cuidado y luego la realización del tipo. Se entiende, sin embargo, que el consentimiento no tendría el mencionado efecto si el titular fuera inexperto o

³⁰ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 138.

³¹ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 608.

³² Johannes Wessels y Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Hamburgo: C. F. Müller, 2010 (40.^a ed.), p. 130.

si su consentimiento se hubiera obtenido mediante un engaño sobre factores relevantes relativos al riesgo.³³

El concepto de *conscripting* presupone la falta de consentimiento o el desacuerdo de la víctima; entonces, en estos supuestos el consentimiento del afectado evitaría la realización completa del tipo, pues no concurriría el elemento *falta de consentimiento*.

Aunque suene banal, vale la pena mencionar que luego ya no tiene sentido preguntarse por un efecto justificante del consentimiento, pues ya no existiría un hecho típico.

En los casos de *enlistment*, en la interpretación de la Sala, la concurrencia del consentimiento forma parte del concepto y consecuentemente del tipo. Su concurrencia (y la de los demás presupuestos, naturalmente) permite afirmar su realización (no como en el supuesto anterior, en el que permite excluir su realización).³⁴

Aquí la *falta de consentimiento* no es un elemento del tipo, por lo que podría plantearse la pregunta sobre si la presencia de un consentimiento podría operar como una causa de justificación. Esto debe responderse negativamente por motivos de coherencia. El alistamiento se basa en el consentimiento, entonces este lógicamente no puede tener luego un efecto justificante.³⁵

De lo dicho se puede deducir que una invocación (como algo favorable a una defensa) de un consentimiento del afectado solo eventualmente podría tener sentido en relación con la figura del *conscripting*. En este sentido, se afirma con razón que, para que sea coherente la afirmación de la Sala realizada en el párrafo 616,³⁶ debería sustituirse la palabra *enlistment* por *conscription*.³⁷

La Sala confunde, como señala Ambos, la cuestión de la existencia de elementos típicos con la pregunta estructuralmente distinta sobre la posibilidad del consentimiento de un menor de 15 años y sus efectos jurídicos.³⁸

³³ *Ibidem*, p. 131.

³⁴ Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 21.

³⁵ *Ibidem*, p. 22.

³⁶ "La Sala de Cuestiones Preliminares en el presente caso adoptó esta visión cuando determinó que el consentimiento de un niño no provee una defensa válida con relación al alistamiento." *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 616.

³⁷ Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 22.

³⁸ *Ibidem*, pp. 21, 23.

3. Utilización

En cuanto a la variante de la utilización de niños menores de 15 años, la Sala ha expresado su parecer en relación con la interpretación de la *participación activa* en las hostilidades.

La participación activa abarca, según comparte la Sala, no solo las actividades de combate propiamente, sino también otras actividades o roles de apoyo.³⁹ Quedan excluidas del concepto de participación las actividades que claramente no están relacionadas con las hostilidades, como la entrega de comida o el trabajo doméstico.⁴⁰

Según la decisión, la participación directa en las hostilidades requerida por el artículo 77.2 del PA I no es necesaria. La Sala considera que esta conclusión se deriva de la diferencia entre los términos *activo* y *directo*. A este respecto, puede acotarse, esta interpretación se deriva más bien del hecho de que el artículo 4.3.c del PA II se refiere a cualquier participación, directa o indirecta, además de los fines de protección de la criminalización del reclutamiento o el alistamiento de niños soldados.⁴¹

Teniendo en cuenta este aspecto, se afirma que debería considerarse *participación en hostilidades* toda actividad, directa o indirecta, que exponga a los niños a los riesgos de los conflictos armados, incluyendo aquellos peligros que se originan en el seno de los propios grupos, siempre que se respete el principio de legalidad.⁴²

En este sentido, la Sala considera como aspecto determinante los riesgos a los cuales los niños están expuestos como miembros de un grupo armado. La Sala expresa:

[...] todas estas actividades, que cubren tanto la participación directa como la indirecta, tienen una característica subyacente común: el niño afectado es, por lo menos, un blanco potencial. En consecuencia, el factor determinante en la decisión de si un rol “indirecto” debe ser tratado como participación activa en hostilidades es si el apoyo prestado por el niño a los combatientes lo expuso a él o ella a un peligro real como un blanco potencial.⁴³

³⁹ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 621-628.

⁴⁰ *Ibidem*, § 621-623.

⁴¹ Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 24.

⁴² *Ibidem*, p. 24.

⁴³ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 628.

4. Conflicto armado

La existencia de un conflicto armado constituye un presupuesto para la configuración del crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños soldados.⁴⁴

No existe propiamente una definición de este concepto en el derecho internacional, por lo que sus contornos se derivan de algunas disposiciones del DIH. En este sentido, del artículo común 2 de los CG I-IV se deriva que, además de los *casos de guerra declarada*, existen otros conflictos armados. Del artículo 1.2 del PA II, asumido en el artículo 8.2.d y f del ECPI, puede concluirse que no constituyen un conflicto armado las situaciones internas de tensión y de disturbios. La idea de *conflicto armado* refiere luego al recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores (estatales o no estatales)⁴⁵ como medio para dirimir diferencias.⁴⁶

El artículo 8 del ECPI adopta un enfoque dualista, en el sentido de que discrimina prohibiciones que rigen en un conflicto armado internacional de aquellas relativas a un conflicto de carácter no internacional.⁴⁷

Las conductas descritas deben estar en una relación funcional con el conflicto.⁴⁸ Así, si se produce un reclutamiento desvinculado de todo conflicto armado —por ejemplo, en cumplimiento de un servicio militar obligatorio— que incluye a niños menores de 15 años, este no entraría en consideración como crimen de guerra.⁴⁹

4.1. Conflicto armado internacional

El artículo 8.2.b.xxvi ECPI es el aplicable cuando el reclutamiento o la utilización de menores de 15 años se dan en el marco de “un conflicto armado internacional”. Este concepto no se encuentra definido en el ECPI ni en los Elementos de los Crímenes.⁵⁰

⁴⁴ Véase Ambos, *Internationales Strafrecht...*, o. cit. (nota 1), p. 276.

⁴⁵ Kai Ambos, *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, México: INACIPE, 2005, p. 74.

⁴⁶ Ambos, *Internationales Strafrecht...*, o. cit. (nota 1), p. 276.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 274.

⁴⁸ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 124; Werle, o. cit. (nota 6), 952 ss.

⁴⁹ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 134.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 125.

La SCP, basada en el artículo 21.1.*b* ECPI, ha recurrido al artículo 2 CG y a la jurisprudencia del TPIY, y derivado la siguiente conceptualización:⁵¹

[Un] conflicto armado internacional representa cada enfrentamiento entre Estados, que conduce a un empleo inmediato de la fuerza entre sus fuerzas armadas. [...] No es necesario que exista una especial medida o intensidad en la violencia o el uso de la fuerza, ni que el enfrentamiento lleve el título de “guerra”.⁵²

De acuerdo a lo expresado, el conflicto es internacional si ocurre un enfrentamiento armado entre dos o más Estados. También puede ser parte en este tipo de conflictos una organización internacional, como la OTAN o las Naciones Unidas.⁵³

De acuerdo al artículo 1.4 PA I, un grupo armado no estatal que aspira una independencia puede ser parte de conflicto internacional. Una lucha de liberación nacional es tratada como un conflicto internacional, ya que a su término debería surgir un sujeto de derecho internacional cuyo estatus es incluso ya reconocido por otros sujetos de derecho internacional. Al grupo se lo reconoce por el motivo mencionado: un estatus *cuasiestatal*.⁵⁴

Por otro lado, aun cuando no haya existido propiamente un enfrentamiento entre fuerzas armadas, se habla también de un conflicto internacional en caso de una declaración de guerra o de una ocupación del territorio de un Estado por las tropas de otro.⁵⁵

4.2. Conflicto armado no internacional

El artículo 8.2.*e.vii* ECPI es el aplicable en caso de un conflicto armado de carácter no internacional. Este tipo de enfrentamiento se describe en el artículo 8.2.*f* ECPI como aquel “que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados

⁵¹ *Ibidem*, p. 126.

⁵² Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges*, de 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803) § 209.

⁵³ Werle, o. cit. (nota 6), nm 955.

⁵⁴ Véase Palomo, o. cit. (nota 15), p. 155.

⁵⁵ *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 209, 212.

o entre tales grupos”. La primera parte de esta disposición, basada en el artículo 1.2 PA II, excluye situaciones de tensión internas y de disturbios interiores.⁵⁶

En este sentido, existe un conflicto armado no internacional cuando se da un enfrentamiento con las armas de cierta intensidad y duración que involucra a las fuerzas armadas nacionales y a grupos armados que cuentan con cierta estructura jerárquica o cuando existe un enfrentamiento armado entre grupos de esa naturaleza.⁵⁷

Las partes en un conflicto no internacional serán por lo general el Gobierno enfrentado a fuerzas armadas disidentes o a grupos insurgentes armados y organizados. El conflicto también puede tener como autores a dos grupos de esta naturaleza.⁵⁸

4.3. Internacionalización de un conflicto armado

Puede darse el caso de que dos o más Estados participen en un enfrentamiento, y al menos uno de ellos no intervenga directamente, sino a través de un *tercero*, un grupo armado no estatal. Cuando un Estado interviene así en el enfrentamiento, el conflicto se considera internacional, si es que puede imputársele el obrar del grupo. Los criterios para afirmar una imputación semejante son sin embargo discutidos.⁵⁹

De acuerdo al criterio denominado *control efectivo*, desarrollado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Nicaragua*,⁶⁰ el Estado de referencia debe influir sobre el grupo armado emitiendo instrucciones específicas en cuanto a sus actuaciones u operaciones.⁶¹

Por otro lado, el criterio del control global (*overall control*) del TPIY ⁶² requiere del Estado un apoyo al grupo armado en la planificación general y una coordinación en las operaciones militares. No requiere la emisión de instrucciones o directivas para la comisión de actos específicos. El mero apoyo financiero o el equipamiento del grupo

⁵⁶ El artículo 1 (2) PA II expresa: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

⁵⁷ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 131.

⁵⁸ Ambos, *Los crímenes más graves...*, o. cit. (nota 45), p. 75.

⁵⁹ Cf. ibídem, pp. 77 s.

⁶⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Judgment*, CIJ Reports 1986, p. 14; *International Law Reports*, pp. 76, 349.

⁶¹ Werle, o. cit. (nota 6), nm 962; *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 115.

⁶² *Prosecutor v. Tadić. Judgment*, caso IT-91-1-A, AC, 15 de julio de 1999, § 137.

(verbigracia, por medio del aprovisionamiento de armas) serían insuficientes para afirmar un control global.⁶³

La Sala ha preferido el test del control general antes que el del control efectivo,⁶⁴ así como lo ha hecho la SCP.

4.4. Valoración del conflicto en el caso *Lubanga*

En el caso *Lubanga*, la Fiscalía había caracterizado primeramente el conflicto como interno, y consecuentemente había basado los cargos en la realización del artículo 8.2.e.vii del ECPI.⁶⁵

La SCP, sin embargo, calificó el conflicto como de índole internacional. Realizó esta valoración basándose en la ocupación de la región de Ituri por tropas ugandesas (desde julio de 2002 hasta el 2 junio de 2003).⁶⁶ En este sentido, las partes del conflicto constituirían la República Democrática del Congo (RDC), cuyo territorio fue parcialmente ocupado, y Uganda, cuyas tropas ocuparon la región de Ituri.

Con base en la ocupación ugandesa, entonces, la SCP afirmó la naturaleza internacional del conflicto en la región de Ituri hasta la fecha en que aquella se mantuvo. Terminada la ocupación, la SCP consideró que el conflicto pasó a tener carácter no internacional hasta finales de diciembre de 2003.⁶⁷

Palomo ha criticado la valoración del conflicto realizada por la SCP, por cuanto parece desconocer que los enfrentamientos que se llevan a cabo en un territorio raramente son homogéneos, es decir, que en el marco de un conflicto internacional puede también desarrollarse un conflicto interno, como, por ejemplo, una guerra civil. El ingreso de un Estado como parte en un conflicto no necesariamente elimina el carácter interno de un conflicto que puede mantenerse entre otras partes. El derecho aplicable debe establecerse atendiendo al conflicto o enfrentamiento específico en que el autor actúa.⁶⁸

⁶³ Ambos, "La primera decisión...", o. cit. (nota 24), p. 979 (987); Palomo, o. cit. (nota 15), pp. 126, 127.

⁶⁴ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 540.

⁶⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Submission of the Document Containing the Charges Pursuant to Article 61 (3) (a) and of the List of Evidence Pursuant to Rule 121 (3)*, 28 de agosto de 2006 (ICC-01/04-01/06-356).

⁶⁶ *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 205 ss., 220; Palomo, o. cit. (nota 15), p. 127.

⁶⁷ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 132.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 129.

En el caso *Lubanga* —continúa la crítica de la autora citada—, la ocupación ugandesa dotó al conflicto de un carácter internacional, pero no puede desconocerse el carácter del enfrentamiento entre grupos congoleños. El FPLC/UPC luchó contra las milicias denominadas APC y FRPI. Así, en el tiempo comprendido entre julio de 2002 y el 2 de junio de 2003, existió en la región de Ituri un conflicto de carácter internacional, así como paralelamente uno de carácter interno. Con respecto a Lubanga, propone su participación en el conflicto de carácter interno, pues considera que la FPLC no constituye una fuerza armada estatal ni un grupo armado participante en una lucha de liberación nacional en el sentido del artículo 1.4 PA I, y tampoco pudo justificarse un control global por parte de la RDC, Uganda o Ruanda.⁶⁹

La Sala cambió la caracterización del conflicto⁷⁰ realizada por la SCP y calificó el enfrentamiento como uno de índole no internacional durante todo el periodo de relevancia para la CPI.⁷¹ Esta solución divergente de la valoración anterior atendería los aspectos cuestionados por la crítica descrita, pero tampoco la decisión de la Sala llega a ser totalmente convincente.

En este sentido, afirma Ambos que, si bien es difícil juzgar la valoración fáctica de la Sala sin familiarizarse con todas las pruebas y la situación en el terreno, surgen dudas en cuanto a la presentación de la determinación de los hechos que hace la Sala respecto a la calificación del conflicto propuesta por ella. La Sala encuentra “algunas pruebas” respecto a que la RDC apoyó a la APC (que se había enfrentado con la FPLC/UPC) y a que primeramente Uganda y después Ruanda apoyaron a la FPLC/UPC, por su parte. Se hace referencia al testimonio de Gérard Prunier, quien afirmó que los tres países citados “lucharon por medio de *proxies*”. Las dudas sobre la calificación del conflicto se basan en esta determinación de los hechos. Se afirma que, ante esta presentación, el rechazo de la calificación del conflicto como internacional, por lo menos hasta el término de la ocupación ugandesa, no es claro. Se indica además que, aun luego del retiro de Uganda, este país siguió participando, así como también lo hizo Ruanda.⁷²

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Esta facultad se encuentra reglada en el artículo 55 del reglamento de la CPI, que hace referencia a que la “Sala puede cambiar la calificación legal de los hechos”.

⁷¹ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 568.

⁷² Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), pp. 18, 19.

5. Naturaleza del conflicto y el reclutamiento

Para el caso de un conflicto armado internacional, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI prohíbe el reclutamiento en fuerzas armadas nacionales; en tanto, para el caso de un conflicto no internacional, el artículo 8.2.e.vii ECPI habla de reclutamiento en fuerzas armadas o en grupos armados.

Es fácil de percibir la diferencia en la formulación de las disposiciones y ella lleva a preguntarse si las prohibiciones mencionadas tienen el mismo alcance. Es claro que, en el caso de un conflicto armado no internacional, el artículo 8.2.e.vii ECPI abarca el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas gubernamentales, ya que estas se subsumen dentro del concepto de *armed forces*, y además abarca el reclutamiento en grupos armados no estatales. Sin embargo, en el caso de un conflicto armado internacional, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI pareciera cubrir solamente el supuesto del reclutamiento en fuerzas armadas estatales. Es de mencionar que el Estatuto no contiene una definición de *national armed forces* ni de la expresión *armed forces or groups*.⁷³

En el caso *Lubanga*, partiendo del supuesto de que se trató de un conflicto internacional, habría que resolver si el grupo FPLC/UPC constituyó una *fuerza armada nacional* en el sentido del artículo 8.2.b.xxvi ECPI.⁷⁴

En el mencionado caso, la SCP calificó el conflicto como de carácter internacional y afirmó que el grupo de Lubanga, FPLC/UPC, constituyó una “fuerza armada nacional” en el sentido de la disposición citada en el párrafo pertinente. Para fundar esta posición la SCP sostuvo la línea de argumentación que se describe brevemente:

El tribunal mencionó que la prohibición contenida en el artículo 8.2.b.xxvi ECPI se basa en el contenido del artículo 77.2 del PA I:

Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas [...].

De la disposición puede derivarse en principio que solo se hace referencia a las fuerzas armadas estatales; pero se indica que esta debe vincularse con el artículo 43.1 PAI, que expresa:

⁷³ Cf. Ambos, “La primera decisión...”, o. cit. (nota 24), p. 979 (987, 991 s.)

⁷⁴ Cf. Werle, o. cit. (nota 6), p. 1236.

Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de los subordinados ante esa Parte [...].

De esto deriva el tribunal, en el sentido de las normas madre, que las fuerzas armadas no necesariamente deben ser las fuerzas armadas estatales. Menciona que también se incluyen grupos que luchan por una liberación nacional o contra un dominio colonial. Además, menciona que en el artículo 1 del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (HLKO por sus siglas en neerlandés),⁷⁵ al lado del ejército (*armed land forces*) son abarcados también las milicias y *Freikorps* en el círculo de grupos idóneos de un conflicto armado.⁷⁶

La SCP afirma luego que el adjetivo *nacional* en el artículo 8.2.b.xxvi ECPI no determina que solo se incluyen enfrentamientos entre Estados. Haciendo una remisión al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se deriva que la expresión *nacional* no necesariamente indica fuerzas del gobierno. En este sentido afirma que no se trata solo de la nacionalidad, sino también de la etnia o la pertenencia a una parte del conflicto. Se trae a colación que el TPIY en la exégesis del artículo 4.1 de la CG IV ha interpretado el concepto *nacional* en el sentido de pertenecer a la adversa en el conflicto.⁷⁷

La SCP ha señalado que interpretar *fuerzas armadas nacionales* como fuerzas armadas estatales conduciría a una laguna de punibilidad y con ello se socavaría el sentido y fin del ECPI, de no dejar impunes los más graves crímenes del derecho internacional. Una interpretación semejante conduciría a que el autor que reclutara niños para un grupo armado no estatal en el marco de un conflicto internacional quedara libre de pena.⁷⁸

Palomo ha indicado que la argumentación de la SCP es en varios aspectos problemática.

Un primer aspecto mencionado es que es confusa la afirmación de que del artículo 43 PA I y el artículo 1.º HLKO se deriva que también grupos no estatales son idóneos

⁷⁵ En el artículo 1 (HLKO), al lado del ejército (*armed land forces*), también cuentan las milicias y *Freikorps*, cuando tienen una conducción y una cadena de mando jerarquizada. Los integrantes de estas unidades armadas cuentan como combatientes y, contrariamente a lo que ocurre con los civiles, se encuentran legitimados para participar en un enfrentamiento armado.

⁷⁶ *Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges* (nota 52), § 270, 272 s, 274.

⁷⁷ *Ibidem*, § 278 ss.

⁷⁸ *Ibidem*, § 281, 281.

para un conflicto de carácter internacional. Con relación a grupos armados que en el marco de una lucha de liberación nacional, en el sentido del artículo 1.4 PA I, aspiran a una independencia, debe aclararse que se reconoce al grupo armado una posición cuasiestatal porque al fin de la lucha de liberación debería surgir un sujeto de derecho internacional, inclusive ya reconocido por otros. En el caso de las milicias y de los *Freikorps* se reconoce la posibilidad cuando los Estados se sirven de estos grupos en los enfrentamientos armados. Por otra parte, el artículo 1.º HLKO y el artículo 43 PA I no pueden ser mal entendidos en el sentido de que un grupo armado no estatal sin más puede convertirse en parte en un conflicto internacional. Más bien las disposiciones mencionadas establecen que a un Estado pueden serle imputadas las actuaciones de un grupo armado no estatal, como milicias y *Freikorps*, cuando el Estado se ha servido de ellos. Una parte estatal en el conflicto no podría de esta manera sustraerse a su responsabilidad con el argumento de que el accionar no pertenece a sus fuerzas armadas estatales sino que pertenece a una milicia.⁷⁹

Respecto a la afirmación de la SCP de que la expresión *national armed forces*, de acuerdo a su significado usual, no necesariamente significa ‘fuerza armada estatal’, sostiene la autora mencionada que, justamente según el significado usual de la expresión, se realiza una referencia a *lo estatal*, de tal manera que *national armed forces* son en primera línea las fuerzas armadas estatales.⁸⁰

Se afirma que la SCP desconoce la estrecha relación entre los crímenes de guerra y la norma madre del derecho internacional humanitario. De acuerdo al artículo 77.2 del PA I, se prohíbe a los Estados parte reclutar en sus fuerzas armadas a niños soldados. Con ello es claro que la expresión *national armed forces* debe entenderse en el sentido de fuerzas armadas estatales.⁸¹

Con respecto a la invocación de la interpretación del TPIY del artículo 4.1 CG IV, se menciona que la situación que rodeó a la decisión de este tribunal no es propiamente comparable. El TPIY debía decidir sobre la amplitud de la protección a la población civil en el derecho internacional humanitario. Debía resolver si *nacional*, en el sentido de la mencionada disposición, debía entenderse en forma estricta en función de la nacionalidad o si debía comprenderse a personas que, si bien poseen la nacionalidad de la

⁷⁹ Palomo, o. cit. (nota 15), p. 155.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 156.

⁸¹ *Ibidem*.

propia parte en el conflicto, tendrían que ser incluirlas en los cuadros de la contraparte al considerar aspectos como el étnico o la religión. Se afirma que el artículo 8.2.b.xxvi ECPI contiene un criterio específico que una fuerza armada en un conflicto internacional debe cumplir, de manera que esta posea la legitimación (que normalmente un Estado muestra) para ser parte en un enfrentamiento de carácter internacional.⁸²

Palomo argumenta que, si se sigue el criterio propuesto de pertenencia a la parte contraria, el FPLC debería vincularse a una de las partes del conflicto internacional. En este sentido, el conflicto en Ituri se ha valorado como internacional en razón de la ocupación del lugar por las tropas ugandesas. Las partes del conflicto eran entonces Uganda y la RDC, cuyo territorio había sido ocupado. No se ha podido establecer luego que la RCD ni Uganda hayan tenido la conducción del FPLC en el sentido de un control efectivo o global, por lo que esta no puede ser atribuida a ninguna de las partes en el conflicto. Una vinculación en el sentido mencionado a Ruanda, que apoyó a la UPC con personal y armas (soporte político del FPLC) fracasa, pues tampoco se ha establecido que la influencia de este país haya llegado tan lejos como para afirmar un control global o efectivo. Para seguir la línea de argumentación de la SCP de la pertenencia a la parte contraria, habría que asumir que la UPC es una parte en el conflicto, pero esta no puede ser parte en un conflicto internacional ya que no es un sujeto de derecho internacional ni un grupo que actúa en el marco de una lucha de liberación nacional en el sentido del artículo 1 (4) PA I.⁸³

Lo expresado por la SCP sobre el sentido y fin de la norma y la intención del legislador tampoco se ve como libre de cuestionamientos, pues se afirma que al final de las tratativas fue elegida una formulación diferente y se descarta la posibilidad de un error de redacción, ya que se ha llamado especialmente la atención sobre la diferencia de formulación.⁸⁴

Por último, Palomo no considera convincente el argumento de la SCP de originarse una laguna de punibilidad si la disposición no abarca también el reclutamiento de niños soldados por grupos armados no estatales en un conflicto internacional. Para la autora, la SCP no habría tenido mayores dificultades en el caso *Lubanga* si hubiera valorado correctamente el carácter del conflicto. La intervención de Lubanga, a su juicio, se dio

⁸² *Ibidem*, p. 157.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 158.

en un conflicto de carácter no internacional, y la disposición pertinente al lado de fuerzas armadas prevé otros grupos armados organizados. La solución del problema no se encontraría entonces en la interpretación del concepto de *fuerzas armadas nacionales*, sino en la correcta calificación del conflicto armado. Desde esta perspectiva, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI sería aplicable si durante un conflicto internacional se reclutan niños en un grupo no estatal y este se encuentra bajo el control global de un Estado. Si en cambio esta situación no se da, pero sí la existencia de un conflicto armado, se debe calificarlo como de índole no internacional y aplicar el artículo 8.2.b.xxvi ECPI.⁸⁵

Para Palomo, la distinta formulación de los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii ECPI no se traduce en una reducción de la protección de los niños soldados en un conflicto de carácter internacional. Considera que el artículo 8.2.b.xxvi ECPI abarcaría el supuesto del reclutamiento en un grupo armado no estatal durante un conflicto internacional cuando este se encuentre bajo el control global de uno de los Estados en el conflicto.⁸⁶

Este punto de vista se compadecería con el sentido de las prohibiciones antes mencionadas del DIH, pero es problemático si se toma en cuenta el texto del ECPI.⁸⁷

En este sentido, Ambos sostiene convincentemente que un entendimiento de que *national armed forces* abarca todas las fuerzas armadas entra en conflicto con la historia de la redacción del ECPI y no puede ser reconciliada con el principio *nullum crimen*.⁸⁸ Por lo tanto, en una interpretación respetuosa de las disposiciones del artículo 22 ECPI, el supuesto del reclutamiento en un grupo armado no gubernamental durante un conflicto armado internacional no se encuentra abarcado por el artículo 8.2.b.xxvi ECPI, por lo que en este sentido existe una laguna de punibilidad.⁸⁹

En lo sustancial expresa Ambos que la adición del término *nacional* fue prevista para limitar la aplicación de la disposición solo a las fuerzas armadas oficiales de un Estado, a fin de considerar la preocupación de varios Estados árabes, principalmente la del Líbano, que temía que la versión sin el agregado de *nacional* abarque a las fuerzas de Hezbollah. La invocación de los criterios resultantes de la jurisprudencia del TPIY no es convincente, pues estos fueron proveídos para un contexto totalmente diferente. Luego señala que el artículo 21.1.a ECPI expresamente obliga a la aplicación del Estatuto en

⁸⁵ Ibídem, pp. 158, 160.

⁸⁶ Ibídem, pp. 153, 160.

⁸⁷ Cf. Werle, o. cit. (nota 6), p. 1237.

⁸⁸ Ambos, "La primera decisión...", o. cit. (nota 24), p. 979 (992 s.)

⁸⁹ Véase Ambos, *Internationales Strafrecht...*, o. cit. (nota 1), p. 287.

primer lugar y no la Convención de Viena. El artículo 22 ECPI establece el principio fundamental de *nullum crimen sine lege*, que en lo pertinente proscribire una punibilidad basada en la extensión por analogía de un acto codificado en el Estatuto.⁹⁰

La Sala ha cambiado la calificación de la SCP y valorado el conflicto armado como no internacional. Esta nueva calificación no se ve en la necesidad de tratar la problemática descrita, pues, atendiendo al texto del art. 8.2.e.vii ECPI, el FPLC/UPC se deja subsumir en el elemento *grupo*.⁹¹

6. Otros aspectos

La Sala se plantea la cuestión de si en los casos de reclutamiento se presupone el propósito de la utilización de los niños en las hostilidades. El tribunal ha negado con razón esta interpretación⁹² y considerado al *reclutamiento* y a la *utilización* de niños como “delitos separados”,⁹³ aunque sea más adecuado hablar de conductas alternativas o variantes, que cada cual por sí realiza el tipo.⁹⁴

El texto, por el empleo de la conjunción *o*, permite rechazar con facilidad una proposición según la cual el reclutamiento requeriría el propósito o la intención de utilizar niños en las hostilidades. Por este motivo, señala atinadamente Ambos, no se comprende el motivo por el cual la Sala afirma que la disposición es potencialmente ambigua si es considerada en forma aislada.⁹⁵

Tal vez la Sala ha considerado que puede entenderse que la incorporación de efectivos a las filas de las *fuerzas armadas* o *grupos armados* parece llevar implícito el propósito de la utilización. De todas maneras el texto es claro, no solo por la composición disyuntiva de las variantes, sino por la inexistencia de algún giro que indique el requerimiento de algún *elemento subjetivo adicional*.

⁹⁰ En forma crítica Ambos, quien sostiene que semejante interpretación no es correcta en atención al principio *nullum crimen*, concretamente si se tiene en cuenta la prohibición de analogías, Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 19, nota 124; véase también Ambos, “La primera decisión...”, o. cit. (nota 24), 979 (993 s.).

⁹¹ Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 19.

⁹² *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 609.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 20.

⁹⁵ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 609; Ambos, “El primer fallo...”, o. cit. (nota 18), p. 20, nota 128.

En otro orden de ideas, con relación a la naturaleza del reclutamiento, la Sala ha expresado que se trata de un delito de carácter continuo, que termina solo cuando el niño alcanza la edad de 15 años o abandona las fuerzas armadas o el grupo armado.⁹⁶

Esta clasificación de la Sala puede considerarse correcta, y al mismo tiempo llama la atención que esta cualidad del delito pueda tener un impacto en la jurisdicción temporal de la CPI, ya que esta podría tener competencia para reclutamientos ocurridos antes de la entrada en vigencia del Estatuto. Semejante extensión temporal de la jurisdicción sería contraria a la voluntad de los redactores y eventualmente contraria a las disposiciones de los artículos 11 y 22 ECPI.⁹⁷

7. Conclusión

La interpretación de *alistamiento* como reclutamiento voluntario y la *conscripción* como reclutamiento compulsivo que hace la Sala es convincente. Sin embargo, confunde la cuestión de la existencia de elementos del tipo objetivo con la pregunta —estructuralmente diferente— sobre la posibilidad de un consentimiento del niño y sus efectos.

La caracterización del conflicto armado no ha sido realizada de forma de eliminar las dudas sobre la naturaleza de este. A los efectos de establecer si le es imputable a un Estado el actuar de un grupo no estatal, la Sala ha preferido el test del control general.

La pregunta sobre la interpretación del elemento *fuerzas armadas nacionales* en el marco del artículo 8.2.b.xxvi ECPI quedó sin tratamiento en el fallo, ya que, con el cambio de caracterización del conflicto que hace la Sala, el tratamiento de este aspecto ya no aparece como un presupuesto para la decisión del caso.

Con relación a la utilización de niños menores, la interpretación de la Sala aparece como adecuada.

La Sala expresa correctamente el carácter alternativo de las conductas (*reclutar, alistar y utilizar*) y rechaza la necesidad de que el reclutamiento deba ser realizado con el propósito de utilizar a los niños en las hostilidades. También sienta una correcta postura sobre el carácter permanente del delito de reclutamiento de niños menores.

⁹⁶ *Lubanga Dyilo Judgment* (nota 7), § 618.

⁹⁷ Ambos, "El primer fallo...", o. cit. (nota 18), p. 20.

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CRIMEN IMPUTADO EN EL CASO LUBANGA

Dino Carlos Caro Coria

RESUMEN. La primera sentencia condenatoria impuesta por la CPI no goza de plena coherencia desde la perspectiva de la imputación subjetiva. La confusa redacción del estándar subjetivo que se autoimpone la Sala se debe a la ausencia de claridad sobre la distinción, tan presente en el derecho penal del *civil law* y en el marco del artículo 30 del ER, entre conducta, resultado y circunstancias del crimen internacional. Y aunque partiendo de esa confusión la Sala se autoimpuso un estándar subjetivo probatoriamente más bajo, los hechos que da por probados expresan que tuvo la posibilidad de aplicar un estándar más elevado que la llevara a sostener, por ejemplo, que Lubanga sí actuó con la intención de incurrir en la conducta del artículo 8.e.vii, de conscripción de niños, y no solo con el mero conocimiento de la existencia de menores de edad en las fuerzas armadas de la UPC/FPLC.

Palabras clave: elemento subjetivo, dolo eventual, caso *Lubanga*, reclutamiento de niños, alistamiento de niños, utilización de niños, dolo de la coautoría, *mens rea*.

ABSTRACT. The first judgment of conviction issued by the ICC is not fully consistent with regard to the subjective element. The Trial Chamber's confusing wording of the subjective element is due to a lack of clarity regarding the distinction between the conduct, consequences and circumstances of the international crime. This distinction, however, is quite clear in the criminal law of civil law countries and in Article 30 of the Rome Statute. Due to this confusion the Chamber adopted a lower standard of proof regarding the mental element. However, its findings of fact show that it could have applied a higher standard and thus could have held, for example, that Lubanga acted with the intent of committing the crime described in Article 8.e.vii of conscripting or enlisting children and not only with the knowledge that there were children under the age of 15 years within the armed forces of the UPC/FPLC.

Key words: subjective element, *dolus eventualis*, *Lubanga* case, recruitment of children, enlistment of children, use of children, subjective elements of co-perpetration, *mens rea*.

ZUSAMMENFASSUNG. Das erste Urteil des IStGH kann hinsichtlich der inneren Tatseite nicht vollständig überzeugen. Die verwirrende Redaktion des subjektiven Standards, den die Strafkammer anwendet, ist die Folge fehlender Klarheit hinsichtlich des im Strafrecht des *civil law* und im Rahmen von Artikel 30 des Rom-Statuts bestehenden Unterschieds zwischen dem Verhalten, der Folge des Verhaltens und den Begleitumständen eines internationalen Verbrechens. Und obwohl die Kammer, ausgehend von dieser Verwechslung, einen im Hinblick auf die Beweiserbringung niedrigeren subjektiven Standard festlegte, zeigen die Tatsachen, die sie als bewiesen betrachtet, dass sie die Möglichkeit hatte, einen höheren Standard anzulegen, der es ihr z. B. erlaubt hätte, die Auffassung zu vertreten, dass Lubanga sehr wohl mit der Absicht handelte, den Tatbestand des Artikels 8.e.vii, die Zwangsverpflichtung von Kindern, zu erfüllen, und nicht bloß mit dem Wissen, dass Minderjährige in den Streitkräften der UPC/FPLC vertreten waren.

Schlagwörter: Innere Tatseite, bedingter Vorsatz, *Lubanga*-Fall, Zwangsverpflichtung von Kindern, Eingliederung von Kindern, Einsatz von Kindern, Vorsatz bei der Mittäterschaft, *mens rea*.

1. Introducción

Han transcurrido más de diez años desde la emisión del Estatuto de Roma para que la Corte Penal Internacional diera a conocer el 14 de marzo de 2012 su primer fallo, en el que condenó a Thomas Lubanga Dyilo, de la República Democrática del Congo, por su participación como coautor de “reclutar y alistar niños menores de 15 años en un grupo armado”, así como de “utilizar niños menores de 15 años para participar activamente en hostilidades”, de acuerdo al artículo 8.2.e.vii, en concordancia con el artículo 25.3.a del Estatuto de Roma.¹ Posteriormente, el 10 de julio del mismo año, el tribunal decidió imponer al acusado la pena de 14 años de prisión.

Este fallo resulta de trascendental importancia si se considera que hasta el momento no se había tenido la oportunidad de confrontar los institutos jurídicos contenidos en el

¹ ICC-T.Ch I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, de 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, *Judgment*).

Estatuto de Roma con un caso resuelto por la propia Corte Penal Internacional.² Así, la referencia expresa al crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños soldados en un conflicto armado, sus elementos objetivos y subjetivos, las formas de intervención delictiva subyacentes,³ la definición de víctima y su participación en el proceso⁴ son algunas de las cuestiones jurídicas⁵ abordadas en esta primera decisión jurisprudencial, las cuales ofrecen un amplio campo de discusión del derecho penal internacional.

En lo que a la presente contribución se refiere, nos ocuparemos de la problemática de los elementos subjetivos abordados en la sentencia *Lubanga*. Para ello, comenzaremos previamente con los antecedentes del Estatuto de Roma (2), seguidamente analizaremos los elementos subjetivos contenidos en el artículo 30, así como sus diversas manifestaciones (3), las excepciones de su aplicación materializadas en la *default rule* (4), el estándar utilizado por la Sala para imputar el dolo (5), así como, finalmente, el requisito subjetivo para la configuración de la coautoría (6).

2. Antecedentes

Ya desde las propias discusiones sostenidas en las comisiones preparatorias para la elaboración del proyecto del Estatuto de Roma,⁶ resultaba claro que el principal inconveniente para su aprobación se iba a concentrar en la superación de las diferencias entre sistemas jurídicos tan disímiles como el *common law* y el *civil law*, ello si se quería dar forma y legitimidad a un regulación de alcance internacional.⁷

² El interés científico internacional despertado por este fallo ha sido motivo para que, por ejemplo, la prestigiosa revista *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* le dedicara una edición especial: *JICJ*, vol. 10, n.º 4, 2012.

³ Andreas Herzig, "Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des Internationales Strafgerichtshofs", *ZIS* 4/2013, pp. 189 ss.; Alicia Gil Gil, "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments Against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator", *International Criminal Law Review*, en prensa, pp. 1 ss.

⁴ Sarah Ehlers y Nora Markard, "Opferbeteiligung in Den Haag: Lektionen aus dem Lubanga-Verfahren des Internationalen Strafgerichtshofs", *JZ* 2012, pp. 273 ss.; Gerson Trüg, "Die Position des Opfers im Völkerstrafverfahren vor dem IStGH-Ein Beitrag zu einer opferbezogenen verfahrenstheoretischen Bestandsaufnahme", *ZStW* 2013, pp. 34 ss.

⁵ Un análisis global y detallado nos lo ofrece Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", *InDret* 3/2012; Christoph Barthe, "Das erste Urteil aus Den Haag", *JZ* 2/2013, pp. 88 ss.

⁶ Roger Clark, "Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht", *ZStW* 114 (2002), pp. 372 ss.

⁷ Detalladamente sobre los antecedentes del Estatuto de Roma: Bassiouni (comp.), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, 1998 pássim; Albin Eser, "Mental Elements-Mistake of Fact and Mistake of Law",

No obstante, la paulatina incorporación del Model Penal Code⁸ en diversos estados de los Estados Unidos de América facilitó de cierta manera el acercamiento a este sistema jurídico, el mismo que antes trasladaba la solución integral de cada caso concreto a los tribunales. Tomando en cuenta este precedente, en 1995 la Comisión *Ad Hoc* de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional recomendó la pertinencia de discutir la incorporación de una parte general en la legislación internacional, incluyendo las referidas al elemento subjetivo,⁹ la que se vio materializada en la propuesta formulada al año siguiente por el Preparatory Committee.¹⁰

Como fruto de ello, y siguiendo así la tradición europeo-continental, el Estatuto de Roma incorporó finalmente una parte general¹¹ que acoge normas de imputación de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, que se constituyen de esta manera en criterios exigidos para su configuración delictiva. Es con base en esta concepción sistemática que los elementos subjetivos *intención (intention)* y *conocimiento (knowledge)* —dogmáticamente entendidos como componentes *volitivo* y *cognitivo*— comprendidos en el artículo 30 deben ser necesariamente satisfechos para calificar una conducta como de crimen internacional.

Esta exigencia de una regla general vino seguida de sentencias importantes que la secundaron, como la emitida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

Es evidente que es un principio general del Derecho que el establecimiento de la responsabilidad penal requiere un análisis de dos aspectos. El primero de ellos puede denominarse *actus reus* —el acto físico necesario para el delito. [...] El segundo aspecto [...] se relaciona con el elemento mental necesario o *mens rea*.¹²

en Cassese, Gaeta y Jones (eds.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, pp. 892 ss.

⁸ Sobre las consecuencias de la codificación en el derecho norteamericano, véase George Fletcher, "Dogmas of The Model Penal Code", *Buffalo Criminal Law Review*, 2 (1998-1999), pp. 3 ss.; Markus Dubber, "Penal Panopticum: The Idea of a Modern Model Penal Code", *Buffalo Criminal Law Review*, 4 (2000-2001), pp. 53 ss.

⁹ *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, U.N. GAOR, 50th Sess., Supp. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

¹⁰ *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, tomo II, "Compilation of Proposals", U.N. GAOR, 51st Sess., Supp. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1996).

¹¹ La configuración de la parte general del Estatuto de Roma no ha tenido influencia práctica de la dogmática penal alemana. Véase Kai Ambos, *La Parte general del Derecho penal internacional*, Montevideo y Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Temis, 2005, p. 49.

¹² ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al., Trial Chamber, Judgment of 16 November 1998 (IT-96-21-T)*, § 424 s. Después de este fallo, la negligencia solo se considerada punible en situaciones excepcionales debidamente fundamentadas. Sin

La Corte Penal Internacional tampoco ha sido ajena al desarrollo de este requisito en el reciente fallo *Lubanga*:

Conforme al Artículo 30, la Fiscalía tiene la obligación de demostrar que Thomas Lubanga cometió los crímenes de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 años para que participen activamente en las hostilidades, con la intención y conocimiento necesarios.¹³

3. Análisis del artículo 30

Los elementos y particularidades típicos que envuelven el elemento volitivo se encuentran regulados en el artículo 30 del Estatuto de Roma, cuyo contenido señala:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

De acuerdo a este dispositivo, para que una conducta sea punible deben concurrir copulativamente los elementos cognitivo y volitivo en el momento mismo de la comisión del crimen; es por ello que el *dolus antecedens* y el *dolus subsequens* no resultan suficientes para satisfacer este requisito.¹⁴

La estructura del elemento subjetivo también lleva a ciertas derivaciones dogmáticas relativas a los diferentes grados de su configuración de acuerdo a los requerimientos

embargo, esta exigencia perdió consistencia frente a los casos en los que el “superior” se hacía responsable por los crímenes de sus subordinados, puesto que no se exigía para ello solo el tener conocimiento, sino que bastaba con el “deber tener conocimiento” (should have known). Véase Werle, *Völkerstrafrecht*, 3.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, p. 252.

¹³ *Judgment*, § 1273.

¹⁴ Eser, o. cit., pp. 930 ss.

establecidos por los artículos 30.2 y 3. Según este precepto, tanto la *intención* como el *conocimiento* deben estar referidos a los componentes objetivos del crimen internacional en cuestión; es decir, a) al comportamiento típico (*conduct*), b) al resultado de este comportamiento (*consequences*), así como c) a las circunstancias propias del hecho (*circumstances*).¹⁵ Ello no implica, por la sistemática que sigue este instituto jurídico, que las características objetivas abarquen también las causas de justificación y exculpación de un hecho; todo lo contrario, este no es un rasgo que se encuentre comprendido en su constitución.¹⁶

a. El dolo referido a la conducta típica se encuentra normado expresamente en el artículo 30.2.a, y esta se identifica doctrinariamente con el *dolus directus* de primer grado, puesto que para su subsunción el autor debe actuar intencionalmente, proponiéndose incurrir en la conducta delictiva. El acento que este dispositivo pone en el aspecto *volitivo* del dolo no implica, sin embargo, que no se considere la importancia del *conocimiento* en su configuración, sino que este se da ya por supuesto en la medida en que el autor debe conocer lo que quiere.¹⁷

b. Por otro lado, la relación del dolo con el resultado del comportamiento (*consequence*) regulado en el artículo 30.2.b hace referencia a lo que en la tradición germánica se denomina *dolus directus* de segundo grado, conocido también en el derecho inglés bajo la denominación de *oblique intent*. La propia Sala de Cuestiones Preliminares del caso *Lubanga*¹⁸ adoptó la terminología alemana, siguiendo así la tradición del *civil law*. Este tipo de dolo está caracterizado doctrinariamente por la producción segura del resultado, pese a no haber sido *querida* por el autor. La norma se decanta por dos variantes; la primera, en la que el autor se propone causar la consecuencia (“*means to cause that consequence*”), o la segunda, derivada del *common law* inglés, en la que basta con que el autor sea consciente de que se producirá el resultado en el curso normal de los acontecimientos.¹⁹

¹⁵ Werle, o. cit. p. 199, 200.

¹⁶ Este punto es aún controvertido; sin embargo, tanto el *Mode Penal Code* norteamericano, como la interpretación francesa del elemento subjetivo hablan a favor de lo sostenido. Véase Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 390, 391.

¹⁷ En torno a su problemática, véase Eser, o. cit., p. 913; detalladamente, Gil Gil, o. cit., p. 25.

¹⁸ ICC-P-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges*, de 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803), § 351, 352.

¹⁹ “A person acts ‘intentionally’ with respect to [...] a result when he acts either in order to bring it about or being aware that it will occur in the ordinary course of events,” “A criminal Code for England and Wales”, *Law Com.* n.º 177 (1989), at cl. 18.b.

Aquí resulta por demás controvertido si dentro de esta clasificación también se encuentra inserto el dolo eventual. Una interpretación estricta de la norma nos llevaría, sin embargo, a negar esta posibilidad.²⁰ El propio artículo 30.2.*b* exige que el autor sea *consciente* de la producción de un resultado, lo que implica una seguridad rayana con la certeza, y es precisamente de esta cualidad que carece el dolo eventual. Consecuentemente, tampoco será suficiente el conocimiento altamente probable del resultado. El mismo razonamiento sería válido para descartar el parámetro subjetivo desarrollado en el *common law* denominado *recklessness*²¹ o *indirect intent*.

Contrariamente a lo sostenido, la Sala de Cuestiones Preliminares I del caso *Lubanga* afirmó que el artículo 30 no solo comprende el *dolus directus* de primer grado y el *dolus directus* de segundo grado, sino que también aborda los casos en los que el autor, no obstante ser consciente del riesgo de su conducta para la configuración de los elementos objetivos del tipo, se resigna a ella o la consiente.²²

Como se aprecia, la complejidad de este tipo de dolo es abordada por la Sala desde dos constelaciones emparentadas; la primera, cuando el autor reconoce la alta probabilidad de la realización del resultado y a pesar de ello la consiente (“existe la probabilidad de que ello se producirá en el curso normal de los acontecimientos”);²³ la segunda, cuando el riesgo de la realización del resultado también es mínimo. En estos dos casos se configuraría, según la Sala, el dolo del artículo 30, para lo cual se debería comprobar, además, que el autor asumió el riesgo de forma manifiesta o expresa de que de su comportamiento resultarían los elementos objetivos del crimen internacional (“El sospechoso debe tener claridad o aceptado expresamente la idea de que tales elementos objetivos pueden ser el resultado de sus acciones u omisiones”).²⁴

²⁰ Aunque no es pacífica en la doctrina internacional la posición que niega el dolo eventual como criterio interpretativo del artículo 30 del Estatuto de Roma. Véase en esta misma obra la contribución de Alicia Gil Gil, para quien el dolo eventual sí tiene cabida en el artículo 30 porque de lo contrario se crearían lagunas de punición.

²¹ § 2.02 § 2.c MPC: “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor’s conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor’s situation”.

²² Textualmente el fallo afirma: “[The suspect] accepts such an outcome by reconciling himself or herself with it or consenting to it [...], *dolus eventualis*”, ICC-P-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, de 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803), § 352.

²³ *Ibidem*, § 353.

²⁴ *Ibidem*, § 354; Werle, o. cit., p. 441.

A pesar de que la Sala se apoya en la decisión del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia en el proceso contra *Stakić*²⁵ para fortalecer sus argumentos, creemos que esta interpretación no se ajusta a lo señalado por el artículo 30. Al margen de la ausencia de una justificación mínimamente lógica de por qué la asunción del razonamiento de otro tribunal internacional es trasladable a este caso concreto, encontramos asimismo que otras decisiones internacionales no comparten esta posición.

La Segunda Sala de Cuestiones Preliminares en el proceso seguido contra Bemba,²⁶ por ejemplo, ha sostenido que el artículo 30 solo abarca el *dolus directus* de primer y segundo grado, descartando el *dolus eventualis* o *advertent recklessness* como formas configuradoras del dolo, ya que la mera posibilidad o el conocimiento seguro del resultado no responden a una interpretación restrictiva del Estatuto de Roma.²⁷

A la luz de lo expuesto, sin embargo, pareciera que la Sala de Cuestiones Preliminares I del caso *Lubanga* ha reorientado su interpretación del dolo a los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales de una u otra manera asumen esta posición a raíz de la permisividad interpretativa que origina la formulación de sus normas, lo que no sucede en cambio con el Estatuto de Roma, donde los presupuestos del elemento subjetivo están claramente delimitados sin consignar, por su formulación literal, la concurrencia de un *dolus eventualis*.

c. Finalmente, en cuanto al dolo relacionado con las circunstancias propias del hecho (“*circumstances*”) del artículo 30.3, el autor debe ser consciente de estas (“*awareness that a circumstance exists*”), de modo que un mero conocimiento probabilístico no es suficiente para su configuración. Como claramente se desprende de este dispositivo, los elementos del crimen internacional se redireccionan tan solo al aspecto cognitivo, excluyendo de esta manera su relación con la voluntad del sujeto.²⁸

²⁵ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY), Trial Chamber II, Judgement, 31.7.2003, § 857; latamente sobre este tema, Kirs Eszter, “Limits of the impact of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina”, *Goettingen Journal of International Law*, tomo 3, 2011, pp. 397 ss.

²⁶ ICC-P-T. Ch. II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the Confirmation of Charges*, 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424), § 357 ss. Para una comprensión de los principales problemas del caso *Bemba*, véase Kai Ambos, “Critical issues in the Bemba confirmation decision”, *Leiden Journal of International Law* 22, 2009, pp. 715 ss.; versión en español en *Revista Penal* 25, 2010, pp. 12 ss.

²⁷ ICC-P-T. Ch. II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., § 360, 361 ss.

²⁸ Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden Baden, 6.ª ed., 2013, p. 285.

4. Default rule

Dentro del artículo 30 existe un elemento importante que aún no ha sido analizado y que podría interpretarse como el instrumento idóneo para facilitar la subsunción de una conducta criminal con un mero *dolus eventualis* o *recklessness*. Nos referimos a la *default rule*, según la cual los elementos subjetivos del delito internacional arriba expuestos solo se aplicarían “salvo disposición en contrario”.

Estas “otras disposiciones” pueden derivarse del propio Estatuto de Roma, de los Elementos de los Crímenes y de otras fuentes del derecho internacional en el sentido del artículo 21; también pueden servir para corroborar o precisar elementos subjetivos del propio Estatuto, así como para ampliar o reducir la intensidad de la exigencia del dolo para la punibilidad de un comportamiento.²⁹

Quizá el artículo 28 sea la derivación más conocida de la regla de excepción, la misma que provee a una conducta de menores estándares de dolo que los requeridos por el artículo 30. Así, la imputación de responsabilidad de los jefes y otros superiores dependerá explícitamente, en el párrafo *a*, del estándar subjetivo negligente (“*should have known*”) y del *dolus eventualis*, y en el párrafo *b*, de la *wilful blindness*.

Otro tipo de *default rule* de importancia es aquella referida a los delitos especiales que se dejan interpretar como tales. En este sentido, una excepción notable en los elementos subjetivos se da, por ejemplo, en el crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños soldados en un conflicto armado. Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares del caso *Lubanga* ratificó que es suficiente con que el autor “conociera” o “debiera haber conocido” que la persona o grupo de personas fueran menores de 15 años.³⁰

Con todo, se puede afirmar que, en tanto los crímenes internacionales admitan dentro de “otras disposiciones” los elementos subjetivos de *dolus eventualis*, *recklessness* o la mera imprudencia, estas se constituyen en un fundamento legítimo para su punibilidad. Aquellas “otras disposiciones” que no se encuentren en la norma y que se deriven de los elementos del crimen y del derecho internacional deben ser evaluadas caso por caso, comprobando si la flexibilización del elemento del delito pertenece al aspecto subjetivo.

²⁹ Werle, o. cit., p. 445; Ambos, *La parte general...*, o. cit., pp. 432-433; Roger Clark, *ZStW* 114 (2002), 392 ss.; Eser, o. cit., p. 889.

³⁰ Así lo afirma expresamente la Sala de Cuestiones Preliminares I (Confirmation of Charges de 29.01.2007): “As a result, the ‘should have known’ requirement provided for in the Elements of Crimes in relation to articles 8.2.b.xxvi) and 8.2.e.vii) is an exception to the ‘intent and knowledge’ requirement in article 30 of the Statute”.

También las decisiones de cortes internacionales, como fuente en general del derecho internacional, podrían llegar a constituir “otras disposiciones”. Un claro ejemplo de ello son los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, que en sus sentencias dieron como suficiente la concurrencia del *indirect intent* y con ello la cercana posibilidad de realización del resultado (“probable”, “*substantial likelihood*”, “*likely in the ordinary course of events*”) como elemento configurador del dolo en diversos crímenes internacionales.³¹

5. El dolo en la sentencia a Lubanga

5.1. La exclusión del *dolus eventualis* y el problema del estándar subjetivo utilizado por la Sala

En la sentencia emitida por el Tribunal Penal Internacional contra Lubanga, la Sala llegó a la conclusión siguiente:

Lubanga y sus coacusados acordaron y participaron en un plan común para crear un ejército con el propósito de establecer y mantener un control político y militar sobre Ituri, lo que *resultó* en el curso normal de los acontecimientos en la conscripción y el enlistamiento de niños y niñas menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades.³²

Como consecuencia de esto fueron declarados responsables del delito del artículo 8.2.e.vii en conexión con el artículo 25.3.a del Estatuto de Roma.³³

En cuanto al ámbito subjetivo, es importante tener en cuenta que el estándar que la Sala se había impuesto para la declaración de responsabilidad de los acusados era la prueba de que:

(i) el acusado y al menos otro coautor *tenían la intención* de reclutar, alistar o usar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades *o tenían conocimiento* de que

³¹ Werle, o. cit., p. 213 s.

³² *Judgment*, § 1351 (Overall Conclusions): “The accused and his co-perpetrators agreed to, and participated in, a common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri. This resulted, in the ordinary course of events, in the conscription and enlistment of boys and girls under the age of 15, and their use to participate actively in hostilities”.

³³ *Judgment*, § 1358 (Disposition).

al implementar su plan común, esta *consecuencia* “ocurriría en el curso ordinario de los acontecimientos”; y (ii) el acusado tenía conocimiento de que estaba proveyendo una contribución esencial a la implementación del plan común.³⁴

Queda claro que con ello la Sala descartaba un descenso al estándar del *dolo eventual*, o sea, la idoneidad de la mera posibilidad del conocimiento de los hechos por parte de los acusados como criterio subjetivo de imputación admisible para el delito del artículo 8.2.e.vii —con lo cual habría que estar de acuerdo, sobre todo, si se adhiere una interpretación estricta de los niveles de dolo previstos en el artículo 30 del Estatuto (véase *supra*)—. Para excluir el *dolus eventualis*, la Sala contradujo expresamente lo sostenido por la Sala de Cuestiones Preliminares³⁵ con base en la *drafting history* del Estatuto de Roma y en la expresión *will occur* contenida en el artículo 30.2.b.³⁶

Esta solución vertida por la Sala ha sido la más adecuada, pues tampoco por medio de una interpretación directa del artículo 8.2.e.vii, vía la *default rule* del artículo 30 del Estatuto, puede sostenerse que basta con que el autor debe haber podido conocer (“*should have known*”) que los niños reclutados, alistados o utilizados eran menores de 15 años, en tanto lo dogmáticamente correcto es que se conociera efectivamente dicha circunstancia.³⁷

La forma en que se resuelve este caso no debería sin embargo llevar a confundirla con la expresión de una regla de inaplicación absoluta del *dolus eventualis*. Como ya se ha señalado, la *default rule* del artículo 30 constituye una puerta de entrada legítima para el recurso a este tipo de dolo en la solución de determinados casos, como, por ejemplo, aquellos que, en conexión con el artículo 28.b.i del Estatuto de Roma, involucran la responsabilidad de jefes y otros superiores.

³⁴ *Ibidem*, § 1013. Texto traducido tomado de Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 34 (cursivas añadidas); véase también Barthe, o. cit., p. 92.

³⁵ *Judgment*, § 1011.

³⁶ *Ibidem*, § 1011. “The drafting history of the Statute suggests that the notion of *dolus eventualis*, along with the concept of recklessness, was deliberately excluded from the framework of the Statute [...] The plain language of the Statute, and most particularly the use of the words ‘will occur’ in Article 30.2.b) as opposed to ‘may occur’, excludes the concept of *dolus eventualis*”.

³⁷ Artículo 8.2.e.vii del Estatuto: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”. Véase Gregoria Palomo Suárez, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berlín: Berliner Wissenschafts, 2009, pp. 90 s.

Pero si la exclusión del *dolo eventual* fue acertada, ya no puede decirse lo mismo de la forma en la que la Sala aglutinó los restantes niveles del dolo en el texto del estándar subjetivo, ya que con ello no solo dejó sin respuesta la pregunta por el rigor subjetivo que se declaró probado, sino que además tampoco distinguió entre los *objetos de referencia* del artículo 30 del Estatuto de Roma a los que se refería.³⁸

Por cierto, la Sala tampoco se esforzó mínimamente por aclarar esto en sus *Overall Conclusions*, sino que se limitó más bien a señalar, aún de modo más genérico:

[Estaba] satisfecha más allá de toda duda razonable, [...] que Thomas Lubanga actuó con el conocimiento y la intención necesarios para establecer los cargos.³⁹

Y contra lo que podría creerse a primera vista, ni la referencia a la *intención* ni la referencia al *conocimiento* de lo ordinario de la consecuencia del plan común (o sea, del *ordinary course of events*) en el texto del estándar resultan decisivas para decidir la cuestión a favor del artículo 30.2.*b*, pues ya el hecho de que se haga referencia a la conducta delictiva en la primera parte del texto del estándar abre más bien la posibilidad de que la Sala se haya referido al artículo 30.2.*a* del Estatuto.⁴⁰ No obstante, también es cierto que una eventual asignación de esta primera parte del texto del estándar subjetivo al 30.2.*a* se enfrenta al hecho de la necesaria acumulatividad de los subpárrafos *a* y *b*. Dicho de otro modo, la alternatividad sugerida por la Sala en el texto del estándar subjetivo a través de la disyunción *o* lleva a la inaplicabilidad del artículo 30.2.*a*, pues al referirse este a la *conducta* no constituye un estándar aplicable *alternativamente*, sino más bien *acumulativamente* con el 30.2.*b* y, por lo tanto, a través de la conjunción *y*, en la medida en que ambos preceptos tienen objetos de referencia (*conducta* y *consecuencia*) que no coliden entre sí.⁴¹

Por cierto, tampoco una asignación al estándar del artículo 30.3 del Estatuto sería aquí imaginable, pues el estándar subjetivo de este precepto no está referido a la *conducta* sino solo a la *consecuencia* y a la *circunstancia*.⁴²

³⁸ Un problema ya advertido por Ambos, "El primer fallo...", o. cit., p. 34.

³⁹ "The Chamber is satisfied beyond reasonable doubt, [...], that Thomas Lubanga acted with the intent and knowledge necessary to establish the charges (the mental element required by Article 30)". Judgment, § 1357.

⁴⁰ Acertadamente aquí Ambos, "El primer fallo...", o. cit., p. 34.

⁴¹ *Ibidem*, p. 35.

⁴² *Ibidem*.

Estoy en contra de la impresión de que la Sala podría haberse impuesto un estándar subjetivo “flexible” para, exceptuando el *dolo eventual*, admitir cualquier tipo de dolo respecto a todos los objetos de referencia; igual si se tratara de una *conducta, consecuencia o circunstancia* con la intención de tener que comprobar para cada *elemento material* el dolo en su estándar más bajo⁴³ (o sea, el *dolo directo de segundo grado*) y no tener así que enfrentar alguna dificultad si, por ejemplo, en cada caso hubiera resultado que Lubanga y sus coacusados actuaron con un estándar subjetivo más alto (de la misma manera la que se tiene por cumplido el tipo subjetivo cuando, por ejemplo, el agente actúa con un elemento subjetivo especial no requerido por el tipo). Desde un primer momento la Sala era consciente de que el artículo 30 define la intención con referencia a la *conducta*, a la *consecuencia* y a las *circunstancias*,⁴⁴ o sea, a tres distintos objetos de referencia, cada uno de ellos con un determinado estándar subjetivo.⁴⁵

Hasta donde alcanzo a ver, la confusa redacción del texto del estándar subjetivo que se autoimpone la Sala se origina más bien en el hecho de que ella misma tampoco tiene claro qué clase de objeto de referencia constituye la conscripción, el enlistamiento o la utilización de los niños, básicamente por el hecho de que considera esto como una *consecuencia* del plan común de Lubanga y sus coacusados.⁴⁶

Esto es fundamental porque la Sala quiso autoimponerse el estándar subjetivo correspondiente al artículo 30.2.b del Estatuto, considerando erróneamente que el hecho de que el reclutamiento de los niños fuera una consecuencia del plan común significaba que el objeto de referencia al que debía aplicar el estándar subjetivo era una *consecuencia*, en el sentido del artículo 30.2.b, y no una *conducta*, en el sentido del 30.2.a. Puesto de otro modo, la Sala, al mencionar en el párrafo *i* la específica conducta del 8.2.e.vii, no quiso enunciarla como una *conducta* en el sentido del 30.2.a, sino solo por extensión como una *consecuencia*, y, por lo tanto, referir a la primera alternativa del 30.2.b.

⁴³ Pero incorrecta desde una interpretación adecuada del artículo 30, que distingue entre los estándares subjetivos con relación a los objetos de referencia (véase *supra*).

⁴⁴ Judgment, § 1007: “Article 30 defines the requirement of intent by reference to three particular factors: conduct, consequence and circumstance”.

⁴⁵ Judgment, § 1007: “[...] pursuant to article 30.2.a), a person has intent if he or she ‘means to engage in the conduct’. Second, under Article 30 (2) (b) and in relation to a consequence, it is necessary that the individual ‘means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events’. Third, by Article 30 (3) ‘knowledge’ means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events”.

⁴⁶ A lo que por cierto trata luego con base en un estándar subjetivo propia de la *consecuencia* y de la *circunstancia*. Véase Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 35.

Adherirse a este estándar subjetivo es sin embargo un error, pues una correcta interpretación del 8.2.e.vii debió llevar a discernir entre sus distintos objetos de referencia y así conducir al correcto estándar subjetivo exigible. Dicho de otra forma, la correcta adscripción de un elemento a un objeto de referencia específico se sigue de la interpretación correcta de cada tipo, conforme a un criterio que, por cierto, tampoco es extraño al derecho penal nacional.

De modo que la Sala debió distinguir primero entre los distintos objetos de referencia del 8.2.e.vii y luego señalar explícitamente a cuál de ellos pretendía aplicar un determinado estándar subjetivo.

En el caso del 8.2.e.vii, una distinción entre los objetos de referencia a los que da lugar este precepto debe llevar a afirmar que cuando aquí se habla de *conducta* debe tenerse en mente el reclutamiento, el alistamiento o la utilización de los niños.⁴⁷ De otro lado, cuando se habla de *consecuencia*, se hace referencia a la acogida y a la existencia de los niños en las fuerzas armadas para su utilización en las hostilidades.⁴⁸ Las *circunstancias*, por su parte, están representadas por la existencia de un conflicto armado.⁴⁹

De este modo, la Sala debió señalar correctamente cuál era el estándar subjetivo correspondiente a cada objeto de referencia, siempre en conexión con el artículo 30 del Estatuto, o sea, más o menos del siguiente modo: a la *conducta* (el reclutamiento, el alistamiento o la utilización de los niños) el estándar del artículo 30.2.a (“*means to engage in the conduct*”); a la consecuencia (presencia de los niños en las filas de los grupos armados), el estándar del 30.2.b (o sea, “*means to cause*” o “*is aware that will occur in the ordinary course of events*”), y a la *circumstance*, el estándar del artículo 30.3 (“*means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events*”).

Esto quiere decir que, más allá de que la Sala no aclaró la alternativa del estándar subjetivo a la que adhirió y de que la que quiso asumir sea incorrecta, a ello debería llegarse por la vía de la naturaleza misma del objeto de referencia: la *conducta* del

⁴⁷ “[...] muss der Täter die Rekrutierungs – oder Verwendungshandlung – z.B. einen Befehl erteilen oder ein Kind entführen-wollen”. Palomo Suárez, o. cit., p. 87.

⁴⁸ “[...] sind die Folgen des Verhaltens im Falle der Zwangsverpflichtung und Eingliederung die Aufnahme der Kinder in die Streitkräfte und die Existenz der Kinder in deren Reihen, bei der Verwendung der Einsatz der Kinder in Bezug zu Feindseligkeiten”. Ibidem, p. 90.

⁴⁹ “Bei dem zu untersuchenden Tatbestand handelt es sich um ein Kriegsverbrechen, das als allgemeine Voraussetzung das Vorhandensein eines bewaffneten Konflikts erfordert. Die Existenz eines bewaffneten Konflikts ist ein Begleitumstand der Tat”. Ibidem, p. 92.

8.2.e.vii.⁵⁰ Luego, el estándar subjetivo debería haber sido el previsto en el 30.2.a del Estatuto.

Por eso no deja de ser contradictorio el hecho de que, pese a que la Sala quiso autoimponerse un estándar subjetivo más bajo (el del 30.2.a), terminara llegando a reconocer implícitamente que el acusado actuó con un nivel de dolo más intenso, lo que puede deducirse con base en los hechos que la Sala da por probados, pues aquí no solo se esfuerza en acreditar que los acusados conocían que el reclutamiento, alistamiento o la utilización de los niños se produciría como consecuencia del curso ordinario de los hechos,⁵¹ sino que además, en el específico caso de Lubanga, este estuvo involucrado de manera cercana en la toma de decisiones de la política de reclutamiento y que apoyó activamente las iniciativas al respecto.

Sin embargo, la Sala va más allá de esto y hace referencia a actos de Lubanga, como su intervención en el campo de Rwampara, donde alentó a los niños —incluidos los menores de 15 años— a unirse al ejército y proveer seguridad a la población,⁵² con lo cual claramente se superaba el estándar probatorio del mero *conocimiento* de la existencia de niños menores en las fuerzas armadas de la UPC/FPLC, pues con esto la Sala tenía la posibilidad de señalar que Lubanga había actuado con la intención de incurrir en la conducta del 8.e.vii, o sea, que quiso conscribir a los niños menores de 15 años —por ejemplo, a través de actos de reclutamiento públicos— y, por esa vía, imponerse y dar por probado el estándar subjetivo del artículo 30.2.a del Estatuto.

⁵⁰ “The conduct of a crime includes a prohibited action or prohibited omission that is described in the definition of a crime”, Piragoff y Robinson, “Article 30. Mental element”, en Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., p. 852.

⁵¹ Así, por ejemplo, en sus Overall Conclusions, señala: “Thomas Lubanga was the President of the UPC/FPLC, and the evidence demonstrates that he was simultaneously the Commander in-Chief of the army and its political leader. He exercised an overall coordinating role over the activities of the UPC/FPLC. He was informed, on a substantive and continuous basis, of the operations of the FPLC”: *Judgment*, § 1356, lo que concuerda además con el hecho de que los líderes de la UPC/FPLC: “[...] between 1 September 2002 and 13 August 2003, a significant number of high rankings members of the UPC/FPLC and other personnel conducted a large-scale recruitment exercise directed at young people, including children under the age of 15, whether voluntarily or by coercion”. *Judgment*, § 1354.

⁵² *Judgment*, § 1356. De donde además deriva la contribución esencial de Lubanga al plan común: “The Chamber has concluded that these contributions by Thomas Lubanga, taken together, were essential to a common plan that resulted in the conscription and enlistment of girls and boys below the age of 15 into the UPC/FPLC and their use to actively participate in hostilities”.

5.2. El tipo subjetivo en la coautoría

De conformidad con la Sala de Cuestiones Preliminares, la Sala condenó a Lubanga como coautor del delito del 8.2.e.vii del Estatuto, recurriendo así a una de las formas de responsabilidad individual previstas en el artículo 25 de este mismo cuerpo legislativo, específicamente la prevista en el artículo 25.3.a, que presupone la comisión de un delito con otro (“*jointly with another*”).

La coautoría está determinada esencialmente por la división funcional de las tareas⁵³ entre los distintos coperpetradores y su vinculación entre sí a través de un acuerdo o plan común.⁵⁴ De esta vinculación consciente se deriva la posibilidad de atribución mutua de cada una de las aportaciones individuales a todos los coperpetradores,⁵⁵ o sea, la viabilidad de una imputación general del comportamiento individual (naturalísticamente) ajeno de cada uno de los intervinientes como hecho (jurídico) propio y general a cada uno de los coperpetradores.⁵⁶ Por eso la calidad de coautor surge de la función esencial que se asume en la ejecución del plan⁵⁷ y no de una decisión puramente subjetiva del interviniente de querer actuar como coautor.⁵⁸

Ya al momento de la confirmación de los cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares había tomado posición asumiendo como elementos objetivos de la coautoría: a) la

⁵³ En palabras de Roxin, una *arbeitsteilige Ausführung*; véase Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, Múnich: Beck, 2003, §25, Rn. 188; sobre la coautoría véase, Miguel Díaz y García Conlledo, “¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (A la vez un comentario crítico al libro de Pérez Alonso, Esteban Juan: La coautoría y la complicidad [necesaria] en Derecho Penal, Comares, Granada, 1998)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2002, n.º 10, p. 403, 449; el mismo, “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, pp. 13 ss. Véase también Victoria García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pássim; Urs Kindhäuser, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2002, pássim.

⁵⁴ Kai Ambos, “Individual criminal responsibility”, en Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Múnich, 2008, p. 748. En otras palabras, una coactuación consciente y querida (“*bewusstes und gewolltes Zusammenwirken*”); el mismo, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich: C. H. Beck, 2011, pp. 154 ss.; Uwe Murmann, *Grundkurs. Strafrecht*, 2.ª ed., Múnich: C. H. Beck, 2013, § 27. Véase también, Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Baden Baden, 2011, §40, p. 351.

⁵⁵ Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 29. En el mismo sentido, Gil Gil, o. cit., pp. 22 y 24.

⁵⁶ Véase Juan Pablo Mañalich, “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 2010, p. 390. También Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 180, y Murmann, o. cit., § 52.

⁵⁷ Roxin, o. cit., § 25, Rn. 188. Respecto a la esencialidad del aporte del coautor véase Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 189.

⁵⁸ Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 179 ss., quien pone de relieve las críticas contra una subjetivización de la coautoría.

existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas, b) la contribución esencial hecha por cada coperpetrador que resulta en la realización de los elementos objetivos del delito.⁵⁹

Este criterio ha sido confirmado ahora por la Sala⁶⁰ a través de la sentencia, que con base en las exigencias objetivas de la coautoría dio por probada tanto la existencia de un *plan común*⁶¹ entre Lubanga y sus coacusados como la *contribución esencial* de aquel para la perpetración del delito del 8.2.e.vii.⁶²

Sin embargo, la Sala ha sido menos clara respecto al elemento subjetivo. De hecho, en ausencia de mayores indicaciones, la referencia a que “el requisito del elemento subjetivo de que el plan común incluía la comisión de un crimen será satisfecho si los coautores estaban conscientes de que en el curso ordinario de los acontecimientos la implementación del plan tendría ese resultado”,⁶³ no deja claro lo que esto puede llegar a significar.

De un lado, quizá con la referencia a la conciencia de la producción del resultado en el curso ordinario de los sucesos la Sala quiso insistir en la exclusión del dolo eventual para “asegurar” así la inviabilidad de una rebaja del estándar subjetivo para el delito del 8.2.e.vii.

Si bien ha de considerarse correcta la exclusión del dolo eventual para este delito, la redacción de la Sala es deficiente porque abre las puertas a la errónea idea de que la exclusión del dolo eventual podría valer incluso como regla general de la coautoría.

En consecuencia, el modo correcto en el que podría interpretarse esta eventual referencia a la inviabilidad del dolo eventual sería en conexión con el delito del 8.2.e.vii del Estatuto, o sea, como la confirmación de que para este delito en particular el dolo eventual no es admisible.

⁵⁹ Judgment, § 923: “(i) the ‘existence’ of an agreement or common plan between two or more persons”; and “(ii) the ‘coordinated essential contribution’ made by each co-perpetrator resulting in the realisation of the objective elements of the crime”.

⁶⁰ Judgment, § 981: “As the Pre Trial Chamber concluded, co-perpetration requires the existence of an agreement or common plan between the co-perpetrators. This provides for a sufficient connection between the individuals who together commit the crime and it allows responsibility to be established on a ‘joint basis’”.

⁶¹ Judgment, § 1351: “The accused and his co-perpetrators agreed to, and participated in, a common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri”.

⁶² Judgment, § 1356: “The Chamber has concluded that these contributions by Thomas Lubanga, taken together, were essential to a common plan that resulted in the conscription and enlistment of girls and boys below the age of 15 into the UPC/FPLC and their use to actively participate in hostilities”.

⁶³ Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 27; Judgment, § 986: “[...] the mental requirement that the common plan included the commission of a crime will be satisfied if the co-perpetrators knew that, in the ordinary course of events, implementing the plan will lead to that result”.

Quizá la consecuencia más importante de la referencia de la Sala al elemento subjetivo debería ser buscada en el ámbito de la conciencia de la criminalidad implícita del plan común.⁶⁴

En relación con la naturaleza del plan común, la Sala ha asumido sin embargo una posición por lo menos polémica, pues, renunciando a exigir que dicho plan sea predominantemente criminal,⁶⁵ se conforma con que incluya un “elemento crítico de criminalidad”.⁶⁶ Esta idea genera un problema para el ámbito subjetivo del coautor por cuanto supondría que quien se adhiere al plan solo debe estar advertido del riesgo criminal aparejado a este, o sea, de que existe el riesgo de que se cometan delitos.

En contra de la idea del “elemento crítico de criminalidad” como *minimum*, considerar al plan común no como eventualmente criminal sino como básicamente criminal⁶⁷ lleva a un correlato subjetivo correcto, en tanto requiere en la conciencia del agente que este sepa que se vincula criminalmente con otros, o sea, que se asocia para cometer delitos concretos y, por eso, que acepta la imputación recíproca de los comportamientos parciales de los otros coperpetradores como un hecho suyo.

Y por eso mismo, la referencia de la Corte a la posibilidad de aceptar la existencia del plan común y del elemento mental cuando los coperpetradores son conscientes de las consecuencias criminales del curso ordinario de los hechos que siguen a la implementación del plan común debe estar necesariamente limitada, como bien señala Gil Gil, al hecho de que los coautores hayan aceptado de modo recíproco la ejecución de la conducta que puede llevar al resultado criminal y que, además, acepten la posibilidad de que este se produzca.⁶⁸

De otro lado, la idea de un plan eminentemente criminal significa la autoimposición de determinados límites en la imputación, derivados precisamente de la extensión

⁶⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Judgment*, § 984: “[...] it is necessary, as a minimum, for the prosecution to establish the common plan included a critical element of criminality, namely that, its implementation embodied a sufficient risk that, if the events follow the ordinary course, a crime will be committed”.

⁶⁷ Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 27. Correctamente en contra de la relevancia criminal (!) del plan común cuyo objetivo es no criminal, Gil Gil, o. cit., p. 16: “In reality the first plan aimed at a non-criminal goal is irrelevant”.

⁶⁸ Gil Gil, o. cit., p. 16: “This second possibility is inly admissible if by it the Court means that the co-authors have decided, by mutual agreement to perform [...] the conduct [...] that can lead to the criminal result, and they accept this possibility of the result”.

criminal de ese plan.⁶⁹ Después de todo, los coautores se asocian por medio de un plan (a través de una aportación esencial) para cometer delitos y no para aventurarse en un suceso eventualmente infractor de la ley penal.

6. Conclusiones

La confusa redacción del estándar subjetivo que se autoimpone la Sala se debe a la ausencia de claridad sobre qué clase de objeto de referencia constituye la conscripción, el enlistamiento o la utilización de los niños, actos que erróneamente pasan a considerarse como una *consecuencia* del plan común de Lubanga y sus coacusados. Así, la Sala quiso autoimponerse el estándar subjetivo correspondiente al artículo 30.2.b del Estatuto, considerando erróneamente que el hecho de que el reclutamiento de los niños era una consecuencia del plan común significaba que el objeto de referencia al que debía aplicar el estándar subjetivo era una *consecuencia*, en el sentido del 30.2.b, y no una *conducta*, en el sentido del 30.2.a.

La Sala debió distinguir primero entre los objetos de referencia del 8.2.e.vii y luego señalar explícitamente a cuál de ellos pretendía aplicar determinado estándar subjetivo, en conexión con el artículo 30 del Estatuto, lo que puede hacerse del siguiente modo: a la *conducta* (el reclutamiento, el alistamiento o la utilización de los niños) el estándar del artículo 30.2.a (“*means to engage in the conduct*”); a la consecuencia (presencia de los niños en las filas de los grupos armados), el estándar del 30.2.b (o sea, “*means to cause*” o “*is aware that will occur in the ordinary course of events*”), y a la *circumstance*, el estándar del artículo 30.3 (“*means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events*”).

En todo caso, no deja de ser contradictorio el hecho de que, pese a que la Sala se impuso un estándar subjetivo más bajo (el del 30.2.a), termine reconociendo implícitamente que el acusado actuó con un nivel de dolo más intenso, lo que puede deducirse de los hechos que la Sala da por probados, pues hace referencia a actos de Lubanga que claramente superaban el estándar probatorio del mero *conocimiento* de la existencia de niños menores en las fuerzas armadas de la UPC/FPLC, con lo que la Sala tuvo la posibilidad de

⁶⁹ “For this reason, one cannot charge someone as co-perpetrator in relation to an act that is performed by another person outside of the common plan or agreement, even if such other person is highly likely to go beyond such common plan or agreement”. Gil Gil, o. cit., p. 34.

señalar que Lubanga actuó con la intención de incurrir en la conducta del artículo 8.e.vii, o sea, que quiso conscribir a los niños menores de 15 años, y por esa vía imponerse y dar por probado el estándar subjetivo del artículo 30.2.a del Estatuto.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Critical issues in the Bemba confirmation decision”, *Leiden Journal of International Law* 22, 2009, pp. 715 ss.
- “Individual criminal responsibility”, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.^a ed., Múnich: C. H. Beck, 2008, pp. 475 ss.
- *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, 3.^a ed., Múnich: C. H. Beck, 2011.
- *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, (traducción al español de Ezequiel Malarino), 2.^a ed., Montevideo y Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Temis, 2006.
- “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, *InDret* 3, 2012.
- BARTHE, Christoph, “Das erste Urteil aus Den Haag”, *Juristen Zeitung (JZ)* 2, 2013.
- BASSIOUNI (ed.), *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, 1998.
- CLARK, Roger, “Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 114, 2002.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (A la vez un comentario crítico al libro de Pérez Alonso, Esteban Juan: La coautoría y la complicidad [necesaria] en Derecho Penal, Comares, Granada, 1998)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2002.
- “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008.
- DUBBER, Markuss, “Penal Panopticum: The Idea of a Modern Model Penal Code”, *Buffalo Criminal Law Review* 4, 2000-2001.
- EHLERS, Sarah, y Nora MARKARD, “Opferbeteiligung in Den Haag: Lektionen aus dem Lubanga-Verfahren des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Kritische Justiz (KZ)* 3, 2012.
- ESER, Albin, “Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law”, en Antonio CASSESE, Paola GAETA y John R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, tomo I, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 889 ss.
- ESZTER, Kirs, “Limits of the impact of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina”, *Goettingen Journal of International Law*, tomo 3, 2011, pp. 397 ss.

- FLETCHER, George, “Dogmas of The Model Penal Code”, *Buffalo Criminal Law Review* 2, 1998-1999, pp. 3 ss.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GIL GIL, Alicia. “Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments Against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator”, *International Criminal Law Review*, 2013, en prensa, pp. 1 ss.
- HERZIG, Andreas, “Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des Internationales Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 4/2013.
- KINDHÄUSER, Urs, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2002.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Baden Baden, 2011.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, n.º 10, Valparaíso 2010, pp. 90 ss.
- MURMANN, Uwe, *Grundkurs. Strafrecht*, 2.ª ed, Múnich: C. H. Beck, 2013.
- PALOMO SUÁREZ, Gregoria, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berlín: Berliner Wissenschafts, 2009.
- PIRAGOFF y ROBINSON, “Article 30. Mental element”, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Múnich, 2008.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, Múnich: C. H. Beck, 2003.
- SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6.ª ed., Baden Baden, 2013.
- TRÜG, Gerson, “Die Position des Opfers im Völkerstrafverfahren vor dem IStGH - Ein Beitrag zu einer opferbezogenen verfahrenstheoretischen Bestandsaufnahme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2013.
- WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3 ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

Jurisprudencia

- Corte Penal Internacional - ICC-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842).
- Corte Penal Internacional - ICC-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842).
- Corte Penal Internacional - ICC-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842).
- Corte Penal Internacional - ICC-P-Trial Chamber. II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the confirmation of charges*, 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424).

Corte Penal Internacional - ICC-P-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803).

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia - ICTY - Trial Chamber II, *Prosecutor v. Stakic, Judgement*, 31 de julio de 2003 (IT-97-24-T).

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia - ICTY - Trial Chamber II quarter, *Prosecutor v. Delalic/Mucic/Delic/Landzo, Judgement*, 16 de noviembre de 1998 (IT-96-21-T).

Documentos internacionales

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 50 Sess., Supp. No 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Compilation of Proposals, U.N. GAOR, 51 Sess., Supp. No 22, U.N. Doc. A/50/22 (1996).

DETERMINANDO LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE UN CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA: EL CASO *LUBANGA*

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. La inexistencia de definiciones de los tipos de conflictos armados (internacional y no internacional) en el derecho convencional o *treaty law* continúa constituyendo un desafío para el derecho internacional, en particular a la luz de la estructura del artículo 8 (crímenes de guerra) del ECPI. Esto se puso de manifiesto en el caso *Lubanga*, en el que se establecieron los lineamientos sobre la base de la jurisprudencia, esencialmente del TPIY. Si bien esta puede considerarse pionera y relevante en la materia, se requiere un mayor escrutinio o justificación, en cada caso, para su aplicación a tiempo de la interpretación del ECPI. Esta afirmación también alcanza a la aplicación del test de control global, acuñado en *Tadić* (por el TPIY), para determinar el grado de control de grupos armados no estatales por parte de terceros Estados, en el marco del ECPI. Es más, amerita la necesaria reflexión de la pertinencia de la aplicación de los dos tests, con diferente grado de exigibilidad, para determinar el grado de control, aun tratándose de escenarios de responsabilidad internacional distintos, aunque estrechamente relacionados. Todo lo anterior cobra mayor relevancia ante la cuestionada modalidad dualista de tipificación de los crímenes de guerra del ECPI, cuya debilidad resultó ilustrada precisamente en el primer caso ante la CPI, *Lubanga*, con las sutiles variantes en la tipificación del crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados, en razón del tipo de conflicto armado. Adicionalmente, la discusión suscita el escrutinio de la aplicación de la regla 63.4, a tiempo del análisis probatorio que descartó la conexión de los cargos con el CAI.

Palabras clave: reclutamiento y alistamiento de niños, participación en las hostilidades, control global, control efectivo, grupos armados no estatales, caracterización del conflicto armado, dualismo, crímenes de guerra, “niños soldados”.

ABSTRACT. The lack of definitions of the types of armed conflicts (international and non-international) in treaty law remains a challenge for international law,

particularly in view of the structure of Article 8 (War crimes) of the Rome Statute. This transpired in the *Lubanga* case, in which the court relied on jurisprudence mainly from the ICTY. Although this jurisprudence was groundbreaking and continues to be relevant, it is here argued that a more thorough scrutiny or justification is needed, in each case, when it comes to interpreting the Rome Statute. This reasoning also applies to the overall control test, set out in *Tadić* (by the ICTY), to determine the degree of control of non-state armed groups by third States, within the Rome Statute framework. What is more, it leads to reflect on the appropriateness of applying both this overall control test and the effective control standard, which is more stringent, in order to determine the degree of control, even in different, though inextricably inter-related, international liability scenarios. The above becomes more relevant in view of the debatable dualist method of defining war crimes in the Rome Statute. This weakness became apparent precisely in this first case before the ICC, *Lubanga*, where the subtle variations in the definition of the crime of child recruitment and using child soldiers for participation in hostilities, on account of the type of armed conflict, were flagged. The discussion also leads to scrutinize the application of Rule 63.4, in view of an evidentiary analysis which led to dismissing the connection between the charges and the international armed conflict.

Key words: child recruitment, participation in hostilities, overall control, effective control, non-state armed groups, characterization of the armed conflict, dualism, war crimes.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Fehlen von Definitionen der Typen (internationaler und nicht internationaler) bewaffneter Konflikte im Vertragsrecht oder Treaty law stellt weiterhin eine Herausforderung für das Völkerrecht dar, insbesondere angesichts der Struktur von Artikel 8 (Kriegsverbrechen) des Statuts des IStGH. Dies wurde im Fall Lubanga deutlich, zu dem Leitlinien auf der Grundlage der Rechtsprechung, vor allem des Internationalen Jugoslawien-Tribunals (ICTY), entwickelt wurden. Wenngleich diese Rechtsprechung als bahnbrechend und relevant für das Thema gelten kann, so bedarf es zu ihrer zeitgemäßen Anwendung bei der Interpretation des IStGH-Statuts weiterer Untersuchungen und Begründungen. Diese Feststellung gilt auch für die Anwendung des im Fall Tadić (vom Internationalen Jugoslawien-Tribunal) entwickelten Tests über die Globalkontrolle zur Bestimmung des Grades der Kontrolle von nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen durch Drittstaaten im Rahmen des IStGH-Statuts. Darüberhinaus erfordert sie notwendigerweise Überlegungen zur Sachdienlichkeit der beiden Tests – wenn auch mit unterschiedlichen Anforderungen – bei unterschiedlichen, aber gleichwohl eng miteinander verbundenen Szenarien internationaler Verantwortung, um den Grad der Kontrolle zu bestimmen. Das Gesagte ist umso relevanter angesichts der fragwürdigen dualistischen Modalität der Typisierung von Kriegsverbrechen durch das IStGH-Statut, deren Schwäche gerade im Fall Lubanga, dem ersten vor dem IStGH verhandelten Fall, mit seinen subtilen Varianten bei der Typisierung des Verbrechens der Rekrutierung

und des Einsatzes von Kindersoldaten angesichts der Art des bewaffneten Konflikts deutlich wurde. Darüberhinaus ergibt sich aus der Diskussion die Notwendigkeit, die Anwendung der Regel 63.4 zum Zeitpunkt der Beweisanalyse zu untersuchen, die eine Verbindung der Anschuldigungen mit dem CAI ausschloss.

Schlagwörter: Rekrutierung und Verpflichtung von Kindern, Beteiligung an Feindseligkeiten, globale Kontrolle, effektive Kontrolle, nicht-staatliche bewaffnete Gruppen, Charakterisierung des bewaffneten Konflikts, Dualismus, Kriegsverbrechen, "Kindersoldaten".

1. Introducción

La primera sentencia de la Corte Penal Internacional (CPI), caso *Fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo*,¹ puso en la palestra del debate académico con consecuencias de índole práctica las dificultades inherentes a la interpretación y aplicación de los estándares que hacen a la determinación de la existencia (o no) del elemento contextual de los crímenes de guerra, en particular a tiempo de la identificación de la naturaleza del conflicto armado, relevante en el ámbito del ECPI. Esta contribución analizará la interpretación y aplicación del elemento contextual en la primera sentencia de la CPI, a fin de cotejar su posible impacto en el desarrollo del derecho internacional. Desde luego, dicho análisis no es posible sin la necesaria referencia a su tratamiento en la instancia preliminar o de confirmación de los cargos.

Cabe asimismo señalar que las dificultades inherentes al tradicional dualismo en la tipificación de los crímenes de guerra —es decir, la clasificación y distinción de las conductas punitivas según el tipo de conflicto armado (conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI)— que presenta el Estatuto de Roma (ECPI) se ponen de manifiesto en la discusión que suscitó el caso. Esta se aborda de manera complementaria, al ser la prueba del elemento internacional —con relación a la existencia de un CAI— objeto de análisis particular.

¹ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, *Lubanga Dyilo Judgment*).

2. Hechos relevantes

La imputación/acusación y condena por el así llamado “crimen de guerra de niños soldados” —incluido el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades (artículo 8.2.e.vii ECPI)—² se remonta al conflicto armado suscitado principalmente en la región/distrito de Ituri de la República Democrática del Congo (RDC). El sentenciado, Thomas Lubanga Dyilo, era el líder de la Unión de Patriotas Congolese (UPC) —un partido político creado el 2000 para hacer frente a la Rassemblement Congolais pour la Démocratie/Kinsangani-Mouvement de Libération (RCD/K-ML), partido liderado por el entonces gobernador de Ituri—³ y comandante en jefe de su fuerza militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC).⁴ Vale decir, Lubanga era jefe de un grupo armado no estatal. Durante y en el marco del conflicto armado —principios de septiembre de 2002 al 13 de agosto del 2003—, periodo de relevancia para la imputación del caso,⁵ la UPC/FPLC habían reclutado en sus filas, *inter alia*, a niños menores de 15 años, quienes participaron activamente en las hostilidades (conductas objeto de la imputación/acusación).⁶

El conflicto armado en Ituri se remonta a 1999, cuando surgieron tensiones internas producto de controversias con relación a la distribución de tierra y de recursos naturales. En el segundo semestre de 2002, resurgieron los actos de violencia armada en varias partes del distrito de Ituri,⁷ que involucraron la participación de la FPLC.⁸ Durante el primer semestre de 2003, fuera de las operaciones militares suscitadas en

² Artículo 8.2.e.vii: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Nótese que el tipo incluye varias conductas no de manera cumulativa. Es decir, su comisión puede suceder si existe *solo* responsabilidad penal por el reclutamiento o el alistamiento o la utilización para la participación activa en las hostilidades. Por tanto, el empleo de la conjunción y en el texto debe entenderse con relación al contenido de la imputación/acusación y de la misma sentencia.

³ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803-tEN), § 167-8.

⁴ *Ibidem*, § 7-8.

⁵ Como apunta Ambos, conforme al artículo 74.2 del ECPI, el marco temporal forma parte de los hechos descritos en la imputación penal o de cualquier modificación a esta, vinculantes para la Sala de Juicio. Kai Ambos, “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): a Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, 12, 2012, p. 128 (pie de p. 96).

⁶ CPI, Fiscal, ante la Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Document Containing the Charges, Article 61(3)(a)*, 28 de agosto de 2006 (ICC-01/04-01/06-356-Conf-Anx2).

⁷ *Decision on the Confirmation of Charges*, nota supra 3, § 4.

⁸ *Ibidem*, § 183 (dicha participación fue corroborada a tiempo del juicio).

Bunia (capital del distrito) en marzo y mayo de 2003, se produjeron ataques de la UPC (en Nyangaraye, en enero de 2003), del Front National Intégrationniste (FNI) —otro movimiento político-militar, aparentemente respaldado por Uganda—⁹ (en Bogoro, en febrero de 2003), de la UPC (en Lipiri, en febrero de 2003), del FNI/FRPI (en Mandro, en marzo de 2003) y del FNI (en Katoto, en junio de 2003).¹⁰ Entre junio y diciembre del 2003, tanto la UPC como el FNI y el Parti pour l'Unité et la Sauvegarde de l'Intégrité du Congo (PUSIC) —otro movimiento político-militar del grupo étnico hema que se había creado para desestabilizar y debilitar a la UPC—, entre otros, participaron en el conflicto.¹¹

Así, la Sala de Juicio consideró que la evidencia presentada había demostrado, más allá de toda duda razonable, que durante todo el periodo relevante de la acusación hubo una serie de conflictos armados simultáneos en Ituri y en las áreas aledañas en la RDC (tanto de carácter internacional como no internacional) que involucraron la participación de una diversidad de grupos.¹²

3. Sobre el elemento contextual de los crímenes de guerra

3.1. Generalidades sobre el elemento contextual en el marco del Estatuto de Roma

El elemento contextual del artículo 8.2 ECPI, que contempla los crímenes de guerra —esto es, el conflicto armado—, no reviste una definición ni en el ECPI ni en los Elementos de los Crímenes, así como tampoco quedan definidos el alcance internacional o no internacional del conflicto armado —solo el pie de página 34 de los Elementos de los Crímenes establece que el término *conflicto armado internacional* incluye el caso de ocupación militar—. En efecto, los Elementos de los Crímenes requieren que, por un lado, la conducta haya tenido lugar en el contexto y estuviera relacionada con un conflicto armado, y que el autor hubiera sido consciente de las circunstancias de hecho que hacen a la existencia de un conflicto armado. La SCP I, siguiendo la interpretación del

⁹ Ibidem, pie de p. 262.

¹⁰ Ibidem, § 196.

¹¹ Ibidem, § 197.

¹² *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 543.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en *Tadić*¹³ y *Brđanin*,¹⁴ consideró que la conducta imputada debe estar estrechamente relacionada a las hostilidades, es decir, que exista un vínculo claro y contundente entre el crimen y el conflicto,¹⁵ sin que sea necesario que el conflicto armado constituya el propósito de la conducta ni que la conducta haya tenido lugar en el curso de las hostilidades. Sin embargo, apunta la SCP I, el conflicto armado debe tener un rol sustancial en la decisión del autor del delito/crimen, en su capacidad de cometer el crimen o en la manera en que la conducta fue cometida.¹⁶

A efectos jurisdiccionales de la CPI, el artículo 8.1 ECPI contempla un componente adicional que, si bien no es condición *sine qua non* para la existencia del elemento contextual y la jurisdicción *ratione materiae* de la CPI, denota una mayor factibilidad de su adjudicación. Este indica:

La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, *en particular*, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.¹⁷

En efecto, la jurisprudencia emergente de la CPI ha considerado que el término *en particular* se refiere a que la existencia de un plan, política o comisión a gran escala no constituye un prerequisite para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes de guerra. Así, por ejemplo, en la decisión de confirmación de los cargos en *Bemba*, consideró adicionalmente que el término sirve como una “guía práctica” para la CPI,¹⁸ aunque sin brindar mayor explicación respecto de lo que ha de entenderse por ello; es decir, si constituiría una guía, por ejemplo, a efectos de valorar la gravedad, en el marco del análisis de admisibilidad. Este elemento guarda similitud con el elemento

¹³ TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a “Dule”, Appeal Judgment, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-I-A), § 70.

¹⁴ TPIY, Sala de Juicio II, *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgment*, 1 de septiembre de 2004 (IT-99-36-T), § 123.

¹⁵ *Decision on the Confirmation of Charges*, nota supra 3, § 288.

¹⁶ *Ibidem*, § 287.

¹⁷ ECPI, artículo 8.1 (énfasis añadido).

¹⁸ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424), § 211 (citando a Dörmann en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer’s Notes, Article by Article (2008)*, pp. 299-300. También § 266 de la decisión. Kai Ambos: *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, p. 125 (con referencias doctrinales adicionales: pie de p. 15).

contextual de los crímenes de lesa humanidad (un ataque generalizado o sistemático). Sin embargo, es aceptado que los elementos del plan, política y escala no son elementos constitutivos de los crímenes de guerra, aunque es poco probable que un solo crimen de guerra cometido de manera esporádica pudiera alcanzar el umbral de gravedad del artículo 17.1.d.¹⁹

Ante la falta de definiciones en los textos jurídicos de la CPI, resulta de importancia la interpretación adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en *Lubanga*, toda vez que constituye la primera interpretación en la jurisprudencia de la CPI respecto de los elementos que hacen a un CAI y a un CANI. Así, sobre la base del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y la jurisprudencia relevante del TPIY, la SCP II estableció:

La Sala considera que un conflicto armado es de carácter internacional si tiene lugar entre dos o más Estados; esto se extiende a la ocupación total o parcial del territorio de otro Estado, sea o no que dicha ocupación encuentre resistencia. Adicionalmente, un conflicto armado interno que irrumpe en el territorio de un Estado puede convertirse en internacional – o, dependiendo de las circunstancias, puede ser de carácter internacional y desarrollarse a la par de un conflicto armado interno, si: (i) otro Estado interviene en el conflicto a través de sus tropas (intervención directa), o (ii) algunos de los participantes en el conflicto armado interno actúan en representación de otro Estado (intervención indirecta).²⁰

En la misma línea, la decisión de confirmación de los cargos en *Bemba* estableció:

[...] la Sala concluye que existe un conflicto armado internacional en caso de hostilidades armadas entre Estados a través de sus respectivas fuerzas armadas u otros actores que actúen en representación del Estado.²¹

Lo que sin duda resulta más controversial es la definición de un CANI, toda vez que la formulación de los estándares normativos no es uniforme en el derecho internacional humanitario convencional (a diferencia de lo que ocurre en el caso del CAI)²² y,

¹⁹ Mark Klamburg, "Article 8(1) – War Crimes", en Mark Klamburg (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court*, disponible en <www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc>.

²⁰ *Lubanga*, decisión de confirmación de los cargos, nota supra 3, § 209 (traducción libre).

²¹ *Bemba*, decisión de confirmación de los cargos, nota supra 16, § 223.

²² El artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) ha sido interpretado en el sentido de reconocer la existencia de un CAI cuando las partes del conflicto son dos o más estados (sin necesidad de declaratoria de gue-

consecuentemente, la jurisprudencia internacional es disímil. Esto es aún más evidente en el caso del ECPI. En efecto, el artículo 8.2 contempla en su primer inciso (a) las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y en segundo lugar (inciso b) otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables en el CAI. Asimismo, incorpora en su inciso c las violaciones graves al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (aplicables en el marco del CANI) y las otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables en el CANI (e). Este último inciso queda interpretado por el párrafo f, aspecto que se desarrolla más adelante.

Es admitido que los estándares que hacen al umbral de un CANI en el marco del artículo 8.2.c, d, e y f ECPI, se basan en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.²³ Es más, como apunta Cullen, el alcance del elemento contextual no formó parte del debate de la Comisión Preparatoria, donde en principio no se contempló la inclusión de los crímenes de guerra en un CANI —su incorporación resulta atribuible a la Conferencia de Roma—.²⁴ Cabe resaltar que se presentó la propuesta de incorporar el umbral del artículo 1.1 del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra, a saber: a) existencia de un mando responsable; b) control sobre el territorio, y c) posibilidad de desplegar operaciones concertadas y sostenidas, propuesta que sin embargo fue rechazada por cuanto contemplaba un umbral de aplicación innecesariamente alto²⁵ —en particular en lo concerniente al elemento de control del territorio—,²⁶ que no sería consistente con el actual desarrollo del derecho internacional.²⁷ Aquí cabe tener en cuenta la definición esbozada en la connotada decisión sobre la contienda de jurisdicción en *Tadić* (1995), que definió un CANI en los siguientes términos:

rra). Asimismo, cuando existe ocupación total o parcial del territorio de un Estado parte (aunque esta no encuentre resistencia militar). El artículo 1 del PAI (1977) reconoce expresamente la validez del artículo 2 común, al extender su aplicación a dichas situaciones, e incorpora los conflictos armados de resistencia contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas (*apartheid*).

²³ De modo general, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 563.

²⁴ Anthony Cullen, "The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the ICC: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)", *Journal of Conflict and Security Law*, 2008, p. 423. Sobre el debate en la Conferencia de Roma, véanse pp. 424-5.

²⁵ *Ibidem*, p. 429.

²⁶ Varias delegaciones en cuyos territorios se desarrollaban conflictos armados manifestaron su particular oposición con el elemento de control territorial, que consideraron como un requisito limitante para la jurisdicción de la CPI e innecesario, teniendo en cuenta que grupos armados no estatales podrían operar desde fuera del territorio; por ejemplo, desde un estado colindante —con o sin su consentimiento—, como había ocurrido en Uganda. *Ibidem*, p. 433.

²⁷ *Ibidem*, p. 431.

[...] violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.²⁸

Esto es particularmente relevante *vis-à-vis* la identificación del umbral del artículo 8.2.f, respecto del cual se ha puesto en cuestionamiento el grado de asimilación con la formulación de *Tadić* y su compatibilidad con los estándares de aplicación del artículo 3 común. En efecto, el estándar de *conflicto armado prolongado* se emplea en lugar de *violencia armada prolongada* —formulación que deviene de *Tadić*, como se advierte líneas más arriba—. Esto ha dado pie a una interpretación diversa en la doctrina. Por ejemplo, para Sassòli y Bouvier, el artículo 8.2.f conlleva un umbral distinto al del artículo 3 común:

[...] el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece un umbral intermedio de aplicación. Abandona el requerimiento de control de parte del territorio y de estructura de comando por parte de fuerzas disidentes o rebeldes. El conflicto, sin embargo, debe ser prolongado y los grupos armados deben ser organizados.²⁹

Por el contrario, por ejemplo, para Meron, la inclusión de *conflicto armado prolongado* no amerita una interpretación distinta al resto de las secciones del artículo 8.³⁰

El hecho de que el artículo 8 del ECPI contemple distintas formulaciones del CANI a efectos de la clasificación del listado de los crímenes de guerra que incorpora, da pie al cuestionamiento de si se trata de umbrales diferentes (o no) a efectos de la definición del conflicto armado respecto de tales categorías. Dicho cuestionamiento ha sido objeto de diversas interpretaciones. En todo caso, es admitido que la sección *d* alcanza a las situaciones de conflictos armados entre grupos armados organizados,³¹ lo que lleva a una interpretación armónica del umbral de aplicación en las situaciones cubiertas por las secciones *d* y *f*.³² Dicha interpretación queda reforzada si se considera que de los informes de la PrepCom no se desprende que se contemplara la opción de distintos umbrales para

²⁸ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a Dule, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR72), § 70.

²⁹ Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *Hos Does Law Protect in War?*, Ginebra: ICRC (vol. I, 2.ª ed.), 2006, p. 110, citado por Cullen, nota supra 24, p. 439.

³⁰ Theodor Meron, "Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", en H. von Hebel et al. (eds), *Reflections on the ICC* (1999), 54, citado por Cullen, o. cit., nota supra 24, p. 439 (con referencias adicionales).

³¹ Cullen, nota supra 24, p. 436.

³² *Ibidem*, p. 438.

las diversas situaciones que hacen a un CANI, pese al diferente *chapeau* que incluye cada sección.³³ En esta línea cabe considerar la omisión del umbral del Protocolo Adicional II (PA II), que, como ha sido ampliamente reconocido y se ha comentado aquí, al incluir los elementos del control de territorio por parte de insurgentes o grupos armados no estatales, la conducción de operaciones militares concertadas y sostenidas, la existencia de un mando responsable, etcétera, conduce a un umbral más alto con relación a la determinación de la existencia de un conflicto que “simplemente” *no* es de índole internacional, conforme al artículo 3 común.

3.2. Caracterización del conflicto armado en *Lubanga*

La determinación de que la comisión de los crímenes de guerra que contempla el artículo 8 del ECPI “haya tenido lugar en el contexto [de un conflicto armado internacional o no internacional] y que haya estado relacionada con él”³⁴ es indispensable para su persecución penal en el régimen del ECPI, toda vez que este adoptó el modelo de tipificación dual (que tipifica y clasifica los crímenes según el tipo de conflicto armado: internacional o no internacional). Las dificultades que dicho modelo plantea repercuten no solo en el alcance de los elementos constitutivos de los tipos —aspecto que se comenta más adelante—, sino también en la determinación del umbral de un conflicto armado y a su naturaleza. Esto reviste una serie de vicisitudes, como se evidencia en el *cas d'espèce*. A continuación se aborda la polémica suscitada al respecto durante el curso del proceso penal en *Lubanga*.

La imputación inicial de la Fiscalía versaba sobre el crimen con relación al CANI, artículo 8.2.e.vii,³⁵ caracterización que fue modificada por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) a tiempo del análisis de confirmación de los cargos. Adicionalmente se suscitó una discusión de orden procesal o procedimental respecto de la interpretación y aplicación del artículo 61.7.c.ii ECPI, que contempla la fórmula “un crimen

³³ *Ibidem*, pp. 437-8, donde comenta sobre la propuesta del Bureau, y en general argumenta la postura de inexistencia de umbrales diferentes respecto de las situaciones que hacen a un CANI, en el marco del artículo 8.

³⁴ Elementos de los Crímenes, artículo 8 (Crímenes de Guerra), Introducción.

³⁵ Fiscal, *Document Containing the Charges pursuant to Article 61(3)(a) and of the List of Evidence pursuant to Rule 121(3)*, nota supra 6.

distinto que sea de competencia de la Corte”,³⁶ debate que cae fuera del objeto de esta contribución.

Así, la SCP I, considerando que el conflicto armado suscitado en Ituri fue de carácter internacional en su etapa inicial (de julio de 2002 a junio de 2003), para luego mantenerse como un CANI, amplió la imputación confirmando los cargos respecto de ambos tipos (artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii, es decir, el crimen de reclutamiento o alistamiento de niños o su utilización para participar activamente en las hostilidades de un CAI y un CANI, respectivamente), en su decisión de confirmación de los cargos de 29 de enero de 2007.³⁷ La determinación de la existencia de un CAI se basó en las siguientes consideraciones:

- a. La presencia de Uganda, a través de sus fuerzas armadas, como una potencia ocupante en la región de Ituri (de julio de 2002 a junio de 2003, fecha del efectivo retiro de las fuerzas armadas de Uganda).³⁸
- b. El rol de Ruanda en el conflicto armado en Ituri después del 1 de julio de 2002, que se tradujo en el apoyo a la UPC, expresado en el aprovisionamiento no solo de munición y armas, sino también de soldados. Asimismo, la SCP I consideró que la evidencia presentada apuntaba al asesoramiento que Ruanda habría brindado a la UPC; adicionalmente, al hecho de que Uganda retirara su apoyo a la UPC producto de su alianza con Ruanda.³⁹ Sin embargo, después de reconocer lo anterior, la SCP I consideró que la evidencia era insuficiente para establecer motivos fundados respecto a que dicho rol constituyera una intervención directa o indirecta en el conflicto armado en Ituri.⁴⁰

En la etapa subsiguiente, es decir, desde el 2 de junio de 2003 hasta fines de diciembre de 2003, la SCP I consideró que el conflicto se convirtió en un CANI e involucró la participación de la UPC.⁴¹ Dicha valoración se basó en la consideración de que existe un

³⁶ La Fiscalía solicitó autorización para apelar la Decisión en cuestión. CPI, Fiscal, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's 29 January 2007 "Décision sur la Confirmation des Charges"*, 5 de febrero de 2007 (ICC-01/04-01/06-806), argumentando inter alia un exceso de atribuciones por parte de la SCP-I. De acuerdo al Fiscal, el ECPI solo confería a la SCP-I la facultad de suspender la audiencia de confirmación de los cargos y solicitar al Fiscal que considerara modificar los cargos si a su juicio la prueba presentada apuntaba a la comisión de un crimen diferente al imputado por el Fiscal.

³⁷ Decisión sobre la confirmación de los cargos, nota supra 3.

³⁸ *Ibidem*, § 220.

³⁹ *Ibidem*, § 221.

⁴⁰ *Ibidem*, § 226.

⁴¹ *Ibidem*, § 227-237.

CANI cuando el involucramiento de grupos armados con cierto grado de organización y la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas da lugar a la caracterización del conflicto como uno de carácter no internacional.⁴² Estas características, conforme a la valoración de la evidencia presentada a tiempo de la confirmación de los cargos, llevó a la SCP I a considerar la múltiple participación de grupos armados no estatales, *inter alia*: UPC, PUSIC y FNI.⁴³ No existió, sin embargo, mayor elaboración o explicación de la SCP I⁴⁴ respecto a los aspectos de la evidencia que habría cotejado para arribar a dicha conclusión, ni tampoco de los estándares considerados válidos para determinar el grado de organización, en el marco del artículo 8.2.f del ECPI.⁴⁵

En el periodo considerado relevante para el proceso —principios de septiembre de 2002 al 13 de agosto de 2003—, que la Sala de Juicio reconoció como vinculante en virtud al artículo 74.2 del ECPI al ser parte de los hechos descritos en los cargos,⁴⁶ la Sala de Juicio consideró que hubo conflictos armados paralelos de distinta naturaleza en el mismo periodo y territorio,⁴⁷ aspecto reconocido y admitido por el derecho internacional humanitario.

La Fiscalía consideró que el hecho de que la situación de violencia desatada en Ituri fuera *significante y prolongada* la situaba en el umbral de un conflicto armado.⁴⁸ De manera desglosada, su interpretación respecto de la existencia de un CANI consideró los siguientes elementos:

[...] (i) violencia prolongada que ha alcanzado cierto grado de intensidad y (ii) grupos armados con cierto grado de organización, incluyendo su capacidad para imponer disciplina y de planear y llevar a cabo operaciones militares sostenidas. De manera adicional, el artículo 8(2) (f) del Estatuto estipula que el conflicto debe ser prolongado.⁴⁹

⁴² *Ibidem*, § 233.

⁴³ *Ibidem*, § 236. Aludiendo, *inter alia*, al enfrentamiento entre la UPC y el FNI por el control de la población de Mongbwalu —con riqueza minera/oro—, así como al control de las poblaciones de Iga Barrière y Nizi, a fines de diciembre de 2003.

⁴⁴ El § 237 solo hace referencia a la declaración de la Defensa respecto al control que dichos grupos ejercieron sobre los territorios que antes habían pertenecido al UPC/FPLC, y al hecho de que ninguna de las partes objetara o negara que se trataba de grupos armados organizados. Decisión de confirmación de los cargos, nota supra 3, § 237.

⁴⁵ La parte relevante es transcrita en nota infra 49.

⁴⁶ Ambos, nota supra 5, p. 128 (pie de p. 96).

⁴⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 540.

⁴⁸ *Ibidem*, § 505.

⁴⁹ *Ibidem*, § 506 (traducción libre).

Con relación al cese del CANI, la Fiscalía apuntó que esto solo ocurre con la suscripción de un acuerdo de paz; en consecuencia, la sola reducción del nivel de intensidad de las hostilidades no es suficiente.⁵⁰

Por su parte, la Defensa concordó con la SCP I en cuanto a los elementos constitutivos de un CANI, enfatizando el carácter prolongado de las hostilidades y el grado de organización de las facciones intervinientes en el CANI. Este último (el nivel de organización) constituyó precisamente uno de los elementos centrales para la defensa, que intentó desvirtuar la alegación de la Fiscalía respecto a que el FNI, la Force de Résistance Patriotique de l'Ituri (FRPI) y el PUSIC constituyeran grupos armados organizados en el sentido del derecho internacional humanitario, que actuaran bajo un mando responsable, ejercieran control suficiente en partes del territorio relevante que les permitieran realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y tuvieran la capacidad de imponer un régimen de disciplina o hacer cumplir el DIH.⁵¹

Para la representación legal de las víctimas, la intensidad y la duración de las hostilidades, el número de víctimas, el modo de organización de las partes del conflicto y su armamento llevaban a concluir sobre la existencia de un CANI.⁵²

Por consiguiente, puede advertirse que uno de los aspectos más controversiales a tiempo de la determinación del CANI fue la interpretación y valoración del grado de organización de las partes del conflicto.

Concordando con la Fiscalía, la Sala de Juicio optó por pronunciarse solamente respecto de la atribuida responsabilidad penal de Lubanga por el crimen de niños soldados conforme al artículo 8.2.e.vii ECPI, es decir, en relación con el CANI. En efecto, para la Fiscalía, aun admitiendo que el involucramiento de Uganda daba pie a considerar la existencia de un CAI, la UPC/FPLC había participado en un CANI simultáneo y distinto.⁵³

La Sala de Juicio siguió la interpretación de la SCP I a efectos de la determinación de un CANI, subrayando que el artículo 8.2.f no requiere el elemento de control de parte del territorio del artículo 1.1 del PA II y apuntando que tampoco incorpora el requerimiento de la actuación bajo un mando responsable. Por el contrario, para la Sala de Juicio el elemento cardinal se refiere al suficiente grado de organización del grupo

⁵⁰ Ibidem, § 507.

⁵¹ Ibidem, § 514.

⁵² Ibidem, § 518.

⁵³ Ibidem, § 511.

que permita el desarrollo de violencia armada prolongada.⁵⁴ Como lo advierte la Sala de Juicio, su posición respecto del elemento de actuación bajo mando responsable difiere de la interpretación adoptada por la SCP II en la decisión de confirmación de los cargos en *Bemba*, que consideró que los grupos armados organizados deben actuar bajo un mando responsable, lo que incluye la posibilidad de imponer disciplina y la capacidad de planificar y desarrollar operaciones militares.⁵⁵ Esto representa una discrepancia fundamental entre las salas de la CPI al interpretar y definir los elementos que hacen a un CANI —cuestión jurídica y de hecho por demás compleja—, conforme al artículo 8.2.f, y constituye un claro ejemplo de que los principios y normas del derecho internacional de los conflictos armados o DIH aún no son objeto de interpretaciones consensuadas en aspectos cruciales, cual es el caso de los elementos constitutivos de un CANI. Surge entonces la interrogante: ¿desplaza o tiene mayor peso la interpretación de la Sala de Juicio que la de la SCP II, tratándose de distintos casos?

Es aceptado que, conforme al artículo 21.2 ECPI, la Corte (cualquiera de sus órganos) no está obligada, sino solo facultada, a ceñirse a interpretaciones de principios y normas que hubieran sido adoptadas en decisiones anteriores.⁵⁶ En esta línea, se ha reconocido que, en el marco de las fuentes internas, la jurisprudencia de la CPI no tiene carácter vinculante,⁵⁷ independientemente de si se trata de decisiones de las Salas de Cuestiones Preliminares, de las Salas de Juicio o de la Sala de Apelación.⁵⁸ La pregunta anterior puede responderse, en consecuencia, en negativo, más aún si se tiene en cuenta que la formulación del artículo 21.2 no otorga peso especial a la jurisprudencia de la Sala de Apelación⁵⁹ y, argumentablemente, tampoco puede derivarse un carácter vinculante respecto de jurisprudencia emanante de las Salas de Juicio (salvando, desde luego, las disposiciones de orden procedimental que estatutariamente resultan vinculantes para la SCP). La resultante inestabilidad en la jurisprudencia ha sido consiguientemente

⁵⁴ *Ibíd.*, § 536.

⁵⁵ Decisión de confirmación de los cargos en *Bemba*, nota supra 18, § 234.

⁵⁶ El artículo 21.2 indica: “[...] la Corte *podrá* aplicar principios y normas de derecho respecto de las cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores” (énfasis propio).

⁵⁷ Gilbert Bitti, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 288.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 292 (citando ejemplos de decisiones que no otorgan un valor superior a las decisiones de la Sala de Apelaciones o que, al mencionar que su jurisprudencia resulta en consonancia con la de la Sala de Apelación, no explican el racional o la necesidad de dicha concordancia).

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 293.

observada, y es necesario procurar que la ventaja que la inexistencia de un modelo de jurisprudencia vinculante presenta a efectos del desarrollo del derecho penal internacional (en el marco del ECPI) pueda, en efecto, constituir una herramienta útil.

La consideración inicial del elemento de organización del grupo resulta confusa en el *judgment*, al establecer la Sala de Juicio que dicha determinación es relevante a efectos de determinar si un conflicto armado no es de carácter internacional.⁶⁰ Probablemente, lo que la Sala de Juicio quiso decir es que la determinación del grado de organización del grupo es relevante a efectos de la identificación de un CANI. En todo caso, la Sala de Juicio consideró que el nivel de organización de los grupos puede evaluarse a través de los siguientes criterios, no exhaustivos: la jerarquía interna en el grupo, la estructura de comando, el alcance del equipo militar disponible, la capacidad del grupo de planificar operaciones militares y aplicarlas, y la intensidad de cualquier intervención militar.⁶¹ Asimismo, consideró que el nivel de intensidad de un CANI se manifiesta, *inter alia*, por la seriedad de los ataques, su progresiva extensión en el territorio en cuestión, el aumento de fuerzas armadas estatales, la movilización y distribución de armas entre las partes en conflicto, la atención del conflicto por el Consejo de Seguridad y, de ser el caso, si se han emitido resoluciones al respecto.⁶²

La determinación de dichos factores indicativos se basó en la jurisprudencia del TPIY —como lo señala la misma Sala de Juicio—,⁶³ que, particularmente en *Limaj* (2005), *Haradinaj* (2008) y *Boškoski* (2008), sintetizó la jurisprudencia existente y enunció de manera indicativa criterios más concretos u objetivos para determinar la existencia de un CANI y su consiguiente diferenciación de situaciones de violencia que no alcanzan dicho umbral. Si bien es loable que el umbral de un conflicto armado resulte progresivamente desarrollado por la jurisprudencia (internacional), cabe concordar con la crítica anteriormente vertida respecto a que basarse exclusivamente en la jurisprudencia del TPIY limita el valor de dicha interpretación como un precedente jurídico con

⁶⁰ *Lubanga Dylo Judgment*, nota supra 1, § 537. La versión en inglés (original) indica: "When deciding if a body was an organised armed group (for the purpose of determining whether an armed conflict was not of an international character), [...]". Así también, la traducción al francés, indica: "Lorsqu'ils'agit de décider si l'on est en présence d'un groupe armé organisé (pour déterminer si un conflit armé ne présentait pas un caractère international)".

⁶¹ *Lubanga Dylo Judgment*, nota supra 1, § 537.

⁶² *Ibidem*, § 538.

⁶³ La Sala indica: "A efectos de valorar la intensidad de un posible conflicto, el TPIY ha señalado que una Sala debería tener en cuenta, *inter alia*, [...] La Sala considera que este es un enfoque apropiado". *Ibidem*, § 538 (traducción libre).

alcance internacional.⁶⁴ Esto resulta aún más contundente tratándose de la CPI, cuya jurisdicción no está sujeta o limitada a un conflicto armado en particular, y no es una posible justificación, a criterio de la autora, el hecho de que los parámetros del artículo 8.2.f—que desarrolla el artículo 8.2.e—recogen el test formulado en *Tadić*:

Existe un conflicto armado cuando hay recurso a la fuerza armada entre Estados o *violencia armada prolongada* entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.⁶⁵

Nótese la variante de “conflicto armado prolongado” (en lugar de violencia), que incorpora el artículo 8.2.f;⁶⁶ aspecto comentado en la sección anterior.

Llama la atención que antes de la sentencia en *Lubanga*, y en el mismo caso, la CPI hubiera emitido decisiones que advirtieran sobre la improcedencia de la aplicación automática de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* para la interpretación y aplicación del ECPI. Esto se manifestó de manera particular con relación a la “importación” de procedimientos, es decir, con relación a normas de carácter o con efectos de índole procedimental en el régimen del ECPI (como ocurrió con la preparación de testigos o *witness proofing*), donde la Sala de Juicio I (en *Lubanga*) observó que no solo las reglas no son directamente aplicables en el ámbito del ECPI, sino tampoco la *jurisprudencia* de los tribunales *ad-hoc*, sin mayor análisis.⁶⁷ Esto, sin embargo, no parece haber ocurrido *in casu*, es decir, la argumentación de por qué la Sala de Juicio I consideraba aplicable la jurisprudencia del TPIY (a efectos de la caracterización del conflicto armado y de la aplicación del test de control global, a abordarse más adelante).

Al respecto, la indagación del rol de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* en el marco del artículo 21 ECPI encuentra cierta guía en la decisión de la Sala de Apelaciones

⁶⁴ Anthony Cullen y Marco Divac Oberg, “Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Threshold of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”, en *Asil Insights* 12(7), de 23 de abril de 2008, <<http://www.asil.org/insights080423.cfm>> (los autores formularon la crítica con relación al TPIY).

⁶⁵ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR72), § 70.

⁶⁶ Artículo 8.2.f ECPI: “El párrafo 2(e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional [...] Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

⁶⁷ CPI, Sala de Juicio I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarize Witnesses for Giving Testimony at Trial*, 30 de noviembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1049), § 44.

(2006), que determinó que el recurso a las fuentes distintas a las del artículo 21.1.a — ECPI, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba— ha de efectuarse si el recurso a las fuentes primarias presenta vacíos.⁶⁸ Así, el artículo 21.1.b, que incluye como fuente subsidiaria los principios del derecho internacional de los conflictos armados (DIH), da paso a la aplicación de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc*,⁶⁹ que de manera pionera, en varios casos, han interpretado y desarrollado los principios y normas del DIH. Esto resulta en consonancia con el esquema general de las fuentes del derecho internacional derivado del artículo 38.1.d del Estatuto de la CIJ, es decir, la aplicación de las decisiones judiciales como medio subsidiario para la determinación de las normas del derecho. Sin embargo, conforme a la formulación del mencionado artículo, es tradicionalmente aceptado que las decisiones judiciales no son fuentes del derecho *per se*, sino que pueden servir para determinar la existencia de, por ejemplo, el derecho consuetudinario. Una postura más pragmática, sin embargo, reconoce un valor distinto a las decisiones judiciales en la determinación y construcción del derecho internacional. La práctica de seguir precedentes jurisprudenciales es considerada una muestra de ello. En esa línea, al margen del carácter subsidiario formal de la jurisprudencia, la diferencia entre hacer y determinar el derecho depende del grado o alcance de la decisión, más que de su naturaleza.⁷⁰ Por ende, es aceptado que los precedentes jurisprudenciales de los tribunales *ad-hoc* constituyen una fuente particularmente útil en lo que a interpretación de los principios y normas del DIH se refiere; esto *no* implica, sin embargo, que sean vinculantes *per se*, o de manera automática para la CPI.⁷¹ Así, en la necesaria línea de valoración, ha de considerarse el uso consistente de la interpretación en cuestión, tanto por los mismos tribunales *ad-hoc* como por las otras cortes internacionales.⁷² La discusión

⁶⁸ CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-772), § 34 (refiriendo a su Decisión previa, también en la situación de la RDC, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*).

⁶⁹ Volker Nerlich, "The Status of the ICTY and ICTR Precedent in Proceedings before the ICC", en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009), p. 313 (refiriéndose, en general, a los principios del derecho penal internacional).

⁷⁰ Al respecto y con referencia específica al caso de la jurisprudencia de la CIJ, véase Gleider Hernández: *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 186 (con referencias adicionales).

⁷¹ Nerlich, nota supra 69.

⁷² *Ibidem*, p. 316.

que suscita el caso *Lubanga*, o que podía suscitar, con relación a la divergencia de tests de control en el ámbito de la responsabilidad penal individual y de la responsabilidad internacional estatal, objeto de abordaje en la sección siguiente, constituye argumentalmente un factor que daría pie a un mayor escrutinio respecto a la pertinencia de la aplicación automática de la jurisprudencia del TPIY.

Por cierto, la referencia a la jurisprudencia del TPIY no fue del todo precisa. Por ejemplo, cuando la Sala de Juicio evocó dicha jurisprudencia para definir el elemento de intensidad de un CANI, citó la sentencia de primera instancia en *Mrkšić* (2007),⁷³ cuando tales factores indicativos fueron enunciados en jurisprudencia anterior del TPIY, mencionada en *Limaj et al.* (2005),⁷⁴ así como también en *Boškoski y Tarčuloski* (2008),⁷⁵ de manera mucho más amplia que la referencia de la Sala de Juicio, la cual, en consecuencia, resultó escueta (si bien aclaraba que la referencia era *inter alia*). Así también, al mencionar que conforme a *Dordević* (2011) el elemento de intensidad del conflicto tiene el único propósito de distinguir las situaciones de CA de las situaciones que no alcanzan dicho umbral, omitió señalar que la valoración se refería también al elemento de la organización del grupo(s),⁷⁶ o al menos no dio una explicación de por qué asumió en parte la interpretación del TPIY.

3.3. La determinación y prueba del elemento internacional

La participación concurrente de diversos actores —nacionales e internacionales— en el conflicto armado suscitado en Ituri, y la determinación de la coexistencia de conflictos armados de diversa naturaleza (tanto CAI como CANI) en la misma situación, pone en la palestra el escrutinio de los estándares a aplicarse a efectos de la determinación de la naturaleza del vínculo de control por parte de un Estado que denote la actuación en su representación cuando quienes participan directamente en las hostilidades son grupos armados no estatales, discusión que desde luego no es nueva en el espectro internacional.⁷⁷

⁷³ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Mile Mrkšić et al., Judgment*, 27 de septiembre de 2007 (IT-95-13/1-T), § 407.

⁷⁴ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Fatmir Limaj et al., Judgment*, 30 de noviembre de 2005 (IT-03-66-T), § 90.

⁷⁵ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Lujbe Boškoski and Johan Tarčuloski, Judgment*, 10 de julio de 2008 (IT-04-82-T), § 177.

⁷⁶ TPIY, Sala de Juicio II, *Prosecutor v. Vlastimir Dordević, Judgment*, 23 de febrero de 2011 (IT-05-87/1-T), § 1522.

⁷⁷ La apelación en *Tadić*, primer caso ante el TPIY, puso en escrutinio el test de Nicaragua a efectos de la clasificación del conflicto armado.

Concordando con la SCP I, la Sala de Juicio concluyó que el test de *control global* (*overall control test*) es el adecuado, aunque sin explicar los fundamentos en que se basó dicha conclusión,⁷⁸ y añadió, recurriendo a la jurisprudencia del TPIY, que un estado ejerce dicho tipo de control cuando

[...] *tiene un rol en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares* del grupo armado, fuera del financiamiento, entrenamiento y equipamiento o en la provisión de apoyo operacional al grupo.⁷⁹

En ese marco, resulta relevante determinar si, entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, la UPC/FPLC, la APC y la FRPI fueron utilizados como agentes o *proxies* para el conflicto entre dos o más Estados (en el caso en cuestión: Uganda, Ruanda y la RDC).⁸⁰ Respecto al rol de la RDC, para la Sala de Juicio la evidencia apuntaba a que se habían enviado armas y entrenadores para el APC,⁸¹ y que no habría existido un rol de organización, coordinación o planificación de las acciones militares de la UPC/FPLC durante el periodo relevante de la acusación.⁸² Por su parte, el rol de Ruanda fue similar (envío de armamento y entrenamiento a la UPC/FPLC).⁸³ Con relación al rol de Uganda, que actuó como potencia ocupante en Bunia, la evidencia apuntaba adicionalmente al apoyo brindado por Uganda a la UPC/FPLC en entrenamiento y aprovisionamiento de armas.⁸⁴ Sin embargo, el *judgment* hace referencia a uno de los testimonios en el sentido de que la RDC, Uganda y Ruanda combatieron a través de agentes, haciendo particular referencia a uno de los combates entre Kinshasa y Uganda, que continuó hasta poco antes del retiro de las tropas de Uganda (conforme al testimonio el 2004). No obstante, la evidencia con relación al rol de la RDC se limitó al tipo de apoyo brindado a la APC.⁸⁵ Asimismo, la Sala de Juicio resaltó el hecho de que la evidencia no apuntara a que Uganda hubiera ejercido un rol en la organización, coordinación o planificación

⁷⁸ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 541.

⁷⁹ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgment (on appeal)*, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), § 137 (traducción libre; énfasis en el original). La Sala de Juicio en *Lubanga Dyilo Judgment* hace referencia a jurisprudencia adicional del TPIY; véase pie de p. 1649, *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1.

⁸⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 552.

⁸¹ *Ibidem*, § 553.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*, § 554.

⁸⁴ *Ibidem*, § 558.

⁸⁵ *Ibidem*, § 560.

de las operaciones militares de la UPC/FPLC.⁸⁶ En general, concluye que la evidencia es insuficiente para establecer, aun *prima facie*, que ni Ruanda ni Uganda hubieran ejercido un control global respecto de la UPC/FPLC.⁸⁷

Reconociendo la existencia de un CAI paralelo entre Uganda y la RDC, la Sala de Juicio consideró que la UPC/FPLC participó en un conflicto que no involucraba un enfrentamiento entre Estados —ni directa, ni indirectamente—, sino que constituía violencia prolongada protagonizada por múltiples grupos armados no estatales (a saber: UPC/FPLC, RCD-ML/APC y las milicias del FRPI); es decir, un CANI).⁸⁸ En consecuencia, aplicando la regulación 55 de las Regulaciones de la CPI, la Sala de Juicio modificó la caracterización jurídica de los hechos según la consideración de que el tipo de conflicto armado relevante para los cargos era de naturaleza no internacional.⁸⁹ Cabe mencionar que en su decisión sobre el estatus ante la Sala de Juicio de la evidencia presentada ante la Sala de Cuestiones Preliminares y las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares en los procedimientos del juicio y la manera de presentación de la evidencia o prueba, de diciembre de 2007, ante la impugnación de la Defensa, la Sala de Juicio I consideró que la regulación 55 no presenta ninguna incompatibilidad con el artículo 74.2.⁹⁰ Esto es así por cuanto la regulación 55 involucra la modificación de la calificación jurídica de los hechos, por lo que no constituye una alteración o corrección de los hechos y circunstancias descritos en la formulación de los cargos.⁹¹

⁸⁶ *Ibidem*, § 561.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, § 563 y 565.

⁸⁹ *Ibidem*, § 566.

⁹⁰ ECPI, artículo 74.2: La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

⁹¹ CPI, Sala de Juicio I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the status before Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in the trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted*, 13 de diciembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1084), § 47.

“Regulation 55 - Authority of the Chamber to modify the legal characterization of facts”, en Mark Klamburg (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court*, <www.casematrixnetwork.org/cm-n-knowledge-hub/icc-commentary-clicc>.

3.3.1. Control global/general y control efectivo

Los tests de *control efectivo* y *control global o general* son producto del desarrollo de la jurisprudencia internacional. El primero fue enunciado inicialmente en *Nicaragua contra Estados Unidos* por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y se ha aplicado consistentemente en dicho ámbito desde entonces; el segundo se acuñó con *Tadić* y, ha sido aplicado también de manera consistente por el TPIY. Ambos tests contribuyen, *inter alia*, a determinar la existencia (o no) del suficiente grado de control de un Estado respecto de un grupo armado no estatal que participa en un conflicto armado que tiene lugar en el territorio de otro Estado y que, en caso de existir, convierte a dicho grupo armado en *agente* (o *proxy*) del primer Estado, atribuyendo al conflicto armado carácter internacional (CAI) o estableciendo la atribución de responsabilidad al tercer Estado por los actos u omisiones del grupo armado no estatal (o de individuos).⁹²

En *Nicaragua* la CIJ (1986) aplicó el test a efectos de determinar, esencialmente, si los *contras* nicaragüenses —un grupo armado no estatal (paramilitar) que intentaba derrocar al gobierno de turno en Nicaragua— podían ser considerados un órgano del gobierno de los Estados Unidos o si actuaban en su representación (relación de agente). La CIJ determinó que de los hechos podía inferirse la participación de los Estados Unidos en la organización, el entrenamiento y el equipamiento de los *contras*, la planificación de las operaciones, la identificación de blancos y el apoyo operacional otorgado.⁹³ Se ha interpretado que *control efectivo* —aplicado ante la falta de evidencia de una relación de completa dependencia— implicaba para la CIJ: a) el hecho de que los Estados Unidos hubieran dado órdenes/instrucciones o coordinado las operaciones militares de los *contras*; o b) el hecho de que los Estados Unidos forzaran a los *contras* a ejecutar dichas operaciones.⁹⁴ El alcance del test relacionado con las instrucciones o la actuación bajo la dirección del tercer Estado (de un grupo armado no estatal: *in casu* paramilitares) fue

⁹² Para un panorámica general de las construcción e implicaciones de ambos tests, véase, por ejemplo, Ambos, nota supra 5; Goldstone y Hamilton, nota infra 100. .

⁹³ *Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment*, 27 de enero de 1986, (*Official judgment summary*), § 4.

⁹⁴ Antonio Cassese, "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", *European Journal of International Law* 18, 2007, p. 653.

más adelante corroborado en *Congo contra Uganda*⁹⁵ y en *Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro*.⁹⁶

Por su parte, en *Tadić*, la determinación de si los serbio-bosnios/VRS (un grupo armado no estatal) pertenecían a Yugoslavia (posteriormente Serbia y Montenegro) tenía como consecuencia la determinación de que el conflicto armado se había suscitado entre Yugoslavia y Bosnia Herzegovina, lo que lo convertía en un CAI y abría así la jurisdicción del TPIY respecto de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (artículo 2 del Estatuto del TPIY). La Sala de Apelaciones en *Tadić*, apartándose de la adopción del test de control efectivo (acuñado en *Nicaragua*), que había adoptado la Sala de Juicio, formuló el test (de control global) partiendo de la premisa de que son diferentes los casos que involucran a individuos que actúan en representación de un Estado sin órdenes o instrucciones específicas y los de los grupos organizados que normalmente tienen una estructura y cadena de mando, lo que implica que los individuos miembros del grupo normalmente no actúan de manera autónoma o independiente.⁹⁷ Siendo este el racional que llevara a la Sala de Apelaciones a considerar suficiente la aplicación del test del control global con relación a grupos armados no estatales, cabe poner en tela de juicio su compatibilidad en el marco del ECPI, por lo menos en lo que respecta al artículo 8.2.f, que, como se ha comentado, no requiere la demostración del elemento de mando responsable.

Conforme al test de control global, existe dicho grado de control cuando un Estado actúa no solo mediante el apoyo brindado al grupo armado no estatal a través de equipamiento (provisión de armamento) y/o financiamiento, sino también a través de la coordinación o la contribución en la planificación general de las actividades militares. Sin embargo, a diferencia del test de control efectivo, no es necesaria la existencia de instrucciones para la comisión de actos específicos (contrarios al derecho internacional) por parte del Estado, ya sea a los jefes o a los miembros del grupo.⁹⁸

⁹⁵ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, Merits, Judgment, 19 de febrero de 2005, § 160.

⁹⁶ *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment, 26 de febrero de 2007, § 399 y 401.

⁹⁷ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), § 120.

⁹⁸ *Ibidem*, § 131.

La compatibilización de ambos tests en la esfera internacional se ha respaldado en la argumentación —superficial para algunos⁹⁹ y lógica para otros—¹⁰⁰ de que *Tadić* definió el test a efectos de la distinción del conflicto armado para la consiguiente determinación de la responsabilidad penal individual, en tanto que *Nicaragua* lo hizo a efectos de la atribución de responsabilidad internacional estatal, lo que daría lugar a su coexistencia (aplicándose cada test según el ámbito de responsabilidad internacional se refiere: penal individual o estatal).¹⁰¹ Si bien esta interpretación elude pronunciarse a favor o en contra de uno u otro test y, por consiguiente, de una u otra línea jurisprudencial,¹⁰² no parecería resolver cuestiones básicas de fragmentación del derecho internacional que emergen si se acepta válido el cuestionamiento sobre si realmente existe una diferencia sustancial en cuanto a la determinación del grado de control para la calificación del tipo de conflicto armado (y, *ulteriori*, del alcance en la aplicación de los crímenes de guerra), y a efectos de la atribución de conductas de individuos o grupos a un Estado para la atribución (o no) de responsabilidad internacional. Es decir, en el fondo, ¿no se trata de una indagación —en ambos casos— tendente a dilucidar la existencia (o no) de control suficiente por parte de un Estado respecto de un grupo armado no estatal?¹⁰³

En efecto, como advierte Cassese con relación a *Bosnia contra Serbia* (caso sobre genocidio ante la CIJ),¹⁰⁴ de no evidenciarse órdenes, instrucciones o directrices dadas por Serbia (anteriormente República Federal de Yugoslavia) a los serbiobosnios, grupos armados que perpetraron el genocidio en Srebrenica (conforme la jurisprudencia del TPIY),¹⁰⁵ resulta difícil dilucidar el grado de control requerido a efectos de atribuir la

⁹⁹ Por ejemplo, Cassese, nota supra 94; Ventura, nota infra 103, p. 17.

¹⁰⁰ Por ejemplo, Richard Goldstone y Rebecca Hamilton: "Bosnia v Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Leiden Journal of International Law*, 21(1), 2008, p. 97.

¹⁰¹ Cassese, nota supra 94, p. 663.

¹⁰² En realidad *Tadić* consideró que el test de control global era aplicable al ámbito de la responsabilidad internacional estatal: "En el presente caso, de grupos organizados, la responsabilidad del Estado es más bien el corolario objetivo del control global ejercido por el Estado sobre el grupo". Sala de Apelaciones, nota supra 79, § 123 (traducción libre).

¹⁰³ Manuel J. Ventura: "Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court: the Nature of Co-Perpetration's Common Plan and the Classification of the Armed Conflict", en S. Casey-Maslen (ed.), *The War Report 2012*, Oxford: Oxford University Press, pp. 13-4. (con relación al Estatuto del TPIY).

¹⁰⁴ CIJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports, 26 de febrero de 2007, p. 43.

¹⁰⁵ Radislav Krstić fue el primer sentenciado por genocidio (*aiding and abetting*) por el TPIY, el 2 de agosto de 2001, con relación al genocidio perpetrado en Srebrenica en 1995. Posteriormente, Popović (planificación, órdenes y comisión de genocidio), Beara (conspiración para cometer genocidio) y Nikolić (*aiding and abetting*) el 2010.

responsabilidad a Serbia.¹⁰⁶ Dicha apreciación es, *mutatis mutandis*, aplicable al caso *Lubanga*: no existió referencia en el *judgment* a la apreciación que la SCP I (en la decisión de confirmación de los cargos) vertiera respecto a que la evidencia presentada apuntaba al asesoramiento que Ruanda había brindado a la UPC.¹⁰⁷ Si bien es cierto que la SCP I determinó de modo general la inexistencia de evidencia que adujera motivos fundados para considerar que Ruanda hubiera tenido una intervención directa o indirecta en el conflicto armado en Ituri,¹⁰⁸ la cuestión del asesoramiento ameritaba, en opinión de la autora, mayor indagación, teniendo en cuenta que la línea entre el asesoramiento y las instrucciones, y más aún las directrices, puede ser difusa en la práctica.

En efecto, pese a que en términos latos cabe distinguir entre “asesoramiento” y “órdenes, instrucciones o directrices”, en la práctica ambos tipos de acción pueden presentar una simbiosis o no resultar tan diferenciados. En todo caso, este es un aspecto que argumentablemente ameritaba mayor indagación probatoria, que no se desprende del *judgment*. Es más, la Sala de Juicio consideró insuficiente el testimonio de P-0055 respecto a que la UPC/FPLC habría recibido instrucciones de Ruanda para tomar la población de Mongbwalu, al no haber sido corroborado el testimonio por evidencia adicional y resultando insuficiente aun en relación al resto de la evidencia, conforme a la evaluación de la Sala de Juicio I.¹⁰⁹ Esta afirmación conlleva a su vez al escrutinio del alcance de aplicación de la regla 63.4, “Disposiciones generales relativas a la prueba”, que indica: “[...] la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar *ninguno* de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual”.¹¹⁰ Dicha formulación no es nueva, por cierto, sino que deviene de los tribunales *ad hoc*, en cuya práctica es admitido que la existencia de una sola evidencia, en tanto y cuanto sea creíble, no requiere mayor corroboración.¹¹¹

¹⁰⁶ Cassese, nota supra 94, p. 663.

¹⁰⁷ SCP-I, nota supra 3, § 221.

¹⁰⁸ SCP-I, nota supra 3, § 226.

¹⁰⁹ *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 561.

¹¹⁰ Reglas de Procedimiento y Prueba, Documento ICC/ASP/1/3, de 2002 (capítulo 4: “Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”, énfasis añadido).

¹¹¹ George William Mugwanya, “Recent Trends in International Criminal Law: Perspectives from the UN International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(3), 2008, p. 418.

La jurisprudencia del TPIY ha establecido que el testimonio de un único testigo, aun con relación a la determinación de cuestiones de hecho, puede ser aceptada sin la necesidad de corroboración, toda vez que esta no es jurídicamente requerida. A excepción del testimonio de niños prestado sin declaración solemne, la Sala de Juicio está en la libertad de basarse en la evidencia de un testigo único. Véase Peter Robinson: *Summary of Decisions of the International*

Al respecto, cabe apuntar que la credibilidad del testigo P-0055 fue afirmada por la Sala de Juicio I,¹¹² y es más: su testimonio, conjuntamente con el de otros testigos, fue relevante para la determinación de varios aspectos del caso; por ejemplo, del hecho de que Lubanga utilizara niños menores de 15 años como escoltas y guardaespaldas.¹¹³ Por otro lado, el testimonio del testigo P-0055 no correspondería a la excepción reconocida al requerimiento de no corroboración que expresamente incorpora la regla 63.4, esto es, que una condena se base exclusivamente en el testimonio de niños.¹¹⁴ Argumentablemente, la evidencia tendente a determinar el grado de control (de un Estado respecto de un grupo armado no estatal) a efectos de la calificación del conflicto armado, que integra el elemento contextual de los crímenes de guerra, es parte de la demostración de los crímenes y, en consecuencia, en opinión de la autora, es parte del alcance de la mencionada regla. Por consiguiente, no resulta claro en el *judgment* por qué con relación a este aspecto del caso (la determinación de la existencia de control global) el testimonio de P-0055 no ofrecía suficiente grado de convicción.

En consecuencia, cabe concordar con apreciaciones anteriores respecto a que el análisis de la evidencia conducente a descartar la existencia de un CAI relevante con relación a los cargos imputados al acusado no resulta del todo convincente.¹¹⁵ Esto, a su vez, lleva a considerar que las dificultades inherentes al análisis de la evidencia repercuten en el necesario escrutinio de la consistencia de la argumentada superficial distinción de los tests de control aplicables en los ámbitos de la responsabilidad penal individual y la responsabilidad internacional estatal.¹¹⁶ Esta no resulta ser, en consecuencia, una discusión meramente académica, sino que trasciende a la esfera de seguridad jurídica, acentuada en función del dualismo incorporado en la tipificación de los crímenes de guerra en el ECPI, aspecto que se aborda colateralmente en la sección siguiente.

Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2004, p. 467 (con referencia a la sentencia de primera instancia en *Tadić; Kupreskic et al; Strugar; Kordic & Cerkez; y Limaj et al.*).

¹¹² *Lubanga Dyilo Judgment*, nota supra 1, § 676.

¹¹³ *Ibidem*, § 869.

¹¹⁴ Kevin Gray, "Evidence before the ICC", en Dominic McGoldrick et al. (eds.): *The Permanent International Criminal Court – Legal and Policy Issues*, 2004, p. 296.

¹¹⁵ Ambos, nota supra 5, p. 152.

¹¹⁶ Ventura elabora al respecto, con referencias al trabajo previo de Cassese, quien aboga por la aplicación única, y en consecuencia extensiva, del test de control global/general a ambos tipos de responsabilidad internacional. Nota supra 103.

4. Sobre el dualismo en la tipificación de los crímenes de guerra

El crimen de “niños soldados” constituye un claro reflejo de las dificultades o problemáticas que presenta el modelo de dualismo adoptado por el artículo 8 del ECPI, es decir, la clasificación de los crímenes de guerra según se hubieran cometido en un CAI o un CANI. La formulación del crimen de “niños soldados” en el ECPI responde a su fuente convencional en el derecho internacional humanitario: en el ámbito del CAI, el artículo 77.2 PA I a los Convenios de Ginebra y el artículo 4.3.c PA II a los Convenios de Ginebra, que recoge dicha prohibición en la esfera del CANI.

La modificación de la imputación de la Fiscalía por parte de la SCP I a tiempo de la confirmación de los cargos probablemente no habría suscitado mayor polémica si la tipificación del crimen en cuestión fuera idéntica en ambos tipos de conflicto armado, pero ese no es el caso. En tanto que el artículo 8.2.e.vii ECPI criminaliza el reclutamiento o alistamiento de niños en las fuerzas armadas o *grupos*, el artículo 8.2.b.xxvi ECPI lo hace con relación solo a *fuerzas armadas nacionales*. En consecuencia, si el conflicto armado se clasifica como uno de carácter internacional, la responsabilidad penal individual de Lubanga por el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las FMLC resultaría atípica, toda vez que, como se ha comentado, la FMLC —ala política de un partido de oposición— no podía ser considerada una fuerza armada nacional. Es más, se ha considerado que el lenguaje del artículo 8.2.b.xxvi se referiría a las fuerzas armadas estatales de una parte del conflicto (*in casu*, Congo o Uganda).¹¹⁷ Los Elementos de los Crímenes, por su parte, se limitan a reiterar la terminología empleada, objeto de cuestionamiento. Ante tal dificultad, la SCP I se planteó la interrogante de si el término *fuerzas armadas nacionales* abarcaba solo a las *fuerzas armadas gubernamentales*.¹¹⁸

La SCP I absolvió la interrogante de manera negativa, en el sentido de que el término en cuestión no se limita a las fuerzas armadas de un Estado,¹¹⁹ considerando que la definición de *fuerzas armadas nacionales* que establece el artículo 43 del PA I es lo suficientemente amplia como para no impedir una interpretación en ese sentido.¹²⁰ Asimismo, se apoyó en la jurisprudencia del TPIY, que ha interpretado el término *nacional*

¹¹⁷ Matthew Happold, “Prosecutor v. Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, 29 January 2007”, *International and Comparative Law Quarterly*, 56, 2007, p. 721.

¹¹⁸ Decisión de confirmación de los cargos, nota supra 3, § 275.

¹¹⁹ *Ibidem*, § 285.

¹²⁰ *Ibidem*, § 271 y 273.

en el sentido de no circunscribirse a la nacionalidad propiamente dicha, sino también al hecho de pertenecer —por otros vínculos, como los étnicos— a la parte contendiente.¹²¹ Dicha interpretación tuvo como propósito superar la incongruencia jurídica que se generaría al interpretar el término de manera literal; es decir, que situaciones como el caso en cuestión no serían objeto de responsabilidad penal individual si se cometieran en el marco de un CAI.¹²² Sin embargo, el hecho de que el mismo crimen se definiera de distinta manera, aunque sutilmente, según el tipo de conflicto armado parece indicar que la intención de los redactores del ECPI fue otorgar distintas consecuencias a ambos casos¹²³ (al haber optado por seguir el modelo del DIH convencional, que se erigió sobre esa lógica).¹²⁴ Precisamente, la inexistencia de mayor consideración a los *travaux préparatoires* del ECPI, así como el haber apelado a la interpretación del término *nacional* por parte de la jurisprudencia del TPIY, que la emitió en un contexto completamente distinto —esto es, en el sentido del artículo 4.1 del IV Convenio de Ginebra—,¹²⁵ y el hecho de la incompatibilidad aparente de la interpretación expansiva con el principio *nullum crimen* (artículo 22 ECPI, en particular el párrafo 2, prohibición de analogía), fue observada por Ambos.¹²⁶ Nótese que la Sala de Juicio no tuvo que pronunciarse a favor o en contra de la cuestionada interpretación de la SCP I, al haber limitado el análisis de la responsabilidad penal de Lubanga al contexto del CANI.

Cabe notar que las dificultades intrínsecas al dualismo adoptado en la tipificación de los crímenes de guerra del ECPI —puestas de manifiesto en *Lubanga*— no se manifestaron en el caso de los tribunales *ad-hoc*,¹²⁷ cuyos estatutos contemplaron fórmulas

¹²¹ La Sala se refiere a los casos *Tadić* y *Delalić*.

¹²² SCP-I, nota supra 3, § 284.

¹²³ En este sentido, Kunt Dormann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ginebra: ICRC, 2003, p. 471. El autor indica que la diferencia terminológica tuvo como propósito que el crimen en cuestión se aplicara también a las fuerzas rebeldes en el marco del CANI. Considerando que la distinción terminológica a tiempo de la negociación del ECPI no fue casual sino que tuvo su motivación, aunque carente de una buena razón, veáse Happold, nota supra 117, p. 722.

¹²⁴ Parte de una investigación previa de la autora, véase Elizabeth Santalla Vargas, "Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado", en Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General de la OEA (ed.): *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington: OEA, CICR, 2007, pp. 60-66.

¹²⁵ A efectos de la determinación de la calidad de persona protegida respecto de una potencia ocupante.

¹²⁶ Kai Ambos, "The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo", en Kotsalis et al. (eds.), *Essays in Honor of Argyrios Karras*, Atenas, 2010, pp. 992-4.

¹²⁷ Ventura, nota supra 103.

generales: en el caso del TPIY, “violaciones a las leyes o costumbres de la guerra” (artículo 3 Estatuto) y, en el caso del TPIR, “violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios” (artículo 4 Estatuto). Esto, en opinión de la autora, no necesariamente significa que ese sea el modelo preferible de tipificación de los crímenes de guerra; es más, ha sido considerado no como una tipificación propiamente dicha sino un listado de crímenes del derecho internacional a efectos jurisdiccionales de los tribunales *ad-hoc*.¹²⁸ En todo caso, la descripción más detallada de los crímenes de guerra que contempla el artículo 8 ECPI es ciertamente loable, pero su circunscripción al sistema dualista del DIH convencional puede, y argumentablemente debe, ser superado en tiempos en que los conflictos armados normalmente presentan caracteres mixtos, por un lado, y, por otro, cuando el carácter consuetudinario de los crímenes de guerra es cada vez más aceptado también respecto del CANI. Esto es desde luego más sencillo de efectuarse a nivel nacional (en los procesos de implementación del ECPI),¹²⁹ mas necesario, o al menos deseable, de considerarse en el marco de las enmiendas del propio ECPI. Si bien el sistema de enmiendas hace que no sea una tarea sencilla imprimir modificaciones al ECPI, es probable que la jurisprudencia paulatinamente ilustre mayores dificultades inherentes al sistema dualista (en el propio marco del ECPI), como lo evidencia el caso *Lubanga*.

5. Consideraciones finales

La primera sentencia de la CPI, y de modo más general el caso *Lubanga*, puso de manifiesto las dificultades —de índole teórica y práctica— que presenta el modelo dualista en el que se inscribe la tipificación de los crímenes de guerra del ECPI. El crimen

¹²⁸ Por ejemplo, en el caso del TPIY, varios casos han interpretado el artículo 3 de su Estatuto como una “cláusula residual”, al otorgarle jurisdicción sobre graves violaciones al DIH no cubiertas por los artículos 2 (graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949), 4 (genocidio) y 5 (crímenes de lesa humanidad). Véase, TPIY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al., Judgment*, 3 de abril de 2008 (IT-04-84-T), § 33 (citando a *Tadić* y *Čelebići*).

¹²⁹ Al respecto, Santalla Vargas, nota supra 123, p. 61. Con relación específica al caso boliviano y el proyecto de ley de implementación de 2005 (con legislación comparada), véase Elizabeth Santalla Vargas, “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del Ordenamiento Jurídico Interno y de los Procesos de Implementación en la Legislación Comparada”, en Defensor del Pueblo (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, 2005. También, Elizabeth Santalla Vargas, “Informe Bolivia”, en Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma: Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2006, pp. 99-137.

de *niños soldados* es elocuente al respecto. En ese marco, adquiere relevancia la determinación de los adecuados estándares que conducen a la determinación de la existencia y la naturaleza del conflicto armado, aspecto que, si bien se ha iniciado, requiere un mayor andamiaje. Esta dinámica conlleva adicionalmente la importante reflexión sobre la compatibilidad y la congruencia de los sistemas de responsabilidad internacional en cuanto a la participación de actores no estatales se refiere, tarea que constituye aún un desafío para el derecho internacional. De manera particular conduce al escrutinio de la coexistencia congruente de ambos tests de control y de su pertinencia desde un punto de vista jurídico y de *policy choice*.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, en KOTSALIS et al. (eds.): *Essays in Honor of Argyrios Karras*, Atenas, 2010.
- “The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): a Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, *International Criminal Law Review*, 12, 2012.
- *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Oxford University Press, 2014.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BITTI, Gilbert, “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten STAHN y Göran SLUITER (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009.
- CASSESE, Antonio, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law* 18, 2007.
- CULLEN, Anthony, “The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the ICC: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)”, *Journal of Conflict and Security Law*, 2008.
- CULLEN, Anthony, y Marco Divac OBERG, “Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Threshold of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”, en *Asil Insights* 12(7), de 23 de abril de 2008, <<http://www.asil.org/insights080423.cfm>>.
- DÖRMANN, Kunt, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ginebra: ICRC, 2003.
- DÖRMANN, Kunt, en Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer’s Notes, Article by Article* (2008).
- GRAY, Kevin, “Evidence before the ICC”, en Dominic McGOLDRICK et al. (eds.): *The Permanent International Criminal Court – Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, 2004.

- GOLDSTONE, Richard, y Rebecca HAMILTON, “Bosnia v Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Leiden Journal of International Law*, 21(1), 2008.
- HAPPOLD, Matthew, “Prosecutor v. Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, 29 January 2007”, *International and Comparative Law Quarterly*, 56, 2007.
- HERNÁNDEZ, Gleider, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- KLAMBERG, Mark (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court*: www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clico.
- MERON, Theodor: “Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court”, en Herman VON HEBEL et al. (eds), *Reflections on the ICC* (1999).
- MUGWANYA, George William, “Recent Trends in International Criminal Law: Perspectives from the UN International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(3), 2008.
- NERLICH, Volker, “The Status of the ICTY and ICTR Precedent in Proceedings before the ICC”, en Carsten STAHN y Göran SLUITER (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009).
- ROBINSON, Peter, *Summary of Decisions of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 2014. www.peterrobinson.com/Research%20Tools/Research%20Tools.html.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth, “Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado”, en Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General de la OEA (ed.): *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington: OEA, CICR, 2007.
- “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del ordenamiento jurídico interno y de los procesos de implementación en la legislación comparada”, en DEFENSOR DEL PUEBLO (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, 2005.
- “Informe Bolivia”, en Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma: Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2006.
- SASSÒLI, Marco, y Antoine BOUVIER, *Hos Does Law Protect in War?*, Ginebra: ICRC, (vol. I, 2), 2006.
- VENTURA, Manuel J.: “Two Controversies in the *Lubanga* Trial Judgment of the International Criminal Court: the Nature of Co-Perpetration’s Common Plan and the Classification of the Armed Conflict”, en S. CASEY-MASLEN (ed.), *The War Report 2012*, Oxford: Oxford.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

- Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803-tEN).
- Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842).
- Sala de Juicio I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the status before Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in the trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted*, 13 de diciembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1084).
- Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-772).
- Sala de Juicio I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarize Witnesses for Giving Testimony at Trial*, 30 de noviembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1049).
- Fiscal, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's 29 January 2007 "Décision sur la Confirmation des Charges,"* 5 de febrero de 2007 (ICC-01/04-01/06-806).
- Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in the Central African Republic in the Case of The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424).

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

- Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment (on appeal), 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A).
- The Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "Dule", Appeal Judgment, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-I-A).
- TPiy, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgment*, 15 de Julio de 1999 (IT-94-1-A).
- Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al., Judgment*, 3 de abril de 2008 (IT-04-84-T).
- Prosecutor v. Mile Mrkšić et al., Judgment*, 27 de septiembre de 2007 (IT-95-13/1-T).
- Prosecutor v Fatmir Limaj et al., Judgment*, 30 de noviembre de 2005 (IT-03-66-T).
- Prosecutor v. Lujbe Bošković and Johan Tarčulovski, Judgment*, 10 de julio de 2008 (IT-0482T).
- Prosecutor v. Vlastimir Dorđević, Judgment*, 23 de febrero de 2011 (IT-05-87/1-T).

Sala de Juicio II, *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Judgment*, 1 de septiembre de 2004 (IT-99-36-T).

Corte Internacional de Justicia

Case Concerning the Military and Paramilitary in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, 27 de enero de 1986, ICJ Reports, 1986.

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda), Merits, Judgment, 19 de febrero de 2005, ICJ Reports, 2005.

Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Merits Judgment, 26 de febrero de 2007, ICJ Reports, 2007.

EL CONCEPTO DE AUTOR EN EL ESTATUTO DE ROMA Y SU APLICACIÓN EN LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN DILEMA METODOLÓGICO

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El artículo examina dos problemas generales encerrados en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: la identidad o diferencia de los conceptos de autor y partícipe, y la formación del concepto de autor en los crímenes internacionales. Para ambas cuestiones, se traza una comparación entre su régimen en los derechos nacionales y su tratamiento en la sentencia condenatoria de Thomas Lubanga. El artículo denuncia el dilema metodológico consistente en aplicar sin más, a las formas de responsabilidad individual reconocidas por el Estatuto, conceptos y teorías elaborados en los derechos nacionales y, por otra parte, su reconstrucción genuinamente internacional mediante el empleo de los métodos interpretativos acogidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El fin, el artículo sugiere que la utilización integral de estos métodos, sobre todo el teleológico, así como el empleo del método comparativo referido a los derechos nacionales, brinda buenos argumentos para defender una teoría diferenciadora de las nociones de autor y partícipe, al igual que un concepto objetivo-formal de autor en los crímenes internacionales.

Palabras clave: metodología de la interpretación, conceptos e instituciones jurídicos, sistema de la ciencia del derecho, autor del delito, dominio del hecho.

ABSTRACT. This paper examines two general issues contained in Article 25 of the Statute of the International Criminal Court: whether the concepts of perpetrator and other forms of participation are identical or different and how the concept of perpetrator is defined in international crimes. For both cases we compare the solutions in national legal systems and their treatment in the Thomas Lubanga conviction. The paper reveals the methodological dilemma of applying the concepts and theories developed in national legal systems to the forms of individual liability described in the Statute. We also explain their genuinely international construction using the methods of interpretation established in the Vienna Convention on the Law

of Treaties. Finally, the article proposes the comprehensive use of these methods, particularly the one related to the object and purpose of the treaty. A comparative method with regard to national law offers good arguments for defending a distinction between perpetrators and other forms of participation, and so does an objective and formal approach to the concept of perpetrator of international crimes.

Key words: methodology of interpretation, legal concepts and principles, the science of law, perpetrator of an offense, control over the act.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Artikel befasst sich mit zwei allgemeinen Problemen im Zusammenhang mit Artikel 25 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs: der Übereinstimmung oder Unterscheidung des Täter- und Teilnehmer-Begriffs sowie die Bildung des Täter-Begriffs bei internationalen Verbrechen. Zu beiden Fragen wird ein Vergleich zwischen ihrer Regelung in den nationalen Rechtsordnungen und ihrer Behandlung im Urteil gegen Thomas Lubanga gezogen. Der Artikel zeigt das methodische Problem auf, wonach einerseits ohne Weiteres die im Kontext nationaler Rechtsordnungen entwickelten Begriffe und Theorien auf die im Statut anerkannten Formen individueller Verantwortlichkeit übertragen werden, und andererseits eine internationale Rekonstruktion mit Hilfe von Auslegungsmethoden erfolgt, die dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge entnommen sind. Der Artikel vertritt die Auffassung, dass der umfassende Einsatz dieser Methoden, vor allem der teleologischen, sowie die Verwendung eines rechtsvergleichenden Ansatzes hinsichtlich der nationalen Rechtsordnungen gute Argumente für die Annahme der Theorie liefert, die zwischen den Begriffen des Täters und des Teilnehmers unterscheidet, sowie einen objektiv-formalen Begriff des Täters bei internationalen Verbrechen annimmt.

Schlagwörter: Auslegungsmethodik, rechtliche Begriffe und Institutionen, System der Rechtswissenschaft, Täter, Tatherrschaft.

1. Problemas conceptuales y metodológicos de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

La primera sentencia de la Corte Penal Internacional, que el 14 de marzo de 2012 declaró a Thomas Lubanga Dyilo, antiguo presidente de la Unión de Patriotas Congoleses y comandante en jefe de su fracción armada, el Frente Patriota para la Liberación del Congo, culpable del crimen de guerra consistente en reclutar, alistar y utilizar a menores de quince años de edad en el conflicto bélico que asuela desde 1999 a la región africana de Ituri, dedica una parte considerable de sus razonamientos a la cuestión de la responsabilidad penal individual en el marco del artículo 25 del Estatuto de Roma

y la especie que habría correspondido al acusado al tenor de su concreta intervención en los hechos.¹

El ahínco aplicado a este capítulo de la teoría del delito en el concierto de los crímenes internacionales se justifica plenamente, no solo por las complicaciones fácticas del caso sometido a la consideración del tribunal. En verdad, son muchos los problemas conceptuales encerrados en el artículo 25 del Estatuto y su escueto titulillo “responsabilidad penal individual”. Para relativo alivio del criminalista, en su mayoría tales dificultades reproducen otras muy controvertidas del concurso de personas en los derechos nacionales. Entran en mérito aquí, entre otros archisabidos argumentos, la colocación sistemática del tema conforme a las concepciones dúplice (delito y pena) o tríplice (delito, pena y delincuente) de los elementos del derecho penal, en lo que hay que recordar que el sistema tripartito lo asigna al estudio del delincuente y el sistema bipartito, como parece requerir el ordenamiento punitivo regulado por el Estatuto romano, lo dispone según dos preferencias sistemáticas, una que lo enclava en la doctrina del tipo, como modificación eventual de las figuras legales, y otra que lo sitúa entre los accidentes o formas especiales de aparición del delito.² Está también el enlace entre codelinquencia y causalidad, por un lado, y el de codelinquencia e imputación, por otro, disyuntiva que repercute en dos entendimientos diversos del autor de la infracción, amplio y estricto, uno cuya base naturalista lo lleva a equiparar en principio todas las contribuciones determinantes del resultado delictuoso, con la consiguiente asunción de un concepto unitario de autor, otro de inspiración normativista que disgrega los aportes en definiciones legales más o menos precisas, a la par que más o menos desvinculadas de la realidad empírica del concurso en palabra.³ Con las anteriores se relaciona la magna

¹ Apartado XI, § 917-1357, que comprenden la friolera de 190 páginas en el texto inglés del fallo, citado aquí según la fuente electrónica oficial de la Corte, <<http://www.icc-cpi.int>>. La sentencia de 14 de julio del mismo año impuso al culpable la pena de catorce años de prisión.

² Acerca de los sistemas bipartito y tripartito, con clara inclinación por el último, cf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.^a ed., t. I, 1956, pp. 67-69 y 227. De la ubicación del asunto en el sistema bipartito trata Peña Wasaff, “Autoría y participación en el delito”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Valparaíso, n.º 3, diciembre de 1972, pp. (85-128) 86. Para la relación de los accidentes del delito con el concepto de tipo, véanse Beling, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (traducción de Sebastián Soler), Buenos Aires: Depalma, 1944, pp. 96-117, especialmente p. 106, y Mayer, *Derecho penal. Parte general* (traducción de Sergio Politoff Lifschitz, revisión y prólogo de José Luis Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2007, pp. 423 y ss., especialmente pp. 423 y 465-466.

³ Tales variantes pueden recibir las denominaciones de *normativismo extremo* y *normativismo limitado*, respectivamente. Por cierto, la tendencia normativista menudea en los sistemas bipartitos, mientras que el concepto naturalista de autor campa en los sistemas tripartitos.

pregunta por la índole de la participación en sentido amplio y, por tanto, si le convienen conceptos descriptivos, como plantea la teoría unificadora, o culturales, como sugiere la teoría de la diferencia real y el carácter accesorio de la participación en sentido estricto. De asumir esta última solución, queda por resolver en qué consistiría la diferencia esgrimida por sus defensores, *quid* inseparable de los principios de legalidad y actividad, y cuál sería la clase de aquella subordinación, asunto que depende de si el derecho de que se trata distingue con nitidez los elementos de la antijuridicidad y la culpabilidad.⁴ En fin, la postura diferenciadora obliga a perfilar cuidadosamente, también en los crímenes internacionales, las especies de autoría, las formas de participación, los principios rectores y las relaciones de una y otra.

Pero hay más. Científicamente hablando, el concurso de personas en el delito constituye una institución penalista, bajo la cual, naturalmente, se ordena una serie de conceptos jurídicos.⁵ Ahora, la formación de estos conceptos y la construcción de aquella institución presenta en el derecho penal internacional ciertas peculiaridades, en parte por la materia de la regulación jurídica, con lo que nos referimos a los elementos del delito internacional en general y los contornos típicos de cada uno de los crímenes singulares, en parte por exigencias de las fuentes del derecho y la interpretación de los tratados supraestatales que de ellos se ocupan. Yace aquí un delicado problema metodológico, a la vez que un desafío inmenso para el jurista. Con efecto, el sistema de los hechos que ofenden al plexo de la humanidad versa todavía en una tirante posición intermedia entre dos pulsiones científicas y políticas antagónicas. Una, que lo querría uncido a las categorías dogmáticas nacionales de mayor gravitación; otra, que desea elaborarlo desde el derecho internacional, al dictado de las fuentes y los métodos de interpretación propios de él. Mientras la primera fuerza tenderá a imponer teorías fraguadas en horma paisana

⁴ Este es, acaso, el más retorcido de los pliegues de la teoría del delito internacional, en la que confluyen modelos bipartitos y tripartitos sobre la estructura del delito en general, con reflejos también distintos en la faz negativa de este. Cf. Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 246.

⁵ Entendemos por institución, "la reproducción de una relación jurídica que se presenta con idéntico contenido en diferentes normas de Derecho". Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho* (traducción de la segunda edición alemana por W. Roces), Madrid: Reus, 1930, p. 321. A su turno, la construcción categorial y teleológica de las instituciones permite organizar los respectivos conceptos jurídicos, según se los extraiga de los supuestos de hecho de las normas o de las ideas de relación de las normas mismas. Si ocurre lo primero, se tiene conceptos jurídicos condicionados o jurídicamente relevantes; si la base de la obtención son relaciones puramente lógicas, se tendrá conceptos jurídicos auténticos o *a priori*. Cf. Radbruch, *Filosofía del Derecho* (traducción de José Medina Echavarría), Madrid: Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., 1952, pp. 155-157.

a conceptos que pudieran serles ajenos, la segunda, seducida por el modernismo de que en este nuevo derecho pese más lo internacional que lo penal, puede ser causa de que se nos presente lo nuevo “sin garantías jurídicas, sin esas garantías que, tras de sacrificios cruentos, han dado al Derecho penal su carácter democrático”.⁶

Pues bien, de la sinopsis precedente el estudio que presentamos a continuación examina solo una pareja de problemas, a nuestro juicio centrales para el análisis teórico de la codelincuencia en los crímenes previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a saber, la inteligencia general del concurso de personas que trasuntan sus preceptos y, seguidamente, el concepto de autor que les conviene. Nuestro examen procura exponer compendiosamente el estado de entrambas cuestiones en algunos ordenamientos nacionales, cotejándolo con el parecer mayoritario y minoritario de la primera sentencia de la Corte. El desenlace de la confrontación dialéctica consistirá en mostrar cuál de las dos aproximaciones jurisprudenciales, que son también las insinuadas en la doctrina sobre estos crímenes, se adecua mejor a los requerimientos de la legalidad penal internacional y su interpretación. En fin, la sección postrema columbra algunas perspectivas metodológicas para el manejo venidero del concepto de autor del delito en la ciencia y jurisprudencia de este segmento del derecho supraestatal.

2. Identificación o diferenciación de las nociones de autor y partícipe en los crímenes internacionales

En todo ordenamiento punitivo, sea este uno interno o el internacional, el primer problema que suscita la eventual intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un acto punible consiste en identificar o, al contrario, diferenciar las nociones de autor y partícipe. Si se elige lo primero, la nomenclatura apropiada para designar la materia tendrá que ser alguna que reconduzca sus componentes a un término común; por ejemplo, codelincuencia, participación o concurso de personas en el delito. Si, en cambio, se opta por lo segundo, habrá que servirse de designaciones diversas para los conceptos comprendidos en la eventualidad, pero irreductibles a un común denominador,

⁶ Jiménez de Asúa, “Autor y participación”, en *El criminalista*, segunda serie, 10 vols., México: Cárdenas, t. IV (t. XIV de toda la colección), 1989, p. (129-228) 219, a propósito de las nociones de autor y cómplice en el orden internacional.

como las de autoría y participación, causante y colaborador, intervención principal y accesoria, en primer o segundo grado, etcétera.⁷

Los datos legislativos con que hay que elaborar el material que condiciona la salida de esta encrucijada hunden su raíz en un doble orden de consideraciones, filosóficas y políticas. Ante todo, identificar o diversificar las nociones en palabra es una operación inseparable de la índole que cada derecho atribuye al primer elemento de la infracción criminal, el acto. La concepción naturalista, que divisa en la actividad delictuosa la producción física de un mudamiento en el mundo externo debido a una manifestación de voluntad, hallará dificultades para reconocer diferencias entre los sujetos que aportaron trozos de la cadena causal que generó aquel cambio y, al revés, tenderá a considerarlos como miembros equivalentes de un mismo mosaico. A un concepto unitario de autor conduce por sus pasos contados el naturalismo físico o psicológico, como el de la vieja *scuola* positiva; no así el de corte social, con su predilección por las funciones asignadas a los miembros individuales y órganos de la colectividad.⁸ Por su parte, la teoría que atribuye al acto una índole natural, en lo que tiene de proceso psicofísico, pero también una valoración de primer grado, valoración impuesta por el elemento que lo alberga en los tipos delictivos —su núcleo—, por el principio de tipicidad, precipitado técnico del de legalidad, y por las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad, esta teoría —decíamos— diversificará sistemática y legalmente las categorías de autor y partícipe, si es verdad que el terreno propio de aquel es la parte especial y el de este, la general de nuestra disciplina. Además, su moderado normativismo o, si se prefiere, el naturalismo matizado por un acento de valor le permite reconocer la realidad de las figuras de autor y partícipe en la materia prejurídica y, de consiguiente, lo inmuniza de construir

⁷ De la terminología en los países de la familia romano-germánica trata Peña Wasaff, o. cit., cf. pp. 85-86. De la anglosajona, enfeudada en la antigua *common law*, LaFave, *Modern Criminal Law. Cases, Comments and Questions*, St. Paul (Minnesota), West Publishing, 2.ª ed., 1988, cf. pp. 704-706.

⁸ El gusto de la *scuola* por disminuir la importancia objetiva de lo obrado por los agentes y acrecentar su valor sintomático de la peligrosidad de cada cual es sobradamente conocido como para que nos detengamos en él. Remitimos a la lograda síntesis de Jiménez de Asúa, "Autor y participación", o. cit., pp. 155-157, con la doctrina de Sighele de la agravación obligatoria de la complicidad, y *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, Buenos Aires: Sudamericana, 6.ª ed., 1973, pp. 499-500. En cambio, el naturalismo sociológico, llamado también *sistema funcionalista*, recusa el concepto unitario de autor y distingue las formas de autoría según se trate de delitos "de dominio" o "de infracción de deber". Cf. Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid: Pons, 1997, pp. 718-721.

los respectivos conceptos como si fuesen de punta a cabo un mero producto legal.⁹ A parecidas consecuencias, aunque por vías distintas, arriba el concepto ontológico de la acción.¹⁰ En fin, la normativización a ultranza del acto, en particular aquella tendencia que lo fagocita en los tipos delictivos, no es garantía de una respuesta unitaria u otra diferenciadora. Según el temple político del ordenamiento que entre en consideración, el normativismo tanto puede separar conceptual y punitivamente las formas de intervención en los delitos como reunir las bajo un mismo concepto y asociarles idéntica penalidad.

Va de suyo que la ideología liberal privilegiará la tipificación autónoma y diferenciada de las clases de intervención personal en el delito, por tanto, un concepto estricto y objetivo de autor. Es la solución que corresponde al sistema denominado neoclásico, ya que en la formación teleológica de los conceptos que integran este sistema no es suficiente con que un acto lesione o ponga en peligro un bien jurídico para merecer el

⁹ A menudo se ha malentendido el dualismo metódico de los neokantianos como si estos hubiesen propugnado radicalizar la separación de los planos natural y jurídico, sumiendo a la dogmática en el autismo constructivista. Pero no es así. Ya Emil Lask planteó como acuciante problema "la *compenetración* de la significación jurídica con el substrato real en el caso *particular*" y, yendo más allá, "la cuestión tan difícil del *amoldamiento de los conceptos jurídicos al substrato prejurídico*". Su conclusión fue que el derecho tiene que respetar un cierto núcleo de lo dado en el plano psicofísico y, por otra parte, que "las relaciones de vida ofrecen ya un material típicamente formado, preparado, por lo tanto, para la normación jurídica". *Filosofía jurídica* (prólogo de Enrique Martínez Paz y traducción de Roberto Goldschmidt), Buenos Aires: Depalma, 1946, pp. 74 y 83, respectivamente. Pues bien, en idéntico rumbo marcha la fórmula de Gustav Radbruch sobre la determinación material de la idea jurídica. Esto quiere decir que, maguer su independencia gnoseológica, que le permite elaborar autónomamente sus conceptos, la ciencia del derecho tiene que asumir que todo deber ser lo es para una determinada materia, por cuyo motivo las formas que adopte quedan también prefiguradas en su objeto. Nos extendemos al respecto en nuestra "Introducción" a Radbruch, *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas* (traducción, introducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2013, pp. (1-30) 18-20, libro que incluye el estudio *Idea y materia del Derecho* (pp. 33-45). Otro criminalista, tan representativo como Radbruch del neokantismo en la ciencia penal, Max Ernst Mayer, o. cit., pp. 481, 499 y 500, escribió que, aunque la participación en sentido estricto sería "por completo un producto de la ley", es también "diversa de la autoría y está relacionada con ella". Su punto de vista, que él llama *formal-objetivo*, consiste, por una parte, en que las actividades de ejecución están previstas en un tipo legal especial, al paso que las de auxilio son comprendidas por un fundamento general de extensión de la pena (elemento formal, tomado de la tipicidad), y, por otra, en que "el autor ataca al bien jurídico, el auxiliador prepara el ataque o lo asegura" (elemento objetivo, tomado de la antijuridicidad).

¹⁰ Para él, la distinción de autor y partícipe, es más, la clase de dependencia del hecho de este respecto del de aquel, estaría antepuesta a la realidad normativa como un fragmento lógico-objetivo de la realidad del ser. Cf. Welzel, "Derecho natural y positivismo jurídico", en *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico* (versión castellana y notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés), Córdoba (Argentina): Universidad de Córdoba, 1970, pp. (11-42) 38-40, y *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlín: Walter de Gruyter & Co., 11.^a ed., 1968, pp. 100 (sobre la calidad de autor únicamente de quien posee el dominio final del hecho) y 112-114 (acerca de la accesoriedad limitada de la participación respecto del hecho principal).

nombre de delito y, en cambio, resulta indispensable que dicha ofensa sea el producto de unas modalidades determinadas de conducta, lo que quiere decir una conducta típica,¹¹ y la tipicidad, precipitado técnico de la legalidad, exige una cuidadosa y precisa delimitación tanto de las actividades delictuosas como de sus autores y demás individuos que intervienen en ellas. En su lugar, el concepto amplio de autor, que deniega individualidad al papel que cupo a cada quien en el hecho punible, relegando al arbitrio judicial una hipotética modulación de sus penas, corresponde más bien a las ideologías políticas autoritarias, pero especialmente al totalitarismo,¹² puesto que los conceptos delimitan y, con ello, dejan entre sí soluciones de continuidad, unas lagunas de descripción que la mentalidad autoritaria, empero, no tiene el menor deseo de dejar impunes. La persecución sin intersticios de la codelinuencia supone una equiparación de sus componentes causales, procedimiento que evita incluso el recurso a la analogía, tan grato a estas posturas, y permite fulminar las puniciones de cada codelincuente al calor de la apreciación judicial de los requerimientos políticos del momento.¹³

Sin embargo, la bipartición unidad o diversidad dista de hacer justicia a la situación del argumento en la legislación comparada. No existen modelos unitarios puros, como tampoco sistemas de perfecta diferenciación. Así, por ejemplo, el Código alemán, que suele invocarse como ejemplo de la tipificación diversificada, es asaz genérico en la definición de autoría mediata, coautoría y complicidad, amén de que permite castigar la tentativa de participación en delitos graves, algo que encaja mejor en el sistema de tipificación causal.¹⁴ En los antípodas, el Código italiano supo conciliar el concepto unitario con otro restrictivo de autor. El artículo 110, que somete a la pena señalada para el delito

¹¹ Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed. (cuidada por Luciano Pettoello Mantovani), Padua: Cedam, 1986, cf. p. 637.

¹² Nos referimos al totalitarismo basado en la comunidad popular, la unidad espiritual y anímica del pueblo, no al totalitarismo fascista, cifrado en la nación y el Estado. Mientras para el primero "no interesa si quien interviene en el delito ejecuta directamente el hecho o si solo ha ayudado o instigado", porque lo decisivo es orientar el pensamiento jurídico "hacia la voluntad y hacia el valor del autor para la comunidad", para el fascismo el delito es la lesión de un orden externo autoritario, legalmente establecido y encarnado en el Estado, motivo por el cual establecerá algunas distinciones en las formas de participación en él. Dahm, "Derecho penal nacionalsocialista y fascista" (traducción de Leonardo G. Bronck), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, año III, n.º 6, julio de 2013, pp. (241-256) 248-249.

¹³ Cf. Fiandaca y Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bolonia: Zanichelli, 5.ª ed., 2007, p. 488, comentando el peculiar concepto unitario, pero no extensivo, de autor en el Código de su país.

¹⁴ Parágrafos 27 y 30, respectivamente. Prueba del uso de tautologías antes que de verdaderas definiciones de los conceptos respectivos es la proliferación de teorías con que la doctrina alemana procura de antiguo distinguir los hechos propios de la colaboración en hechos ajenos. Véanse, al respecto, Fornasari, *I principi del Diritto penale tedesco*, Padua: Cedam, 1993, p. 423, y Fornasari y Menghini, *Percorsi europei di Diritto penale*, Padua: Cedam, 2.ª ed., 2008, p. 101.

a todas las personas que concurren en él, es interpretado pacíficamente como una disposición extensiva de los preceptos de la parte especial, en el sentido de que, mientras estos aluden solo a los autores, aquella posibilita castigar conductas de participación en sentido estricto, las que escaparían a la punición de no existir este mecanismo amplificador de los tipos y que, en todo caso, son accesorias del hecho principal cometido por el autor o los coautores.¹⁵ En estas circunstancias, los sistemas existentes no se reducen a dos, sino que se despliegan en un abanico de muchas puntas, que van desde la identificación total o matizada del cómplice con el autor (Noruega e Italia, respectivamente), pasando por la diferenciación conceptual con identidad penal (Francia¹⁶) o rebaja facultativa (Polonia) o imperativa (Alemania, España y países hispanoamericanos, Portugal, Suiza) de la pena de los cómplices, hasta llegar a sistemas unitarios que permiten al juez atenuar la de ciertos partícipes, sea que distinguan o no la función de estos frente a la del autor, como en Austria y los países anglosajones.¹⁷

Habida cuenta de lo anterior, la contraposición de identidad o diferencia es menos neta de lo que a primera vista se podría conjeturar. Con todo, persisten algunos rasgos indiciarios de la tendencia diferenciadora, a saber, el carácter accesorio de la participación,¹⁸ la predeterminación legal de una pena atenuada para ciertos partícipes,

¹⁵ De ahí, también, que el sistema unitario italiano no admita forma alguna de tentativa de participación, a contrapelo del sistema alemán y semejanza del español, que se mienta a continuación en el texto. Cf. Romano, Grasso y Padovani, *Commentario sistematico del Codice penale*, 3 vols., Milán: Giuffrè, t. II, 2.ª ed., 1996, p. 123. Sobre la accesoriedad de la participación, Bettiol, o. y ed. cit., cf. p. 641.

¹⁶ El Código de 1994 distingue objetivamente los conceptos de autor (artículo 121.4) y cómplice (artículo 121.7), pero trata a este último como autor para efectos de la penalidad (artículo 121.6). Así y todo, la distinción tiene importancia dogmática en muchas materias, por ejemplo, las contravenciones, en que la complicidad es de punición excepcional, y los delitos propios, que solo requieren en el autor, no en el cómplice, la cualificación legal. Cf. Stefani, Levasseur y Bouloc, *Droit pénal général*, París: Dalloz, 15.ª ed., 1995, p. 257.

¹⁷ Completando nuestras referencias, digamos que al grupo de códigos diferenciadores con rebaja obligatoria de la penalidad del cómplice pertenecen los de Alemania (§ 27), Argentina (artículo 46, cómplices secundarios y *auxilio subsequens*), Bolivia (artículo 23, ídem), Colombia (artículo 30, cómplices y *auxilio subsequens*), Ecuador (artículos 47 y 48, cómplices y encubridores), España (artículo 63, cómplices secundarios), México (artículo 81), Perú (artículo 25, cómplices secundarios), Paraguay (artículo 31), Portugal (artículo 27), Suiza (artículo 25) y Uruguay (artículo 89). Del grupo de códigos inspirados en la teoría unitaria forman parte el austríaco (§ 34, 6.o, participación subordinada), brasileño (artículo 29, participación de menor importancia) e italiano (artículo 114, mínima importancia de la contribución). La clasificación diseñada en el texto pertenece a Jiménez de Asúa, "Autor y participación", cit., cf. pp. 201-202. Una versión actualizada de la variopinta riqueza del panorama comparativo, pero limitada al contexto europeo-continental, en Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milán: Giuffrè, 1987, cf. pp. 3-7. De los sistemas anglosajones y austríaco se dirá pronto en el texto.

¹⁸ "En el núcleo de la polémica sobre si hay que distinguir entre los que toman parte y sobre si la distinción reporta algo más que una graduación, con arreglo a la cantidad, del comportamiento delictivo, se encuentra la accesoriedad".

la atipicidad de la tentativa de participación y de la participación en cadena. Como índices de la inclinación unitaria, a su vez, aparecen la autonomía recíproca de las responsabilidades de los concurrentes, el incremento de los poderes del juez en la conmensuración de sus penas y la posibilidad de castigar formas imperfectas o ampliadas de participación. Pero estos son solo unos toscos rasgos generales, tampoco asegurados de cara al movimiento legislativo de los países y la interpretación o aplicación de sus disposiciones. Esto último explica que en Estados cuya doctrina se precia de contar con el sistema de diversificación, la reforma penal de los últimos años no tenga empacho en suprimir en algunos tipos delictivos las diferencias conceptuales trazadas en la parte general, mediante fórmulas que “describen” al sujeto activo como “quien tomare parte”, “interviniere” o “participare” en tal y cual actividad, giros tras los que se esconde uno de los quistes cancerosos que agobian el campo de los delitos de estupefacientes, asociaciones ilícitas, terrorismo, producción de pornografía y otros del actual sílabo punitivo.¹⁹ Como contrapartida, en los países anglosajones, de tradición legislativa proclive a la unidad en la época contemporánea, con la consiguiente identidad legal de las penas, la doctrina se esmera por distinguir las diferentes categorías de autores y partícipes, varias de las cuales proceden de la antigua *common law*.²⁰

Estas complicaciones comparecen puntualmente en el derecho penal internacional, cuya principal fuente hodierna, el Estatuto de Roma, amadriga puntos de partida para argumentar lo mismo la identificación que la diversificación de los conceptos de autor y partícipe, como comprobaremos en pocos instantes.

Jakobs, o. cit., p. 719. Se sobreentiende que la accesoriedad es siempre normativa, incluso en su versión mínima, que exige tan solo tipicidad en el acto principal. La llamada accesoriedad “fáctica” no es tal y, de existir, como accesoriedad ínfima —por decirlo así—, sería más propia de los sistemas unificadores con su nuda propensión causalista.

¹⁹ Fenómeno tanto más grave si la doctrina lo acepta con resignación “o colabora activamente para que en la lucha contra la criminalidad organizada tarde o temprano solo haya autores”. Volk, “Tendencias hacia la autoría unitaria. El poder oculto del concepto unitario de autor”, en su libro *La verdad sobre la verdad y otros estudios* (traducción de Eugenio C. Sarabayrouse), Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. (127-144) 140. Sobre sus manifestaciones legales en América, cf. Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005, p. 913; y Guzmán Dalbora, “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”, *Revista procesal penal*, Santiago de Chile, n.º 62, agosto de 2007, pp. 9-19, con versión portuguesa (por Nuno Brandão): “O tráfico de pessoas e o problema do seu bem jurídico”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, año 18, n.º 4, octubre-diciembre de 2008, pp. 447-464.

²⁰ En Inglaterra, por ejemplo, se defiende incluso la accesoriedad de la *secondary participation* (en la cuádruple forma de *aiding, abetting, counselling* y *procuring*) respecto de la actividad del *principal*, además de la atipicidad de la tentativa de participación y la imposición de una pena menor cuando la contribución del sujeto fue poco significativa. Cf. Smith y Hogan, *Criminal law*, Nueva York: Oxford University Press, 11.ª ed., 2005, pp. 164-174 (en p. 165 apuntan que “*secondary liability is derivative; that is, it derives from the liability of the principal*”), y el ilustrador volumen de Sergio Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padua: Cedam, 2.ª ed., 2002, pp. 397-400.

Hasta 1998, era claro que las fuentes legales internacionales, principalmente los estatutos de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, habían preferido enunciar una serie de conductas, pero no definir las y menos aún diferenciarlas con precisión. Se siguió, pues, el modelo unitario de autor caro al pensamiento tradicional norteamericano en estas lides.²¹ Los proyectos de Código de la Comisión de Derecho Internacional (1991 y 1996) introducen la distinción de autoría (directa y mediata) y complicidad, pero solo embrionariamente. Por modo que hubo que esperar hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional para disponer de una descripción algo más detallada de las clases de intervención en un hecho punible, en el artículo 25, apartado tercero, novedad legal cuyo contenido algún escritor reconduce al derecho internacional de matriz consuetudinaria.²² Sin embargo, y prescindiendo de momento de otros elementos lógicos y sistemáticos de importancia para resolver este delicado intrínsculo interpretativo, lo genérico de las definiciones de autores y partícipes que constan allí y, sobre todo, la identidad legal de sus puniciones (artículos 77 y 78) explican que hasta la primera sentencia de la Corte en la doctrina hayan podido defenderse interpretaciones que divisan en el escurridizo artículo 25, sea la asunción de un concepto unitario de autor, sea de otro diferenciado, sea, en fin, un régimen de unidad cualitativa y diversificación cuantitativa semejante al modelo austríaco de autoría unitaria funcional.²³

El fallo de la Corte Penal Internacional en el caso *Lubanga* es reflejo fiel de estas discrepancias. Por lo pronto, el voto mayoritario divide en el Estatuto la marca de una nítida concepción diferenciadora, dentro de la cual la participación depende del acto realizado por el autor y es menos grave que este. En efecto, “una interpretación sistemática [del artículo 25, párrafo 3, letras *a* y *d*] lleva a la conclusión de que la contribución del coautor que ‘comete’ un crimen es necesariamente de mayor significación que la de un individuo

²¹ Véanse, entre otros, Amati y Costi, en Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini, *Introduzione al Diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2006, pp. 98-99, y Gil Gil, “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 2.ª época, 2013, I, n.º 109, p. (109-145) 113.

²² Así, Werle, *Tratado de Derecho penal internacional* (traducción de Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunió), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, cf. p. 212.

²³ Véase el completo resumen de Ambos, o. cit., pp. 170-173, y, del mismo autor, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, Múnich: C. H. Beck, 3.ª ed., 2011, pp. 150-151, con ulteriores referencias bibliográficas. Además, Werle, o. cit., p. 213 (“en la doctrina, la regulación no es clasificada de modo uniforme”). Sobre el sistema austríaco, en castellano, Schmoller, “¿Participación sucesiva?” (traducción de Isidoro Blanco Cordero e Isabel Sánchez García), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 3, 2004, pp. 199-209.

que ‘contribuye de alguna otra manera a la comisión’ del crimen” (“*a systematic reading of these provisions leads to the conclusion that the contribution of the coperpetrator who ‘commits’ a crime is necessarily of greater significance than that of an individual who ‘contributes in any other way to the commission of a crime’*”; fundamento 996). Por su parte, el artículo 25, párrafo 3, letra *c*, “establece la responsabilidad ²⁴ de los individuos secundarios”, o sea, “quienes ayudan a, instigan o apoyan de otra manera la comisión o tentativa de comisión de un crimen” (“*those who aid, abet or otherwise assist in the commission or attempted commission of the crime*”). Los jueces Blattmann y Odio Benito insisten en que “la responsabilidad principal requiere ‘objetivamente’ una contribución más grande que la responsabilidad accesoria. Si el aporte del individuo secundario tiene que haber surtido ‘un efecto substancial en la comisión del crimen’ para ser considerado responsable, el de los coautores, según una interpretación sistemática de esta disposición, tiene que haber producido más que un efecto substancial” (“*principal liability ‘objectively’ requires a greater contribution than accessory liability. If accessories must have had a ‘substantial effect on the commission of the crime’ to be held liable, then co-perpetrators must have had, pursuant to a systematic reading of this provision, more than a substantial effect*”; fundamento 997). Para estos magistrados, el requisito de que el sujeto principal tiene que ejecutar algo más que el aporte del individuo accesorio recibiría el respaldo de la letra *f* del mismo párrafo del artículo 25, según la cual solo responden como reos de tentativa quienes intentan cometer alguno de los crímenes de competencia de la Corte, no quienes tratan de participar en él, así como del tenor literal de las letras *b* y *c*, “que exigen para la responsabilidad secundaria que el perpetrador a lo menos intente cometer el crimen” (“*which require for secondary liability that the perpetrator at least attempt to commit the crime*”). Por lo tanto, “la responsabilidad secundaria es dependiente de los actos del perpetrador. A la inversa, la responsabilidad principal, que está más cerca de la violación del interés legal protegido por la norma, no está sujeta a tal dependencia” (“*secondary liability is dependent on whether the perpetrator acts. Conversely, principal liability, which is closer to the violation of the legal interest protected by the norm, is not subject of such dependence*”). Esto confirmaría “la prevalencia de la responsabilidad principal respecto de la secundaria, lo cual, a su vez, respalda la idea de que la responsabilidad principal demanda una contribución mayor

²⁴ *Liability* en el original inglés, palabra que traducimos como *responsabilidad*, a sabiendas de que en el lenguaje jurídico anglosajón, en que existe también la voz de raíz latina *responsibility*, significa ‘obligación o posibilidad de incurrir en una obligación o deuda, o sujeción’, como la traduce Genaro Carrió, en Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México: Fontamara, 5.ª ed., 2001, cf. p. 47. Agradezco esta última referencia al profesor doctor Ezequiel Malarino.

que la responsabilidad accesoria” (*“the predominance of principal over secondary liability, which, in turn, supports a notion of principal liability that requires a greater contribution than accessory liability”*; fundamento 998).

A su turno, el juez Adrian Fulford disiente en su voto particular de que el conjunto del artículo 25 permita reconocer una diferenciación cualitativa entre las formas de responsabilidad individual descritas allí, y niega que entre autores y partícipes haya de existir una jerarquía cuantitativa que torne lo cometido por los primeros más grave que lo realizado por los segundos. Los conceptos enunciados en el apartado tercero del artículo 25, esto es, todas las clases de intervención punible según el Estatuto, “a menudo no se podrán distinguir unos de otros en su aplicación *vis-à-vis* a una situación determinada” (*“will often be indistinguishable in their application vis-à-vis a particular situation”*), de suerte que la disposición lo que hace es crear “una clara gradualidad en el entrecruzamiento de las distintas modalidades de responsabilidad, que cubre todas las eventualidades” (*“a clear degree of crossover between the various modes of liability, Article 25 (3) covers all eventualities”*; fundamento 7 del voto particular). Expresado de otra forma, la dicción del artículo demostraría que estas modalidades “no están concebidas en términos mutuamente excluyentes” (*“were not intended to be mutually exclusive”*) y, antes bien, pueden solaparse entre sí. En segundo lugar, el artículo se abstiene de ordenarlas en una jerarquización. No es solo que sus conceptos se yuxtaponen alternativamente, sino que tampoco “hay base para sostener que ordenar, solicitar o inducir un delito [...] es una forma de comisión menos seria que cometerlo ‘por medio de otra persona’” (*“there is no proper basis for concluding that ordering, soliciting or inducing a crime [...] is a less serious form of commission than committing it ‘through another person’*”; fundamento 8). Asimismo, contra la suposición de un *ranking* semejante testimonian el artículo 78 del Estatuto y el 145 de sus Reglas de Procedimiento y Prueba, cuando establecen que en la imposición de la pena precisa el tribunal debe considerar todos los factores relevantes del caso, incluyendo la gravedad del crimen y las circunstancias individuales del hechor. “Pese a que el ‘el grado de participación’ es uno de los factores de la regla 145.1.c, el conjunto de estas disposiciones no determina precisamente el grado de la pena con respecto a la clase de intervención de que es culpable el acusado, en cambio de lo cual esta es simplemente uno de los factores enumerados” (*“although the «degree» of participation is one of the factors listed in Rule 145 (1) (c), these provisions overall do not narrowly determine the sentencing range by reference to the mode of liability under which the accused is convicted, and instead this is simply one of a number of relevant factors”*; fundamento 9).

Llama poderosamente la atención que la sentencia propiamente dicha, al igual que el parecer minoritario, invoquen como prótasis de sus respectivas cadenas argumentales la necesidad de interpretar los preceptos pertinentes del Tratado de Roma de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos, teniendo en cuenta su contexto, así como su objeto y fin.²⁵ La cita del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) es correcta y pertinente. Veremos *infra* que la base de la formulación de los conceptos jurídicamente relevantes yace justo en la interpretación de las normas que vienen al caso, de cuyo contenido es factible obtenerlos mediante un complejo proceso de inducción completa. Pero si el tribunal de La Haya decidió emprender este camino,²⁶ por demás el único que correspondía seguir, debió hacerlo cabalmente, lo que significa aplicar todos los métodos de interpretación de derecho internacional a la intrincada cuestión de la inteligencia general del Estatuto en materia de autoría y participación, tan desigual en las leyes estatales. Como es sabido, tales métodos son el gramatical, el lógico, el sistemático y el teleológico (artículo 31 de la Convención²⁷); en subsidio de los anteriores, puede acudir al método histórico, ceñido a los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración (artículo 32).²⁸

Pues bien, la parcialidad metodológica del parecer mayoritario queda de manifiesto al emplear el método que llama sistemático (“*systematic reading*”) únicamente al artículo 25 del Estatuto. La designación técnica del método es equivocada. Una cosa es el método sistemático de interpretación de la ley, que consiste en esclarecer el sentido de un precepto determinado tomando en consideración el conjunto del ordenamiento a que pertenece, particularmente las normas que versan sobre el mismo asunto o que poseen idéntica orientación teleológica, y otra el método lógico, que tiende hacia la estructuración del pensamiento legal, o sea, hacia la relación lógica en que se hallan sus

²⁵ Cf. el fundamento 979 de la sentencia y el 13 del voto particular de Fulford.

²⁶ A diferencia de los penalistas que se ocupan de estos asuntos, quienes suelen cubrir las normas internacionales con teorías fraguadas en y para ordenamientos internos, pasando por alto o no dando la debida importancia a las reglas interpretativas de la Convención vienesa en sus artículos 31 a 33.

²⁷ El método gramatical atañe al “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”; los métodos lógico y sistemático conciernen al contexto de tales términos, que para la Convención vienesa comprende el texto mismo del tratado, con su preámbulo y anexos, así como otros acuerdos o documentos acordados o emitidos por una o más de las partes con motivo del tratado, pactos ulteriores sobre su interpretación o aplicación, las prácticas seguidas sobre el particular y otras normas de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes; en fin, el teleológico emerge en la indispensable consideración del objeto (la materia regulada) y el fin del tratado y de sus términos.

²⁸ Cf. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 17.ª ed., 2009, pp. 205-213, y De la Guardia y Delpéch, *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires: La Ley, 1970, pp. 310-329.

partes.²⁹ En su mención del “contexto” del tratado como elemento que considerar para la comprensión de sus términos, la Convención de 1969, en verdad, incluye el método lógico, que se aplica al texto propiamente dicho del tratado, y el método sistemático, cuyo objeto son otras normas del derecho internacional.³⁰ Los jueces que condenaron a Lubanga se valen del primero, no del segundo de estos métodos, para colmo circunscrito a las partes de una sola disposición del Estatuto, el artículo 25. Con ello, incurrieron en un dúplice error metodológico. Primero, la conclusión que se extrajo del artículo es precipitada. No es en absoluto paladino que allí se consagre un sistema diferenciado de autoría y participación,³¹ como lo revelan los sistemas nacionales de identificación del cómplice con el autor y, sin salirnos del artículo 25, que su contenido es heterogéneo, pues en él se regula nada menos que tres cuestiones distintas: el carácter individual de la responsabilidad penal por crímenes internacionales, dos formas especiales de aparición de estos (la codelincuencia y la tentativa) y un tipo independiente, el delito de instigar directa y públicamente al genocidio. Ciertamente es que, reducidos estos elementos a los que hacen a la codelincuencia, hay algunas pistas para concluir que la tendencia de la disposición es diferenciadora de los conceptos de autor y partícipe, de lo cual diremos lo indispensable en seguida; pero no lo es menos que el método “sistemático” de la Corte desprecia olímpicamente un dato de puro linaje sistemático, la consideración del *degree of participation*, en el artículo 145 de las Reglas sobre Procedimiento y Prueba. Que el grado de participación del condenado funcione como uno de los factores de la conmensuración judicial de la pena es signo para algunos infalible de que ese sistema no puede

²⁹ Savigny, *Metodología jurídica* (traducción de J. J. Santa-Pinter), Buenos Aires: Depalma, 1979, cf. p. 13.

³⁰ Cumple aclarar que aquí nos referimos a métodos de interpretación de la ley internacional, no a la argumentación jurídica. En la discusión de este trabajo dentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, mi colega y amigo de Buenos Aires, el profesor doctor Ezequiel Malarino, me hizo ver que representantes de la filosofía analítica del derecho, como Neil MacCormik, emplean dos clases de argumentos que tienen en cuenta el sistema, a saber, los de consistencia y coherencia, el primero de corte lógico (ausencia de contradicciones lógicas entre las normas de un sistema) y el segundo, teleológico (conformidad de la norma con los principios que rigen el ordenamiento o sector del ordenamiento de que se trate). Puesto que ambos argumentos son sistemáticos, el contexto de un tratado, a que se refiere la Convención de Viena, los comprendería indistintamente, con lo cual el punto de vista del voto mayoritario de la Corte sería correcto. Sin embargo, los jueces no discurren en su fallo de argumentos, sino de métodos de interpretación, en particular, de esa *systematic reading* que subrayamos en el texto.

³¹ En lo que hemos de divergir de la autorizada voz de Ambos, para quien el juez Fulford habría ignorado “la decisión expresa de los redactores del Estatuto, de abandonar el modelo unitario de autor, tal y como este es usado por los tribunales *ad-hoc*, a favor de un sistema más diferenciador el cual pretende, al menos conceptualmente, distinguir entre las distintas formas de intervención desde el nivel de distribución de la responsabilidad (nivel de imputación)”. “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (*Prosecutor v. Lubanga*): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.º 3, julio de 2012, pp. (1-47) 30.

ser de auténtica diferenciación o, si lo fuese, esta sería un puro saludo ceremonial que dejará indiferente al reo, para el que cuenta solo el monto de la pena que deberá sufrir.³²

El voto minoritario no incurre en esta falta. La metodología de Fulford es más completa y, maguer la procedencia de su redactor, digna de un experimentado jurista europeo-continental. Él emplea los métodos sistemático y gramatical.³³ El problema radica en que deposita una fe desmedida en el significado literal de las palabras de la ley,³⁴ como los exégetas de antaño, y desconoce la importancia del método lógico. Es indispensable buscar la armonía entre las partes que componen el artículo 25, que sabemos rico y diverso. La identidad penal en el Estatuto, captada con la ayuda del pensamiento sistemático, acaso lleve a descartar la diferenciación cuantitativa de las categorías de autor y partícipe, esa jerarquía que Fulford rechaza, pero no es sinónimo de que se haya prohibido una identidad cualitativa entre ellos, tanto menos de que sus conceptos se superpongan parcialmente unos con otros. La trabajosa experiencia nacional en estas lides demuestra que diferenciar autor y cómplice interesa no solo para la discriminación de sus penas, sino también en otros muchos respectos: los contornos precisos de los tipos de autor, coautor, autor mediato, cómplice e inductor; las relaciones concursales entre ellos, sobre todo cuando un mismo sujeto asume en el hecho varios papeles; los elementos que debe captar el dolo de cada quien; el grado de dependencia de la responsabilidad del partícipe respecto de la del autor, etcétera. Ahora, desde el momento que el artículo 25, en dos segmentos (letras *c* y *f* del párrafo 3), declara típica la tentativa de autoría de los crímenes internacionales, atípico el conato de ordenarlos, proponerlos, inducirlos, ayudarlos o encubrirlos, y punible la participación en la tentativa de su comisión, es evidente el carácter accesorio de tales actividades respecto de las consignadas en la letra *a* del mismo párrafo, un rasgo inequívoco del concepto diferenciador.

Cuál sea la clase de dicha accesoriedad, si cuantitativa o cualitativa, dependiente de un acto típico o bien típicamente antijurídico, no lo sabemos a ciencia cierta aún.³⁵ Por nuestra parte, nos aventuramos a proponer que la característica accesoría es limitada. El

³² Acerca del problema de la conmensuración de la pena en estas fechorías, véase Velázquez Velázquez, "La determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n.º 14, 2004, n.º 14, 2004, pp. 171-231, especialmente pp. 197 y 217.

³³ Para el concepto de autor hará uso, además, de los métodos histórico y comparativo, como indicamos en el acápite siguiente.

³⁴ Crítico, también, Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional", *cit.*, cf. p. 30.

³⁵ Detenidamente sobre el escaso tratamiento y los aspectos oscuros de este problema, Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, *cit.*, cf. pp. 244-246.

propio artículo 25 ministra una información lógica relevante. Si la responsabilidad por crímenes internacionales es *individual*, como se lee en el párrafo 2, entonces el elemento de la culpabilidad tiene que serlo también. La responsabilidad por la propia culpabilidad, la irresponsabilidad por la culpabilidad ajena y que a nadie aproveche la inculpa-bilidad del codelincuente, que son algunas de las exigencias encerradas en el principio de personalidad de la responsabilidad penal,³⁶ llevan implícito el carácter limitadamente accesorio de la participación, para penar la cual, pues, basta con que el autor haya realizado un acto típico y antijurídico.

3. El concepto de autor en la condena de Thomas Lubanga

Al margen de las imperfecciones de su argumentación, el hecho es que el voto mayoritario de los jueces se inclinó por una concepción diferenciadora. Siendo así, la sentencia tenía que indicar cómo hay que distinguir al autor del partícipe y, en especial, qué separaría conceptualmente a los coautores, cuyo era el caso del condenado, de la situación de los cómplices.

A decir verdad, salvo la fijación de la base fáctica, es poco lo que la sentencia añade por su cuenta a las apreciaciones jurídicas formuladas por la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión de confirmar los cargos de la fiscalía contra el entonces inculpado.³⁷ Como esta, la Sala juzgadora adopta resueltamente la teoría del dominio del hecho, desechando las teorías que denomina objetiva y subjetiva de diferenciación.³⁸ Puesto que un autor tiene que dominar en todo o en parte el hecho delictuoso, lo que implica que ha de prestar una contribución esencial que, sola o unida a las demás que hubiera, remate en la realización de los elementos objetivos del crimen, y no es, en cambio, indispensable que realice corporalmente las acciones ejecutivas ni que esté presente en el lugar de su ocurrencia, resulta que, tratándose de la hipótesis particular de la coautoría —la comisión conjunta del hecho con otros individuos—, son elementos estructurales “un

³⁶ Para el que nos permitimos remitir a Guzmán Dalbora, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago de Chile: LegalPublishing, 2008, pp. 42-45.

³⁷ Referencias bibliográficas sobre la posición de la Sala, en Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, cit., p. 26, y Gil Gil, o. cit., pp. 122-125.

³⁸ En lo que sigue hacemos un resumen de los fundamentos 918, 919, 920, 923, 994, 996, 999, 1002, 1003, 1005, 1006 y 1536 del fallo.

acuerdo o plan común entre dos o más personas que, de ser implementado, redundará en la comisión de un crimen” (“*an agreement or common plan between two or more persons that, if implemented, will result in the commission of a crime*”), y que “el acusado preste una contribución esencial al plan común, de la que se siga la comisión del crimen en cuestión” (“*the accused provided an essential contribution to the common plan that resulted in the commission of the relevant crime*”; fundamento 1006). Constatado que Thomas Lubanga ejerció un papel superior de coordinación de las actividades de la Unión y del Frente congoleños, planeando operaciones militares, interviniendo en la provisión de armas y vituallas para la tropa e involucrándose estrechamente en las decisiones de reclutamiento, que incluyeron persuadir en persona a niños menores de quince años para sumarse a las filas y participar en las hostilidades, la conclusión de la Corte es que el sujeto ministró una contribución esencial que lo convierte en coautor del delito previsto en el artículo 8, apartado 2, letra *e*, subapartado *vii*, en relación con el artículo 25, apartado 3, letra *a*, ambos del Estatuto de Roma.

El dictamen de Adrian Fulford guarda ciertos puntos de contacto con la estrategia de la defensa, que conviene tener en cuenta. La representación de Lubanga adujo que fundar la coautoría en el dominio del hecho constituye “una interpretación excesivamente amplia del artículo 25.3.a y que infringe el artículo 22.2” (“*an excessively broad interpretation of Article 25 [3] [a] and is in breach of Article 22 [2]*”), donde el Estatuto recoge el principio de *lex stricta*. Una lectura legalista de las formas de autoría supone para la fiscalía demostrar que el acusado realizó una “contribución positiva, personal y directa”, “una *conditio sine qua non* de la comisión del crimen” (“*a positive, personal and direct contribution*” [...]), “a *conditio sine qua non for the commission of the crime*”), no simplemente que tuviese el poder de frustrarlo (fundamentos 947 y 950).³⁹ De su lado, el juez británico no prohíja expresamente la definición objetivo-formal de los actos de autoría, pero sí comparte su enemiga a la teoría del dominio del hecho.⁴⁰ La aserción básica del magistrado consiste en que la considera extraña al Estatuto, el que no obliga a distinguir autores y partícipes, y porque su tenor literal permite castigar como autores a sujetos que no estuvieron presentes en el lugar de los hechos, sin necesidad de que la acusación pruebe que ejercían un control superior sobre la trama criminal. Agrega que la teoría cuestionada es propia de necesidades peculiares del ordenamiento jurídico

³⁹ Toda esta tesis es rechazada por la Corte en los fundamentos 1002 y 1003 de la sentencia.

⁴⁰ Se compendia a continuación los fundamentos 4, 5, 10, 11, 12 y 16 del voto de Fulford.

alemán durante la segunda postguerra, no un principio general del derecho que la Corte pudiese derivar del derecho interno y que cumpla con el requisito de ser compatible con el Estatuto. La desarmonía entre este y aquel aparece en que para el segundo es superfluo y para el primero ineludible separar y jerarquizar las formas de participación punible. En el Estatuto, la responsabilidad del coautor presupone que haya contribuido a la comisión del crimen, independientemente de su presencia física en el lugar y de que haya dominado el hecho. Es más, la contribución requerida por la coautoría “puede ser directa o indirecta” (“*may be direct or indirect*”), esencial o no, siempre y cuando se anude causalmente con el resultado y que los agentes obren coordinados por un “acuerdo, plan común o entendimiento recíproco, expreso o implícito” (“*an agreement, common plan or joint understanding, express or implied*”; fundamento 16).

Vaya en apoyo de este enfoque que el dominio del hecho está lejos de ser una teoría dominante en el panorama occidental, todavía más de ofrecerse cual principio general del derecho. Hay ordenamientos completamente ajenos a su férula, como los de Inglaterra y Francia, en que para ser autor es indefectible haber realizado acciones ejecutivas, sea en persona, sea a través de un agente directo, pero irresponsable penalmente.⁴¹ También los Estados que, pese a distinguir sus conceptos, consideran a instigadores y ciertos cómplices como autores, equivalencia establecida con el único propósito de imponerles la misma pena del hechor, no tienen en rigor necesidad de echar mano a semejante teoría ni de separar a protagonistas y comparsas del delito según que hayan proporcionado una contribución medular o secundaria.⁴² En los sistemas de identificación moderada del cómplice con el autor queda de sobra la noción de autor mediato,

⁴¹ En Inglaterra, el *principal* tiene que causar directa e inmediatamente el *actus reus*, o bien provocarlo a través de un individuo que actúa sin *mens rea* o está exento de responsabilidad penal por ser inimputable. En tal caso, como también en la coautoría (*joint principals*), el autor o los coautores no necesitan estar presentes en el momento y lugar en que se consuma el delito. Cf. Smith y Hogan, o. y ed. cit., pp. 166-168. El derecho francés exige que el autor cumpla personalmente los actos materiales constitutivos de la infracción, ya los realice por sí solo o con otros; solo que la responsabilidad del coautor es la de un autor directo, o sea, individual e independiente de los demás coautores. Quien, a su vez, no “hace por sí mismo”, sino “hace que otro haga” la actividad criminal, es autor intelectual o moral (instigador, pero tratado como cómplice en el artículo 121.7 del Código de 1994). Cf. Stefani, Levasseur y Boulloc, o. y ed. cit., pp. 238-241. Acerca de la simplicidad teórica y las dificultades prácticas de la distinción de coautor y cómplice, cf. Rassat, *Droit pénal général*, París: Ellipses, 2.ª ed., 2006, pp. 422-429.

⁴² Nos referimos al viejo Código Penal español y a los americanos enfeudados en él, como el chileno, en sus artículos 14 y 15. Al respecto, cf., por todos, Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 13.ª ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid: Dykinson, 1990, pp. 796-797, y Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, 2 vols., Santiago de Chile: Ediar-ConoSur, 2.ª edición (reimpresión del texto original), 1985, t. II, pp. 215 ss.

esa pieza esgrimida como razón principalísima por los partidarios del dominio del hecho, toda vez que el partícipe que determina a una persona inimputable o no punible, o que promueve, organiza o dirige la actividad de los codelincuentes, puede responder incluso con una pena agravada respecto de la del verdadero ejecutor.⁴³ Por otra parte, tampoco la teoría que comentamos es capaz de erguirse al plano de los principios generales de uno o varios ordenamientos jurídicos, precisamente porque es una teoría, no un principio. Las teorías son conocimientos especulativos, hipótesis científicas idóneas para resolver problemas teóricos o prácticos. En cambio, los principios son proposiciones o verdades fundamentales, en una palabra, axiomas. Tratándose de los principios generales del derecho, se los obtiene mediante una generalización creciente desde las normas concretas de uno o más ordenamientos, o bien son deducidos de las directrices filosóficas, políticas e históricas que los informan; en todo caso, o sea, independientemente de la vía inductiva o deductiva de su consecución, estos principios tienen que representar la quintaescencia y concordar con todos los preceptos particulares de uno o más derechos determinados.⁴⁴ Así, por ejemplo, el principio de culpabilidad es compartido por numerosos ordenamientos de nuestra cultura jurídica, y bien puede figurar en ellos como un principio general del derecho, al paso que la teoría de la comisión por omisión es característica de algunos, mas desconocida a otros.⁴⁵ Por ende, acierta el voto de minoría cuando estima que la del dominio del hecho, en su alicorto alcance teórico, no se encuadra en las posibilidades del sistema de fuentes diseñado en el artículo 21 del Estatuto.⁴⁶

El alegato de la defensa de Lubanga proporciona una insospechada ratificación a las ideas del juez discordante. En efecto, el dominio del hecho, un concepto abierto y una

⁴³ Por estas razones, la mayoría de la doctrina italiana rechaza el concepto de autor mediato, cuya admisión, que implicaría substraerlo a las circunstancias agravantes del artículo 112 del Código, conduce al "resultado opuesto al que llega la doctrina alemana, garantizando al concurrente considerado autor mediato un tratamiento más tenue que el que se seguiría de la aplicación de los artículos 110 y ss.". Romano, Grasso y Padovani, o., vol. y ed. cit., p. 144.

⁴⁴ Cf. Rivacoba y Rivacoba, *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968, pp. 192-195, y el clásico estudio de Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del Derecho* (traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego), Barcelona: Bosch, 3.ª ed., 1978, especialmente pp. 42-49 y 137-140.

⁴⁵ Como el notorio caso del derecho penal francés, al que la omisión impropia repugna porque viola el principio de legalidad.

⁴⁶ De otra opinión, Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional", cit., p. 30, según el cual una teoría jurídica, independientemente de su origen geográfico, "si es lo suficientemente convincente, podrá ser acogida en varias jurisdicciones (como en efecto lo ha sido la teoría del dominio del hecho) y eventualmente también podrá ser considerada como un principio general del Derecho en el sentido del artículo 21 (1) (c)".

idea regulativa,⁴⁷ parece reñir con el principio de legalidad de los delitos. El problema legalista yace, no solo ni tanto en el elemento del dominio —de suyo controvertido, por ejemplo, a propósito de si ha de ser fáctico o normativo⁴⁸—, sino en qué hemos de entender por *hecho*. Aquí vuelve por sus fueros la cuestión de la naturaleza del acto delictuoso, tratada párrafos atrás, esta vez agravada por la exigencia de respetar los contornos del elemento típico que lo denota, su núcleo. Insignes representantes de la teoría sostienen que el sujeto que domina el entramado delictivo no tiene necesariamente que ejecutar acciones que se adentren en los núcleos o medios de ejecución de las figuras descritas en la parte especial. Dándose el celebrado dominio, el tener “en sus manos el destino del hecho global”, basta con que el agente realice un aporte que sea “un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido”. En particular, la coautoría no necesita que alguno de los condóminos “ponga manos a la obra en el sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho”.⁴⁹ Solo interesa que preste un aporte relevante en la fase de ejecución, por el que hay que entender actos típicos, aunque también contribuciones atípicas de importancia para la realización del supuesto legal.⁵⁰

Esto explica la tenacidad de la mayoría de la Sala en presentar como elemento del dominio funcional del hecho, trasladado al campo de los crímenes internacionales, el carácter esencial de la contribución que habría añadido el acusado al delito, pero no colma el déficit en la base de concatenación de su razonamiento. Esta vez, la deficiencia consiste en haber aplicado a rajatabla, de arriba hacia abajo, cierta teoría nacional a un terreno normativo que primero era menester dilucidar al hilo de las reglas de la Convención de Viena sobre la interpretación de los tratados, ninguna de las cuales, empero, es empleada en esta parte del fallo, ni tan siquiera el método que allí se apellida

⁴⁷ Como la exigibilidad e inexistencia de otra conducta en opinión del mentor de los principios regulativos en el derecho penal, Heinrich Henkel, cuya relación con la teoría del dominio del hecho, en la versión de su antiguo discípulo Claus Roxin, destacamos en nuestro “Estudio introductorio”, en colaboración con Gonzalo D. Fernández, a la obra del primero *Exigibilidad e inexistencia como principio jurídico regulativo* (traducción de J. L. Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2005, cf. pp. (15-44) 24-25.

⁴⁸ En lo que interesa a la coautoría mediata en crímenes internacionales, véase Gil Gil, o. cit., pp. 138-139.

⁴⁹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, prólogo de Manuel Cobo del Rosal), Madrid y Barcelona: Marcial Pons, 2000, pp. 310 y 311. En p. 335 redondea su pensamiento de transformar actos situados en la periferia del tipo en *hechos* directamente típicos: “Para el dominio del hecho ha de producirse, si bien no una intervención en la fase preparatoria, sí al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata con esta*”.

⁵⁰ “En cambio, contribuciones irrelevantes o sin importancia para el éxito del delito, sirven de base a la complicidad, con tal que surtan un efecto de coadyuva”. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 vols., Múnich: C. H. Beck, t. II (“Besondere Erscheinungsformen der Straftat”), 2003, p. 87.

de sistemático.⁵¹ Por cierto, el asunto tampoco puede despejarse con el mero sentido literal de las palabras del artículo 25 del Estatuto, según pretexto la opinión minoritaria. Los tratados internacionales deben ser interpretados gramaticalmente, porque las palabras son el medio de comunicación, la corteza del pensamiento encapsulado en la ley y el límite de sus posibles significados; pero hay que tomar en cuenta, además, el objeto y la finalidad de los términos, o sea, la materia regulada y su orientación teleológica. Pues bien, el eje del problema hermenéutico en el caso Lubanga yace en el artículo 8, apartado 2, letra *e*, subapartado *vii*, del Estatuto. Desde este hay que iniciar un rodeo que pasa por el artículo 25, apartado 3, letra *a*, y se completa volviendo al artículo 8. La significación de las acciones de “reclutar”, “enlistar” niños en las huestes y “utilizarlos” en operaciones militares, que son los núcleos típicos alternativos del delito por el que se condenó al hechor, viene preformada por las realidades prejurídicas que ellas mientan, luego modelada por la organización militar y las normas administrativas sobre milicia y guerra.⁵² Ese sentido excluye que el autor tenga que estar presente en los actos que materializan el reclutamiento, alistamiento o el empleo derechamente bélico de los jóvenes, que él haya de ejecutar en persona los movimientos físicos con que se engruesa formal o materialmente a la tropa. Los enrola el superior que define el plan o decide su incorporación; los utiliza quien les imparte órdenes o instruye en operaciones de guerra.

Esta inteligencia normativa, postulada por el carácter de los núcleos típicos,⁵³ coincide curiosamente con la doctrina del creador de la teoría objetivo-formal sobre la autoría criminal, Ernst von Beling, cuyo pensamiento sobre el particular a menudo ha sido confundido con el rígido naturalismo psicofísico de Franz von Liszt, hasta el punto de

⁵¹ En la doctrina española, semejante, Faraldo Cabana, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 16, 2005, pp. (29-78) 43-44.

⁵² Por eso se ha escrito que materia prima del derecho es la circunstancia preformada mediante conceptos sociales, y que la ciencia jurídica no consiste en una producción conceptual primitiva, como las ciencias naturales, sino en un trabajo conceptual de segundo grado. Cf. Radbruch, *Tres estudios de filosofía del derecho y una arena para los jóvenes juristas*, cit., pp. 40 y 42, y, del mismo autor, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 157.

⁵³ Un carácter normativo, como el relevado por Sergio Politoff en ciertos delitos perpetrados a través de personas jurídicas. Cf. “Cometer” y “hacer cometer”: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El ‘autor detrás del autor’. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, dirigido por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y coordinado por Adán Nieto Martín, 2 vols., Cuenca, Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, t. I, pp. (1231-1284) 1274.

pretenderse que ambos penalistas habrían infundido vida a un mismo sistema de la teoría del delito, llamado convencionalmente *clásico*. En verdad, Beling escribió que mientras el requisito de que exista una acción queda satisfecho con la constatación de que el autor realizó conscientemente un movimiento corpóreo, los tipos exigen una característica determinada de la acción. “Para ser adecuada al tipo y entrar en consideración en la ulterior apreciación jurídico-penal, ella tiene que ser una acción *de tal o cual índole*, una acción de significado determinado.”⁵⁴ De ahí, también, que la estación intermedia de nuestro rodeo, el artículo 25 del Estatuto, queda también prefigurada por los contornos de su base, que son siempre los núcleos de los delitos en particular. “Cometerlos” es algo que dependerá de estos, sin que en ello haya que incomodar a la teoría del dominio del hecho u otra fraguada en los confines de un ordenamiento nacional. En cambio, permanecerán en la zona periférica de los tipos todos los aportes, esenciales o accidentales, que no constituyan comisión del núcleo delictuoso; para ellos existen y hablan las letras *b*, *c* y *d* del artículo 25, apartado dos. Que la letra *a* haga equivalentes “cometer” y “hacer cometer” (*cometerlo por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable*) no altera lo que venimos manifestando. Estamos solo ante una interpretación auténtica contextual de aquellas figuras de la parte especial cuyo sentido pide en el autor la realización física del verbo rector. La disposición, pues, no abre, sino mantiene la legalidad penal en los confines trazados por la propia ley. A su vez, el delito que tuvo como responsable a Thomas Lubanga no demanda siquiera tal interpretación. De hecho, se lo condenó como coautor, no a título de “autor detrás del autor”.

4. Perspectivas metodológicas de la aplicación venidera del Tratado de Roma

Manifestamos páginas atrás que la interpretación y elaboración científica del sistema del derecho penal internacional involucra un delicado problema metodológico. Procuramos evidenciarlo con las cuestiones de la identidad o diversidad de los conceptos de autor y partícipe, así como en la forma de fijar la definición del autor. La dificultad es tan seria en sus consecuencias que bien cabría calificarla de dilema, cual insinuamos en el epígrafe de las presentes disquisiciones, que ahora nos aproximamos a cerrar.

⁵⁴ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Mohr, 1906, p. 144.

Las aristas disyuntivas del dilema quedan bien retratadas en el juicio que merece a un reputado especialista en estas lides el voto disidente en la condena de Thomas Lubanga. A juicio de Ambos, el recurso al método gramatical, la búsqueda del sentido ordinario de las palabras, sería insuficiente para fijar el concepto de autor en el Estatuto de Roma, e inaceptable si se lo utiliza o funciona de facto como cortapisa de la aplicación de alguna teoría disponible que permita diferenciar autores y partícipes, al ser estas las únicas capaces de distinguirlos “desde el nivel de la imputación” y de dar una aportación “a un sistema de justicia penal más justo”. En particular, la teoría del dominio del hecho, “ejercicio teórico [...] basado en teorías de interpretación que van más allá del sentido ordinario” de las palabras de la ley, brindaría una explicación plausible de la índole de la contribución en la coautoría, permite reconocerla aun en el supuesto de que el coautor no estuviese en la escena del delito y, en fin, separarla mentalmente de la colaboración de los cómplices. El concepto normativo de dominio, que ella propone, no debiera ser desechado solo por el origen geográfico y cultural de la teoría —del mismo modo que “nadie alegraría seriamente [...] que la teoría de la relatividad de Einstein solo es aplicable en Suiza debido a que fue principalmente el fruto de los años de Einstein en Suiza”—, en lo que hay que recordar que el derecho penal internacional la necesita, al ser “la única teoría existente hasta el momento”. En síntesis, este penalista considera que el antagonismo entre la mayoría y la minoría del tribunal que condenó a Lubanga “se refiere a una cuestión de principio, a saber, ¿cuánta teoría jurídica puede aguantar en Derecho penal internacional [...]?, o, dicho de manera más positiva, ¿cuánta necesita?”.⁵⁵

Que para este y otros problemas de sus segmentos general y especial el derecho penal internacional está necesitado de construcciones teóricas es indudable. De otra forma, podríamos tener el monstruo de un derecho penal internacional sin ciencia penal internacional, una cabeza sin seso que haría de la aplicación de estas normas un suceso incontrolable, incierto, sobremanera temible. Pero todo sistema científico se levanta de abajo arriba en una secuencia compuesta de varias fases, que son la interpretación de las normas, su elaboración conceptual, la formación de instituciones y, finalmente, una construcción de construcciones, el sistema. Cualquiera que fuera la perspectiva metodológica que se tome de las grandes modalidades de organizar sistemáticamente el pensamiento —un sistema lógico, por deducción o clasificación, otro categorial o uno

⁵⁵ “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, cit., pp. 29, 30, 31 y 32. Sobre el parangón con la teoría de la relatividad, recuérdese, *supra*, nota 45.

teleológico—, la formulación de las teorías jurídicas no precede, sino que sigue a la interpretación de las normas y su reducción conceptual. Para inducir de las proposiciones jurídicas contenidas en las normas los conceptos jurídicamente relevantes —o conceptos jurídicos condicionados, entre los que figura el de autor del delito—, clasificarlos y ordenarlos en instituciones, es preciso someterlas antes a la tarea de interpretación. Solo entonces se pasa de la “jurisprudencia inferior” a la formulación deductiva de teoremas y, al final, la construcción del sistema, asuntos propios de la “jurisprudencia superior” de los conceptualistas de antaño y hogaño.⁵⁶

Se concederá que el objeto de la interpretación, esa voluntad objetiva encapsulada en las normas, está delimitado por el derecho positivo que incumbe interpretar. No es uniforme, como la materia de las ciencias de la naturaleza, sino cambiante y distinto, motivo por el cual puede y suele ser reacio a doctrinas elaboradas sobre otro basamento normativo. Además, hay que captar su significado a la luz de los métodos admitidos de hermenéutica jurídica, que en el derecho internacional sobre tratados poseen una minuciosa regulación.⁵⁷ Por supuesto que en este terreno puede verificarse el conflicto que se observa en los ordenamientos nacionales, que un método conduzca a cierto resultado y otro a un significado distinto, incluso opuesto al anterior.⁵⁸ Así, el método lógico, en particular la consideración de que los crímenes internacionales suponen usualmente conductas colectivas, con numerosos protagonistas, ha sido empleado de antiguo como una prueba de la característica extensiva e indiferenciada del concepto de autor en estos delitos, con la consiguiente asimilación de los partícipes.⁵⁹ A lo que se objeta, también

⁵⁶ Para un examen pormenorizado de estas fases de la construcción jurídica, nos permitimos remitir a nuestro “Estudio introductorio”, en colaboración con Gonzalo D. Fernández, a la obra de Gustav Radbruch *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal* (traducción y notas de J. L. Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2011, pp. (1-42) 1221.

⁵⁷ Véase, *supra*, texto y notas 27 y 28.

⁵⁸ Cf. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona: Ariel, 1994, pp. 341-343.

⁵⁹ Por ejemplo, Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, 2 vols., Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955, t. I, cf. pp. 201-203. Intrínsecamente hablando, el argumento no es concluyente, porque se funda antes en la observación criminológica que en los tipos delictuosos en sí mismos. Por lo que hace al Estatuto de Roma, solo los crímenes contra la humanidad incluyen expresamente un elemento típico que requiere la pluralidad de agentes, el ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Amato y Costi, o. cit., cf. 97, prefieren llamarlos “delitos de concurso *tendencialmente* necesario”. Pero esta plurisubjetividad eventual también se da en algunos delitos absolutamente comunes, como la falsificación de moneda y los que ofenden el ambiente. En cambio, otorga mayor realce sistemático al “hecho conjunto”, “elemento colectivo” o “modelo de imputación sistémica”, Ambos, *Internationales Strafrecht*, ed. cit., cf. pp. 148-149.

hace tiempo, que los métodos histórico y sistemático de interpretación, esto es, las circunstancias de la celebración del tratado (con las personas que los redactaron, no siempre penalistas de oficio) y la proclamación de la legalidad penal en otros documentos internacionales, obligan a distinguir autor y partícipe.⁶⁰

Si el derecho penal internacional ha de ser *penal* amén de internacional, debiera zanjar estas diferencias la primacía del método teleológico, de indiscutible admisión en los derechos nacionales y parejamente valorado en el nivel internacional.⁶¹ Solo que la estimación de la finalidad de los preceptos internacionales depende de cómo entendamos la naturaleza de las normas subyacentes, ora encuadrándolas en un sistema de fines valorados o bienes jurídicos, ora explicándolas como simples imperativos, lo que significa mandatos y prohibiciones de conducta. Esta polémica, que en el fondo gira en torno de la naturaleza de la antijuridicidad y la concepción de las transgresiones como ofensa de bienes o meras desobediencias jurídicas,⁶² abre para nuestro tema un dúplice desenlace. El primer sistema, que alzaprima contenidos valorados, conduce al concepto restrictivo y objetivo-formal de autor; el segundo, con su fascinación por la pareja señor-súbdito, va a parar en el concepto extensivo de autor, aunque también al vástago heterodoxo del dominio del hecho, que sabemos “extendido”. El sistema de fuentes del derecho internacional público, así como la asociación del fundamento del *ius puniendi* internacional con la preservación de los bienes jurídicos más importantes para la comunidad humana, creemos que debiera inclinar a intérpretes judiciales y científicos hacia la diferenciación objetiva de autores y partícipes.⁶³ Por lo demás, únicamente la estimación diferenciada de la gravedad de las conductas respectivas en términos de su contrariedad a derecho, o sea, el corazón de la teoría del delito, puede suministrar un criterio firme con que graduar sus penas en el caso concreto. Así, con una elaboración teórica que ponga las informaciones gramatical, lógica y sistemática al abrigo de la teleología de los

⁶⁰ Así, Jiménez de Asúa, “Autor y participación”, cit., cf. pp. 219 y 223.

⁶¹ Donde se lo designa ocasionalmente como método *funcional*; por ejemplo, De la Guardia y Delpech, o. cit., cf. p. 315.

⁶² Conforme, García-Pablos de Molina, *Introducción al Derecho penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 3.ª ed., 2005, p. 448.

⁶³ El sistema de fuentes del derecho internacional comprende la costumbre y los principios generales del derecho, que son inconciliables con la visión imperativista del derecho, como recalca García-Pablos de Molina, *ibídem*, cf. p. 445, basado en Norberto Bobbio. Sobre la relación de la naturaleza valorativa o imperativa de la norma con el principio de legalidad penal, cf. Fernández, *La teoría de las normas en el Derecho penal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 56. En fin, acerca del papel de los bienes jurídicos en el fundamento del derecho supraestatal de castigo, véase Ambos, *¿Castigo sin soberano? “Ius puniendi” y función del Derecho penal internacional* (traducción de Ezequiel Malarino y Carolina Aguilera Marincovic), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 90 y ss.

preceptos penales, tal vez pudieran hallar mejor explicación los artículos 25 del Estatuto de Roma y 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en apariencia dictados por sistemas contradictorios.

5. Recapitulación y conclusiones

La primera sentencia de la Corte Penal Internacional corrobora, en el acotado campo de la autoría y participación criminal, el estado todavía incipiente de su jurisprudencia y de la doctrina científica desarrollada a partir del Estatuto de Roma.

El número de resoluciones emitidas con anterioridad y, sobre todo, la considerable producción bibliográfica existente sobre la ley que aquella está llamada a aplicar son antecedentes cuyo carácter cuantitativo no debe mover a engaño. Una cosa es la reconstrucción nacional de preceptos internacionales y otra, muy distinta, su elaboración conceptual basada en la inteligencia supraestatal de esos mismos preceptos. Mientras los conceptos del derecho penal internacional permanezcan como el fruto de la simple traslación de los problemas y teorías respectivas en el derecho interno, quizá precedidos por una lacónica alusión a los criterios interpretativos propios del derecho externo, el Estatuto de Roma será un aparato informe o, a lo sumo, una estructura híbrida, mitad nacional y mitad internacional.

La situación es hasta cierto punto asombrosa, porque el Estatuto, ilustrado por las reglas interpretativas de la Convención de Viena, provee algunos rudimentos con que diferenciar las nociones de autor y partícipe. La reflexión filosófico-jurídica sobre la naturaleza de las normas internacionales ofrece incluso la posibilidad de optar entre las teorías objetivo-formal y objetivo-material, que podrían ser esgrimidas en el futuro con más acopio de razones que la parvedad argumentativa de la calidad de coautor de Thomas Lubanga. Sea de ello lo que fuere, la mayor enseñanza que hay que extraer de su condena es una deuda metodológica. Pero obligados a satisfacerla no son los jueces, sino los teóricos del derecho.

Mucho nos complacería haber contribuido a dicha aspiración con estas meditaciones preliminares, a la espera del finiquito definitivo, que hemos de confiar a mejor pluma que la que ahora depongo, de los problemas señalados en ellas.

Bibliografía

- AMATI, Enrico, Valentina CACCAMO, Matteo COSTI, Emanuela FRONZA y Antonio VALLINI, *Introduzione al Diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2006.
- AMBOS, Kai, ¿Castigo sin soberano? “*Ius puniendi*” y función del Derecho penal internacional (traducción de Ezequiel Malarino y Carolina Aguilera Marinovic), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, Múnich: C. H. Beck, 3.^a ed., 2011.
- *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (*Prosecutor v. Lubanga*): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.º 3, julio de 2012, pp. 1-47.
- BELING, ERNST VON, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (traducción de Sebastián Soler), Buenos Aires: Depalma, 1944.
- *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Mohr, 1906.
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale. Parte generale*, 12.^a ed. (cuidada por Luciano Pettoello Mantovani), Padua: Cedam, 1986.
- DAHM, Georg, “Derecho penal nacionalsocialista y fascista” (traducción de Leonardo G. Brond), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, año III, n.º 6, julio de 2013, pp. 241-256.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 17.^a ed., 2009.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.^a época, n.º 16, 2005, pp. 29-78.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *La teoría de las normas en el Derecho penal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010.
- FIANDACA, Giovanni, y Enzo MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bolonia: Zanichelli, 5.^a ed., 2007.
- FORNASARI, Gabriele, *I principi del Diritto penale tedesco*, Padua: Cedam, 1993.
- FORNASARI, Gabriele, y Antonia MENGHINI, *Percorsi europei di Diritto penale*, Padua: Cedam, 2.^a ed., 2008.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 3.^a ed., 2005.
- GIL GIL, Alicia, “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 2.^a época, 2013, I, n.º 109, pp. 109145.

- GUARDIA, Ernesto de la, y Marcelo DELPECH, *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires: La Ley, 1970.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudio introductorio”, en colaboración con Gonzalo D. Fernández, a la obra de Gustav Radbruch *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal* (traducción y notas de J. L. Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2011, pp. 142.
- “Estudio introductorio”, en colaboración con Gonzalo D. Fernández, a la obra de Heinrich Henkel *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo* (traducción de J. L. Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2005, pp. 1544.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
- “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”, *Revista procesal penal*, Santiago de Chile, n.º 62, agosto de 2007, pp. 9-19, con versión portuguesa (por Nuno Brandão): “O tráfico de pessoas e o problema do seu bem jurídico”, *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, Coimbra, año 18, n.º 4, octubre-diciembre de 2008, pp. 447-464.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid: Pons, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Autor y participación”, en *El criminalista*, segunda serie, 10 vols., México: Cárdenas, t. IV (t. XIV de toda la Colección), 1989, pp. 129-228.
- *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, Buenos Aires: Sudamericana, 6.ª ed., 1973.
- *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. I, 1956.
- LAFAVE, Wayne, *Modern Criminal Law. Cases, Comments and Questions*, St. Paul (Minnesota), West Publishing, 2.ª ed., 1988.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona: Ariel, 1994.
- LASK, Emil, *Filosofía jurídica* (prólogo de Enrique Martínez Paz y traducción de Roberto Goldschmidt), Buenos Aires: Depalma, 1946.
- MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general* (traducción de Sergio Politoff Lifschitz, revisión y prólogo de José Luis Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2007.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, 2 vols., Santiago de Chile: Ediar-ConoSur, 2.ª edición (reimpresión del texto original), 1985.
- PEÑA WASAFF, Silvia, “Autoría y participación en el delito”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Valparaíso, n.º 3, diciembre de 1972, pp. 85-128.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El ‘autor detrás del autor’. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en el *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, dirigido por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y

- coordinado por Adán Nieto Martín, 2 vols., Cuenca, Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, t. I, pp. 1231-1284.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, 2 vols., Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho* (traducción de José Medina Echavarría), Madrid: Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., 1952.
- *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas* (traducción, introducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora), Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2013.
- RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal général*, París: Ellipses, 2.ª ed., 2006.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 13.ª ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid: Dykinson, 1990.
- ROMANO, Mario, Giovanni GRASSO y Tullio PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale*, 3 vols., Milán: Giuffrè, t. II, 2.ª ed., 1996.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, prólogo de Manuel Cobo del Rosal), Madrid y Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 vols., Múnich: C. H. Beck, t. II (“Besondere Erscheinungsformen der Straftat”), 2003.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica* (traducción de J. J. Santa-Pinter), Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SEMINARA, Sergio, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milán: Giuffrè, 1987.
- SCHMOLLER, Kurt, “¿Participación sucesiva?” (traducción de Isidoro Blanco Cordero e Isabel Sánchez García), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 3, 2004, pp. 199-209.
- SMITH, J. C., y Brian HOGAN, *Criminal law*, Nueva York: Oxford University Press, 11.ª ed., 2005.
- STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho* (traducción de la segunda edición alemana por W. Rocés), Madrid: Reus, 1930.
- STEFANI, Gaston, Georges LEVASSEUR y Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, París: Dalloz, 15.ª ed., 1995.
- VECCHIO, Giorgio del, *Los principios generales del Derecho* (traducción y apéndice por Juan Osorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego), Barcelona: Bosch, 3.ª ed., 1978.
- VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando, “La determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n.º 14, 2004, pp. 171-231.
- VINGUERRA, Sergio, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padua: Cedam, 2.ª ed., 2002.
- VOLK, Klaus, “Tendencias hacia la autoría unitaria. El poder oculto del concepto unitario de autor”, en su libro *La verdad sobre la verdad y otros estudios* (traducción de Eugenio C. Sarra-bayrouse), Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, pp. 127-144.

WELZEL, Hans, “Derecho natural y positivismo jurídico”, en *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico* (versión castellana y notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés), Córdoba (Argentina): Universidad de Córdoba, 1970.

— *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlín: Walter de Gruyter & Co., 11.^a ed., 1968.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional* (traducción de Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunión), Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LA SENTENCIA *LUBANGA*. COAUTORÍA

Alicia Gil Gil

RESUMEN. La Sala de Primera Instancia de la CPI condenó a Thomas Lubanga Dyilo como coautor directo de los crímenes de reclutamiento y alistamiento de niños y su utilización en las hostilidades. La sentencia recoge la doctrina establecida por la Sala de Cuestiones Preliminares, que se apoyaba para definir al coautor en la teoría del dominio funcional del hecho de Roxin. Según esta teoría, también es coautor quien, sin realizar actos ejecutivos, contribuye a la comisión del hecho con una aportación sin la cual este no se habría cometido. La sentencia analiza uno a uno, aplicándolos al caso concreto, los elementos que la decisión de confirmación de cargos había identificado como constitutivos de la coautoría directa. Sin embargo, la sentencia va desvirtuando cada uno de esos elementos, alejándose paulatinamente de la teoría original. El presente artículo critica esta desvirtuación y denuncia la inadecuación de la propia teoría del dominio funcional para dotar de contenido el artículo 25 del Estatuto de Roma. Se propone en su lugar un criterio de distinción entre autores y partícipes que pone el foco en el carácter principal de la contribución de los primeros y accesorio de la de los segundos, y considera que ambos tipos de aportaciones pueden ser igual de graves y reprochables.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, intervención delictiva, autor, coautor, autor mediato, partícipe, accesoriedad, dominio del hecho, plan común o mutuo acuerdo, contribución esencial, dolo.

ABSTRACT. Trial Chamber I of the ICC convicted Thomas Lubanga Dyilo as a direct co-perpetrator of the crimes of conscripting and enlisting children and using them to participate in the hostilities. The judgment adopts the opinion of the Pre-Trial Chamber which relied on Roxin's theory of functional control over the act to define co-perpetration. According to this theory, co-perpetration also involves the person who, without carrying out overt steps towards the commission of the crime, makes an essential contribution whose absence would have thwarted said

commission. The judgment analyzes each of the elements contained in the Decision on the Confirmation of Charges that point to direct co-perpetration. However, the judgment lessens the value of each of these elements and gradually moves away from the original theory. This paper criticizes that line of reasoning and puts forth that the theory of functional control over the act is inadequate for understanding Article 25 of the Rome Statute. We suggest that the distinction between perpetrators and other forms of participation should focus on the essential nature of the contribution made by the former and the accessory nature of that of the latter, and that both types of contributions may be equally serious and blameworthy.

Key words: International Criminal Court, Rome Statute, criminal participation, perpetrator, co-perpetrator, indirect perpetrator, other forms of participation, accessory participation, control over the act, common plan or agreement, essential contribution, intent.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Hauptverfahenskammer des IStGH hat Thomas Lubanga Dyilo als unmittelbaren Mittäter der Verbrechen der Rekrutierung und Verpflichtung von Kindern und deren Einsatz bei Feindseligkeiten verurteilt. Das Urteil schließt sich der von der Vorverfahenskammer vertretenen Doktrin an, die sich bei der Feststellung der Mittäterschaft auf die Theorie der funktionellen Tatherrschaft von Roxin gestützt hatte. Nach dieser Theorie ist auch Mittäter, wer, ohne selbst die Tat auszuführen, an einer Straftat derart durch einen Beitrag mitwirkt, ohne den sie nicht hätte begangen werden können. Das Urteil analysiert auf den konkreten Fall bezogen nacheinander alle Elemente, die in der Entscheidung zur Bestätigung der Anklagen als konstitutiv für die unmittelbare Mittäterschaft ermittelt worden waren. Das Urteil selbst entkräftet jedoch jedes einzelne der genannten Elemente und entfernt sich so schrittweise von der ursprünglichen Theorie. Der vorliegende Artikel kritisiert diese Entkräftung und die Ungeeignetheit der Theorie der funktionellen Tatherrschaft, um Artikel 25 des Rom-Statuts inhaltlich auszufüllen. Stattdessen wird als Unterscheidungskriterium zwischen Tätern und Beteiligten vorgeschlagen, das Augenmerk auf die Hauptrolle des Tatbeitrags ersterer und die nachgeordnete Nebenrolle des Beitrags letzterer zu legen, und es wird die Auffassung vertreten, dass der Tatbeitrag von beiden gleich schwerwiegend und tadelnswert sein kann.

Schlagwörter: Internationaler Strafgerichtshof, Rom-Statut, kriminelle Handlung, Täter, Mittäter, mittelbarer Täter, Teilnehmer, Akzessorietät, Tatherrschaft, gemeinsamer Plan oder gegenseitiges Einvernehmen, wesentlicher Beitrag, Vorsatz.

1. El concepto de autor seguido por la CPI

Puede decirse que la decisión de confirmación de cargos contra Lubanga de la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante SCP) I¹ marcó las líneas que después seguirá la Corte en este y muchos otros casos a la hora de definir las formas de autoría (principales) y distinguir las de participación (accesorias),² asumiendo ciertos criterios y doctrinas propios de la tradición romano-germánica y rechazando,³ en cambio, la categoría, tan utilizada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia,⁴

¹ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 29 de enero de 2007, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803 (en adelante, *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*).

² La doctrina también ha entendido que el artículo 25 ER distingue entre autores y partícipes. véase Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el derecho penal internacional?", en *Revista Penal*, n.º 28, julio 2011, pp. 198 ss., quienes explican con acierto que la sistematización en cuatro apartados de las formas de intervención punibles, en el artículo 25 ER, no tendría sentido si no se admite que el Estatuto ha optado por un sistema de intervención diferenciado conforme a la aportación de cada cual. En contra de esta distinción y de la jerarquización establecida por la Sala entre las diferentes formas de intervención recogidas en el artículo 25, véanse CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*. Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, de 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), § 6-8 (en adelante, *Lubanga Dyilo - Judgment*, Fulford, Dissent); CPI, Sala de Primera Instancia II, *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, de 18 de diciembre de 2012 (ICC-01/04-02/12-4), § 22-30 (en adelante, *Ngudjolo Chui - Judgment*, Van den Wyngaert Concurring Opinion). Una respuesta detallada a la posición de Fulford puede verse en Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", en *In Dret*, 3/2012, pp. 28 ss. Y en la doctrina española también rechaza esta interpretación del artículo 25 ER Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, "En los límites de la inducción", en *In Dret*, 2/2012, p. 13. Sobre esta discusión en detalle, Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt y Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory", *Leiden Journal of International Law*, 26, vol. 3, pp. 725-746, también accessible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276677>, pp. 19-23 (25.6.2013); denuncian estos autores con razón que el criterio propuesto por Fulford —la contribución causal al crimen— es insuficiente para distinguir las diversas figuras recogidas en el artículo 25 ER. La distinción entre autores y partícipes es mayoritaria en el derecho comparado. Véase Ulrich Sieber y Karin Cornils (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, tomo 4, Berlín, Max Plack Institut, 2010.

³ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 328 ss. La distinción ha sido admitida por la Sala de Primera Instancia en la sentencia *Lubanga*, CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), § 996 s. (en adelante, *Lubanga Dyilo - Judgment*).

⁴ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Tadić*, Judgment, 15 de julio de 1999, § 190-192; TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Milan Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction*, 21 de mayo de 2003, § 20 y 31. Otros tribunales penales internacionales y mixtos, en cambio, siguen aplicando la doctrina de la JCE. Las salas especiales de las Cortes de Camboya (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia [ECCC]), por ejemplo, la han aceptado en sus dos primeras variantes, rechazando sin embargo la JCE III; véase al respecto Katrina Gustafson, "ECCC Tackles JCE", en *JICJ*, n.º 8, 2010, pp. 1323-1332, y Luke Marsh y Michael Ramsden, "Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to *Tadic*", en *ICLR*, n.º 11, 2011, pp. 137-154.

de la empresa criminal conjunta⁵ (*joint criminal enterprise*, en adelante JCE),⁶ que había recibido duras críticas de la doctrina.⁷

⁵ La doctrina de la JCE exige una pluralidad de personas que se pongan de acuerdo para la ejecución de un plan común dirigido a la comisión de delitos o que, al menos, la comisión de dichos delitos sea el medio elegido para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común. A través de la JCE los tribunales ad hoc han establecido la responsabilidad penal en tres supuestos o subcategorías: 1) JCEI o variante básica: aquel en el que se pruebe acuerdo de voluntades (expreso o tácito, anterior o coetáneo), una contribución —de cualquier clase, pero significativa— a la consecución del plan común y dolo directo respecto de la ejecución del hecho, forma parte de la empresa criminal común y responde, con independencia de la importancia objetiva de la contribución, como coautor de cualquier delito cometido por otro miembro dentro de la empresa común; 2) JCE II o variante sistémica: incluye los supuestos en que el sujeto participa en el mantenimiento de campos de concentración u otros sistemas de maltrato a través de los cuales se cometen los delitos, conociendo dicho sistema y con la intención de favorecerlo; 3) JCE III o variante amplia: todo miembro del acuerdo también será responsable a título de autor de cualquier otro delito cometido por cualquier otro miembro de la empresa, aunque ese otro delito no formara parte del plan (supuestos de exceso respecto del plan común), siempre que su comisión fuera una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común.

⁶ Sobre esta figura, María Gutiérrez Rodríguez, "Joint criminal enterprise, ¿una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?", en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 413 ss.; Alicia Gil Gil, "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional. Su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 109, 2013, pp. 121 ss.; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends in the Application of the Modes of Liability by the ICC* (en prensa), Hector Olásolo, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Valencia, 2011, pp. 159 ss.; ídem, "Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional", *In Dret*, n.º 3, 2009, pp. 6 ss.; Verena Haan, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 172 ss.; Kai Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 159 ss.; ídem, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich: Beck, 2011, pp. 162 ss.; Gideon Boas, James L. Bischoff y Natalie L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. I: "Forms of Responsibility in International Criminal Law", Cambridge University Press, 2008, pp. 7 ss.

⁷ Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., p. 164; ídem, "Joint Criminal Enterprise...", o. cit., p. 168 ss.; Jens D. Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 76 ss. y 83 ss. María Gutiérrez Rodríguez, "La doctrina de la 'empresa criminal conjunta' en las resoluciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia", en Francisco Muñoz Conde (ed.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008 pp. 1089-1110, p. 1103; Hector Olásolo, "Reflexiones...", o. cit., pp. 4-5; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht* 3.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, § 497; ídem, *Principles of International Criminal Law*, 2.ª ed., La Haya: TMC Asser Press, 2009, p. 297; Mohamed E. Badar, "Just Convict Everyone! - Joint perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again", *International Criminal Law Review*, 6(2) 2006, p. 301; Haan, "The Development...", o. cit., pp. 172 ss. A favor de la figura, por el contrario, Mohamed Shahabudden, "Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise", en Shane Darcy y Joseph Powderly, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 190 ss. Contra los argumentos de Shahabudden, Alicia Gil Gil, "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2014, p. 3, nota 7. Especialmente criticada fue la variante amplia de esta figura (JCE III) —véase supra la nota 5—. Sobre su evolución, Gideon Boas, James L. Bischoff y Natalie L. Reid, o. cit. pp. 68 ss. Se ha señalado con razón que al prescindirse del acuerdo de voluntades se rompe la base de la imputación recíproca de las aportaciones de cada codelincuente, que es el fundamento de la coautoría, además de que el criterio de lo previsible es sumamente impreciso. Ambos,

Al analizar el concepto de autor en la decisión de confirmación de cargos, la Sala rechazó tanto una concepción objetivo-formal de autor como un criterio meramente subjetivo de distinción.⁸ Para ello se fijó en la definición de la autoría en el Estatuto, de la que destacó que incluye la comisión a través de otro,⁹ en su forma más amplia, es decir, incluso cuando ese otro no es un agente inocente, sino una persona plenamente responsable.¹⁰ Por ello adoptó como base para la definición del autor la teoría del dominio del hecho (*control over the crime*¹¹),¹² que incluye el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad del o los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría).¹³

Este concepto de autor ha sido repetido posteriormente en varias decisiones.¹⁴ En opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, el concepto de autor basado en el dominio del hecho tiene una amplia aceptación en los sistemas nacionales, aunque lo cierto es que solo consiguió citar doctrina alemana e hispanohablante en su favor.¹⁵

“Joint Criminal Enterprise”, o. cit., p. 174. Esta ampliación contradice además la regulación de muchos ordenamientos internos, que no reconocen responsabilidad respecto de los hechos que van más allá del acuerdo común —María Gutiérrez Rodríguez, “La doctrina”, o. cit. p. 1107. Como veremos, a pesar del rechazo expreso a la figura de la JCE, la interpretación que la Corte hace de la coautoría va a llevar en ocasiones a resultados muy similares. Sobre ello, con detalle, Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa).

⁸ § 338. No entró por el contrario siquiera a analizar la posibilidad de encaje en el artículo 25 ER, de conceptos normativos de autor.

⁹ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 333.

¹⁰ *Ibidem*, § 339.

¹¹ Juan Luis Modolell, “Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)”, en Kai Ambos y Montserrat Hoyos (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada, 2008, p. 94.

¹² Como es sabido, el concepto de dominio del hecho procede de la doctrina de la acción finalista de Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín: De Gruyter, 1969, p. 99. Posteriormente fue desarrollado en un sentido diferente por Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín: De Gruyter, 2000, pp. 60 ss. (Existe traducción al español de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000). La Sala dice partir del desarrollo de esta doctrina realizado por Claus Roxin, aunque como veremos también se aparta de la construcción de este autor.

¹³ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 332.

¹⁴ CPI, SCP I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, § 210 ss. CPI, SCP I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, *Decision on the confirmation of the charges*, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717, § 480 ss., 514 (en adelante *Katanga and Ngudjolo Chui, Confirmation of the Charges*).

¹⁵ El único anglosajón que se menciona es George Fletcher, en su obra *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000, p. 639, donde el autor estadounidense afirma que prácticamente todos los sistemas legales reconocen la autoría de quien comete el crimen utilizando a otro como medio o instrumento (“*perpetration by means*”), pero se refiere exclusivamente a los casos de utilización de un inocente o irresponsable. Así viene regulado en el *Model Penal Code*, § 2.06.2.a.

El concepto de coautoría por dominio funcional del hecho (*co-perpetration based on joint control over the crime*) se fundamenta, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, y acudiendo de nuevo a la doctrina clásica continental, en el principio de división de las tareas esenciales con el propósito de cometer un crimen entre dos o más personas actuando de manera coordinada. De manera que, a pesar de que ninguno de los intervinientes tiene un dominio total del hecho porque todos dependen de otro para su comisión, todos ellos comparten dicho dominio, ya que cada uno de ellos puede frustrar la comisión no realizando su contribución.¹⁶ El primer requisito para la coautoría por dominio funcional es, por tanto, la existencia de un plan común o mutuo acuerdo entre dos o más personas. Como segundo elemento la Sala exige una contribución esencial y coordinada de cada coautor que resulte en la realización de los elementos típicos.¹⁷

Hasta aquí la SCP I recogió de manera bastante fiel la doctrina de Roxin, pero, como veremos, estas definiciones se irían desvirtuando paulatinamente, al definirse de una manera muy amplia el plan común y conformarse las Salas a menudo con una aportación al plan común definido de esta manera amplia y no al crimen concretamente imputado, y relajarse con frecuencia también la prueba del carácter esencial de la contribución para la comisión del crimen.¹⁸ Como tercer elemento se exige que el coautor actúe con el elemento subjetivo del crimen por el que se le acusa, y, si bien la SCP I admitió en la confirmación de cargos de Lubanga cualquier clase de dolo, incluso el dolo eventual,¹⁹ ello fue negado posteriormente en el caso *Bemba*,²⁰ a partir del cual se rechaza²¹ el *dolus eventualis*.²²

Sobre este precepto, George Fletcher, o. cit., p. 666. Sobre el reconocimiento de la autoría mediata con agente inocente en el derecho estadounidense, también Cherif Bassiouni, *Diritto Penale degli Stati Uniti d'America*, Milán, 1985, p. 178. Es dudoso por tanto que esta referencia sirva por sí misma para sustentar que el concepto amplio de dominio del hecho manejado por la Sala, que incluye la utilización de una persona responsable, tenga acogida en el derecho anglosajón.

¹⁶ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 342. Esta concepción del dominio del hecho como un dominio negativo ha sido especialmente criticada por la doctrina como insuficiente. Véase con detalle la nota 57.

¹⁷ *Ibidem*, § 343.

¹⁸ Sobre ello con detalle Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa), y Alicia Gil Gil, "Mens Rea..." (en prensa), en especial nota 62.

¹⁹ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 359 ss. La Sala distingue con acierto en esta decisión el *dolus eventualis* de la *recklessness* (nota 438).

²⁰ CPI, SCP II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, de 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08-424 (en adelante, *Bemba - Confirmation of Charges*).

²¹ CPI, SCP II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, *Decision on the confirmation of charges*, ICC-01/09-02/11, de 23 de enero de 2012, § 411 (en adelante, *Muthaura y Kenyatta-Confirmation of Charges*).

²² Sobre este tema, con detalle, véase Alicia Gil Gil, "Mens Rea...", o. cit., en especial la nota 62.

En la construcción de Roxin, el dominio funcional del hecho se limita a quien, sin realizar actos ejecutivos, al menos realiza su aportación esencial en la fase ejecutiva.²³ En cambio, la Sala admite que se puede tener el dominio del hecho cuando se actúa solo en fase preparatoria.²⁴

La Corte ha admitido también la figura de la autoría mediata a través de la utilización de una persona penalmente responsable. Esta posibilidad viene impuesta por el propio artículo 25.3.a. Para desarrollarla, la Corte acude a la teoría del dominio del hecho a través de un aparato de poder organizado de Roxin.²⁵ Pero no es en el caso *Lubanga*, sino en la decisión de confirmación de cargos contra Katanga y Ngudjolo, donde la Sala explica claramente cómo funciona esta clase de dominio del hecho.²⁶

²³ Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín y Nueva York: De Gruyter, 2000, § 28, pp. 29 ss.; ídem, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7.ª ed. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pp. 323 ss. En sentido similar la propuesta de Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt y Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory", o. cit., p. 11, pero con un criterio más impreciso. En contra, Francisco Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, p. 512 ss., quien, en contra de la opinión mayoritaria y a favor de la interpretación más amplia que están haciendo los tribunales, considera que en determinados casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria. De esta opinión son también otros autores españoles que defienden igualmente que el que actúa solamente en fase preparatoria puede tener el codominio del hecho, como Juan Carlos Ferré Olivé, "Blanqueo de capitales y criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 96-97, o Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002, pp. 140-141, aunque puede decirse que esta opinión es en la doctrina española todavía minoritaria. Así lo constata Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006, p. 283. La mayoría de la doctrina española, defensora de un concepto de autor basado en la idea del dominio del hecho, exige que el coautor actúe en la fase ejecutiva con una contribución que, aun no siendo típica, se considere esencial según el plan común para la realización del delito. Véase sobre todo ello María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 392 ss., con abundantes citas doctrinales; José Cerezo Mir, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española", en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 176-177; José Manuel Gómez Benítez, "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", en *Estudios Penales*, 2000, pp. 120, 135-136; Patricia Faraldo Cabana, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 43 ss. La propia Sala cita autores a favor y en contra sin explicar por qué entiende preferible una solución a otra y en qué se basa.

²⁴ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 348.

²⁵ Claus Roxin, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193-207; ídem, *Täterschaft...*, o. cit., pp. 242 ss.

²⁶ *Katanga and Ngudjolo Chui, Confirmation of the Charges* § 511 ss. La Corte ha apelado a esta construcción también en CPI, SCP II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, de 23 de enero de 2012, ICC-01/09-01/11-373 (en adelante *Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*) y en *Muthaura y Kenyatta - Confirmation of Charges*.

Según la Sala, la organización actúa como un mecanismo que permite a sus más altas autoridades garantizar el cumplimiento automático de sus órdenes. Para ello la organización debe basarse en las relaciones jerárquicas entre superiores y subordinados, debe estar compuesta por un número suficiente de subordinados para garantizar que las órdenes superiores se llevarán a cabo, si no por uno, por otro. Los subordinados se utilizan como “un mero engranaje en una máquina gigante”. El autor directo del delito sigue siendo un agente libre y responsable, pero esta circunstancia es irrelevante en relación con el control ejercido por el autor intelectual, ya que desde su punto de vista el autor no representa un individuo libre y responsable, sino una figura anónima e intercambiable. Estos criterios aseguran, según la Sala, que las órdenes dadas por los líderes serán cumplidas por sus subordinados. El líder debe usar su control sobre el aparato para ejecutar crímenes, lo que significa que el líder, como autor detrás del autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes. Esta traslación resumida, pero bastante fiel de la doctrina de Roxin, se verá sin embargo también traicionada en la práctica, ya que las salas por lo general acaban prescindiendo de la exigencia de que el líder haya dado la orden de cometer el crimen que luego se le imputa, y se conforman en cambio con afirmar que era una consecuencia previsible de la ejecución de un plan.²⁷

No menciona la Sala el requisito de la desvinculación o apartamiento de la organización del derecho, requisito discutido por una parte de la doctrina,²⁸ pero que ha sido mantenido por algunas de las sentencias nacionales más relevantes que han aplicado la construcción de Roxin.²⁹

²⁷ Con detalle, Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa), y Alicia Gil Gil, “Mens Rea...” (en prensa). La teoría se ha desvirtuado especialmente en los casos a los que ha dado lugar la situación en Kenia. Al respecto, con detalle, Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes...”, o. cit., p. 536.

²⁸ A favor de prescindir del requisito de la desvinculación al derecho en la doctrina española, véase Carolina Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337 ss.; Elena Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18 2 ss.; Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa*, o. cit., p. 89; Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata*, o. cit., p. 235. A favor de mantener el requisito de la desvinculación al derecho en su sentido originario, en cambio, Patricia Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, 2004, p. 100.

²⁹ Así por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, de 7 de abril de 2009, y la sentencia confirmatoria de la Primera Sala Transitoria, de 30 de diciembre de 2009. También a favor del requisito la Audiencia Nacional española: Id Cendoj, 28079220022008200024, Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, Sección 2, recurso n.º 12/2007 AUTO n.º 8/2008, de 28/04/2008, FJ 7.º: “La aplicación de la teoría de la autoría mediata construida por la dogmática alemana exige que la organización funcione como una totalidad al margen del Ordenamiento jurídico, ya que si actúa ligada a los principios propios de un Estado de Derecho, sometido a la ley, la

Aquellos coautores que ejercen su dominio del hecho realizando sus contribuciones esenciales para la comisión del crimen a través de otras personas son, según las salas de cuestiones preliminares, coautores mediatos.³⁰

Puede decirse que, en principio, la Corte ha seguido la doctrina más extendida sobre autoría en la doctrina y la jurisprudencia romano-germánicas, pero extendiéndola, o tomando las versiones más expansivas de la doctrina del dominio del hecho, aunque son minoritarias, al admitir que puede tener el dominio funcional del hecho también quien actúa solo en la fase preparatoria, y adoptar en relación con la autoría mediata la muy discutida teoría del dominio por aparatos de poder organizados. La expansión aumenta al unir ambas posibilidades en la figura de la coautoría mediata.

2. La coautoría según la sentencia en el caso *Lubanga*

2.1. Descripción y elementos de la coautoría

El 14 de marzo de 2012, en sentencia de primera instancia de la CPI, Thomas Lubanga Dyilo fue considerado culpable de los crímenes de reclutamiento de niños y su utilización en las hostilidades, a título de coautor directo.³¹ El título de imputación fue el mismo que había señalado la decisión de confirmación de cargos.³² La sentencia en el caso *Lubanga* recoge la doctrina establecida por la SCP y analiza los elementos que aquella había identificado como constitutivos de la coautoría directa, título de imputación al que se limita. Así, la sentencia desgana los elementos objetivos y subjetivos.

orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, el poder de la voluntad del inspirador".

³⁰ *Katanga and Ngudjolo Chui, Confirmation of the charges*, § 525. Sobre esta figura, Héctor Olásolo y Ana Pérez Cepeda, "The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case", *International Criminal Law Review*, 4, 2004, p. 477 ss.; Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht", en Bloyd et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, pp. 854 ss.; Kai Ambos, "Zur 'Organisation' bei der Organisationsherrschaft", en Heinrich, Jäger, Achenbach, Amelung, Bottke, Haffke, Schünemann, Wolter (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* am 15. Mai, 2011, pp. 837-852; idem, "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", en *In Dret* 3/2011.

³¹ *Lubanga Dyilo - Judgment*, § 978 ss.

³² *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 332, 346 ss.

2.1.1. El plan común o mutuo acuerdo

Entre los elementos objetivos la Sala sitúa, curiosamente,³³ el mutuo acuerdo entre los coautores, que deben ser al menos dos.³⁴ Pero para definir ese mutuo acuerdo, que no necesita ser expreso,³⁵ y siguiendo de nuevo lo dicho por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos, la sentencia establece que no es necesario que el plan esté dirigido

³³ Sobre el error de considerar el acuerdo común como un elemento objetivo e independiente, en lugar de como la configuración conjunta de la intención criminal, ha advertido con gran acierto la juez Christine Van den Wyngaert, en *Ngudjolo Chui - Judgment, Van den Wyngaert Concurring*, § 31 ss.: "The crucial element in the Pre-Trial Chamber's interpretation of 'joint perpetration' in Article 25(3)(a) is the notion of a 'common plan', which is considered as an objective element of joint perpetration. However, the term 'common plan' nowhere appears in either the text of the Statute or the travaux préparatoires of Article 25(3)(a). The only place where mention is made of a collective criminal purpose existing independently of the individual will of an accused person is in Article 25(3)(d). In my view, the common plan pertains to the subjective rather than to the objective element of joint perpetration. I see no reason for treating a common plan in the context of Article 25(3)(a) as anything other than a particular form in which a shared intent may manifest itself. In fact, a combined reading of Articles 25(3)(a) and 30 clearly suggests that the mental element of joint perpetration is the existence among the joint perpetrators of a shared intent – in whatever form – to commit a crime [...] What troubles me in the Pre-Trial Chamber's interpretation is that by turning the 'common plan' into an objective element, the focus of attention has shifted away from how the conduct of the accused is related to the commission of a crime to what role he/she played in the execution of the common plan. Indeed, under the Pre-Trial Chamber's interpretation, it suffices for an accused to make a contribution to the realisation of the common plan, even if this contribution has no direct impact on the coming into being of the material elements of a crime. By focusing on the realisation of a common plan, the mens rea and actus reus requirements are now linked to the common plan instead of to the conduct of the actual physical perpetrators of the crime [...] In short, my reading of the Statute leads me to the conclusion (a) that there is no requirement for an 'objective' common plan (although this may be an element of proof of shared criminal intent) and (b) that the Statute does not contain a form of criminal responsibility that is based on the mere acceptance of a risk that a crime might occur as the consequence of personal or collective conduct". El acuerdo previo, elemento de toda la codelinuencia (tanto de la coautoría como de la participación) no es sino la construcción conjunta del dolo de los codelincuentes, y por lo tanto un elemento subjetivo —sobre tal consideración en la doctrina y jurisprudencia española, Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 28, párrafo 1", en *idem* (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 242 s.; José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, t. III, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 2004, p. 233. También se refiere al mutuo acuerdo como la decisión común al hecho Günter Stratenwerth, *PG*, p. 335 y como el acuerdo de voluntades de los coautores Claus Roxin, *Strafrecht*, AT, vol. 2, p. 78, § 25, n. 190. Como señala esta autor, la jurisprudencia alemana exige para la existencia de coautoría algo más que la aprobación de un hecho ajeno; exige que se actúe en una interacción conocida y querida. También entienden, con razón, el mutuo acuerdo como un elemento de la *mes rea*, tanto del autor como del partícipe, Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory", o. cit., p. 10. Como mucho podría adjudicarse al plan común un carácter objetivo-subjetivo, como hace Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional", o. cit., pp. 26-27. Sobre los errores en los que esta concepción del mutuo acuerdo ha derivado, con detalle, véase Alicia Gil Gil, "Mens Rea...", o. cit. (en prensa); *idem*, "Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución", en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 546 ss. y Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa).

³⁴ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 980-981.

³⁵ *Ibidem*, § 988.

específicamente a la comisión de un crimen,³⁶ sino que basta con que contenga un “elemento de criminalidad”. Sería suficiente que los coautores hubieran acordado llevar a cabo un plan con un propósito no criminal y solo cometer el crimen si se dan ciertas circunstancias. Pero también bastaría que los coautores fueran conscientes de que la realización del plan común (no dirigido a un propósito criminal) resultará en la comisión de un crimen y aceptan tal resultado,³⁷ o, en otras palabras, que la realización del plan común comporta un riesgo suficiente³⁸ de que, si los acontecimientos siguen un curso ordinario, se cometerá un crimen.³⁹ Según argumenta la Sala,⁴⁰ la comisión del delito no tiene que ser el propósito general de los coautores, por cuanto la definición del elemento subjetivo en el artículo 30 del Estatuto de Roma (en adelante, ER) se conforma con que “en relación con una consecuencia” el autor sea consciente de que esta se producirá en el curso normal de los acontecimientos.⁴¹

³⁶ Muy crítico con esta afirmación, Kai Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, o. cit., p. 27: “Ni siquiera estoy convencido de que un mero ‘elemento crítico de criminalidad’ sea suficiente para un plan de coautores. Al fin y al cabo, no estamos hablando aquí de cualquier plan (como por ejemplo de ir de visita a Londres el próximo fin de semana) sino de un plan que forma la base de la comisión conjunta de un crimen y, por tanto como consecuencia, de la atribución mutua de las respectivas contribuciones de los coautores. Un plan como este no puede ser predominantemente no-criminal sino que al menos debe —eso sería mi aporte ‘mínimo’— comprender más o menos los crímenes concretos que serán cometidos; si no no habría nada (en que se hayan puesto de acuerdo) que podría ser atribuido mutuamente”. También en contra de la relevancia de tal tipo de acuerdo y señalando las consecuencias erróneas de esta caracterización, Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales...”, o. cit., p. 546 ss., Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa)

³⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 983.

³⁸ *Ibidem*, § 987.

³⁹ Sobre la introducción subrepticia del dolo eventual a través de esta fórmula a pesar de su aparente categórica exclusión en decisiones anteriores, véase Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit.

⁴⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 985 ss.

⁴¹ Sin embargo, en el párrafo anterior el artículo 30 exige que, en relación con una conducta, el sujeto se proponga incurrir en ella. Respecto de las conductas el Estatuto no se conforma, como sí lo hace en relación con las consecuencias, con la mera previsibilidad de estas. La Corte, sin embargo, ha obviado con frecuencia tal distinción, extendiendo de esta manera la coautoría sobre conductas de terceros que no habían sido acordadas con el acusado pero que la Corte afirma que eran previsibles en el curso normal de los acontecimientos. Con ello se viola la definición del elemento subjetivo del artículo 30 —Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit. en prensa— y se infringen los principios de responsabilidad por el hecho propio y de culpabilidad, al castigarse conductas que suponen un exceso respecto del plan común. Sobre este tema, con detalle, Alicia Gil Gil, “Imputación de los excesos nos acerca de nuevo a la denostada figura de la *joint criminal enterprise*, como advierte la doctrina. Jens D. Ohlin, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 169, 2011, <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169>>, 26 de junio de 2013, p. 747; Jens D. Ohlin, Elies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 17.

2.1.2. La contribución esencial

Como segundo requisito objetivo, la sentencia establece la necesidad de una contribución esencial al plan común.⁴² Este requisito deriva de la definición de coautoría por dominio funcional (*joint control over the crime*) que había hecho la SCP I en la decisión de confirmación de cargos.⁴³ En realidad la SCP I, como ya se explicó, había definido distintas posibilidades de ser autor por dominio del hecho: el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad de los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría).⁴⁴ Sin embargo, en esta sentencia la Sala parece olvidar que la “contribución esencial” es una teoría que permite expandir la autoría a sujetos que no han realizado actos típicos, mientras que para estos no sería necesaria la utilización de tal concepto.

Como se ha visto, en opinión de la SCP I la coautoría por dominio funcional exigía la realización coordinada de una contribución esencial que resultara en la realización de los elementos objetivos del tipo.⁴⁵ Una contribución era esencial cuando quien la realiza puede frustrar la comisión del delito sin aportar su contribución, por ello tiene el dominio del hecho.⁴⁶ En la sentencia, la Sala de Primera Instancia (SPI) se plantea dos cuestiones: en primer lugar, si debe establecerse una conexión entre la contribución del acusado, contemplada aisladamente, y los crímenes cometidos, y, en segundo lugar, si tal contribución debe ser “más que *de minimis*” “sustancial” o “esencial”.⁴⁷ A la primera cuestión responde negativamente, citando a Roxin⁴⁸ e ignorando la opinión contraria.⁴⁹ En opinión de la Sala, el delito debe ser la combinación de las contribuciones

⁴² *Lubanga Dyilo Judgment*, § 989.

⁴³ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 346.

⁴⁴ *Ibidem*, § 332.

⁴⁵ *Ibidem*, § 346.

⁴⁶ *Ibidem*, § 347. En el mismo sentido, *Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*, § 308. Crítico, con razón, con tal fundamentación del dominio del hecho en la capacidad de frustrar la comisión del delito, afirmada esta además de una contribución en fase preparatoria, Juan Luis Modolell, “Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I...”, o. cit., p. 100 ss. Sobre la ideterminación del carácter esencial también Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 8.

⁴⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 993.

⁴⁸ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, 2003, 25/213.

⁴⁹ Gran parte de la doctrina entiende que todo interviniente, autor o partícipe, debe realizar una aportación causal a la comisión del delito. Véase Gunter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2005, 12/1, Cerezo, *Curso...*, o. cit., t. III, p. 231, Kai Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, o. cit., p. 33. En mi opinión no puede decirse que ha realizado el delito —ni siquiera conjuntamente con otro— quien no ha realizado ninguna aportación causal

coordinadas y combinadas de los distintos (al menos dos) intervinientes, de manera que ninguno de ellos tiene por sí mismo el dominio del hecho, sino que este recae en las manos del colectivo. De ahí deduce la innecesaridad de probar que la conducta del acusado tomada aisladamente causó el delito; por el contrario, la responsabilidad de los coautores surge de la mutua atribución basada en el acuerdo o plan común.⁵⁰

A la segunda cuestión responde partiendo, como ya había hecho la SCP I, de la constatación de que el ER distingue autores (principales) de partícipes (accesorios⁵¹), y además define algunas de las contribuciones de estos últimos como “sustanciales” (artículo 25.3.c),⁵² lo que la lleva a concluir que la contribución del autor debe necesariamente ser más relevante que la del partícipe, y por tanto la califica de “esencial”.⁵³

Como vemos, aquí el carácter esencial de la contribución del coautor se ha desligado de la teoría del dominio funcional del hecho, desde la que fue tomada por la SCP I,⁵⁴ para convertirse simplemente en un grado o magnitud de la importancia de la contribución que distingue a responsables principales de accesorios. En opinión de la SPI, la calificación como autor debe reservarse para quien hace este tipo de aportaciones “esenciales”, con el fin de que aquella conserve su capacidad de expresar la mayor reprochabilidad de su conducta. Se aparta con ello de la decisión de confirmación de cargos⁵⁵ y la doctrina mayoritaria,⁵⁶ defensora de la doctrina del dominio funcional de

a este. Más irreconciliable todavía es la no exigencia de causalidad con la definición de contribución esencial, según la cual el coautor tiene el dominio del hecho porque puede frustrar la comisión de este retirando su aportación.

⁵⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 994.

⁵¹ La Sala, con gran acierto en mi opinión, apoya la idea de la accesoriedad del partícipe, además de en las definiciones de las distintas formas de intervención, en la propia definición de la tentativa del artículo 25.3.f ER —*Lubanga Dyilo Judgment*, § 998—.

⁵² *Lubanga Dyilo Judgment*, § 996 y s.

⁵³ *Ibidem*, § 997 ss. Contra esta argumentación, con razón; Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 17.

⁵⁴ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 346 y 347.

⁵⁵ *Ibidem*, § 347, y en el mismo sentido, entendiendo por esencial aquella contribución cuya ausencia puede frustrar la comisión del delito —precisamente por ello quien la aporta tiene, junto con los demás, el dominio funcional del hecho—, *Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*, § 308.

⁵⁶ La indefinición de lo que es una aportación esencial ha sido caballo de batalla tradicional en el concepto de coautoría por dominio funcional. Como además la Corte ha eliminado el requisito de la actuación en fase ejecutiva, defendido por la doctrina mayoritaria —véase supra la nota 23—, las posibilidades se amplían notablemente. Sobre la multitud de criterios diseñados para definir la esencialidad véase la acertada crítica de María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 340 ss., pp. 362 ss.

hecho,⁵⁷ pues lo decisivo es si el sujeto cumplió un rol esencial, de acuerdo con el plan común.⁵⁸

2.1.3. El elemento subjetivo

Para analizar el elemento subjetivo o *mental element* del coautor —elemento que, como ya hemos anunciado, la Corte establece como algo diferente del mutuo acuerdo—, la SPI comienza por repasar la definición contenida en el artículo 30. Así, recuerda que el ER define de manera diferente la intención requerida según esta se refiera a la conducta, una circunstancia o una consecuencia.⁵⁹ A continuación repasa la definición que la SCP I había dado de dolo del coautor: “[...] el sospechoso y los otros co-autores [...] deben ser todos ellos mutuamente conscientes del riesgo de que la realización de su plan común pueda dar lugar a la realización de los elementos objetivos del delito, y [...] todos deben aceptar mutuamente tal resultado por reconciliarse con él o consintiendo-lo”, y además debe concurrir “el conocimiento por el sospechoso de las circunstancias del hecho que le permiten el dominio conjunto del crimen”.⁶⁰

⁵⁷ Esta doctrina también cuenta con numerosos detractores, especialmente en España, donde la figura de la cooperación necesaria —tipo de partícipe castigado con la misma pena que el autor y definido en el Código Penal como “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”— deja escaso espacio a la coautoría por dominio funcional. Contra la idea del dominio funcional del hecho y en concreto contra la idea de la esencialidad de la contribución tal y como la define Roxin, Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 669 ss.; Enríque Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 135 ss.; Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales...”, o. cit. pp. 539 ss.; Mariano Melendo Pardos, en Gil Gil, Lacruz, Melendo, Núñez, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2011, pp. 369 ss.; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad*, o. cit., pp. 442 ss.; Diego Manuel Luzón Peña, *Estudios penales*, Barcelona: PPU, 1991, p. 197 ss. Como con razón se ha señalado profusamente por la doctrina española, el dominio negativo del hecho, la capacidad de desbaratar la comisión del delito dejando de prestar la contribución propia, no puede ser un criterio que convierta a cualquier interviniente en autor. Debe darse también un dominio positivo, es decir, la no dependencia de la decisión autónoma de otra persona para llevar a cabo el hecho. Y puesto que en la coautoría este dominio positivo es compartido, la única forma de distinguir al coautor del cooperador es exigir del primero la realización de actos ejecutivos — así también Patricia Faraldo Cabana, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 43 ss.—.

⁵⁸ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1000.

⁵⁹ Actúa intencionalmente quien, en relación con una conducta, se propone incurrir en ella. En relación con una consecuencia, es necesario que el sujeto se proponga causarla o sea consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. “Conocimiento” significa la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1007.

⁶⁰ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 361, 366.

En contra de lo que había afirmado la SCP I,⁶¹ y en línea de lo que ha sido la posición del resto de salas a partir del caso *Bemba*,⁶² la SPI rechaza que el artículo 30 comprenda en su definición al dolo eventual.⁶³ Pero tras su rechazo formal al dolo eventual afirma que “la conciencia de que una consecuencia sucederá en el curso normal de los acontecimientos” implica un pronóstico que encierra cierto grado de probabilidad que no puede ser mínimo. Con ello no cabe duda de que, pese a lo que afirme, la Sala está admitiendo el dolo eventual.⁶⁴

El rechazo formal al dolo eventual se matiza sin embargo para aquellos delitos en cuya definición se exija un elemento subjetivo diferente al definido en el artículo 30,⁶⁵ tema que es objeto de otro estudio pormenorizado en este volumen.⁶⁶

Además, la SPI olvida la distinción legal entre consecuencia y conducta,⁶⁷ para conformarse finalmente con que el acusado y al menos otro autor tengan la intención de reclutar o utilizar niños menores de 15 años en las hostilidades o, alternativamente, que sean conscientes de que en la aplicación de su plan común esta consecuencia “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”, y, como segundo requisito, que el acusado sea consciente de que aportó una contribución esencial a la ejecución del plan común.

⁶¹ *Ibidem*, § 352.

⁶² *Bemba - Confirmation of Charges*, § 360, *Muthaura y Kenyatta - Confirmation of Charges*, § 411.

⁶³ En mi opinión la exclusión del dolo eventual sería errónea y daría lugar a incomprensibles lagunas de punibilidad. Sobre la discusión en detalle véase Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit., nota 72. En la doctrina admiten que el artículo 30 puede comprender el dolo eventual, por ejemplo, Héctor Olásolo, “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional”, en *In Dret*, 3/2009, p. 15; Donald Piragoff y Darryl Robinson, “Article 30”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Múnich: Beck-Hartpublishing, 2008, p. 860 y nota 67, admiten que el artículo 30 comprende algunos supuestos de dolo eventual. Muy crítico con toda la definición del dolo que hizo la SCP II en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* y con su interpretación del artículo 30, Kai Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision”, o. cit., pp. 715 ss., aunque este autor está de acuerdo con la exclusión del dolo eventual.

⁶⁴ En realidad, como ha puesto de manifiesto la juez Van den Wyngaert, la exclusión del dolo eventual en las decisiones de la Corte es solo aparente, pues lo cierto es que la aceptación de la mera conciencia de una cierta —aunque sea alta— probabilidad del resultado supone la admisión de este tipo de dolo —*Ngudjolo Chui - Judgment, Van den Wyngaert Concurring Opinion*, § 38—.

⁶⁵ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1014 ss.

⁶⁶ Véase el artículo de Carlos Caro en este mismo libro.

⁶⁷ Sobre las nefastas consecuencias de esta confusión, que conlleva obviar el elemento “voluntad de actuar”, constitutivo de toda clase de dolo, véase Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit.

2.2. Subsunción de los hechos en los elementos descritos

2.2.1. El plan común

El plan común que resultaría en la comisión del delito debería haber sido identificado por la Sala como el plan de formar y entrenar a un ejército de gente joven, sin importar su edad, lo que incluía el plan de reclutar y alistar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en hostilidades.⁶⁸ Sin embargo, la cuestión problemática en este punto radica en si Lubanga tenía la intención de reclutar a niños o si esta fue solo una consecuencia (quizás no pretendida) de un plan dirigido exclusivamente a la formación de un ejército con el fin de garantizar el control de un territorio. Como con razón esgrime la defensa,⁶⁹ tal plan concertado carecería de un carácter criminal, e incluso sería insuficiente para revelar el elemento de criminalidad exigido por la Corte.⁷⁰ La Sala solventa el asunto afirmando que no es necesario que el plan se hubiera dirigido específicamente a la comisión del delito en cuestión, apoyándose en su anterior definición del plan común, y que lo relevante es que el reclutamiento de niños menores de 15 años y su utilización en las hostilidades fue el resultado, que sucedió en el curso normal de los acontecimientos, de la ejecución del plan común.⁷¹ Esto supone, como explicaremos a continuación, una desvirtuación del elemento del acuerdo común de la coautoría, que no es, ni puede ser, otra cosa que el acuerdo de cometer un delito. En realidad la solución era mucho más fácil, pues, si el cargo se hubiera concretado desde el principio aludiendo al plan de formar un ejército que incluyera gente joven, sin importar su edad, ello claramente incluiría el plan de reclutar menores. Como el fiscal no lo hizo así desde el principio, sino que describió el reclutamiento de niños solo como una consecuencia del plan común, surge la discusión y una solución desacertada, porque abre la puerta a posibles decisiones erróneas futuras.

⁶⁸ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1019.

⁶⁹ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1127.

⁷⁰ Sobre la tendencia de las salas de cuestiones preliminares a identificar el plan común de un manera excesivamente amplia, definiendo incluso un plan no criminal en sí mismo, véase Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa), y Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 546 ss.

⁷¹ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1136.

2.2.2. La contribución esencial

En cuando a la contribución esencial del acusado, la SPI la analiza en relación con el plan común que acaba de definir. A pesar de que en algún momento la Sala afirma que va a examinar la totalidad de la contribución que el acusado ha realizado al reclutamiento, el alistamiento y la utilización de los menores de 15 años en las hostilidades,⁷² finalmente se conforma con examinar si él dirigía la UPC / FPLC (Union des Patriotes Congolais / Patriotic Force for the Liberation of the Congo) y tenía conocimiento de la comisión de los crímenes.⁷³

La Sala afirma su convicción de que Lubanga estaba involucrado activamente en la búsqueda de reclutas, aunque no puede determinar si estuvo personal y directamente involucrado en el reclutamiento de menores de 15 años. Al respecto, afirma, solo es seguro que estaba informado de esas actividades, no las condenaba, sino que jugó un papel activo en su implementación y aprobó el reclutamiento de menores de 15 años.⁷⁴ Lubanga no solo planeaba las operaciones militares y les daba apoyo logístico;⁷⁵ también visitaba los campos de entrenamiento donde se encontraban menores de 15 años (el más joven tenía nueve años) y los arengaba,⁷⁶ lo que demuestra, según la Sala, que tomaba decisiones y apoyaba la política de reclutamientos.⁷⁷

Sobre el carácter esencial de esta contribución, discutido por la defensa, que argumenta que las operaciones no habrían cesado sin esos discursos,⁷⁸ la Sala afirma que ese discurso, junto con otras evidencias, demuestra el control y la autoridad de Lubanga sobre sus coautores, algunos de los cuales se encontraban presentes, y que el carácter esencial de su contribución al plan común no radica en la visita concreta al campo de entrenamiento, sino que está basado en el conjunto de la prueba acerca de su contribución como oficial del más alto cargo en la UPC. Es decir, la Sala parece prescindir de la argumentación del control sobre el crimen a través de la contribución

⁷² *Ibidem*, § 1140.

⁷³ *Ibidem*, § 1221.

⁷⁴ *Ibidem*, § 1234.

⁷⁵ *Ibidem*, § 1222, 1356.

⁷⁶ *Ibidem*, § 1242 y 1266. El discurso que Lubanga dio en el campo de Rwampara fue presentado en vídeo como prueba y aparece transcrito en la sentencia. En él el acusado habla a los reclutas de la tarea bendecida que supone ser alistado y entrenado, y los anima a tomar las armas en cuanto terminase su entrenamiento para defender a la población.

⁷⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1356.

⁷⁸ *Ibidem*, § 1267.

esencial a este, y la sustituye por una afirmación del control de los coautores —lo que nos llevaría a otras figuras que no son la coautoría—,⁷⁹ a la vez que sustituye la prueba de la esencialidad de la aportación al crimen del que se acusa por la afirmación de una contribución esencial al plan en abstracto, deducida a su vez de la posición jerárquica.

En otro pasaje parece en cambio centrar la contribución de Lubanga en que apoyó o respaldó el continuo reclutamiento, entrenamiento y utilización de menores y en su autoridad sobre el resto de los líderes militares,⁸⁰ para concluir que su posición le posibilitaba diseñar las políticas de la UPC/FPLC y dirigir las actividades de sus coautores, que era informado permanentemente y que emitía instrucciones relativas a la ejecución del plan común, además de planear las operaciones militares, proveer de material logístico y armas, etcétera.⁸¹

La Sala también considera probado que Lubanga tenía a su servicio como guardaespaldas a niños menores de 15 años, lo que integraría la conducta delictiva del artículo 8.2.e.vii, por cuanto constituye un uso de niños para participar activamente en las hostilidades.⁸² A pesar de ello, no imputa a Lubanga como autor o coautor directo de este crimen, sino que utiliza este dato como uno más para argumentar la esencialidad de la contribución de Lubanga al plan común,⁸³ que resultó en el alistamiento, el reclutamiento y la utilización de menores en las hostilidades.⁸⁴

2.2.3. El elemento subjetivo

Al llegar a la prueba del elemento subjetivo, la Sala cambia la intención de incurrir en la conducta típica a la que se refiere el artículo 30 ER por la intención de participar en la realización del plan común, siendo consciente de que el alistamiento, reclutamiento y utilización de menores de 15 años en las hostilidades se producirá en el curso normal de los acontecimientos como consecuencia de la realización del plan.⁸⁵ En mi opinión,

⁷⁹ Juan Luis Modolell, “Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I...”, o. cit., p. 103 ss., opina que, si la Corte se empeña en seguir la doctrina del dominio del hecho —que él no comparte—, habría sido más adecuada la calificación de Lubanga como autor mediato.

⁸⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1269.

⁸¹ *Ibidem*, § 1270.

⁸² *Ibidem*, § 1262.

⁸³ *Ibidem*, § 1270.

⁸⁴ *Ibidem*, § 1271, 1356.

⁸⁵ *Ibidem*, § 1274.

en cambio, la Sala debía haber argumentado que Lubanga tenía la intención de reclutar, alistar o utilizar a menores, o sabía de la intención de sus coautores en tal sentido, y que realizaba con una contribución esencial a la ejecución de dichas conductas. Lógicamente, la defensa argumentaba que el reclutamiento y alistamiento de menores no era una consecuencia prácticamente segura de la formación de un ejército o de la aportación de Lubanga a tal fin.⁸⁶ La Sala, sin embargo, recoge numerosas pruebas de que Lubanga conocía la presencia de menores de 15 años en su ejército e incluso los tenía como guardaespaldas,⁸⁷ y que ello resultó una consecuencia, en el curso normal de los acontecimientos, de la realización del plan común: conseguir que la UPC/FPLC tuviese un ejército lo suficientemente fuerte para lograr sus objetivos políticos y militares (el control sobre la región de Ituri),⁸⁸ de donde deduce que Lubanga tenía la intención y el conocimiento requeridos por el crimen del que se lo acusa.⁸⁹

3. Crítica

3.1. Crítica general a la doctrina sobre la coautoría de la CPI

La primera crítica que merece la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la identificación de las distintas formas de intervención delictiva es haber optado por una determinada dogmática, en este caso la romano-germánica, en lugar de haber realizado un verdadero estudio de derecho comparado y, cuando no fuera posible encontrar principios comunes que den una respuesta uniforme y coherente con la regulación del Estatuto, haber buscado dentro de las soluciones existentes aquella que sistemática y teleológicamente fuera más acorde con la redacción legal.⁹⁰ Pero no nos detendremos en este tema, pues es objeto de análisis pormenorizado en el artículo anterior.⁹¹ Aquí vamos a estudiar solamente las versiones elegidas por la Corte para definir al coautor, dentro de la

⁸⁶ *Ibidem*, § 1276.

⁸⁷ *Ibidem*, § 1277 s.

⁸⁸ *Ibidem*, § 1347, 1351, 1355.

⁸⁹ *Ibidem*, § 1278, 1357.

⁹⁰ Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 542 ss.; Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Coautoría mediata...", o. cit., p. 201.

⁹¹ Véase José Luis Guzmán Dalbora, "El concepto de autor en el Estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: un dilema metodológico", en las pp. 231-261 de este mismo libro.

doctrina del dominio del hecho de la que dice partir, la interpretación concreta que hace de esas versiones elegidas y su aplicación final a los casos que está juzgando.

3.1.1. La elección de las versiones más expansivas de la categoría de la autoría

Lo primero que llama la atención es el empeño de la Corte en utilizar la calificación de autor por acción, es decir, en acudir a las figuras contenidas en el artículo 25.3.a. Lo segundo es que dentro de la teoría del dominio del hecho, de la que dice partir para definir al autor, la Corte adopta las teorías más expansivas, aunque sean minoritarias en la doctrina y, algunas de ellas, como por ejemplo la del dominio de la organización, muy discutidas también por las jurisprudencias nacionales.⁹² El optar por posturas tan minoritarias habría merecido una argumentación mayor por parte de la Corte, que parece haberse limitado a elegir una teoría que le permitía el castigo a título de autor, sin siquiera explicar por qué se desvía en aspectos esenciales de la construcción tal y como la idearon sus creadores.

Por otra parte, es preciso destacar que la doctrina que defiende la coautoría por dominio funcional del dirigente y afirma que contribuciones como la planificación, organización y dirección en la fase preparatoria pueden proporcionar tal dominio, suele oponerse a la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder. Es precisamente esa oposición la que suele llevar a ampliar la coautoría afirmando el dominio de quien actúa en fase preparatoria.⁹³ La Corte sin embargo admite ambas formas de dominio del hecho que amplían la autoría notablemente más allá del concepto objetivo formal, de la autoría mediata tradicional, limitada al instrumento irresponsable,⁹⁴ e incluso a la

⁹² Véase con detalle Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit., en especial notas 70 a 73.

⁹³ En España algunos de los autores que rechazan la construcción de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder organizados proponen castigar al hombre de atrás como coautor. Por ejemplo: Cándido Conde Pumpido, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1997, p. 21; Juan Carlos Ferré Olivé, "Blanqueo de capitales", o. cit., pp. 96-97, Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa*, o. cit., pp. 134, 137 ss.; Francisco Muñoz Conde, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 155 ss., Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 6.ª ed., Valencia, 2004, p. 456, para las organizaciones criminales no estatales ni paraestatales. En cambio, para las estatales y paraestatales este autor acepta la autoría mediata por aparatos de Roxin —véase Muñoz Conde y García Arán, o. cit., p. 454—.

⁹⁴ La jurisprudencia española nunca ha condenado a nadie en aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder; por el contrario, ha imperado la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes los delitos cometidos por los subordinados, unas veces exigiendo la actualización de la dirección en la fase ejecutiva, otras presuponiendo que el dirigente organizador tiene el dominio del hecho aun cuando solo actúe en la fase preparatoria,

coautoría funcional mayoritariamente aceptada, limitada a quien sin realizar actos ejecutivos al menos actúa o actualiza su aportación en la fase ejecutiva.⁹⁵ Admitiendo pues ambas posibilidades, la opción por una u otra debería radicar en si el superior actúa *junto con* sus subordinados o en cambio actúa *a través de* sus subordinados.⁹⁶ No obstante, la Corte parece entender la coautoría mediata como una posibilidad subsidiaria de la coautoría directa, que entiende prevalente.⁹⁷

La combinación de ambas teorías en la figura de la coautoría mediata —que se da, según la Corte, cuando cada uno de los acusados realiza una parte del delito, habiéndose dividido las tareas de común acuerdo, y cada uno realiza su parte (que puede ser

y otras muchas por la vía de considerar verdaderos autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Véase sobre ello Alicia Gil Gil, “El caso español”, en Kai Ambos (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, 2008, pp. 89 ss. Sobre la tendencia de nuestra jurisprudencia a considerar erróneamente a los inductores y cooperadores necesarios como verdaderos autores y sus causas, véase Enrique Bacigalupo, “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, n.º 6962, sección “Doctrina”, 6 de junio de 2008, pp. 3 ss.

⁹⁵ Véase supra la nota 23.

⁹⁶ Una parte de la doctrina ve otra diferencia en la ausencia de acuerdo mutuo entre el dirigente y el ejecutor material en estos casos; rechaza por ello la solución de la coautoría y opta por la autoría mediata por aparatos de poder. Entre otros, sostienen este argumento contra la solución de la coautoría Patricia Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia, 2004, p. 129; Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006, p. 260; José Cerezo Mir, *Curso...*, t. III, o. cit., 2001, p. 218, nota 52; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, o. cit., p. 375; Ana Isabel Pérez Cepeda, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *RP La Ley*, n.º 9, 2002, p. 117. Sin embargo, hay que decir que el TS español ha interpretado el elemento del mutuo acuerdo de manera muy amplia, aceptando el acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos, y además se conforma en ocasiones con el mero conocimiento o incluso el no oponerse para imputar en coautoría. El TS aprecia el acuerdo de voluntades, por tanto, sin necesidad de contacto entre todos los coautores; basta que la información haya llegado a todos ellos a través de los eslabones que hacen de intermediarios. Podría en consecuencia afirmarse que el TS acepta que el cumplimiento de una orden o encargo es sumarse a un acuerdo de forma tácita, como lo es también el aprobar o consentir la operación diseñada por unos subordinados para ser ejecutada por otros que aceptan el encargo. Sobre la aceptación del acuerdo tácito y coetáneo en la doctrina española véase María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, o. cit., pp. 160 ss. con ulteriores citas en nota 135, y pp. 164 ss., con citas de doctrina y jurisprudencia del TS en nota 142, y Victoria García del Blanco, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006, pp. 557 ss., que destaca la escasa prueba que exige el TS para afirmar la existencia de un acuerdo coetáneo y tácito —basta con estar presente y no oponerse, o se deduce de la acción conjunta realizada—.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, CPI, SCP I, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Decision on the Confirmation of Charges*, de 7 de marzo de 2011 (ICC-02/05-03/09). La Sala confirma los cargos por coautoría directa; aquí además la Sala especifica que la coautoría es entre los superiores y los subordinados. El fiscal los había acusado como coautores o como coautores mediatos alternativamente (§ 124). La Sala opta por la coautoría directa, y previamente había decidido que solo si no encontrara fundamento a la coautoría directa examinaría la mediata (§ 125), como si esta última fuese una forma de responsabilidad subsidiaria.

ejecutiva o no) a través de otro u otros—⁹⁸ permitiría atribuir a un acusado que solo intervino en la fase preparatoria los crímenes cometidos por sujetos que no eran sus subordinados ni obedecían sus órdenes, con el argumento de la mutua atribución de las aportaciones de cada coautor.⁹⁹

Como la propia SPI afirma,¹⁰⁰ lo que debería distinguir al autor del partícipe es que la actuación del primero no es accesoria (como la del segundo) sino principal.¹⁰¹

En mi opinión, en este dato (el carácter accesorio o no de la responsabilidad) debería centrarse la decisión acerca de si determinada contribución puede calificarse como autoría —lo que implica que supone por tanto ya un comienzo de la tentativa— o como participación —lo que indica que debe esperar a la realización de un hecho constitutivo de tentativa por parte de otro para ser castigada—. Ello conlleva, por supuesto, la necesidad de una construcción sobre el comienzo de la tentativa que sea coherente con la definición de autor escogida.¹⁰² Un castigo como coautor que pretenda únicamente dar el mensaje de la elevada responsabilidad del acusado, pero sin tener en cuenta las mencionadas consecuencias de esta calificación, puede llevar a contradicciones.¹⁰³

Sin embargo, la Corte no suele hacer la prueba, que sería interesante, de analizar si la contribución del acusado puede calificarse ya de una tentativa del delito del que se le acusa, de manera que no sea necesario para su castigo que otro codeficiente haya avanzado hasta dicho estadio (lo que demostraría la accesoriidad de la responsabilidad del primero y por lo tanto que no es autor). En definitiva, la Corte no se ha detenido a

⁹⁸ *Katanga and Ngudjolo Chui - Confirmation of the Charges*, § 519 ss.

⁹⁹ Así lo destaca también Kai Ambos, "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", o. cit., p. 12: "No obstante, la Sala de Asuntos Preliminares de la CPI imputó a los procesados —mediante una curiosa combinación de autoría mediata (dominio de la organización) y coautoría como *coautoría mediata* [*"mittelbare Mittäterschaft"*] ("*indirect co-perpetration*")— no solo los hechos de los propios subalternos, sino también los de cada uno de los otros, ya que habían intervenido en virtud de un plan común, siempre habían efectuado una contribución fundamental y habían controlado conjuntamente la totalidad del asalto", en relación con el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*.

¹⁰⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 998.

¹⁰¹ En efecto, la accesoriidad cuantitativa exige, según todas las posibles interpretaciones de la accesoriidad de la participación, que el autor haya comenzado la tentativa para que los partícipes respondan —véase por todos José Cerezo Mir, *Curso...*, t. III, o. cit., pp. 228 ss.—.

¹⁰² Sobre todo ello, Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 577 ss.

¹⁰³ Como señaló por ejemplo Marcelo Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, p. 30 ss., en relación con el juicio a los excomandantes —sentencia de la CNCC de la Capital Federal, causa n.º 13/84, 9.12.1985—, en el que, a pesar de la calificación como autores mediatos, en realidad la Cámara Nacional los trató como partícipes accesorios; por ejemplo, cuando no se los castigó por la tentativa de todas las muertes que implicaban sus órdenes (pp. 44-45). En el mismo sentido, Ezequiel Malarino, "El caso argentino", en K. Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2008, pp. 60 ss.

desarrollar una dogmática que compatibilice de manera coherente ese adelantamiento o ampliación de las contribuciones consideradas de autoría con la definición del comienzo de la tentativa.

Y es que pareciera que el empeño de la Corte en forzar una calificación como autor pretende más bien un efecto simbólico y comunicativo: transmitir a la sociedad un mensaje estigmatizador acerca de la responsabilidad de los dirigentes políticos y militares.¹⁰⁴ Si embargo, entiendo que dicho mensaje puede lograrse por otros medios, sin necesidad de forzar la calificación como autor, más cuando el artículo 25.3 ER contiene una descripción muy pormenorizada de las posibles formas de contribuir a la comisión del crimen.¹⁰⁵

3.1.2. La traición a las teorías de las que la Corte dice partir

Pero una vez elegidas esas teorías, lo primero sobre lo que hay que advertir es la peligrosa tendencia a la tergiversación de los elementos que definen al autor según ellas, al desvincularlos de su fundamento y función y prescindir de su prueba respecto del crimen concreto. Con ello la Corte tiende realmente a una nueva categoría de coautor o coautor mediato, en la que el dominio del hecho deja de ser un dato fáctico referido a la dirección del curso causal hacia la producción del delito (en la versión de Welzel) o el poder de decidir el *si* y el *cómo* de su ejecución (en la de Roxin), para convertirse en una mera etiqueta que califica como autor y que se *atribuye* (si fuera un dato fáctico se probaría) a partir del estatus del acusado en la jerarquía política o militar, lo que difícilmente encaja con las definiciones del artículo 25.3.a del Estatuto de Roma.¹⁰⁶

La SCP I había realizado una definición de los elementos de la coautoría según la teoría del dominio funcional del hecho precisa y bastante¹⁰⁷ fiel a la doctrina continental. Sin embargo, en las decisiones posteriores se ha producido un paulatino distanciamiento

¹⁰⁴ Ellies van Sliedregt, "The Curious Case of International Criminal Liability", *JICJ*, vol. 10, 2012, pp. 1172-1188, 1184-1185; ídem, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa).

¹⁰⁵ Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 577 ss.

¹⁰⁶ Sobre la deriva hacia un concepto normativo de autor, incompatible con la redacción del artículo 25 ER, véase Alicia Gil Gil, "Imputación...", o. cit., p. 533 ss. A favor de una normativización del dominio del hecho, en cambio, Kai Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, Montevideo: KAS, 2005, pp. 225-226.

¹⁰⁷ A excepción de la admisión del dominio del hecho para quien actúa solo en fase preparatoria, que en todo caso es discutible.

en la definición de estos elementos, que se van desdibujando. Un claro ejemplo es la sentencia que nos ocupa. Vamos a ver, uno por uno, cómo finalmente los tres elementos analizados tienen poco o nada que ver con la construcción original.

3.1.2.1. *El acuerdo mutuo o plan común*

El plan común se entendió siempre en la doctrina continental como el acuerdo de voluntades entre los distintos coautores para realizar conjuntamente el delito repartiéndose las tareas para ello.¹⁰⁸ Este acuerdo, que no es otra cosa que el dolo común,¹⁰⁹ permite la atribución del crimen en su conjunto a todos ellos aun cuando su aportación haya sido parcial.¹¹⁰ La resolución común a cometer el delito constituye el fundamento y también el límite de la imputación recíproca en la coautoría. Solo lo que los coautores realizan dentro del acuerdo común puede imputarse recíprocamente.¹¹¹ Lo que quedaba siempre claro era que tenía que tratarse del acuerdo de cometer el delito y no cualquier otra cosa.¹¹² Sin embargo, curiosamente, la doctrina de la CPI ha independizado este elemento transformándolo en un requisito objetivo autónomo,¹¹³ lo que permitirá, como veremos a continuación, expandir notablemente la coautoría. Si bien la definición de la SCP I sobre el acuerdo común¹¹⁴ era todavía interpretable conforme a la doctrina clásica sobre la coautoría, lo cierto es que con posterioridad, en mi opinión, se ha ido desvirtuando y son numerosas las decisiones de confirmación de cargos en las que la definición del acuerdo mutuo no ha sido correcta.¹¹⁵

¹⁰⁸ Günter Stratenwerth, *PG*, o. cit., p. 335.

¹⁰⁹ Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 28, párrafo 1", o. cit., p. 234.

¹¹⁰ Gunter Stratenwerth, *PG*, o. cit., 12/80 ss.

¹¹¹ Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín: Duncker & Humblot, 1996, p. 677; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, § 25, p. 194; Günter Stratenwerth, *PG*, o. cit., p. 336; José Cerezo Mir, *Curso...*, t. III, o. cit., p. 234; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal*, o. cit., p. 263; Kai Ambos, *La Parte general...*, o. cit., p. 186.

¹¹² La doctrina alemana se refiere a él incluso como el *Tatplan*, es decir, referido al hecho delictivo —véase por ejemplo Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, § 25, pp. 190 ss.— o como la decisión común al hecho delictivo —Günter Stratenwerth, *PG*, o. cit., p. 335—. Pero también la doctrina anglosajona lo refiere a la comisión del delito; véase por ejemplo Richard Card, Rupert Cross y Phillip Asterley Jones, *Criminal Law*, 19.ª ed., 2010, p. 783: "A joint criminal venture exists where two (or more) people engage together with the common purpose that an offence be committed".

¹¹³ Véase la crítica a este aspecto que ya expusimos en la nota 33.

¹¹⁴ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 342 ss.

¹¹⁵ Alicia Gil Gil, "Imputación", o. cit., pp. 546 ss.; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends* (en prensa).

¿Cómo se ha llegado a que el plan común de los coautores no tenga que ser necesariamente el plan de cometer el delito por el que se los acusa?

Las salas de cuestiones preliminares, igual que la Sala de Primera Instancia en la sentencia que venimos comentando, han insistido en que el acuerdo o plan común no tiene por qué ser delictivo en sí mismo. Según ellas, es suficiente que incorpore un *elemento delictivo*, es decir, que basta con que su realización encierre un riesgo suficiente de que si los sucesos siguen el curso ordinario se cometerá un crimen.¹¹⁶ Pero además esta afirmación se ha interpretado de manera tal que ni siquiera se exige que el plan común incluya el acuerdo de *realizar determinados actos* calificables como elementos objetivos del crimen y que puedan dar lugar al resultado delictivo en el curso ordinario de los acontecimientos, es decir, exigiendo el acuerdo sobre la conducta y aceptando el riesgo del resultado —posición que sería perfectamente coherente con la definición del artículo 30, en mi opinión—.¹¹⁷ Por el contrario, basta que la realización del plan conlleve el riesgo de que alguno de los intervinientes cometa un crimen, en el curso normal de los acontecimientos.

Esta interpretación del plan común resulta inadmisibles, en primer lugar porque la única parte relevante penalmente de ese plan sería precisamente ese “elemento delictivo”. Como ha señalado Kai Ambos:

[...] no estamos hablando aquí de cualquier plan [...] sino de un plan que forma la base de la comisión conjunta de un crimen y, por tanto como consecuencia, de la atribución mutua de las respectivas contribuciones de los coautores [...]. Un plan como este no puede ser predominantemente no-criminal sino que al menos debe comprender más o menos los crímenes concretos que serán cometidos, si no, no habría nada [en que se hayan puesto de acuerdo] que podría ser atribuido mutuamente.¹¹⁸

Pero, además, ella tiene repercusiones muy relevantes en dos sentidos: por una parte, conduce a la imputación de responsabilidad por los excesos (declarados previsibles)

¹¹⁶ *Lubanga Dyilo*, § 984. ICC, PTC I, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Decision on the confirmation of charges”, de 7 de marzo de 2011, § 155, *Muthaura y Kenyatta-Confirmation of Charges*, § 413 ss.

¹¹⁷ Véase Alicia Gil Gil, “Mental Element”, o. cit., nota 72.

¹¹⁸ Kai Ambos, “Sobre la ‘organización’ en el dominio de la organización”, o. cit., p. 27.

de uno de los intervinientes en el plan común.¹¹⁹ Por otra parte, desplaza, como veremos a continuación, el requisito de una aportación objetiva, que debería exigirse que se realice al crimen concreto del que se acusa, pero se convierte en una aportación al plan común incluso no delictivo en sí mismo.

3.1.2.2. *La contribución esencial*

De la misma manera que el elemento anterior, el de la contribución esencial ha vivido una transformación en la jurisprudencia de la Corte que lo hace irreconocible, y ello en tres sentidos:

En primer lugar porque, en lugar de exigirse una contribución esencial al delito del que se imputa al sujeto, que sería lo lógico, basta una contribución al plan común diseñado de aquella manera amplia, dirigido a un fin incluso no delictivo, y que fuera previsible la comisión de un crimen como consecuencia natural de la implementación del plan, donde tampoco se especifica cómo se determina que cierto evento ha sido una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

En segundo lugar porque, gracias a lo anterior, la Corte prescinde de la prueba del carácter esencial de la aportación para la comisión del crimen. Ya de por sí el carácter esencial de la contribución es un elemento normativo cuya definición ha generado una larga controversia en la doctrina, sin que se haya llegado a criterios convincentes para su identificación,¹²⁰ lo que aconsejaría en mi opinión prescindir de esta teoría. Pero, una vez que la Corte la ha asumido y ha optado por una concreta fórmula para su definición,¹²¹ resulta inadmisibles que prescinda de la prueba conforme a tal fórmula.

Y en último lugar porque en realidad, con todo ello, como hemos visto, el elemento de la contribución esencial se ha desligado por completo de la doctrina del dominio del hecho para pasar a convertirse en la etiqueta con la que se califica la actuación de un alto

¹¹⁹ Sobre la inadmisibles imputación a un sujeto a título de autor por acción de los excesos de un interviniente que no han sido ni ordenados ni acordados por el primero, véase Alicia Gil Gil, "Mental Element", o. cit.

¹²⁰ Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 28, párrafo 1", o. cit., p. 242; Miguel Díaz y García Conlledo, "Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real", en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0, Junio 2012, pp. 36 ss.; idem, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 669 ss.; Enrique Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 135 ss.; Mariano Melendo Pardos, en Gil Gil, Lacruz, Melendo, Núñez, *Curso...*, o. cit., pp. 369 ss.; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad*, o. cit., pp. 442 ss.; Alicia Gil Gil, "Imputación..." o. cit. p. 539 ss.

¹²¹ Véase supra, nota 46.

responsable civil o militar de acuerdo con el máximo reproche penal que en opinión de la Corte merece.

3.1.2.3. *El elemento subjetivo*

La definición amplia del acuerdo o plan común como elemento central para la imputación a título de autor ha llevado también a una traición del elemento subjetivo de la coautoría, que infringe incluso la dicción literal del artículo 30 ER.

Y es que, según la doctrina de la coautoría, cada coautor, para serlo, debería realizar su parte en la ejecución del delito o, si se acepta, su aportación esencial pero no ejecutiva, conociendo —porque así se ha pactado en el acuerdo común— que el resto de los coautores realizarán la suya y que entre todos al menos crearán el riesgo relevante de la producción del resultado.

El artículo 30 ER distingue correctamente respecto del dolo entre conductas (que deben quererse) y consecuencias (que pueden preverse).¹²² Tanto en la doctrina continental¹²³ como en el *common law*¹²⁴ se reconoce que el dolo contiene a su vez diferentes elementos referidos a un actuar, a una circunstancia o una consecuencia. O, dicho desde la terminología del *common law*, que los diferentes elementos objetivos de un delito pueden requerir diferente elemento subjetivo (*different mental state*).¹²⁵ Mientras que para actuar con dolo en relación con el resultado basta, según el artículo 30, preverlo con cierto grado de probabilidad (que se producirá en el curso normal de los acontecimientos)

¹²² También Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional", o. cit., pp. 34 ss., nos recuerda que el artículo 30 distingue entre diferentes objetos de referencia (conducta, consecuencia y circunstancia) y define el elemento subjetivo de acuerdo a estos, y el estándar previsto en el apartado 3 del artículo 30 solo es aplicable a circunstancias y consecuencias, pero no a la conducta. En cambio, la contribución del coautor al plan común pertenece a la descripción de la conducta de la coautoría; no es ni una consecuencia (un resultado) ni una circunstancia.

¹²³ Véase al respecto en especial la interesante obra de Klaus Gehrig, *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Berlín, 1986, pp. 34 ss., 45 ss., 79 ss.; Alicia Gil Gil, Juan Manuel Lacruz, Mariano Melendo, José Núñez, *Curso...*, o. cit., pp. 232 ss.; Alicia Gil Gil, "Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto", en *RDPC*, n.º 15, 2005, pp. 119 ss.; Alicia Gil Gil, "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000, pp. 125 ss.

¹²⁴ Es probable que esta distinción haya entrado en el Estatuto de Roma por la influencia los negociadores estadounidenses, como señaló Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013, p. 50.

¹²⁵ VV. AA., *Model Penal Code and Commentaries*, Washington: American Law Institute, 1985, parte I, § 2.02, pp. 229 ss.; Paul H. Robinson y Markus D. Dubber, "An Introduction to the Model Penal Code", p. 12, accessible en <www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>, (25.06.2013); Mohamed E. Badar, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, Oxford: Hart, 2013, p. 101.

—lo que en mi opinión incluye ciertos casos de dolo eventual¹²⁶—, en relación con la conducta hay que actuar con la necesaria “voluntad de actuar”,¹²⁷ elemento de toda clase de dolo. A esa voluntad de actuar se refiere en mi opinión¹²⁸ el artículo 30.2.a cuando establece:

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella [...].

En el artículo 30 ER se regula, sin duda alguna, el elemento subjetivo del crimen concreto imputado, y no el de un plan diferente, incluso no delictivo en sí mismo. Sin embargo, la sustitución de uno por otro hace que, donde el Estatuto exige voluntad de realizar la conducta típica (*means to engage in the conduct*), lo que en caso de coautoría debe entenderse como voluntad de realizar la parte correspondiente de la conducta típica¹²⁹ —o la aportación esencial a esta, aunque no constitutiva de actos ejecutivos, si esa doctrina se admite—, esta exigencia se sustituya por la voluntad de realizar otra cosa que no es la conducta típica, un plan diferente, siempre que exista la probabilidad “en el curso normal de los acontecimientos” de que algún otro interviniente en la realización de ese plan cometa el crimen.¹³⁰ Mediante este juego la Corte sustituye por tanto la exigencia de voluntad de realizar (una parte de o una contribución esencial a) la conducta típica por la voluntad de realizar la contribución a un plan diferente, junto con la mera previsibilidad de la conducta típica, y ello en contradicción con la disposición legal.

¹²⁶ Alicia Gil Gil, “Mens Rea” (en prensa), nota 72.

¹²⁷ Sobre el concepto de voluntad de actuar, que forma parte de todas las clases de dolo, véase Jescheck y Weigend, *Lehrbuch*, o. cit., pp. 303-304; Claus Roxin, “Über den Tatentschluß”, en Horst Schröder y Walter Stree, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Múnich: Beck, 1978, pp. 152-153; Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 247-248; ídem et al., *Curso...*, o. cit., pp. 232 ss.

¹²⁸ Véase con detalle Alicia Gil Gil, “Mens Rea” (en prensa). Una interpretación diferente ofrece en cambio Roberto Wenin, *La mens rea nello Statuto di Roma*, Turin: Giappichelli, 2012, pp. 29 ss.

¹²⁹ Kai Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, o. cit., pp. 35.

¹³⁰ Sobre la incompatibilidad de esta interpretación con la dicción literal del artículo 30 y sus inaceptables consecuencias, con detalle, Alicia Gil Gil, “Mental Element” (en prensa).

3.2. ¿Es posible calificar a Lubanga como coautor de los crímenes que se le imputan?

Como se ha ido apuntando a lo largo de la exposición de la sentencia, en mi opinión Lubanga debería responder como autor directo por ejecución de actos típicos (y no por dominio funcional) en relación con la conducta de utilización de menores de 15 años en las hostilidades,¹³¹ dado que la Corte considera que el empleo de los menores en labores de seguridad, como guardaespaldas, es subsumible directamente en dicha conducta típica.¹³² Bastaría por tanto argumentar en este caso la realización de la conducta típica, volviendo innecesaria la apelación a una contribución esencial, elemento que ha perdido su sentido y función original en esta sentencia.

También resulta convincente la interpretación del tipo de los delitos de reclutamiento y alistamiento que hace Guzmán Dalbora en este mismo volumen, según la cual los actos ejecutivos de estos delitos incluirían otras actividades realizadas por Lubanga. Pero si no se admitiera esa interpretación y por tanto se considerase que la autoría o coautoría directa por ejecución de actos típicos no resulta aplicable en estos delitos, habría que analizar al menos si el acusado efectivamente puede ser calificado como coautor aplicando la doctrina del dominio funcional del hecho. Para ello la Sala tendría que demostrar, siguiendo la doctrina de Roxin, que aceptó la SCP I en la confirmación de cargos, que Lubanga acordó con sus coautores la comisión de estos crímenes y que, en la división de las tareas dirigidas a su ejecución, él realizó al menos una contribución que, si bien no era ejecutiva, al menos era esencial, en el sentido de que, si no la hubiera prestado, el crimen no se habría cometido.

La primera parte no era, en mi opinión, difícil de argumentar, si la acusación hubiera estado bien formulada desde el principio. Bastaba con probar que Lubanga había acordado con sus coautores la formación de un ejército de jóvenes, lo que incluía a menores de 15 años. La prueba de la esencialidad de la contribución de Lubanga a dicho fin puede resultar más compleja, pero no imposible. Lo importante es que la Sala

¹³¹ En el mismo sentido Juan Luis Modolell, "Problemas de autoría...", o. cit., p. 102. La única explicación que se me ocurre de por qué la Sala no acusa respecto de este crimen a Lubanga como autor directo es que no quiere condenarlo solo por el uso de los niños que personalmente lleva como guardaespaldas, sino por todos los que la organización ha utilizado de un modo u otro en el conflicto. En opinión de José Luis Guzmán Dalbora, Lubanga podría responder como autor directo de todos los delitos que se le imputaban ("El concepto de autor...", pp. 231-261 de este mismo libro).

¹³² *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1270.

demuestre que sin la aportación de Lubanga (planeamiento, dirección, soporte logístico) no se habría podido reclutar o alistar a esos menores. Si tal extremo no pudiera probarse, Lubanga solo podría responder como autor en comisión por omisión a través del artículo 28 ER, pues evidentemente era consciente de la comisión de estos crímenes por sus subordinados y no lo impidió. Lo que no es de recibo es referir los elementos de la coautoría a un plan diferente del de la realización concreta del delito imputado, pues con ello la Corte acaba en un concepto normativo de autor¹³³ que se basa más en el estatus del acusado que en su concreta contribución al hecho imputado, con lo que infringe el artículo 25 ER.

4. Conclusiones y propuesta para la identificación del autor en el artículo 25.3.a ER

La interpretación que la Corte Penal Internacional viene haciendo del artículo 25.3.a ER, solo aparentemente conforme con la doctrina romano-germánica, plantea tensiones con los principios de legalidad, responsabilidad por el hecho propio y culpabilidad.¹³⁴ En primer lugar porque ha optado por las doctrinas más expansivas y controvertidas, mostrando una clara tendencia a la ampliación de la figura del autor,¹³⁵ que

¹³³ Defiende que se utilice este tipo de concepto para castigar a Lubanga Juan Luis Modolell, "Problemas de autoría...", o. cit., p. 105. Pero en mi opinión su argumento de que el "guionista" sea considerado autor no es compatible con la dicción literal del artículo 25, que distingue entre quien comete, quien ordena, quien propone, quien induce, etc., y que además impone la accesoriedad cuantitativa de los partícipes frente a la responsabilidad principal y autónoma del autor.

¹³⁴ Sobre ello, con detalle, Alicia Gil Gil y Elena Maculan, "Current Trends", o. cit. (en prensa) y Alicia Gil Gil, "Imputación", o. cit., pp. 533 ss.

¹³⁵ Las acusaciones a título de autor son mayoritarias en las decisiones y órdenes de arresto de la Corte, aunque en algunos casos las salas empiezan a hacer uso de otros modelos de imputación previstos por el ER: además del caso *Bemba Bemba Gombo - Confirmation of Charges*, cit., en el que el cargo como coautor tuvo que ser cambiado por el de responsabilidad del superior jerárquico al rechazar la Sala el dolo eventual —véase sobre ello Alicia Gil Gil, "Imputación...", pp. 552 ss.—, en el caso *Ruto y Sang* la Sala califica al segundo acusado como partícipe con base en el artículo 25.3.d (*Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*, § 350 ss.). Esta misma figura es propuesta en las órdenes de arresto contra Ahmad Harun (CPI, SCP I, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Au Kushayb")*, "Warrant of Arrest for Ahmad Harun", de 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07-2), y Ali Kushayb (CPI, SCP I, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Au Kushayb")*, "Warrant of Arrest for Au Kushayb", de 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07-3)), junto con una responsabilidad accesoria de acuerdo con el artículo 25.3.b, en el primer caso, y con una responsabilidad como autor en el segundo.

responde al deseo de transmitir el elevado reproche que merecen en su opinión determinados sujetos. Es decir, la calificación como autor pretende tener un valor simbólico y comunicativo.¹³⁶

A la hora de definir la autoría, es aconsejable hacer un uso limitado de las figuras o teorías que, a raíz de un estudio comparado, no encuentran suficiente respaldo para ser consideradas “principios generales del derecho”.

En segundo lugar porque ni tan siquiera es fiel a las teorías a las que dice adherirse. En la sentencia contra Lubanga la Corte culmina un proceso de desvirtuación de los elementos de la coautoría según la doctrina del dominio funcional del hecho de la que la decisión de confirmación de cargos había partido.

La desvirtuación de los elementos para una ampliación de la categoría se hace en contradicción con la dicción literal de los artículos 25 y 30 ER, pues se acaba en una especie de concepto normativo que se basa más en el estatus del acusado y el incumplimiento de las obligaciones derivadas de tal estatus que en los requisitos legales. Para ello, requisitos como el de la realización conjunta del crimen, que exige una aportación objetiva a la comisión del crimen concreto y la voluntad de realizar la conducta típica —o una aportación esencial a esta—, con conciencia del riesgo elevado de producción del resultado delictivo, se sustituyen por referencias a planes más genéricos de los que resulta previsible la comisión del delito. Con ello la Corte termina acercándose a la denostada figura de la JCE III y a una responsabilidad por el hecho ajeno.¹³⁷

La Corte debería replantearse su doctrina sobre la autoría y, si decide seguir la doctrina continental del dominio del hecho —lo que personalmente no considero convincente en relación con la construcción del dominio funcional del hecho—, ser fiel y precisa en el análisis de sus elementos. Cuando estos no puedan ser probados, la Corte cuenta con la figura de la responsabilidad por omisión del artículo 28 y con las otras formas de participación recogidas en el artículo 25.3.b-d. El hecho de calificar al acusado como autor por omisión, como inductor o como cooperador necesario no rebaja, ni a

¹³⁶ Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends”, o. cit. (en prensa).

¹³⁷ Con detalle Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends...”, o. cit. (en prensa). En sentido similar, Kai Ambos, *La Parte general...*, o. cit., p. 186; Marjolein Cupido, “Pluralism in Modes of Liability. Joint Criminal Enterprise versus (Indirect) Joint Perpetration” (inédito); Jens D. Ohlin, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, Cornell Law Faculty Publications, Paper 169, 2011, <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169>>, (25.06.2013), p. 747; Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 17.

efectos de la pena ni a efectos del mensaje de la condena,¹³⁸ la gravedad y reprochabilidad de la conducta del acusado, pero, al mismo tiempo, ello impedirá crear figuras que infringen el principio de legalidad.

En este sentido, el verdadero criterio para distinguir entre autores y partícipes en un crimen internacional debería ser —como la propia Corte ha reconocido, pero luego no examina en el caso concreto— el carácter principal o accesorio de la contribución del sujeto imputado. El autor es principal y su castigo no depende de la intervención de otro, mientras que el partícipe es accesorio y su conducta es impune hasta que un autor principal realice una conducta al menos calificable como tentativa. Si para considerar punible el tipo de intervención activa que ha realizado un acusado es necesario esperar a la intervención de otra persona, ello quiere decir que la conducta del primero tiene carácter accesorio y puede llevar a su imputación a título de participación solamente.¹³⁹

Sin embargo, como ya se ha comentado, la Corte elige la calificación como autor pretendiendo con ella comunicar cierta valoración, es decir, con un carácter simbólico,¹⁴⁰ pero la forma de poner en práctica esta idea parte de un error conceptual importante. La Corte parece olvidar la correlación entre autor-principal y partícipe-accesorio al sustituirla erróneamente por autor-más responsable partícipe-menos responsable, lo que la conduce finalmente a traicionar la primera correlación al dejarse llevar por la falsa, la segunda.¹⁴¹ El partícipe no es necesariamente menos responsable que el autor, ni su contribución al hecho es por definición menos reprochable. La prueba es que en muchos ordenamientos internos el inductor y el cooperador necesario tienen la misma pena que el autor. Especialmente esta última figura parte de la idea de que puede haber contribuciones accesorias (propias de un partícipe, no ejecutivas) pero de importancia equivalente a los actos ejecutivos y que merecen por tanto el mismo castigo.¹⁴² El partícipe

¹³⁸ Incluso el mensaje de máximo responsable puede trasladarse calificando al inductor de “autor intelectual” del delito —Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización?”, o. cit.—.

¹³⁹ Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends”, o. cit. (en prensa); Alicia Gil Gil, “Imputación”, o. cit., p. 576 ss. No me parecen convincentes, en cambio, propuestas que ponen todo el peso en el elemento subjetivo o *mens rea*, y que nos acercan a conceptos subjetivos de autor ya superados en la doctrina romano-germánica, como por ejemplo la propuesta de Jens Ohlin, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, o. cit., también publicado en *Chicago JIL*, 11, 2011, p. 721.

¹⁴⁰ Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends”, o. cit. (en prensa).

¹⁴¹ En el mismo sentido Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 23 ss.

¹⁴² José Cerezo, *Curso III*, p. 247; Mariano Melendo Pardos, “Teoría de la codelinuencia, II: Participación”, en Alicia Gil, Juan Manuel Lacruz, Mariano Melendo, José Núñez, *Derecho penal, Parte general*, p. 399.

simplemente deriva su responsabilidad de la del autor principal y responde en función de lo hecho por aquel.

En mi opinión, existe una contradicción entre afirmar que el autor, recogido en el artículo 25.3.a, es principal y su responsabilidad no depende de la conducta de otro, como reconoce la Corte, y a la vez afirmar que es coautor quien realiza una contribución que, considerada aisladamente, solo podría calificarse de acto preparatorio impune. También el coautor debe ser principal y no accesorio, aun cuando la ejecución completa del hecho no descansa solo en sus manos. Para que la aportación del sujeto sea considerada coautoría, y a la vez pueda mantenerse su carácter no accesorio (que su responsabilidad no depende de que otro sujeto comience la tentativa, lo que significa en el Estatuto de Roma realizar actos ejecutivos¹⁴³), debe exigirse, lógicamente, que la aportación del sujeto pueda calificarse, por sí sola, de tentativa punible. Esto viene apoyado además por la redacción del artículo 25.3 ER, que destaca la naturaleza accesoria de la participación,¹⁴⁴ ya que, mientras en el apartado a —que regula la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata— habla de cometer el delito, en los restantes apartados, en cambio, hace mención expresa de distintas formas de intervenir “en la comisión o en la tentativa”.

En conclusión y siguiendo la explicación tradicional de la accesoriidad cuantitativa: quien comete el delito o al menos comienza la tentativa (realiza los actos ejecutivos) es autor; en cambio, quien interviene de alguna otra forma en la comisión o tentativa de otro es partícipe. Por ello, en mi opinión, la doctrina de la contribución esencial pero no ejecutiva que confiere el dominio del hecho —y máxime cuando solo se actúa en fase preparatoria— no es compatible con el ER, que caracteriza al partícipe como accesorio (y por contraposición al autor como principal) y a la vez define la tentativa como la realización de actos ejecutivos.¹⁴⁵

¹⁴³ Véase el artículo 25.3.f, más claro si cabe en la versión inglesa: “Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person’s intentions” (énfasis añadido). Por supuesto, luego se plantea el problema de la definición de los actos ejecutivos; personalmente considero que la teoría más convincente es la de la unidad natural de Frank, que pretende completar la teoría objetivo-formal de Beling con un criterio material pero restrictivo —Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1931, p. 87; Alicia Gil, Juan Manuel Lacrúz, Mariano Melendo, José Núñez, *Curso...*, o. cit., pp. 325-327.

¹⁴⁴ Así también José Luis Guzmán Dalbora, “El concepto de autor...”, pp. 231-261 de este mismo libro.

¹⁴⁵ Entiendo que la posición de la jueza Van den Wyngaert es similar a la aquí propuesta cuando rechaza que el artículo 25.3.a exija una contribución esencial y afirma que los coautores deben realizar directamente los elementos materiales del crimen —*Ngudjolo Chui - Judgment, Van den Wyngaert Concurring Opinion*, § 44—. Si la planificación

En principio cualquier concepto de autor puede servirnos para integrar el artículo 25 ER, pero siempre que 1) sea compatible con su dicción literal y coherente con una interpretación teleológica y sistemática del Estatuto¹⁴⁶ y 2) lleve a resultados universalmente compartibles. Ya hemos visto los problemas que la doctrina del dominio funcional del hecho mediante una “aportación esencial” presenta respecto del primer aspecto. En relación con el segundo, cabe recordar que el único criterio universalmente reconocido de autor es el objetivo formal; a partir de ahí se puede afirmar un consenso amplio en la consideración como autor de quien actúa utilizando lo que los anglosajones denominan “agente inocente” (casos tradicionales de autoría mediata). A ello podemos añadir la autoría mediata con agente responsable por ser una imposición del ER, acordada por tanto por los Estados parte, pero aquí acaba el acuerdo.¹⁴⁷

Por todo lo dicho, en mi opinión, la doctrina del dominio funcional del hecho mediante la aportación de una “contribución esencial”, ni tal y como la diseñó Roxin, ni mucho menos con su expansión a la actuación en fase preparatoria, ni, por supuesto, en absoluto, tal y como ha acabado desvirtuándola la CPI, cumple estos dos requisitos.

u organización del crimen puede ser considerada un acto ejecutivo de este, tal y como la jueza defiende —o. cit., § 47—, debe ser examinado en mi opinión caso por caso, pues se trata de una cuestión de interpretación del tipo penal. Al respecto resulta convincente la argumentación de Guzmán Dalbora respecto del crimen de reclutamiento y alistamiento de niños soldados (“El concepto de autor...”, en este mismo volumen, pp. 231-261). En su opinión la conducta de Lubanga es directamente subsumible en el tipo, por lo que sería coautor directo aplicando sin más una teoría objetivo-formal. Cuando el tipo concreto no permita tal interpretación será necesario acudir a la figura de la inducción u otras recogidas en el artículo 25.

¹⁴⁶ Véase José Luis Guzmán Dalbora, “El concepto de autor...”, pp. 231-261 de este libro.

¹⁴⁷ Un estudio sobre la responsabilidad de dirigentes de organizaciones en diversos países puede verse en Ulrich Sieber y Karin Cornils (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. 4, Berlín: Max Plack Institut, 2010. Lo cierto es que hay muchos países con diferentes conceptos de autor, no basados en el dominio del hecho, que no reconocen la autoría mediata o que castigan al organizador o director de diversas maneras. Por ejemplo, lo califica directamente como autor el Código Penal chino (p. 7) y recoge un concepto objetivo-formal de autor el CP francés (p. 77), donde el autor mediato se castiga como inductor (p. 79). Existen legislaciones en las que se admite solo la autoría mediata con instrumento irresponsable, como la legislación de Costa de Marfil (pp. 35, 362) o el Model Penal Code de los Estados Unidos, § 2.06.2.a. También admiten la autoría mediata con agente inocente Inglaterra y Gales (p. 55), donde en cambio se conoce además la figura de la *joint criminal enterprise*. Extraer principios comunes del derecho comparado es una tarea harto complicada, por no decir imposible.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, n.º 4, diciembre de 2009.
- *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich: Beck, 2011.
- “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 159 ss.
- *La parte general del Derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret 3/2012*.
- “Sobre la ‘organización’ en el dominio de la organización”, en *InDret 3/2011*
- “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, en HEINRICH, JÄGER, ACHENBACH, AMELUNG, BOTTKÉ, HAPFKE, SCHÜNEMANN, WOLTER (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* am 15. Mai, 2011, pp. 837-852.
- BACIGALUPO, Enrique, “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, n.º 6962, sección “Doctrina”, 6 de junio de 2008.
- BADAR, Mohamed E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, Oxford: Hart 2013.
- “‘Just Convict Everyone!’ - Joint perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again”, *International Criminal Law Review*, 6(2), 2006.
- BASSIOUNI, Cherif, *Diritto Penale degli Stati Uniti d’America*, Milán, 1985.
- BOAS, Gideon, James L. BISCHOFF y Natalie L. REID, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. I: “Forms of Responsibility in International Criminal Law”, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CARD, Richard, Rupert CROSS y Phillip Asterley JONES, *Criminal Law*, 19.ª ed., 2010.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, t. III, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 2004.
- “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982.
- CONDE PUMPIDO, Cándido, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1997.
- CUPIDO, Marjolein, “Pluralism in Modes of Liability. Joint Criminal Enterprise versus (Indirect) Joint Perpetration”, inédito.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.
- “Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real”, en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0, junio de 2012.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005.

- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, 2004.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1931.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006.
- GEHRIG, Klaus, *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Berlín: Duncker & Humblot, 1986.
- GIL GIL, Alicia, “El caso español”, en K. AMBOS (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, 2008.
- “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000.
- “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución”, en Alicia GIL GIL y Elena MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013.
- “Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 14, 2014.
- “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional. Su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 109, 2013.
- “Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto”, en *RDPC*, n.º 15, 2005.
- GIL GIL, Alicia, Juan Manuel LACRÚZ LÓPEZ, Mariano MELENDO PARDOS y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2010.
- GIL GIL, Alicia, y Elena MACULAN, *Current Trends in the Application of the Modes of Liability by the ICC* (en prensa).
- GIMBERNAT, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *Estudios Penales*, 2000.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 28, párrafo 1”, en ídem (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Valladolid: Lex Nova, 2010.
- GUSTAFSON, Katrina, “ECCC Tackles JCE”, en *JICJ*, n.º 8, 2010.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, “Joint Criminal Enterprise, ¿una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?”, en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013.

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, “La doctrina de la ‘empresa criminal conjunta’ en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia”, en Francisco Muñoz Conde (ed.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- HAAN, Verena, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín: Duncker & Humblot, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Estudios penales*, Barcelona: PPU, 1991.
- MALARINO, Ezequiel, “El caso argentino”, en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2008.
- MARÍN DE ESPINOSA, Elena, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002.
- MARSH, Luke, y Michael RAMSDEN, “Joint Criminal Enterprise: Cambodia’s Reply to *Tadić*”, en *ICLR*, n.º 11, 2011.
- MELENDO PARDOS, Mariano, “Teoría de la codelinuencia”, en Alicia GIL GIL, Juan Manuel LACRÚZ LÓPEZ, Mariano MELENDO PARDOS y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2010.
- MODELELL, Juan Luis, “Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)”, en Kai AMBOS y Montserrat HOYOS (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.
- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.^a ed., Valencia, 2004.
- NÚÑEZ CASTAÑO, María Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- OHLIN, Jens D., “Joint Intentions to Commit International Crimes”, Cornell Law Faculty Publications, paper 169, 2011, accessible en <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169> (29.1.2014); también publicado en *Chicago JIL*, vol. 11, 2011.

- “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007.
- OHLIN, Jens D., Ellies VAN SLIEDREGT y Thomas WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, *Leiden Journal of International Law*, 26, n.º 3 (en prensa), también accesible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276677> (29.1.2014).
- OLÁSOLO, Hector, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Valencia, 2011.
- “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal Internacional”, *In Dret*, n.º 3, 2009.
- OLÁSOLO, Héctor, y Ana PÉREZ CEPEDA, “The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case”, *International Criminal Law Review*, 4, 2004.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *RP La Ley*, n.º 9, 2002.
- PIRAGOFF, Donald, y Darryl ROBINSON, “Article 30”, en Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Múnich: Beck, 2008.
- ROBINSON, Paul H., y Markus D. DUBBER, “An Introduction to the Model Penal Code”, accesible en <www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf> (25.9.2013).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, Múnich: Beck, 2003.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín: De Gruyter, 2000 (existe traducción al español de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000).
- “Über den Tatentschluß”, en Horst SCHRÖDER y Walter STREE, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Múnich: Beck, 1978.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, *In Dret*, 2, 2012.
- SANCINETTI, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988.
- SHAHABUDDEN, Mohamed, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, en Shane DARCY y Joseph POWDERLY, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SIEBER, Ulrich, y Karin CORNILS (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. 4, Berlín: Max Plack Institut, 2010.
- STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2005.
- VAN SLIEDREGT, Ellies, “The Curious Case of International Criminal Liability”, *JICJ*, vol. 10, 2012.
- *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- VV. AA., *Model Penal Code and Commentaries*, Washington: American Law Institute, 1985.
- WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín: de Gruyter, 1969.
- WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, 2.ª ed., La Haya: TMC Asser Press, 2009.

- *Völkerstrafrecht*, 3.^a ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- WERLE, Gerhard, y Boris BURGHARDT, “Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho penal internacional?”, en *Revista penal*, n.º 28, julio de 2011.
- “Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht”, en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum. 75 Geburtstag*, 2010.

III.

SENTENCIA

SENTENCIA DE IMPOSICIÓN DE PENA EN EL CASO THOMAS LUBANGA.

ASPECTOS GENERALES

Javier Dondé Matute

RESUMEN. La sentencia de imposición de penas constituye un gran avance por cuanto resuelve varias de las dudas y críticas que se habían formulado en contra de los tribunales penales internacionales e híbridos que precedieron a la CPI. En específico este artículo trata sobre los criterios que pueden derivarse del uso de jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, así como de los tribunales internacionales de derechos humanos; la finalidad de la pena; los hechos relevantes para la emisión de una sentencia de imposición de penas; el umbral probatorio, y el *ne bis in ídem* material (*double counting*).

Palabras clave: penas, finalidad de la pena, umbral probatorio, *ne bis in ídem* material, sentencia de imposición de penas, caso *Lubanga*, derechos humanos.

ABSTRACT. The decision determining the sentence represents a breakthrough in that it overcomes many of the doubts and criticisms that had been made to the international and hybrid criminal courts which preceded the ICC. This paper discusses the criteria that may be derived from using the case law of other international criminal courts and international human rights courts; the purpose of punishment; the relevant facts for issuing a sentence; the evidentiary threshold; and substantive double jeopardy (*double counting*).

Key words: sentences, purpose of punishment, evidentiary threshold, substantive double jeopardy, decision on sentence, *Lubanga* case, human rights.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Urteil zur Strafzumessung stellt insofern einen großen Fortschritt da, als es eine Lösung zu einer Reihe von Zweifeln und Kritiken an den dem IstGH vorausgegangenen hybriden internationalen Straftribunalen bietet. Der Beitrag befasst sich dabei insbesondere mit den Kriterien, die sich aus der Rechtsprechung anderer internationaler Straf- und Menschenrechtstribunale ableiten lassen, dem Strafzweck, den für die Strafzumessung im Urteil relevanten

Tatsachen, den Beweisanforderungen und dem materiellen Aspekt des Prinzips des *ne bis in idem*.

Schlagwörter: Strafen, Strafzweck, Beweisanforderungen, materielle Aspekt des Prinzips des *ne bis in idem*, Strafzumessungsurteil, *Lubanga*-Fall, Menschenrechte.

1. Introducción

En las siguientes líneas se describirán los aspectos más importantes relacionados con la imposición de penas en el caso *Prosecutor v. Lubanga*. La anterior afirmación requiere algunas precisiones metodológicas antes de comenzar. En este apartado no se abordarán en detalle los aspectos particulares de la sentencia de imposición de pena;¹ es decir, temas como establecimiento de la gravedad del delito, circunstancias particulares del condenado, agravantes y atenuantes, concurso de delito y *sentencing*. Esto no obsta para que sean necesarias referencias a la sentencia de condena² u otras resoluciones que pudieran tener relevancia para los comentarios expresados aquí.

Como la mecánica empleada será seguir y desarrollar los temas generales que se abordaron en la sentencia de imposición de pena, por una cuestión metodológica, será necesario excluir cuestiones que, aunque son de relevancia, no fueron abordadas en ninguna de las resoluciones referidas.

Así pues, el esquema que se propone para este capítulo comenzará con la exposición del marco jurídico para la imposición de penas con base en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). Una vez agotado lo anterior, se seguirá el orden de la sentencia comentada: iniciará con los antecedentes, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales con respecto a los niños soldados, el marco jurídico para la imposición de penas previsto en el ECPI, los hechos relevantes para esta sentencia, los umbrales probatorios en esta etapa y el *ne bis in idem* material (o *double counting*).

En efecto, se seguirá la misma secuencia de esta sentencia a la manera de un comentario jurisprudencial (*case comment*). Esto implica que no se profundizará sobre todos los aspectos pertinentes en la imposición de pena, sino que solamente se harán

¹ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 de julio de 2012 (ICC-01/04-01/06-2901), (en adelante, *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*).

² CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), (en adelante, *Lubanga Dyilo - Judgment*).

los comentarios pertinentes para la sentencia. Es el caso de los fines de la pena. Como se adelantaba, no se abordarán todos los aspectos que dicha discusión implica, pero se comentará lo que en su momento expresó la Primera Sala de Primera Instancia (SPI I).

La otra cuestión es que podría parecer que la exposición no tiene un orden coherente. Sin embargo, hay que recordar que se seguirá el orden previsto en la sentencia. Por lo mismo, puede haber cuestiones que se repitan; por ejemplo, el marco jurídico. Al respecto habrá que recordar que se expondrá en abstracto la normatividad aplicable y en un segundo momento lo que la SPI I expuso, de tal forma que hay dos enfoques sobre el mismo tema.

Inevitablemente, esto implica que queden fuera varios temas que son interesantes e importantes, como la gravedad de los distintos crímenes internacionales, las teorías sobre los fines de las penas, las multas y el decomiso como penas complementarias, la aplicación de las penas y el mecanismo para su revisión, entre otros.

Por otro lado, es frecuente que parte del análisis de las sentencias implique discutir aspectos que no fueron observados en estas. Este tipo de comentarios, como se verá a continuación, son constantes en ese estudio.

2. Marco jurídico aplicable

El ECPI regula en la parte VII todo lo relativo a las penas; se trata de los artículos 77 a 80. Por su parte, las RPP contienen un capítulo 7, “De las penas”, que reglamenta estos preceptos desde la regla 145 hasta la Regla 148.

El artículo 77 lista las penas que puede imponer la CPI. Estas se limitan a una pena de prisión de hasta 30 años, sin especificar una punibilidad mínima. De forma excepcional se podrá imponer la prisión vitalicia “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Además de la prisión se podrá imponer una multa o el decomiso de los bienes que hayan procedido directa o indirectamente de la comisión del crimen. Sin embargo, la pena de muerte quedó excluida del régimen de la CPI.³

³ Véase Rolf Einar Fife, “Applicable Penalties”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.^a ed., Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 1423-1425. En la conferencia de Roma hubo poco consenso en cuanto a las penas que podía aplicar la CPI, por lo que se formuló un “paquete de compromiso” que permitiera excluir la pena de muerte del ECPI, pero que no afectara a las jurisdicciones nacionales. Igualmente, se incorpo-

El precepto mencionado solamente señala cuáles son las alternativas de pena a disposición de la CPI; el artículo 78 establece los factores que se deben considerar para el cálculo de los años de prisión, mientras que en las RPP se reglamentan las normas para calcular los montos de la multa y el decomiso.

Por lo que respecta a la prisión, el artículo 78 menciona que los factores que se considerarán para establecer los años de reclusión son la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (se usa la misma redacción que para la imposición de la prisión vitalicia). Adicionalmente, la CPI deberá abonar el tiempo que la persona ha permanecido privada de la libertad por el o los crímenes objeto de la condena, pero tiene la opción de abonar adicionalmente el tiempo que haya estado detenida por algún otro motivo; por ejemplo, si la persona fue detenida por la comisión de un delito distinto a los de la competencia de la CPI en el fuero nacional.

Por último, este precepto señala que la CPI deberá imponer una pena por cada crimen cometido. De tal forma, si la persona fue condenada por dos o más crímenes, se expresará la pena correspondiente a cada uno de ellos y se impondrá una pena común. Esta no podrá ser superior a los 30 años de prisión cuando no se haya impuesto la prisión vitalicia.

En las RPP se regulan con mayor detalle los factores que se deben considerar para determinar la gravedad del crimen y las condiciones de la persona, de conformidad con los artículos 77 y 78 del ECPI. Al respecto, la regla 145.1 establece tres factores que deben considerarse para el cálculo de la pena impuesta. Esta debe reflejar las eximentes de responsabilidad, las agravantes y atenuantes, así como las circunstancias del condenado y del crimen.

En la regla 145.1.c se mencionan los factores para determinar la gravedad del crimen y las condiciones personales:

[...] 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.

La regla 145.2 es de especial relevancia pues incluye las atenuantes y agravantes. Entre las atenuantes se mencionan las circunstancias que no hayan sido consideradas

ró la prisión vitalicia, pero con límites considerables para su aplicación. También fue complicado encontrar la manera de incorporar punibilidades para cada crimen, por lo que se prefirió la fórmula genérica de 30 años como máximo.

exonerantes de responsabilidad penal, pero que disminuyan la culpabilidad del autor y la actuación de la persona condenada con posterioridad al acto, incluyendo su actitud con las víctimas y si existió cooperación con la CPI. Este precepto obliga a remitirse al ECPI para ver cuáles serían estos supuestos.

Las circunstancias agravantes mencionadas en el ECPI son la condena previa por otro crimen competencia de la CPI, el abuso del poder o cargo oficial, la comisión en contra de una víctima especialmente indefensa, la comisión con especial crueldad o en contra de un número considerable de víctimas, y la comisión con una intención discriminatoria u otras circunstancias semejantes.

Por último, la regla 145.3 señala que para la imposición de la prisión vitalicia se considerará que por lo menos exista una agravante.

De conformidad con el artículo 77, se podrá imponer una multa adicional a la prisión. La regla 146 detalla los factores para el cálculo del monto. Para empezar, la subregla 146.1 establece que la multa se aplicará cuando la prisión no sea considerada suficiente, tomando en cuenta la capacidad financiera de la persona condenada, la existencia de un decomiso y la reparación a las víctimas. Al respecto, también será determinante establecer si el crimen se cometió con afán de lucro.

Las reglas 146.2 a 7 detallan aún más los factores a considerar. Se señala que la cuantía deberá ser adecuada y se considerarán los daños y perjuicios ocasionados. La multa no podrá exceder el 75 % del patrimonio total del condenado y de ella se podrá descontar lo indispensable para sus necesidades económicas y las de su familia o dependientes. La cantidad impuesta podrá pagarse en una sola exhibición o en parcialidades. En todo caso, se calculará en días-multa y el rango deberá ser entre 30 días y cinco años.

Al imponerse la multa, la CPI advertirá a la persona condenada de que, en caso de incumplimiento, la prisión podrá incrementarse, respetando los máximos previstos en el ECPI.

Este esquema parece reflejar muchas de las preocupaciones expresadas en la Conferencia de Roma, en el sentido de que las multas no debían ser excesivas y que sería necesario tomar medidas en caso de que se incumplieran. En particular, parecía problemático determinar cuándo la persona condenada podía ser declarada insolvente y qué hacer al respecto, sobre todo cuando el incumplimiento fuera doloso.⁴

El mecanismo para el decomiso se encuentra en la regla 147. Como menciona el ECPI, la Sala podrá dictar una orden de decomiso, respetando los derechos de terceros

⁴ *Ibidem*, p. 1427.

en contra de bienes y productos derivados del crimen. Para ello se llevará a cabo una audiencia para la identificación y ubicación de los bienes que se pretenden decomisar. Los adquirentes de buena fe serán notificados y se les dará la oportunidad de presentar pruebas relativas a la cuestión. La Sala dictará la orden tomando en consideración estos elementos.

El artículo 79 del ECPI prevé la existencia de un fondo fiduciario para la reparación del daño a las víctimas. Dicho fondo se nutrirá de las multas y decomisos y será administrado según indique la Asamblea de Estados Parte. Al respecto, las RPP solamente indican en la regla 148 que antes de transferir multas o bienes decomisados al fondo se podrá pedir que los administradores de este presenten observaciones.⁵

La última disposición del ECPI en lo relativo a la imposición de penas es el artículo 80, que establece la posibilidad de que en el ámbito nacional se impongan, por crímenes competencia de la CPI, penas distintas a las previstas en este tratado internacional. Los comentaristas de la conferencia de Roma señalan que esta aclaración se incluyó como parte del paquete de negociación para excluir la pena de muerte. Así, se deja abierta la posibilidad de que los Estados que todavía tienen la pena capital la apliquen, aunque no sea posible hacerlo dentro de la jurisdicción de la CPI.⁶

Dispersas en otras partes del ECPI se encuentran otras disposiciones que podrían ser relevantes, como el artículo 32, que regula el error. Según lo que se establece en este precepto, un error de hecho solamente exime de la responsabilidad si “hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”. Por su parte, el error de derecho únicamente lo hace cuando, igualmente, hace desaparecer el elemento subjetivo requerido por el crimen.

Así pues, cabe pensar que estas circunstancias pueden ser consideradas como factores para la imposición de penas. Es decir, si el error no es lo suficientemente fuerte como para desvirtuar el elemento de intencionalidad, va dirigido a otra circunstancia o a la competencia de la CPI, podría pensarse en atenuantes, dado que la exclusión de responsabilidad está vetada. Las posibilidades de que esto ocurra, sobre todo en lo relativo al error de hecho, son escasas, pero normativamente se abre la posibilidad.⁷

⁵ Cabe notar que el fondo fiduciario también cuenta con aportaciones que hagan los Estados parte y organizaciones de la sociedad civil.

⁶ Véase Fife, o. cit., p. 1423. Este autor presenta un esquema general de la negociación que dio como resultado la redacción del artículo 80 del ECPI.

⁷ Al respecto véase Kai Ambos, *La Parte general del Derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer: 2005, pp. 433-448.

En este mismo sentido, el artículo 33 del ECPI establece que las órdenes del superior jerárquico solamente serán consideradas como excluyentes de responsabilidad si hubiera una obligación legal para seguir la orden, no se supiera que la orden fuera ilícita y esta no fuera manifiestamente ilícita.

Sin embargo, si no se reúnen estas características, ¿una orden del superior jerárquico podría ser considerada como una atenuante en la imposición de una pena? Por ejemplo, el artículo 33.2 señala que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitos, pero los crímenes de guerra no; consecuentemente, cabe preguntarse si en este último caso podría plantearse una atenuación por seguir órdenes del superior jerárquico.⁸

Es importante mencionar que tanto el error como las órdenes del superior jerárquico son circunstancias que se pueden hacer valer como atenuantes de conformidad con la regla 145.2, que prevé precisamente este supuesto.

De igual forma, es fundamental hablar del artículo 23, que establece el principio de *nulla poena sine lege*. Dicha disposición implica que todos los aspectos propios del principio de legalidad penal son aplicables a las penas, no solamente a los tipos penales o al derecho penal sustantivo en general. Así, las cláusulas penales deben aplicarse de forma estricta, ya que no se puede imponer penas no previstas en el ECPI ni aplicarlas retroactivamente. Otro aspecto que normalmente se considera cuando se habla del principio de legalidad penal es que la normatividad debe ser precisa.⁹

Este último aspecto puede generar críticas, dado que el ECPI no prevé punibilidades para cada uno de los crímenes de su competencia, sino que establece la pena máxima de 30 años de prisión de forma genérica y excepcionalmente la prisión vitalicia.¹⁰ No obstante, como la precisión en las punibilidades no es un aspecto del principio de legalidad penal que goce de aceptación universal, puede ser que con la referencia genérica baste para brindar suficiente precisión.¹¹ De hecho, la mera inclusión del principio en

⁸ La postura expresada aquí tiene sustento en el Tribunal de Tokio, donde, además de las órdenes del superior jerárquico, la posición oficial fue considerada como una atenuante. Véase Neil Boister y Robert Cryer, *The Tokio Military Tribunal. A Reappraisal*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 248.

⁹ Al respecto véase Javier Dondé Matute, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, México: Porrúa, 2010; Shahram Dana, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory of the Principle of Legality", *International Criminal Law, Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 99, n.º 4, pp. 857-928.

¹⁰ Véase Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 238.

¹¹ Véase Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: "The Crimes and Sentencing", Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 283. El reconocimiento internacional del *nulla poena sine lege* es muy limitado; quizá solamente la irretroactividad de las penas tenga el reconocimiento suficiente para ser parte de la costumbre inter-

el ECPI debe servir de limitante para los órganos jurisdiccionales en la imposición de las penas.

En el caso de los tribunales *ad hoc*, se previó que la remisión a los sistemas nacionales pudiera brindar suficiente seguridad como para dar por cumplido este derecho. Sin embargo, estos tribunales operan con una lógica distinta, dado que su competencia territorial está limitada por la situación en concreto que se les encomendó investigar. Consecuentemente, es más fácil remitirse a la experiencia de Yugoslavia, Ruanda o Camboya, por ejemplo, que a los más de 120 Estados parte del ECPI. En el caso de la CPI esto podría tener el efecto contrario, pues las legislaciones y la práctica nacional varían mucho, lo cual inevitablemente generaría incertidumbre.¹²

En todo caso, parece que hay una discrepancia entre el principio *nullum poena sine lege* y la regla 145.2, que en la parte relevante indica:

[...] la Corte tendrá en cuenta, según proceda: [...] (b) Como circunstancias agravantes [...] (vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las anteriores.

En este caso, un factor que es determinante en la imposición de la pena y que inevitablemente implica aumentarla, como son las agravantes, no está precisado en las RPP. Estamos frente a una disposición que notoriamente contraviene al ECPI, ya que la persona condenada no sabe con claridad las que se le podrían imponer,¹³ por lo que, de conformidad con el artículo 51.5, no debería tomarse en consideración al momento de la determinar la penalidad.

No obstante las críticas formuladas, coincidimos con Ambos cuando señala que, en su conjunto, el régimen de imposición de penas del ECPI de las RPP es un gran avance

nacional. Ciertamente, el aspecto de la precisión de las punibilidades no es del todo aceptado; ni siquiera como un principio general de derecho. No obstante, varios autores consideran que esta es una norma de costumbre internacional. Al respecto, véase Susan Lamb, "Nullum crimen sine lege", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 756.

¹² Véase Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pág.420; Fife, o. cit., p. 1420; Mark Jennings, "Determination of Sentence", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.^a ed., Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 1433.

¹³ En este mismo sentido véase Salvatore Zappala, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 201 y 202.

en cuanto a la precisión brindada con relación a los tribunales *ad hoc* e híbridos, donde abundaba la especulación.¹⁴

2. Comentarios particulares a la sentencia de imposición de pena

2.1. Antecedentes

El rubro relativo a la historia procesal en la sentencia de imposición de pena tiene dos aspectos que merecen ser comentados. El primero se refiere precisamente a los hechos que se estimaron relevantes para el relato y, más específicamente, a los que se omitieron. El segundo tiene que ver con la audiencia de imposición de pena.

En cuanto al primer tema, resulta interesante notar que el relato de los antecedentes se inicia con la sentencia de condena.¹⁵ Aunque empezar en esa fecha parecería lógico, ello implica omisiones importantes. La SPI debió haberse remontado a diversas etapas del proceso que resultaron relevantes para la imposición de la pena. En efecto, en dicha sentencia se estableció que había dos factores que se deberían tomar en consideración al fijar la pena: la “voluntad” de los menores, víctimas del crimen¹⁶ y el elemento de violencia sexual que pudo haber acompañado la comisión de dichos crímenes.¹⁷

Con base en esta misma lógica debieron haberse considerado las decisiones que durante el proceso tuvieron repercusión para la imposición de la pena. Por ejemplo, no se hacen referencias a las resoluciones sobre abuso de proceso que marcaron el procedimiento de primera instancia.¹⁸ No obstante, al considerar la atenuante de cooperación con la CPI dicho alegato se desecha sin mayor explicación, solamente mencionando que fue considerado, pero que no tendría impacto en la determinación.¹⁹

¹⁴ Véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., pp. 279-281.

¹⁵ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 1.

¹⁶ Véase *Lubanga Dyilo - Judgment*, § 617.

¹⁷ *Ibidem*, § 630-631.

¹⁸ Véase CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on the Defense Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings*, 7 de marzo de 2011 (ICC-01/04-01/06-2690-Red2), § 162; CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-772).

¹⁹ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 90.

Esto tiene relevancia dado que una de las críticas más fuertes que se han hecho a los tribunales *ad hoc* es que en ellos no se explican correctamente las razones para la imposición de las penas.²⁰ En este sentido, una correcta fundamentación y motivación pudo comenzar con el reconocimiento de los antecedentes de la controversia. Pero si se suma que los alegatos de la defensa se rechazaron en un párrafo sin explicación alguna, parecería que la CPI está cayendo en los mismos vicios de los tribunales *ad hoc*.

Este punto está ligado al siguiente. En los antecedentes se reconoce el derecho de las partes a presentar alegatos adicionales para la imposición de pena.²¹ No obstante, la defensa solicitó que se fijara fecha para una audiencia en la que pretendía presentar más pruebas.²² Resulta relevante destacar que desde la etapa de juicio la defensa solicitó que se abriera una audiencia de imposición de pena.²³ En efecto, la defensa solicitó presentar elementos probatorios distintos a los desahogados en el juicio, pero también quedó claro que la base de esta determinación serían los elementos probatorios aportados durante el proceso.²⁴

En este sentido, se presentaron y desahogaron nuevas pruebas en la audiencia de imposición de pena, pero la SPI I las consideró como “adicionales” a las desahogadas en la fase de proceso;²⁵ es decir, no se presentó una clara distinción entre la fase de condena y esta nueva etapa procesal.

La importancia de este aspecto tiene que ver con lo confuso de las determinaciones de los tribunales *ad hoc* y la necesidad de tener una audiencia aparte con una determinación particular para la imposición de penas. Resulta preocupante que en este apartado se señale que se tomarán en consideración, preferentemente, las pruebas aportadas durante el proceso. Es acertado el comentario de Henham en el sentido de que se puede violar el derecho de defensa y no autoincriminación, pues el acusado debe defenderse de las imputaciones pero a la vez presentar elementos probatorios para una reducción de la pena

²⁰ Al respecto véase Mark B. Harmon y Ferjol Gaynor, “Ordinary sentences for Extraordinary Crimes”, *Journal of International Criminal Law*, vol. 5, pp. 683-712; Robert Sloane, “Sentencing for the Crime of Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 713-734; Mark A. Drumbl, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 46-47; Boister y Cryer, o. cit., p. 252; Mark D. Kielsgard, “Sentencing in the International Crimes Court of Cambodia: Insight or Obfuscation”, ssrn.com/abstract=1778084 (19.11.2013).

²¹ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 2.

²² *Ibidem*, § 8.

²³ Véase *Lubanga Dyilo - Judgment*, § 12.

²⁴ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 5.

²⁵ *Ibidem*, § 10-11.

o comprobación de las atenuantes. Es decir, se lo obliga a presentar evidencia y alegatos tendientes a comprobar atenuantes, lo cual implica aceptar la comisión del crimen.²⁶

2.2. Jurisprudencia en materia de niños soldados

En los aspectos generales de la sentencia de imposición de pena, la SPI I toma en cuenta los antecedentes de la Corte Especial de Sierra Leona. Sobre el particular hay varias cuestiones que resultan importantes.

La primera es que la SPI I haya mencionado que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no es una fuente directa para la CPI; sin embargo, reconoce que puede tener un efecto orientador.²⁷

Lo relevante de esta declaración es que en varias oportunidades la CPI ha empleado criterios de estos tribunales para fundamentar sus determinaciones, de tal manera que parece una incongruencia el hecho de que ahora señale que estos no tienen valor jurídico. Sin embargo, es importante notar que esta práctica podría ser atribuida a otras instancias de la CPI, ya que una revisión de las resoluciones de la SPI I permite advertir que en pocas ocasiones se emplean razonamientos de otros tribunales.²⁸

Una de las críticas que podría formularse en contra de los tribunales *ad hoc* es que fueron contundentes en establecer que en la fijación de penas no elaborarían ejercicios comparativos, alegando que cada caso es diferente y dicha comparación es imposible. Consecuentemente, se escudaron en la discrecionalidad que sus estatutos les otorgaban para imponer penas muy dispares.²⁹ Por eso es acertado que la CPI sustente sus determinaciones en la jurisprudencia que la precede.

De este modo, seguir patrones y mantener tendencias favorece la seguridad jurídica. Esta fue la primera sentencia dictada por la CPI; por lo tanto, no era posible que siguiera

²⁶ Véase Ralph Henham, "Developing Contextualized Rationales for Sentencing in International Criminal Trials," *Journal of International Criminal Law*, vol. 5, 2007, pp. 765-766.

²⁷ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 12.

²⁸ A manera de ejemplo puede verse la sentencia de condena que solamente menciona a los tribunales *ad hoc* cuando fueron invocados por las partes.

²⁹ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Krstic, Appeal judgment*, 19 de abril de 2004, (IT-98-33-A), § 241; TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeal judgment*, 28 Febrero 2005 (IT-98-30/1-A), § 668; TPIR, *Sala de Apelaciones, Prosecutor v. Seromba, Appeal judgment*, 12 de marzo de 2008 (ICTR-2001-66-A), § 228; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, Appeals judgment*, 13 de diciembre de 2004 (ICTR-96-10-A), § 549.

sus propios precedentes; sin embargo, en esta etapa de desarrollo tan incipiente, resulta correcto referir a la práctica de otros tribunales. De continuar este camino podríamos afirmar que la CPI está dando respuesta a una de las críticas de los tribunales *ad hoc*, que es el exceso en la discrecionalidad otorgada para imponer penas.³⁰

Si bien los casos relevantes de la Corte Especial de Sierra Leona son mencionados y citados abundantemente en este apartado de la sentencia de condena, no parecen haber influido mucho en ella, dado que no son aludidos nuevamente en ese texto. La propia Sala señala que son de escasa utilidad dado que en las sentencias de los casos señalados no se exponen las razones en la imposición de las penas.³¹

Adicionalmente, podría suponerse que, como la Corte Especial de Sierra Leona impuso penas de más de 30 años, límite en el ECPI, tendrá escaso uso orientador; pero, como la Sala no se pronunció al respecto, esta afirmación es meramente especulativa.

También es interesante hacer notar que la SPI I solamente empleó criterios relacionados con el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños soldados en los conflictos armados. Es decir, no se hacen pronunciamientos sobre los crímenes de guerra en general o la jerarquía de los crímenes competencia de la CPI y su relevancia en la fijación de penas, lo cual también ha sido objeto de diversos estudios doctrinales.³²

En todo caso, podría afirmarse que, si se iba a mencionar criterios de los tribunales *ad hoc* o híbridos como referentes, habría sido más adecuado utilizar la jurisprudencia de los tribunales nacionales, ya que la propia SPI I reconoce que no hay fundamento jurídico para invocar a los tribunales *ad hoc* o híbridos en el ECPI. Así, el artículo 21.1.c permite utilizar supletoriamente los principios generales de derechos de los sistemas jurídicos del mundo, preferentemente del Estado que normalmente hubiera conocido de los hechos.³³

³⁰ Al respecto, véase Drumbl, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 59; Jens David Ohlin, "Proportional Sentences at the International Criminal Court for the former Yugoslavia", en Bert Swart et al. (eds), *Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 323.

³¹ *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 12.

³² Sobre la jerarquía de los crímenes internacionales véase Allison Marston Danner, "Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing", *Virginia Law Review*, vol. 87, n.º 3, mayo de 2001, pp. 429-501; William Schabas, "Penalties", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1506; Micaela Frulli, "Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?", *European Journal of International Law*, vol. 12, n.º 2, 2001, pp. 329-350.

³³ En este mismo sentido véase en general Schabas, o. cit., p. 1504.

Según este esquema, se pudo haber mencionado cuál era la práctica de los tribunales nacionales de la República Democrática del Congo en la sanción de crímenes similares o de otras jurisdicciones nacionales. Dado que la propia SPI I reconoce que a nivel internacional no hay muchos precedentes y con el apoyo de un precepto expreso del ECPI, referirse a estos sistemas parecía una opción viable y congruente.³⁴

En los tribunales *ad hoc* ha sido ampliamente documentado que se prefirió no utilizar los criterios de los tribunales nacionales de Yugoslavia y Ruanda, a pesar de que los estatutos los mencionan expresa y directamente.³⁵

En el ECPI, no obstante, la referencia es indirecta; se trata de una cláusula genérica que también es aplicable al esquema de fijación de penas. Además, es una manera de darle cumplimiento al principio de legalidad penal en su faceta de *nulla poena sine lege*, al establecer criterios ya previstos por el acusado, lo cual constituye un parámetro de derechos humanos estipulado también de forma expresa en el ECPI.

A pesar de estos argumentos, y siguiendo la práctica de los tribunales *ad hoc*,³⁶ la SPI I prefirió omitir toda referencia a tribunales nacionales.

2.3. Finalidad de la pena y marco jurídico

En el siguiente apartado la SPI I describe las finalidades que deben tener la pena y el marco jurídico aplicable.

La base para determinar la finalidad de la pena es el Preámbulo del ECPI. En particular, se transcriben tres párrafos que apuntan a que la prevención general sea uno de los objetivos que busque la pena. Esto se deduce del hecho de que estos párrafos hablan de combatir la impunidad y de forjar una corte permanente para las generaciones futuras.³⁷

³⁴ Véase Fife, o. cit., pp. 1446-1447. Aunque esta opción pudiera representar un mayor respeto al principio *nulla crimen sine lege* y la diversidad jurídica de los Estados pudiera resultar en una aplicación poco uniforme de las penas, como se discutió en el contexto del artículo 80 en la conferencia de Roma.

³⁵ Véase Margarita K. O'Donnell, *Rethinking the Role of National Sentencing Practice in the International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Center for Human Rights and Justice, Working Paper 23, 2009, p. 8, <ssrn.com/abstract=1669522> (19.11.2013).

³⁶ En el caso de los tribunales *ad hoc* dichas omisiones se justificaban en la medida en que implicaban la imposición de la pena de muerte, pero no parece haber explicación alguna para que la CPI no haga mención de lo que ocurre en jurisdicciones nacionales. Sobre la renuencia de los tribunales *ad hoc* a utilizar criterios nacionales véase Zappala, o. cit., pp. 195-196.

³⁷ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 16; en este mismo sentido pero con base en los tribunales *ad hoc*, véase Marston Danner, o. cit., pp. 429-430.

Es importante mencionar que estos criterios señalados por la SPI I parecen apuntar a la prevención general como un parámetro para la imposición de penas, pero esto es una mera suposición, pues en la sentencia no se hace alusión alguna al concepto. En otras palabras, la SPI I no concluye su razonamiento identificando este u otro principio reconocido en la teoría penológica.³⁸

También podría cuestionarse si el Preámbulo del ECPI proporciona la mejor herramienta para identificar los fines de la pena. En esta parte del ECPI claramente se pueden reconocer los antecedentes de la CPI y las razones por las cuales es necesario crear un tribunal penal internacional permanente, pero ¿esto coincide con la finalidad de la pena?

En el Preámbulo y en el cuerpo del ECPI no hay referencia a estos aspectos; por el contrario, de los antecedentes de Roma se desprende que este fue un tema que los delegados prefirieron obviar.³⁹ Como se verá a continuación, esto obliga a buscar en otras de las fuentes mencionadas en el artículo 21 del ECPI.

Sin embargo, si se utiliza el Preámbulo del ECPI como base para determinar la finalidad de la pena, quizá también debió haberse mencionado el párrafo 3, que señala:

[...] reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad [...]

Este párrafo apunta a la identificación de bienes jurídicos en el ámbito internacional,⁴⁰ lo cual también debe tomarse en consideración pues estos constituyen un referente para imponer una pena proporcional, según establece el propio ECPI.⁴¹

Establecer parámetros para fijar las penas ha sido uno de los temas más difíciles en el derecho penal internacional. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no ha sido

³⁸ Véase Boister y Cryer, o. cit., pp. 259 y 260. Desde los tribunales de la posguerra se discute la finalidad de la pena, aunque la proliferación de tribunales internacionales y crímenes internacionales hace suponer que la prevención general ha fracasado.

³⁹ En la doctrina hay consenso en afirmar que estos temas no se discutieron mucho y que se prefirió un esquema flexible y de remisión a la jurisprudencia y a las RPP. Al respecto véase William Schabas, "Nulla poena sine lege", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 733; Claus Kreß, "Sanciones penales, ejecución y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Partes VI, IX, X)", en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comps.), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 339-340.

⁴⁰ Sobre la identificación de bienes jurídicos en el ámbito internacional véase Javier Dondé Matute, *Tipos penales en el ámbito internacional*, 2.ª ed., México: INACIPE, 2012, pp. 21-39.

⁴¹ Véase ECPI, artículo 81.2.a.

clara y en ocasiones ha sido contradictoria.⁴² Incluso se ha cuestionado si estos crímenes tan atroces pueden ser penados de la misma forma y con los mismos parámetros que los delitos nacionales.⁴³

Otro aspecto que parece relevante es el artículo 21 del ECPI. Este precepto plantea el derecho aplicable por la CPI. En particular, serían relevantes para la imposición de penas, además del ECPI y las RPP, los tratados en materia de derechos humanos, en razón del párrafo 1, inciso *b*, de este precepto.

Aunque no hay criterios particulares para la imposición de penas en dichos tratados, en la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴⁴ en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵ y en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁴⁶ se establece que la pena debe estar basada en la readaptación social.⁴⁷

En este sentido es relevante el caso de la Corte IDH *Fermín Ramírez contra Guatemala*, en el cual se reconoce que la culpabilidad es un elemento que se desprende de la legalidad penal prevista en el artículo 9 de la Convención Americana. Como consecuencia de esto, en la imposición de penas no pueden tomarse en consideración elementos de peligrosidad.⁴⁸

Además, la culpabilidad tiene relevancia en este proceso como parte del principio de proporcionalidad. Como se mencionó, este principio forma parte del marco jurídico sobre penas previsto en el artículo 81.2.a del ECPI. De hecho, este aspecto podría ser relevante y un punto de partida para fijar una teoría penológica en un futuro ante la CPI.⁴⁹

⁴² Al respecto se ha escrito mucho; véase Drumbl, o. cit., pp. 59-63; Cassese, *International Criminal Law*, o. cit., pp. 420-421; Geert-Jan Alexander Kooijmans, *Theory and Practice of International and Internationalized Proceedings*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2005, pp. 273-281.

⁴³ Véase Harmon y Gaynor, o. cit., pp. 713-734.

⁴⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5, § 6.

⁴⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10, § 3.

⁴⁶ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, § 64.

⁴⁷ Véase Ohlin, o. cit., pp. 335-336. La prevención fue ideada para delitos nacionales, no para la magnitud de los crímenes internacionales. Cf. Zappala, o. cit., p. 206. En el ECPI hay mucha evidencia de que la readaptación social es una de las finalidades que debe seguir la pena.

⁴⁸ En este mismo sentido véase José Luis Guzmán Dalbora, "El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, t. I, "Derecho penal internacional", Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 184-186.

⁴⁹ Véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., pp. 285-288, donde destaca también la importancia de la proporcionalidad en la imposición de las penas y su relevancia en el derecho internacional.

Así, de conformidad con el artículo 21.1.b, la CPI podría tomar en cuenta estos elementos para la imponer las penas. Ello sería congruente con el párrafo 3 del mismo artículo, que obliga a interpretar las cláusulas del ECPI de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Como se verá más adelante, que en el caso *Fermín Ramírez* se considere que los criterios de peligrosidad son violatorios de derechos humanos tiene consecuencias para las RPP.

En esta parte de la sentencia de imposición de pena se hace una breve descripción del marco jurídico sobre penas, enumerando los artículos que se consideran relevantes del ECPI y de las RPP.

Como parte de este ejercicio la SPI I realiza una mención breve al principio *nulla poena sine lege*:

El artículo 23 del Estatuto refleja el principio de *nulla poena sine lege*, es decir, que el acusado sólo puede ser penado de conformidad con el Estatuto.⁵⁰

La importancia de su inclusión en el ECPI y en la sentencia de imposición de pena ya fue abordada en el apartado sobre el marco jurídico aplicable.

Como se adelantó en el apartado anterior, la audiencia de imposición de pena es un agregado importante en el ECPI, dado que los tribunales *ad hoc* no ayudaron a transparentar la toma de decisión. En este apartado también se hace referencia a dicha audiencia y se renuevan las preocupaciones expresadas en la doctrina, pues en lo relativo la SPI I establece:

La Sala tiene la obligación de celebrar una audiencia de imposición de pena conforme al artículo 76 (2) del Estatuto si esta etapa es solicitada por la Fiscalía o la defensa o la Sala puede ordenar la audiencia de oficio. Después de que la defensa solicitara durante la parte preparatoria del juicio, la Sala indicó que celebraría una audiencia de imposición de pena en caso de condena. Adicionalmente, por razones de eficiencia y economía, se ordena que las pruebas relacionadas con la imposición de pena sean admitidas durante el proceso.⁵¹

⁵⁰ Article 23 of the Statute reflects the *nulla poena sine lege* principle, namely the convicted person can only be punished in accordance with the Statute Lubanga Dyilo - Decision on Sentence, § 18. Traducción propia.

⁵¹ "The Chamber is required to hold a sentencing hearing under Article 76(2) of the Statute if this step is requested by the prosecution or the defence and the Chamber can also order a hearing of its own motion. Following a defence request during the preparation stage of the trial, the Chamber indicated that it would hold a separate sentencing hearing in the event of a

En este párrafo se confirma que la SPI I ve dicha audiencia como un trámite necesario que le impone el ECPI, pero que debe ser lo más ágil posible, sobreponiendo la eficiencia y la economía procesal a los derechos del ahora sentenciado. No debe perderse de vista que en esta etapa también son aplicables los derechos previstos (principal, pero no exclusivamente) en el artículo 67 del ECPI. De igual forma, como se adelantaba, que se consideren las pruebas desahogadas en la etapa de juicio en esta audiencia vulnera el derecho a una defensa efectiva.

El artículo 76 (2) es claro al establecer que, en caso de desarrollarse esta audiencia, será “a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena”. Este extracto demuestra que se hace una separación entre lo practicado en el juicio y ahora en la imposición de pena; los elementos probatorios son otros y los alegatos son distintos, dado que lo que se va a discutir difiere de lo que se busca comprobar durante el juicio. Consecuentemente, el texto del ECPI y el derecho a la defensa no pueden ser dejados de lado por la eficiencia y la economía procesal.

El último punto que es importante destacar en este apartado son los agravantes en el contexto de la culpabilidad y los criterios de peligrosidad que se consideran violatorios de derechos humanos. Aceptar esto trae consigo problemas con respecto a las agravantes previstas en la regla 145. La condena anterior por crímenes internacionales o conductas similares y la comisión con “especial crueldad” son agravantes previstas que apuntan a la peligrosidad del individuo. En tal sentido, serían violatorias de derechos humanos y del propio ECPI, razón por la cual, de conformidad con el artículo 51.5 del ECPI, deberían inaplicarse al momento de determinar la pena.

2.4. Hechos relevantes

Este apartado también establece consideraciones de hecho y de derecho que son de sumo interés y que están vinculadas con la audiencia de imposición de pena. La discusión en este rubro se centró en el alcance que debe tener esta audiencia y el de la determinación de la pena. Mientras que la Fiscalía proponía que esta decisión abordara los aspectos establecidos en la regla 145 de las RPP, la defensa sostenía que la base debería

conviction. Additionally, for reasons of efficiency and economy, it ordered that evidence relating to sentence could be admitted during the trial.” Lubanga Dyilo - Decision on Sentence, § 20. Traducción propia.

ser el auto de confirmación de cargos, que es aquel en el cual se fijó la *litis*.⁵² En este rubro se vuelve a cuestionar el alcance que tiene dicha etapa procesal y hasta qué punto se puede cambiar lo establecido al inicio del juicio.

En un principio parecería que a la defensa le asiste la razón, pues el artículo 61.9 del ECPI establece que los cargos no pueden variarse una vez iniciado el juicio, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares así lo autorice, previa notificación a la defensa.

En este mismo sentido, la SCP I había resuelto que una de las finalidades del auto de confirmación de cargos es establecer la base de la acusación, la cual consiste en “llevar a juicio únicamente a aquellas personas cuyos cargos hayan sido probados suficientemente, más allá de una mera teoría o sospecha”.⁵³ Consecuentemente, puede pensarse que estas pruebas van a fijar los cargos, por lo que nuevas acusaciones deberán estar sustentadas con nuevos elementos probatorios. Esto ameritaría una nueva audiencia, como también indica el artículo 61.9 del ECPI.

Adicionalmente, en la confirmación de cargos del caso *Bemba* se determinó que la práctica de la Fiscalía de presentar una diversidad de cargos violenta el derecho a la defensa, pues la obliga a entablar una estrategia que implique una enorme cantidad de variables, lo cual dificulta desmedidamente este trabajo.⁵⁴

Lo anterior parece indicar que los cargos confirmados son una determinación bastante firme y que, por mayoría de razón, si no pueden variarse durante el juicio, tampoco pueden hacerlo en la etapa de imposición de penas. Sin embargo, la SPI I señaló que en la fase de imposición de penas pueden presentarse nuevas pruebas y nuevos argumentos, siempre y cuando la defensa tenga una oportunidad de rebatirlos.⁵⁵

Este argumento está íntimamente ligado a la norma 55 del Reglamento de la CPI, que establece la posibilidad que tienen las salas de primera instancia de modificar la tipificación de la conducta y la forma de autoría o participación, mientras los hechos no cambien.⁵⁶

⁵² Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 27.

⁵³ “Committing for trial only those persons against whom sufficiently compelling charges going beyond mere theory or suspicion have been brought.” Traducción propia. Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06), § 37.

⁵⁴ Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 16 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08), § 202.

⁵⁵ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 29-31.

⁵⁶ La Sala de Apelaciones decidió que un cambio en las formas de autoría no viola el derecho a la defensa y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable *per se*. Véase CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Katanga, Judgment*

Si bien podría ponerse en desventaja al sentenciado en una situación así, el derecho internacional de los derechos humanos parece avalar este tipo de reclasificaciones. Mientras los hechos no varíen y se dé oportunidad a la defensa de presentar pruebas y alegatos, se estima que no hay una violación al debido proceso. En este rubro la SPI I actuó de conformidad con el propio ECPI y los derechos humanos, aunque habría sido deseable que citara criterios de los tribunales internacionales al respecto, como el citado caso *Fermín Ramírez*, que también es de utilidad en este rubro y es compatible con lo fallado en esta resolución.⁵⁷

2.5. Umbral probatorio

En este punto, poco puede añadirse a lo mencionado por la SPI I. Al respecto, se establecieron dos umbrales probatorios diferentes. Para la Fiscalía se estableció la necesidad de comprobar las agravantes más allá de la duda razonable.⁵⁸ Mientras tanto, la Defensa solamente tiene que comprobar las atenuantes mediante un equilibrio de las probabilidades (*balance of probabilities*).⁵⁹

La SPI I aclara que estos umbrales diferenciados se justifican, por un lado porque las agravantes implican un aumento en la pena que se pudiera imponer, mientras que las atenuantes requieren de un umbral probatorio menor por respeto al principio de *in dubio pro reo*.⁶⁰ Este es un derivado del derecho a la presunción de inocencia, que, aunque no está expresamente previsto en el ECPI, la CPI ya lo ha derivado de sus disposiciones.⁶¹

En efecto, exigirle a la Defensa que compruebe las atenuantes invocadas con el mismo nivel de exigencia que a la Fiscalía implicaría revertir la carga de la prueba.⁶² De

on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled *Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons*," ICC-01/04-01/07OA 13, 27 de marzo de 2013 (ICC-01/04-01/07-3363).

⁵⁷ Véase CortelDH, *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 20 de junio de 2005 (serie C, n.º 126), pp. 65-80.

⁵⁸ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 33.

⁵⁹ *Ibidem*, § 34.

⁶⁰ *Ibidem*, § 33 – 34.

⁶¹ Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Prosecutor v. Bemba. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, o. cit., § 31.

⁶² Véase el artículo 66.2 ECPI.

cualquier forma, se deberá cumplir con un umbral probatorio, aunque menor, por lo que se aminora cualquier posible violación al debido proceso.

Un aspecto que es relevante destacar es que la SPI I señala que la Defensa deberá probar las atenuantes con base en el equilibrio de probabilidades. Se trata de un concepto que no se encuentra en el ECPI. No obstante, es el que se emplea en los tribunales *ad hoc*. Al respecto, el TPIY ha dicho que este umbral probatorio significa que es más probable que se hayan actualizado las atenuantes a que no se hayan verificado en la realidad; como su nombre sugiere, se trata de balancear las probabilidades de que haya ocurrido la circunstancia con la probabilidad de que no haya ocurrido.⁶³

Lo interesante es que la SPI I no haya fundado la determinación de usar este estándar probatorio en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Me parece que es muy importante retomar este criterio y que debió haberse dicho así en el rubro correspondiente de la sentencia y no solamente limitarse a las penas impuestas al reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños soldados.

Un dato interesante es que este umbral no parece tener un referente en el derecho nacional, sino que figura como propio del derecho penal internacional. Lo más cercano es el estándar en juicios civiles de preponderancia de las pruebas (*preponderance of the evidence*). En este caso, lo que ocurre es que se equilibra la evidencia para determinar qué es lo más probable que haya ocurrido.⁶⁴ En ambos casos el juzgador debe equilibrar, las probabilidades en el primer caso y las pruebas en el segundo. Dado que las probabilidades se basan en los elementos probatorios desahogados, quizá sean conceptos equivalentes.

2.6. Ne bis in ídem material (*double counting*)

Aunque la SPI I le dedica un pequeño párrafo, esta cuestión tiene repercusiones importantes. Al respecto señaló:

[...] cualquier factor que haya sido considerado al determinar la gravedad del crimen no será utilizado además como agravante y viceversa.⁶⁵

⁶³ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Babic. Appeals Judgment*, 18 de julio de 2005 (IT-03-72-A), § 43; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Simba. Appeals Judgment*, 27 de noviembre de 2007 (ICTR-01-76-A), § 328.

⁶⁴ Véase *Black's Law Dictionary*, "Preponderance of the Evidence", 6.ª ed., 1990, p. 1182.

⁶⁵ "Any factors that are to be taken into account when assessing the gravity of the crime will not additionally be taken into account as aggravating circumstances, and vice versa." *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 35. Traducción propia.

En efecto, ya el TPIY había señalado de forma reiterada que los elementos del tipo penal no pueden emplearse para agravar la pena. Se puede decir que se subsumen las agravantes en los tipos penales. En la jurisprudencia del TPIY, esto incluye las formas de autoría; así, si una persona fue condenada como superior jerárquico, el hecho de que haya tenido una posición de liderazgo no puede ser invocado como una agravante.⁶⁶ Sin embargo, es importante notar que se refiere solamente a elementos que indiquen la gravedad de la conducta. Por ejemplo, en un caso de violación, la vulnerabilidad de la víctima puede ser un elemento de la violación y también una agravante.⁶⁷

En la lógica de los tribunales *ad hoc* y en algunas jurisdicciones nacionales estaríamos frente a una violación al *ne bis in idem* material.

Con la lógica que regula a este concepto, no queda muy claro si este viola algún derecho humano. Una posibilidad es que el *double counting* implique una violación al *ne bis in idem*.⁶⁸

Esta es la fórmula que ha preferido la CPI, a pesar de que esta práctica tiene otras repercusiones, como una desproporción en la imposición de la pena en contravención al principio de culpabilidad.⁶⁹

Quizá sería viable también suponer que esta práctica implica una violación al principio de legalidad penal. Al respecto, la Corte IDH, en el caso *Castillo Petruzzi*, determinó que para dar cumplimiento al principio de legalidad penal no basta con que la conducta descrita en el tipo penal sea clara y precisa, sino que además debe distinguirse claramente de otros tipos penales para evitar confusiones, sobre todo a la luz de la discrecionalidad de la autoridad.⁷⁰

Tomando como base este criterio podría llegarse a la conclusión de que los elementos del tipo deben distinguirse de las agravantes; de lo contrario se estaría frente a una violación al principio de legalidad penal.

⁶⁶ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Jokic. Appeals Judgment*, 30 de agosto de 2005 (IT-01-42/1-A), § 30; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Semanza. Appeal Judgment*, 20 de mayo de 2005 (ICTR-97-20-A), § 337-338; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Ntabazuke. Appeals Judgment*, 8 de mayo de 2012 (ICTR-98-41A-A), § 271.

⁶⁷ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac, and Vokovic. Appeals Judgment*, 12 de junio de 2002 (IT-96-23-A), § 352.

⁶⁸ Véase Gary Swearingen, "Proportionality and Punishment: Double Counting under the Federal Sentencing Guidelines", *Washington Law Review*, vol. 68, 1993, p. 725. En este artículo se describe cómo una línea jurisprudencial considera que el *double counting* implica juzgar dos veces por los mismos hechos.

⁶⁹ Véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., pp. 288-289.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (serie C, n.º 52), § 119.

Evitar el *double counting* se estima lógico, pero no parece estar prohibido por el ECPI, por lo menos no a simple vista. Es por ello que resulta importante que, ante la ausencia de disposición expresa, se establezca la imposibilidad de aplicar esta práctica en los derechos humanos. De tal forma, nuevamente estamos frente a una determinación de la SPI I que no se funda en los derechos humanos internacionalmente reconocidos como ordena el ECPI.

3. Conclusión

La sentencia de imposición de pena constituye un gran avance por cuanto resuelve varias de las dudas y críticas que se habían formulado en contra de los tribunales penales internacionales e híbridos que precedieron a la CPI. Lo más evidente es la mera existencia de una resolución independiente de la de condena, en la que detalladamente se explican las razones por las cuales se impone la pena.

Este acto de transparencia es en gran medida el resultado del texto del ECPI, ya que permite que se lleve a cabo una audiencia en la cual se presenten alegatos adicionales y pruebas, aunque excepcionalmente. Si bien esta audiencia solamente se efectúa si alguna de las partes la solicita, las críticas sobre la opacidad de las determinaciones de los tribunales *ad hoc* deberían impulsar a la CPI a solicitar dicha audiencia en todos los casos. Lamentablemente, la consideración de que para la imposición de penas se tomarán en cuenta principalmente los elementos desahogados en el juicio hace suponer que por lo menos la SPI I pretende limitar el alcance de aquella.

También se cuenta con avances en cuanto a la identificación de las finalidades de la pena. Muchos autores consideran que establecer principios contribuiría a la seguridad jurídica de los condenados y a impedir el ejercicio desmedido de la discrecionalidad. Parecería que, si en el ámbito nacional no hay uniformidad ni consenso, difícilmente podemos esperar mejores resultados en el ámbito internacional. No obstante, si lo que se busca es tener clara la finalidad de las penas, el ECPI, a diferencia de los instrumentos internacionales que en la materia lo preceden, ofrece ventajas palpables.

La SPI I identificó ciertos fines de la pena en el Preámbulo del ECPI. Igualmente, el reconocimiento expreso de la proporcionalidad puede ser un punto de partida para construir una teoría penológica en el derecho penal internacional. Evidentemente, estos aspectos no son principios rectores para la pena, pero sí pueden constituir un punto de partida para llenar esta laguna identificada en la doctrina.

A pesar de los avances, hay un aspecto inquietante de la sentencia de imposición de pena: parece haber muchas imprecisiones en el uso de las fuentes jurídicas. Ya se destacó la incongruencia de mencionar casos relacionados con niños soldados y no referir a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* o la práctica nacional para establecer otro tipo de conceptos. Lo anterior es inquietante, pues el propio ECPI autoriza el uso de las normas jurídicas (o por lo menos los principios generales) que se encuentran en los sistemas jurídicos del mundo.

No obstante esta apreciación, parece más alarmante que no se consideren los derechos humanos internacionalmente reconocidos en la determinación. Este cuerpo normativo también puede ser empleado según el texto del ECPI, pero las referencias son nulas. Incluso no se da la importancia que tiene al principio *nulla poena sine lege*, aunque tenga un reconocimiento expreso en el ECPI.

También es omisa la SPI I en mencionar los tratados e instrumentos internacionales que hacen referencia a la imposición de penas y a la jurisprudencia internacional que aborda este tema. Al ser la primera sentencia de este tipo que impone la CPI, habría sido importante retomar los aspectos ya abordados nacional e internacionalmente. Quizá algunos se desecharían, como la readaptación social, pero deben considerarse y, en todo caso, refutar su aplicabilidad.

PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA *DECISION ON SENTENCE*: CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES, CONCURSO Y CÁLCULO DE LA PENA

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. Según la sentencia analizada, las circunstancias agravantes pueden ser de carácter objetivo-general —que se amplían a los participantes en el crimen aludiendo al curso ordinario (contexto) del crimen— o de naturaleza individual —que se comunican según haya existido una orden expresa (promoción) o intencionalidad—. La sentencia no se refiere directamente al carácter objetivo o individual de la agravante, sino a los criterios para su imputación. Por otra parte, las circunstancias atenuantes se vinculan a la individualización de la pena. Igualmente, la Corte entiende que el artículo 8.2.e.vii del Estatuto contempla varios crímenes, de allí que aplique la sanción a cada uno por separado. Al respecto, por tratarse de un mismo bien jurídico y un mismo artículo, es claro que no se trata de varios delitos sino de un único crimen con distintas modalidades de conducta.

Palabras clave: agravantes, atenuantes, comunicabilidad, concurso, pena.

ABSTRACT. According to the analyzed judgment, aggravating circumstances may be objective and general – and therefore extend to other participants in view of the ordinary course of the crimes – or of an individual nature – which extend to other participants only if there was a specific order (encouragement) or intent. The judgment makes no direct reference to the objective or individual character of the aggravating circumstances but rather to the criteria for taking them into account. Mitigating circumstances are also relevant for determining the sentence. The Chamber also considers that article 8(2)(e)(vii) of the Statute defines several crimes and therefore imposes a separate sentence for each one. In this respect, since the legally-protected interest is the same and the article involved is only one, we understand that several offenses were not committed but rather one crime with different modalities of conduct.

Key words: aggravating circumstances, mitigating circumstances, extension of liability for objective circumstances to co-perpetrators, concurrent offenses, punishment.

ZUSAMMENFASSUNG. Nach dem analysiertem Urteil zufolge können die strafschärfende Umstände einen allgemeinen, objektiven Charakter haben – und erstrecken sich damit unter Bezug auf den Ablauf des Verbrechens im Allgemeinen (Kontext) auf alle Verbrechensbeteiligten –, oder sie sind individueller Natur – und ergeben sich, wenn eine ausdrückliche Anordnung (Förderung) oder Absicht vorliegt. Das Urteil bezieht sich nicht direkt auf den objektiven oder individuellen Charakter des strafschärfenden Umstands, sondern auf die Kriterien für seine Zurechnung. Strafmildernde Umstände beziehen sich dagegen auf die Individualisierung der Strafe. Der Gerichtshof vertritt außerdem die Auffassung, dass Artikel 8 (2)(e) (vii) des Statuts mehrere Verbrechen nennt, weshalb die Strafe für jedes von ihnen getrennt festgelegt wird. Aus der Tatsache, dass es sich um dasselbe Rechtsgut und denselben Artikel handelt, ergibt sich jedoch eindeutig, dass es sich nicht um unterschiedliche Straftaten handelt, sondern um ein Verbrechen mit unterschiedlichen Ausdrucksformen.

Schlagwörter. Strafschärfende Umstände, strafmildernde Umstände, Anrechenbarkeit, Konkurrenzen, Strafe.

1. Sobre las circunstancias agravantes del crimen

En la condena de Thomas Lubanga Dyilo destaca su no participación directa en la ejecución material de los crímenes, pese a lo cual fue calificado como coautor. La CPI no lo consideró un autor mediato, tampoco un partícipe. Optó entonces por una vía intermedia, al calificarlo como un coautor que no concurre a la ejecución material de los crímenes (autor intelectual).¹ Según la Sala de Primera Instancia I, no es necesaria la concurrencia del coautor a dicha ejecución; únicamente que ejerza su control sobre el delito.² Para ser coautor bastará la existencia del plan común a ser ejecutado y proporcionar una contribución esencial a este.³ Se trata de una versión, corregida, del *dominio funcional del hecho* como fundamento de la coautoría.⁴ Ello coloca en primer plano el

¹ CPI-Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012, § 1023 ss.

² *Ibidem*, § 1003 ss.

³ *Ibidem*, § 1006.

⁴ La decisión acogió la concepción de Roxin sobre el dominio del hecho para definir al coautor, aunque se separó de ella en lo relativo a la necesidad de concurrir en la ejecución material. En efecto, si se sigue estrictamente a Roxin, la conclusión anterior no es compatible con la alusión a la capacidad de frustración del crimen como criterio para determinar el carácter esencial del aporte, defendida por el autor alemán. Roxin vincula esa capacidad con la ejecución material del crimen (véase Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho* [trad. de Cuello y Serrano], Madrid, 2000, pp. 310 ss., 330). El control fáctico de la ejecución material es la carta que utiliza hábilmente Roxin para distinguir al

tema de la comunicabilidad de las circunstancias a un coautor que no concurrió a la ejecución material del crimen.

1.1. La acusación alegó que las *condiciones del centro de reclutamiento y el trato brutal dado a los menores* constituyen circunstancias agravantes del hecho⁵ que encuadran en la regla 175.2.a.iv de las Reglas de Procedimiento y Prueba, referida a la “especial crueldad” con que se haya cometido el crimen. La Corte concluyó que los castigos a que fueron sometidos los reclutas no pueden atribuirse a Lubanga, ya que no se probó que sucedieron en el “curso ordinario de los crímenes” por los cuales lo condenaron:⁶ alistamiento, reclutamiento y uso de menores de quince años en las hostilidades.

Por lo tanto, el primer criterio para determinar la comunicabilidad de una circunstancia agravante será que esta haya sucedido en el *curso ordinario del crimen*. En efecto, la extensión de la circunstancia agravante a los intervinientes supone que, al planificarse el crimen o durante la propia ejecución, era previsible la realización del hecho agravante desde una perspectiva *ex ante* (según el juicio de un hombre medio en la posición del autor), prescindiendo de si el sujeto concreto contaba o no con su existencia. Debe concluirse, entonces, que la especial crueldad en la ejecución del crimen constituye una agravante de naturaleza objetiva, que se comunica a todos los intervinientes en el delito, en razón de su previsibilidad *ex ante*. Los intervinientes debían haber contado con la producción de ese hecho: de allí la imputación recíproca.

Sin embargo, no se detiene la sentencia en el hecho de que los castigos formaran parte del entrenamiento de los niños reclutas; por lo tanto, no analiza si dicha circunstancia

coautor del colaborador que realiza un aporte fundamental al delito sin controlar dicha ejecución. Al respecto, véase Juan Luis Modolell González, “Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)”, en Kai Ambos y Montserrat de Hoyos (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada: Comares, 2008, pp. 99 ss. Desde mi punto de vista, Lubanga debió ser acusado como autor mediato en una estructura organizada de poder, especialmente porque su control se ejercía sobre la organización como tal y no en los específicos actos criminales ejecutivos (ibídem, pp. 107 ss.). Incluso, la propia sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que “la FPLC admitió” en su seno a los jóvenes reclutados, incluidos menores de 15 años, y los envió a sus campos de entrenamiento, donde les inculcó una estricta disciplina militar. Por lo tanto, inconscientemente esa decisión aludió a la propia organización como ejecutora del delito y al dominio de Lubanga sobre la estructura. Además, Lubanga era el máximo jefarca de los dos aparatos de poder (la UPC/RP y el FPLC), todo lo cual hacía más sencillo imputarle una autoría mediata dentro de una estructura organizada de poder que atribuirle el rol de coautor en los crímenes (ibídem, p. 108).

⁵ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 de julio de 2012, § 57.

⁶ Ibídem, § 59.

era una consecuencia necesaria del reclutamiento, totalmente previsible. En efecto, la propia Sala de Cuestiones Preliminares I expresó que la FPLC admitió en su seno a los jóvenes reclutados, incluidos menores de 15 años, e incluso los envió a sus campos de entrenamiento, además de haberlos *sometido a una estricta disciplina militar*.⁷ Igualmente, la sala hizo referencia a que Lubanga cumplió un papel esencial de coordinación e implementación del plan común, concretamente teniendo contactos directos y continuos con los participantes en dicho plan, inspeccionando los campos de entrenamiento para alentar a los nuevos reclutas —incluidos menores de 15 años—, así como proveyendo los recursos financieros necesarios para la implementación del plan común, y usando a los niños como guardaespaldas.⁸

La necesidad de que la agravante suceda en el curso ordinario del crimen constituye un criterio semejante al utilizado en la decisión de juicio, donde para calificar de coautor a Lubanga se exigió que el plan común conllevara “un riesgo suficiente según el cual, si los hechos siguen su curso normal, un crimen será cometido”.⁹ Considero acertado el uso de este criterio valorativo para la imputación de las circunstancias agravantes. No obstante, resulta inexplicable que la Corte no haya considerado que los castigos a menores de 15 años durante el reclutamiento pudieran derivarse del “curso ordinario de los acontecimientos”, especialmente si se afirma que los reclutas eran sometidos a una estricta disciplina militar.¹⁰

La CPI añade una razón para concluir que a Lubanga no se le pueden atribuir los castigos infligidos a los niños reclutas: no los ordenó ni los promovió.¹¹ Se trata de un criterio de atribución de las circunstancias agravantes de carácter individual, vinculado a la directa intervención en el crimen.

1.2. La *agravante de violencia sexual*, solicitada por la acusación, no se consideró procedente debido a la ausencia de evidencia de que fue realizada “en el contexto de los crímenes de los cuales Lubanga es culpable”.¹² El criterio “contextual” de atribución se

⁷ CPI, *Sala de Cuestiones Preliminares I, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, caso ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007, § 379.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Judgment* (nota 1), § 987.

¹⁰ En opinión disidente, la juez Odio Benito sostiene que la agravante debió ser afirmada, pero su razonamiento se basa en la magnitud del daño causado en los menores de 15 años (*Decision on Sentence*, cit. [nota 5], opinión disidente, § 6).

¹¹ *Decision on Sentence* (nota 5), § 59.

¹² *Ibidem*, § 66.

asimilaría al del “curso ordinario del crimen” referido antes. Por lo tanto, la violencia sexual sería comunicable entre los intervinientes cuando su ocurrencia fuese esperada, atendiendo a los hechos.

A diferencia de los castigos aplicados durante el entrenamiento de los reclutas, que parecieran formar parte natural de este, la violencia sexual contra los menores de 15 años no deriva *necesariamente* de un contexto de reclutamiento, alistamiento o uso de los niños en hostilidades, salvo que formara parte del plan común de realización de los crímenes mencionados, lo cual no se evidenció durante el proceso.¹³ La violencia sexual sobrevenida durante la ejecución constituye un auténtico exceso no imputable a quienes directamente no la realizaron, o al menos no la ordenaron.¹⁴ Esta consecuencia podría derivarse de que esa clase de violencia es un hecho de propia mano en sentido estricto, que requiere un contacto personal entre el sujeto y la víctima.¹⁵

1.3. Con relación a la agravante solicitada por la acusación, de *ser las víctimas especialmente indefensas* (regla 147.2.b.iii de las Reglas de Procedimiento y Prueba), afirma la sentencia que los factores relevantes para determinar la propia gravedad del delito no pueden ser considerados, a su vez, circunstancias añadidas que la aumenten.¹⁶ Ello, expresado técnicamente, significa que los elementos constitutivos del propio tipo penal, consustanciales al crimen, como sería en este caso el carácter vulnerable de los menores de 15 años, no pueden ser calificados simultáneamente como circunstancias agravantes. Los tipos penales aplicados en este caso tienen como fin, precisamente, la protección de personas especialmente vulnerables ante los efectos nocivos, e irreversibles, que les acarrearía involucrarse como protagonistas de un conflicto armado.¹⁷ Por lo tanto, la indefensión y vulnerabilidad de las víctimas son elementos del propio crimen. Aplicarle a este tipo penal la agravante referida infringiría de manera evidente el principio del *non bis in idem*.¹⁸

¹³ *Ibidem*, § 74.

¹⁴ En su opinión disidente, la juez Odio Benito considera que concurre esta agravante, especialmente por el daño que produjo el reclutamiento (*Judgment* [nota 1], opinión disidente, § 21).

¹⁵ Entre los delitos de propia mano se distinguen aquellos que requieren una intervención corporal del autor en el hecho —verbigracia, la violación— y aquellos que no requieren un comportamiento corporal pero sí personal del sujeto activo —verbigracia, la bigamia— (Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot, 1996).

¹⁶ *Ibidem*, § 78.

¹⁷ Así, como en nota 1, opinión disidente de la juez Odio Benito.

¹⁸ Al respecto, Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, vol. II, pp. 288 ss.; Juan José Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 527.

1.4. La acusación solicitó contra Lubanga la *agravante de motivos discriminatorios* (regla 145.2.b.v de las Reglas de Procedimiento y Prueba), ya que, se alegó, la violencia sexual y la “sumisión conyugal” (*conjugal subservience*) se ejecutaron en razón del género.¹⁹ Para no descartar la aplicación de esta agravante, la Corte sostuvo la falta de evidencia de que Lubanga hubiese discriminado “deliberadamente” a las mujeres al cometerse los hechos.²⁰ Al aludir al carácter intencional (deliberado) de la discriminación, se deduce que la sentencia atribuye naturaleza individual a esta agravante; de allí que esta solo pueda imputarse a los intervinientes que directamente persiguieron la referida discriminación, por formar parte de un plan común, o que la ordenaron expresamente. No es casual que se hable en la norma de “motivos” discriminatorios. Sin embargo, desde mi punto de vista, la discriminación igualmente podría derivarse del contexto, o del curso ordinario de los crímenes. Piénsese en el caso del reclutamiento o alistamiento de menores de quince años pertenecientes a una etnia enemiga.

1.5. Después de desarrollar los criterios utilizados por la sentencia para imputar las circunstancias agravantes a los participantes en el crimen, se concluye que estos pueden ser de carácter objetivo-general —mediante los cuales se alude al curso ordinario (o el contexto) del crimen— o de naturaleza individual —orden expresa (o promoción) e intencionalidad—. El primer criterio abarca las llamadas *agravantes objetivas* y permite extenderlas a todos los intervinientes en el delito. El segundo se refiere a las *agravantes aplicables solo a los sujetos en quienes concurren*. La sentencia de condena no se refiere directamente al carácter objetivo o individual de la agravante, sino a los criterios para poder imputarla.²¹ En todo caso, del análisis del criterio utilizado para la atribución se puede inducir la naturaleza de la concreta agravante analizada. Debe aclararse que la distinción, o clasificación, de las circunstancias solo tiene sentido para fundamentar su comunicabilidad. En efecto, cuando la doctrina habla, por ejemplo, de circunstancias “coetáneas a la ejecución del crimen”, circunstancias “personales pre- o posdelictivas” o “circunstancias referidas a la culpabilidad”,²² entre otras, esas denominaciones son

¹⁹ *Decision on Sentence* (nota 5), § 79.

²⁰ *Ibíd.*, § 81.

²¹ Por su parte, la doctrina penal pareciera aludir más bien a la naturaleza objetiva o subjetiva de la respectiva circunstancia, para fundamentar la comunicabilidad a los partícipes del crimen. En tal sentido, se sostiene que las llamadas circunstancias objetivas se comunican, se aplican a los intervinientes que las hayan conocido, mientras que las circunstancias personales, subjetivas, solo se aplican al sujeto en quien concurren (así, por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho penal*, Barcelona: Reppertor, 2011, p. 617 [11]; Bustos, o. cit., p. 526).

²² Así, Ambos, *Treatise...*, o. cit. (nota 18), pp. 295 ss.

pertinentes si conjuntamente se hace referencia al sujeto en quien concurren y, por lo tanto, a la posibilidad de comunicación de la agravante al resto de los intervinientes.

2. Sobre las circunstancias atenuantes del crimen

Antes de desarrollar este punto de la sentencia, debe mencionarse que las circunstancias atenuantes no se vinculan a la gravedad de la pena, sino a su individualización.²³

2.1. La Corte no consideró como atenuantes de la pena la “necesidad”, los “motivos pacíficos” ni las “órdenes de desmovilización” alegados por la defensa de Lubanga. Expresa la sentencia que, aun cuando Lubanga esperaba la restitución de la paz, una vez asegurados sus objetivos, ello era de relevancia limitada, dado el reiterado reclutamiento de niños.²⁴ Por otra parte, la decisión resalta que Lubanga, para lograr sus objetivos, utilizó niños en las fuerzas armadas que controlaba y se mantuvo en las UPC/FPLC a pesar de las declaraciones públicas en sentido contrario y las órdenes de desmovilización que emitió.²⁵

Los párrafos de la sentencia de condena que se refieren a esta atenuante podrían llevar a concluir, por argumento a contrario, que si Lubanga hubiera abandonado realmente el control de la estructura, o hubiese cesado el reclutamiento de menores de 15 años, esa actividad posterior a los hechos debería haber sido valorada como un motivo de rebaja de la pena. Al respecto, la regla 145.2.a.ii de las Reglas de Procedimiento y Prueba establece como atenuante de pena la conducta del autor posterior al hecho, incluyendo en ella lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o para cooperar con la Corte. Estas últimas referencias normativas, desde mi punto de vista, permiten interpretar correctamente la conducta posterior al crimen que merece ser considerada como atenuante. Al respecto, parece esencial que la conducta del autor o del partícipe después del crimen persiga el esclarecimiento de los hechos (cooperación con la Corte) o la disminución del daño *ya causado* a las víctimas.

Partiendo de lo anterior, ni el hecho de que Lubanga hubiese cesado en su actividad —dejado de reclutar niños— ni el abandono de la estructura político-militar incidiría en el daño *ya ocasionado* a las víctimas. Además, la propia Corte sostuvo que

²³ *Ibidem*, p. 296.

²⁴ *Decision on Sentence* (nota 5), § 87.

²⁵ *Ibidem*.

los crímenes de alistamiento y reclutamiento son, por su propia naturaleza, delitos continuos (permanentes).²⁶ Por lo tanto, no se justificaría atenuar la pena del autor de un crimen de esta clase por haber cesado la permanencia. Sería como premiar con una rebaja de pena al secuestrador que libera su víctima.

2.2. La Sala reconoce como circunstancia atenuante la colaboración de Lubanga con la CPI durante el juicio.²⁷

3. Determinación (cálculo) de la pena y concurso de delitos

3.1. En cuanto a la determinación de la condena, se expresa que debe ser proporcional al crimen, de allí que no sea necesario establecer un límite mínimo, un punto de partida en cuanto a la pena.²⁸ Además, la privación de libertad no puede exceder los 30 años, salvo que la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado justifiquen la cadena perpetua.²⁹

Igualmente, afirma la decisión que debe imponerse una pena por cada uno de los crímenes, especificando el período total de reclusión.³⁰ Al respecto, dispone el artículo 78.3 del Estatuto que “la pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas”. En consecuencia, la Corte condena a Lubanga a la pena de prisión de 13 años por el delito de reclutamiento de niños menores de quince años; a una pena de 12 años de prisión por el crimen de alistamiento de niños menores de quince años, y a una pena de 14 años de prisión por utilización de niños menores de quince años en las hostilidades. La sentencia opta, en definitiva, por castigar con la pena más grave de las tres mencionadas: 14 años.³¹

3.2. Como se sabe, el Estatuto no establece el quantum de pena aplicable a los crímenes, ni mucho menos un rango para su determinación,³² lo cual evidentemente

²⁶ *Judgment* (nota 1), § 618, 759.

²⁷ *Decision on Sentence* (nota 5), § 91. En todo caso, las conductas posdelictivas nunca pueden agravar el delito, aunque sí atenuarlo (Ambos, *Treatise...*, o. cit. [nota 18], p. 299).

²⁸ *Decision on Sentence* (nota 5), § 93.

²⁹ *Ibidem*, § 94; véase también § 96.

³⁰ *Ibidem*, § 98.

³¹ *Ibidem*, § 99.

³² Ambos lo atribuye a la diversidad de sistemas nacionales de justicia penal, que impidió un acuerdo de los Estados sobre las penas concretas a aplicar (Ambos, *Treatise...*, o. cit. [nota 18], p. 272).

cuestiona la vigencia del principio *nullum poena sine lege* en ese texto normativo.³³ El principio de legalidad de los delitos y las penas representa la seguridad jurídica del ciudadano ante el poder. Mediante la ley penal previamente establecida se determina el ámbito de la prohibición y se limita la potestad punitiva. Adicionalmente, desde el punto de vista de los fines de la pena, es esencial el principio del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, ya que el autor debe conocer *previamente* el hecho prohibido, o al menos tener la posibilidad de acceder al mandato de determinación contenido en la norma.³⁴ La función motivadora de la norma mediante la amenaza penal se fundamenta, desde mi punto de vista, en el fin preventivo-general de la pena. Si al derecho penal se le atribuye una función de protección de bienes jurídicos, de intereses valiosos para la sociedad, solo podría lograrlo tratando de influir de dos maneras en los destinatarios de la norma: a) amenazando con aplicarles una pena en caso de que infrinjan la norma (prevención general negativa), y b) fomentando el respeto (jurídico) al valor protegido por el tipo penal (prevención general positiva).³⁵ Por ejemplo, la norma del tipo de homicidio contiene la conminación a “no matar” y, a su vez, envía el mensaje de que la vida es un interés valioso para la sociedad.³⁶

La función positiva de la prevención general sirve como límite de la intimidación, que de admitirse como único fin de la pena podría acarrear la desproporción de esta y, en última instancia, la ausencia de una diferenciación punitiva entre los distintos delitos. En efecto, si lo que persigue el Estado es intimidar a la población con la amenaza punitiva, sería entonces muy tentador castigar todos los delitos con la misma pena, incluso sin forma alguna de limitación cualitativa. Por el contrario, si para la configuración de la amenaza penal se toman en cuenta, igualmente, los intereses que busca proteger el derecho penal, entonces la pena de cada delito debe diferenciarse al menos cuantitativamente, y estar previamente establecida. Por mencionar un ejemplo, para la sociedad no significa lo mismo la vida de una persona que la propiedad, por lo tanto el homicidio y el hurto no pueden ser castigados de igual forma. Toda esta función motivadora de la norma penal implica que el autor tenga la posibilidad de acceder a ella; de allí la

³³ Al respecto, *ibídem*, pp. 271 ss.

³⁴ En este sentido, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Eugenio Zaffaroni [coord.]), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, Buenos Aires: IIDH, 1986, p. 14.

³⁵ Similar, Juan Luis Modolell, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas: Livrosca, 2001, pp. 300 ss.

³⁶ *Ibídem*, p. 301.

importancia fundamental del principio de legalidad, que obliga a la fijación previa de la materia de prohibición.³⁷

En todo caso, aun cuando el Estatuto no establezca el tipo de pena ni su cuantía, toda sentencia debe fundamentar por qué atribuye determinado lapso de sanción al crimen respectivo. En la sentencia analizada, la decisión no fundamenta el castigo de 13 y 14 años para los crímenes de Lubanga. En modo alguno hace referencia a la proporcionalidad de la pena o a sus fines.³⁸

3.3. La solución anterior plantea el problema de si el artículo 8.2.e.vii del Estatuto contempla varios delitos o prevé un solo delito con diversas modalidades de conducta. Si se trata del primer caso, estaríamos ante un supuesto de concurso de delitos, por la concurrencia de injustos distintos. En cambio, si se concluye que se está en presencia de un único delito, cuya tipificación prevé distintas formas de ejecución, la realización de una sola de ellas configuraría el crimen.³⁹

La distinción acerca de si en un mismo artículo se tipifican varios delitos o se contempla un delito con varias modalidades de conducta⁴⁰ debe hacerse fundamentalmente mediante el análisis del bien jurídico protegido.⁴¹ Así, en el tipo penal en estudio las acciones de reclutamiento, alistamiento y uso de menores de quince años lesionan el mismo bien jurídico, a saber: el sano desarrollo psíquico, físico y moral de personas

³⁷ Expresa claramente Perron que del supuesto de hecho tipificado (norma de sanción) se deriva la prohibición (norma de conducta). Según dicho autor, la norma se desdobra en dos pasos: primero, la formación de las normas de conducta, dirigidas a los ciudadanos como destinatarios, a quienes ordena de qué modo comportarse unos con otros; segundo, la formación de la norma de sanción, la cual está dirigida al juez, funcionario del Estado y por ende aplicador del derecho (*Rechtsanwender*). A él ordena que debe aplicar una sanción contra alguien que ha lesionado determinada norma de conducta. Según Perron, en la práctica son muy raros los casos de disposición legales penales que sean normas de conducta aisladas; el legislador solo dicta típicamente normas de sanción, en especial en la forma de tipos penales (*Straftatbeständen*), las cuales contienen todo lo necesario para el aplicador del Derecho. Y concluye Perron: la norma de conducta fundamental podría entonces ser descubierta ulteriormente, y solo mediatamente, de esa norma de sanción ("*Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen*", en Alvin Eser y Haruo Nishihara, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Friburgo, 1995, p. 75).

³⁸ En este sentido, Ambos, *Treatise...*, o. cit. (nota 18), pp. 285 ss; 302 ss. Sobre los pasos para fundamentar adecuadamente la pena, *ibidem*, p. 307.

³⁹ Este último caso sería un tipo alternativo, en el cual la ejecución de cualquiera de las modalidades descritas bastaría para la consumación (véase Mir Puig, o. cit. [nota 21], p. 236 [34]; Jescheck y Weigend, o. cit. [nota 15], p. 266).

⁴⁰ Aceptan la posibilidad de que en una misma descripción legal puedan existir varios tipos penales, M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, *Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 405.

⁴¹ Este criterio, entre otros, se utiliza en el caso *Akayesu* para determinar la existencia de varios (dos) crímenes (ICTR, Sala I, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, caso 96-4-T, 2 de septiembre de 1998, § 468).

especialmente vulnerables en razón de su edad.⁴² Por lo tanto, estamos ante un único crimen, con formas distintas de conducta.

Incluso, desde mi punto de vista, las dos primeras modalidades de acciones alternativas (alistamiento y reclutamiento) constituyen presupuestos de la más grave: uso de menores de quince años en las hostilidades. En consecuencia, si se ejecuta esta última forma de conducta, ella abarcaría alguna de las dos anteriores, lo que plantearía un supuesto de concusión, según el cual la conducta más grave absorbe a las demás.⁴³ En este último supuesto, si se comete más de una de las modalidades previstas, solo sería relevante la que abarque a las anteriores o la que pudiera considerarse más grave, precisamente por tratarse de un solo crimen con posibilidades distintas de conducta.

No obstante, la Corte entiende que el artículo 8.2.e.vii del Estatuto contempla varios crímenes;⁴⁴ de allí que aplique la pena a cada uno por separado. Como expresé, por tratarse de un mismo bien jurídico y un mismo artículo, es claro que no se trata de varios delitos, sino de un único crimen con distintas modalidades de conducta.⁴⁵ Bastaba condenar a Lubanga con la pena del delito de uso de menores de quince años en las hostilidades.

3.4. La Corte, partiendo del supuesto de que se trata de varios crímenes, recurre al *sistema de absorción* para calcular el *quántum* total de la pena, método usual del concurso ideal de delitos caracterizado por el hecho de que la pena del delito mayor prevalece (absorbe) al resto de las sanciones. En tal sentido, la sentencia comentada aplica la pena del delito más grave (14 años). Cabe aclarar que, para los casos de concurso, el Estatuto no toma partido por este sistema, aunque erróneamente así lo crea la Corte. En efecto, el artículo 78.3 expresa que la pena final no puede ser menor que la mayor aplicada a alguno de los delitos. En modo alguno establece que *necesariamente* deba condenarse con la mayor pena asignada a uno de los crímenes. Dicho de otra forma, la pena mayor de los crímenes considerados será el límite mínimo para la fijación de la pena total.

Por otra parte, si la Corte consideró que el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños menores de quince años en las hostilidades son hechos distintos, pudo

⁴² *Judgment* (nota 1), § 605 ss.

⁴³ Mir Puig, o. cit. (nota 21), pp. 666 ss. [75 y ss.].

⁴⁴ *Judgment* (nota 1), § 609. Críticamente, Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", *In Dret*, julio de 2012, p. 20.

⁴⁵ Así, Ambos, para quien se trata de tres formas de conducta alternativas (Ambos, *Treatise...*, o. cit. [nota 18], p. 279, nota 263).

recurrir entonces a uno de los clásicos sistemas para calcular la pena en el concurso real: el de *acumulación matemática* o la *acumulación jurídica*.⁴⁶ Según el primero, la pena total aplicable sería resultante de la suma de la pena de cada delito, caso en el cual Lubanga pudo haber sido condenado a 30 años de prisión, como consecuencia de que la adición de 12, 13 y 14 años de prisión excede ese límite máximo legal. La sentencia pudo optar por aplicar el *sistema de acumulación jurídica*, mediante el cual a la pena más grave de los delitos realizados (14 años, en este caso) se le aumentará una cuota parte de la pena de cada uno del resto de los crímenes. En cualquier caso, la privación de libertad habría sido mayor de 14 años, lo cual sería acorde con la letra del Estatuto, cuya norma del artículo 78.3 alude al mínimo de pena, no a su máximo.

⁴⁶ Al respecto, Mir Puig, o. cit. (nota 21), pp. 660 ss. [56 ss.].

IV.

REPARACIONES

ANÁLISIS DEL CASO LUBANGA.

EL PROCEDIMIENTO DE REPARACIONES*

Jaime Edwin Martínez Ventura

RESUMEN. El informe expone el procedimiento para la reparación de las víctimas de crímenes de guerra por los que fue condenado Thomas Lubanga Dyilo, de conformidad con la resolución que establece los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones, dictada el 7 de agosto de 2012 por la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional. Basada en el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala se pronuncia a favor de un sistema de reparaciones efectivo, amplio, integral y flexible, desde un enfoque de reconocimiento de las víctimas y sus derechos, en el que la reparación es entendida como un derecho humano fundamental y se establecen garantías de participación de las víctimas. Pese a ese enfoque, en la resolución no se concreta ni una sola medida de reparación, sino que se establece detalladamente el procedimiento que se debe seguir para determinar y ejecutar tales desagravios. Se trata de un proceso minucioso, extenso y complejo, integrado por ocho etapas.

Palabras clave: Procedimiento de reparación, Fondo Fiduciario para las Víctimas, Equipo Multidisciplinario de Expertos, evaluación y cuantificación de daños, participación de las víctimas, plan de reparaciones colectivas, órdenes de reparación, fuentes de financiación, localidades beneficiarias.

ABSTRACT. This report explains the reparations procedure for victims of the war crimes for which Thomas Lubanga Dyilo was convicted, according to the decision rendered on 7 August 2012 by Trial Chamber I of the International Criminal Court that establishes the principles and procedures to be applied to reparations. Based on the Rome Statute and the Rules of Procedure and Evidence, the

* Conforme a la *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, ICC-01/04-01/06; 7/AGO/12.

Chamber determined an effective, broad, integral and flexible system of reparations. Recognizing the victims' rights, it understands reparations as a fundamental human right and establishes measures to ensure the victims' participation. Despite this approach, no specific reparations are awarded in the decision; rather, a detailed procedure is established for determining and implementing those measures. It is a long, meticulous and complex process consisting of eight steps.

Key words: reparations procedure, Trust Fund for Victims, team of interdisciplinary experts, assessment and quantification of harm, victim participation, collective reparations programme, reparations orders, sources of finance, beneficiary communities.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Bericht stellt das Wiedergutmachungsverfahren auf der Grundlage des Beschlusses über die bei Wiedergutmachungen anzuwendenden Grundsätze und Verfahren für die Opfer der Kriegsverbrechen dar, wegen denen Thomas Lubanga Dyilo am 7. August 2012 in erster Instanz von der Ersten Kammer des Internationalen Strafgerichtshofs verurteilt wurde. Auf der Grundlage des Rom – Statuts und seiner Verfahrens – und Beweisregeln hat sich die Kammer für ein effektives, breit angelegtes, umfassendes und flexibles Wiedergutmachungssystem aus der Perspektive der Anerkennung der Opfer und ihrer Rechte ausgesprochen, in dem die Wiedergutmachung als ein grundlegendes Menschenrecht verstanden wird und Garantien für die Opferbeteiligung festgelegt werden. Trotz dieses Ansatzes enthält der Beschluss keine konkreten Wiedergutmachungsleistungen; vielmehr wird im Einzelnen das Verfahren dargestellt, das zu befolgen ist, um die Entschädigungen festzulegen und umzusetzen. Dabei handelt es sich um einen minutiösen, langwierigen und komplexen Prozess, der aus acht Etappen besteht.

Schlagwörter: Wiedergutmachungsverfahren, Treuhandfonds zu Gunsten der Opfer, multidisziplinäres Expertenteam, Evaluierung und Quantifizierung der Schäden, Opferbeteiligung, Plan für kollektive Wiedergutmachungen, Wiedergutmachungsanordnungen, Finanzierungsquellen, wiedergutmachungsberechtigte Ortschaften.

1. Introducción

En este trabajo se expone el procedimiento que debe seguirse para la reparación de las víctimas de los crímenes de guerra por los que fue condenado Thomas Lubanga Dyilo, de conformidad con la resolución de la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional que establece los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones.

El estudio se divide en tres partes. En la primera (sección 2) se exponen brevemente algunas consideraciones preliminares sobre los fundamentos y los alcances doctrinarios y jurisprudenciales expuestos por la referida sala en la resolución.

La segunda parte (sección 3) se enfoca en describir, explicar y analizar críticamente cada una de las fases del procedimiento de reparaciones. Se trata de un proceso amplio, complejo y extenso, conformado por ocho etapas: 1) determinación del organismo encargado de controlar y supervisar el procedimiento de reparaciones; 2) conformación del equipo multidisciplinario de expertos; 3) definición de las formas de participación de las víctimas; 4) elaboración del plan de reparaciones colectivas, el cual a su vez conlleva otros cinco pasos que serán explicados posteriormente; 5) revisión y aprobación del plan de reparaciones; 6) determinación de las fuentes de financiación de las órdenes de reparación; 7) implementación del plan de reparaciones, y 8) supervisión y vigilancia de la implementación del plan de reparaciones.

Por último, en la tercera parte (sección 4) se presentan algunas conclusiones, entre las que podemos destacar que la Sala de Primera Instancia I, en la resolución pertinente, despliega amplias consideraciones y construcciones doctrinarias mediante las cuales se pronuncia a favor de un sistema de reparaciones efectivo; reconoce a la reparación como un derecho humano fundamental con amplio sustento jurídico y coherente con la necesidad de ir más allá del concepto de la justicia retributiva, para trascender a decisiones que incluyan la más amplia participación de las víctimas, entre otros argumentos conceptuales favorables a la reivindicación de las personas agraviadas. Sin embargo, paradójicamente, dicha resolución no concreta una sola medida de reparación inmediata; se limita a establecer las directrices y los principios generales para que otros organismos de la misma Corte emitan las órdenes de reparación en un momento posterior, indeterminado y después de agotar un proceso amplio, complejo y extenso que, en la práctica, podría restar efectividad a cualquier medida de reparación.

2. Consideraciones preliminares

Debido a la complejidad de los crímenes por los que fue condenado Thomas Lubanga Dyilo y a la gran cantidad de víctimas,¹ la Sala de Primera Instancia I de la CPI,

¹ Esa complejidad y masividad es característica esencial de la llamada *macrocriminalidad*, que es el objeto de la justicia penal internacional, tal como lo expone el profesor Kai Ambos. Véase Kai Ambos, *La Parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 44-48. Sobre la complejidad del caso *Lubanga* y la masividad de sus víctimas, además de las sentencias correspondientes, véase Andreas Forer, "Reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyilo.

en su resolución sobre reparaciones, no resolvió las solicitudes individuales de reparación presentadas por algunas de las víctimas participantes en el proceso, sino que, con base en el artículo 75.1 del ECPI,² solo estableció los principios, directrices y procedimientos para la consecución de tales desagravios, tal como lo indica el título de dicha resolución,³ y ordenó a la Secretaría que remitiera esas solicitudes al Fondo Fiduciario para las Víctimas (TFV o FFV)⁴ previsto en los artículos 75.2 y 79 ECPI y numeral 98.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Como se verá, este organismo fue declarado por la Sala como el competente para elaborar un plan de reparaciones colectivas, así como para

Notas acerca de la primera condena de la CPI", en Edwin Cortés Sánchez (comp.), *Decisiones Judiciales. Lubanga (D. R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios*, Bogotá: Defensoría del Pueblo, Cooperación Alemana, GIZ, 2013, pp. 11-62; Fernando Val Garijo, "Redresing victims of international crimes: the International Criminal Court and the Trust Fund for Victims", en *Comunitaria Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales* n.º 2, 2011, <<http://www.comunitaria.com/numero-2/>> (24.1.2014); Elena Bonard, "Caso Lubanga, la Corte Penal Internacional se abre camino", en *Boletín del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile*, <<http://www.iei.uchile.cl/noticias/83987/caso-lubanga-la-corte-penal-internacional-se-abre-camino>> (6.1.2014).

² Esta disposición reza: "Art. 75 (1) La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda".

³ Resolución que establece los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones (traducción del inglés).

⁴ El Fondo Fiduciario para las Víctimas o FFV o TFV, por sus siglas en inglés, fue creado en 2002 por la Asamblea de los Estados Partes (AEP) de la CPI a través de una resolución sobre su mecanismo de financiación. Se trata de un instrumento sin precedentes; ningún otro tribunal penal internacional tiene un órgano reparativo como el FFV. La supervisión del Fondo Fiduciario se encuentra a cargo de un Consejo de Administración, integrado por cinco miembros elegidos por la AEP, quienes no forman parte de la CPI sino que actúan con autonomía. Dicho Consejo se reúne regularmente una vez al año, por lo que la gestión diaria del FFV está a cargo de una Secretaría de dicho fondo, establecida por la AEP, cuya tarea es dar asistencia al Consejo. Dicha Secretaría cuenta con un director ejecutivo y ambos están bajo la autoridad plena del Consejo de Administración, pero por razones administrativas la Secretaría del FFV y su personal se ubican junto a la Secretaría de la CPI, lo que permite que su funcionamiento sea financiado con el presupuesto de la CPI. En síntesis, el Consejo de Administración actúa con independencia de la CPI, pero al mismo tiempo es un instrumento para la ejecución de las decisiones adoptadas por esta. Cf. Val Garijo, o. cit., pp. 7 y 8. Por otra parte, el TFV tiene dos mandatos: El primero, de asistencia general, consiste en brindar apoyo y rehabilitación física y psicológica, así como asistencia a las víctimas de crímenes contemplados por la CPI y sus familias, independientemente del pronunciamiento de una sentencia condenatoria en un caso determinado. Desde su creación, 80.000 personas —parte de ellas en Ituri— se han beneficiado de este programa. El segundo es administrar las órdenes de reparación ordenadas por la Corte como parte de una sentencia condenatoria que consiste en diseñar e implementar indemnizaciones, las cuales pueden ser sufragadas con el patrimonio del condenado o a través del FFV. Este segundo mandato es el que se activó por primera vez con la primera condena de la CPI. Cf. Fadi El Abdallah, "Indemnización a las víctimas de Lubanga", en *CPI/La Haya*, <<http://www.congordvisible.org/actualidad/articulo.php?id=actualidad&uuiid=294>>. Actualidad-Corte Penal Internacional (1.8.2013). Para una mayor explicación de su estructura, recursos y mandatos, véase Val Garijo, o. cit.

dirigir, coordinar e implementar el cumplimiento de dicho plan.⁵ En otras palabras, no se aplicaron los procedimientos para reparaciones individuales a petición de parte o de oficio, contempladas respectivamente en los numerales 94 y 95 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Después de analizar las presentaciones y los alegatos que las partes e intervinientes, incluidas algunas organizaciones no gubernamentales, presentaron sobre el procedimiento de reparaciones,⁶ la Sala declaró que el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba adoptan un sistema de reparaciones coherente con el creciente reconocimiento en el derecho penal internacional acerca de la necesidad de superar el concepto de la justicia retributiva para trascender a decisiones que sean más incluyentes, participativas y que proporcionen reparaciones eficaces a las víctimas.⁷ En otras palabras, la Sala se adhirió a la llamada *corriente de renacimiento*⁸ o *retorno de la víctima*⁹ y, como corolario de su concepción de las reparaciones, hizo eco de un pronunciamiento anterior de la Sala de Cuestiones Preliminares I, que expresó:

[...] el éxito de la Corte está, hasta cierto punto, relacionado con el éxito de un sistema de reparación.¹⁰

⁵ *Decision establishing...*, supra, § 289.c.

⁶ *Ibidem*, § 151-175.

⁷ El ECPI reconoce ampliamente el derecho de participación de las víctimas en el proceso penal internacional. Entre sus disposiciones más relevantes están la creación de una dependencia de víctimas y testigos bajo la Secretaría (artículo 43.6), asegurar la protección y el respeto a la intimidad de las víctimas (artículos 57.3.c, 64.2, 64.6.d, 93.1.j), protección y participación de víctimas (artículo 68) y otros intereses de las víctimas (artículos 57.3.e, 65.4). Sobre el creciente reconocimiento de los derechos de las víctimas, especialmente de la reparación, en el derecho penal internacional, véase Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008, pp. 39 a 51; Paulina Vega González, "El papel de las víctimas en procedimientos internacionales", en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5, 2006, pp. 18 a 41, <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos5/esp/artigo_vega.htm> (02.8.2013); Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; Val Garijo, o. cit., pp. 6-7; FIDH, "Capítulo I. Antecedentes. La evolución del acceso de las víctimas a la Justicia", en *Manual Los derechos humanos ante la CPI*, 2010, pp. 1-54, <<http://www.fidh.org/es/justicia-internacional/corte-penal-internacional-cpi/Los-Derechos-de-las-victimas-ante>> (24.1.2014).

⁸ Véase Albin Eser, "Acerca del Renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en *idem*, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, pp. 15-52; Galain Palermo, o. cit., pp. 72-77.

⁹ Véase Francisco Jara Bustos, "Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional", en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 9, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, pp. 114-115.

¹⁰ *Decision establishing...*, supra, § 177, 178.

Según la Sala, los propósitos principales de las reparaciones, en general, son dos: uno, obligar a los responsables de los crímenes graves a reparar el daño causado a las víctimas, y dos, garantizar que los criminales responderán por sus actos. Además, de esos dos propósitos generales, en el caso que se analiza la Sala agregó otros cinco objetivos: uno, aliviar el sufrimiento causado por los crímenes a las víctimas individuales y a las comunidades; dos, costear la justicia a las víctimas mediante la disminución de las consecuencias de los crímenes; tres, prevenir futuras violaciones; cuatro, contribuir a la reintegración de los ex niños soldados, y cinco, ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas, siempre que esto último se haga voluntariamente.¹¹

Hay quienes agregan otros propósitos a la reparación, entre ellos:

[...] reconocer a las víctimas como ciudadanos a quienes se les debe derechos específicos; comunicar el mensaje de que una violación a dichos derechos merece una acción por parte del Estado; contribuir al establecimiento de la confianza cívica entre los ciudadanos y las instituciones del Estado; y construir solidaridad social cuando la sociedad se identifica con las víctimas.¹²

El artículo 75 del ECPI faculta a la CPI a establecer principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación para las víctimas o a sus causahabientes. Conforme a esa disposición y de conformidad con los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones,¹³ citado por la Sala I de Primera instancia como uno de los fundamentos de su resolución,¹⁴ dicho órgano fue más allá y en la resolución expuso que las reparaciones a las víctimas de esos crímenes incluyen las modalidades de reparación siguientes: restitución (principio

¹¹ *Ibíd.*, § 179.

¹² Véase Pablo De Greiff: "Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations", de próxima publicación; citado por Lydia Kemunto Bosire, "Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, n.º 5, São Paulo, 2006, p. 7.

¹³ Aprobados por la ONU mediante resolución de la Asamblea General 60/147, del 16 de diciembre de 2005.

¹⁴ *Decisión establishing...*, *supra*, § 185.

IX.19),¹⁵ compensación (principio IX.20),¹⁶ rehabilitación (principio IX.21),¹⁷ satisfacción (principio IX.22) y garantías de no repetición¹⁸ (principio IX.23).¹⁹

Con base en tales principios y en el artículo 75.1 ECPI, la Sala estableció que las reparaciones deben aplicarse de manera amplia²⁰ y flexible, permitiendo la aprobación de la mayor variedad posible de formas de desagravio a las violaciones de los derechos de las víctimas y contar con verdaderas medidas de flexibilidad para enfrentar las consecuencias de los crímenes cometidos.²¹ Asimismo, la Sala reconoció a la reparación como un derecho humano fundamental²² con amplio sustento jurídico en tratados universales y regionales, otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos.²³

Ese derecho fundamental reconocido por la Sala debe estar revestido de varios principios: dignidad, no discriminación y no estigmatización;²⁴ amplitud de la definición de víctimas que pueden ser beneficiadas, más allá de las víctimas directas (los ex niños

¹⁵ Una amplia relación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la restitución como modalidad de reparación puede consultarse en Ambos, *El marco jurídico...*, o. cit., p. 47, nota 107.

¹⁶ Para una relación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los daños pecuniarios susceptibles de compensación, véase Kai Ambos: *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, o. cit., p. 47, nota 108.

¹⁷ Una relación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la asistencia médica y psicológica que comprende la rehabilitación puede verse en Ambos, *El marco jurídico...*, o. cit., p. 48, nota 109.

¹⁸ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la satisfacción, las garantías de no repetición y otras medidas, véase Ambos, *El marco jurídico...*, o. cit., p. 49, notas 110 y 111.

¹⁹ *Decision establishing...*, supra, § 222-240.

²⁰ Una crítica a la incorporación de estos principios realizada por la CPI en virtud de la aplicación del párrafo 3, artículo 21, del Estatuto de Roma, que permite la amplitud de la noción de reparaciones y la de los conceptos de daño y de víctima, se encuentra en el voto disidente del juez Blatmann, en la resolución *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Decision on victim's participation", Trial Chamber I, 18 de enero de 2008, citada por Emanuela Fronza, "Derechos Humanos y crímenes internacionales. Observaciones sobre el párrafo 3 del Artículo 21 del Estatuto de Roma", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2011, pp. 229-248.

²¹ *Decision establishing...*, supra, § 180.

²² Acerca del reconocimiento de los derechos de las víctimas como uno de los mayores avances de la justicia penal internacional, véase Ambos, *El marco jurídico...*, o. cit.; Vega González, o. cit.; Galain Palermo, o. cit.; Val Garijo, o. cit.; FIDH: "Capítulo I. Antecedentes: la evolución del acceso de las víctimas a la justicia", en *Manual Los derechos humanos ante la CPI*, o. cit.

²³ *Decision establishing...*, supra, § 185-186.

²⁴ *Ibidem*, § 187-193.

soldados);²⁵ accesibilidad y consulta a las víctimas;²⁶ atención especial, especializada y con enfoque de género a las víctimas de violencia sexual,²⁷ así como a los niños y niñas víctimas,²⁸ y relación de causalidad entre el daño infligido y los crímenes cometidos.²⁹ La explicación y el análisis de tales principios corresponden a otro informe, no al presente trabajo.

3. Las etapas del procedimiento de reparaciones

3.1. Determinación del organismo encargado de controlar y supervisar el procedimiento de reparaciones

Según la Sala de Primera Instancia I de la CPI, la primera etapa para iniciar el proceso de desagravio de las víctimas es determinar la entidad competente para elaborar, ejecutar y supervisar el procedimiento y el plan de reparaciones, puesto que, si bien el artículo 75 del Estatuto atribuye a la Corte la facultad de ordenar reparaciones, no especifica qué organismo de dicho tribunal será el encargado de controlar y supervisar tales desagravios. Si bien esta determinación puede considerarse como una medida administrativa, también puede considerarse como la primera fase del procedimiento de reparaciones, porque dicho proceso no puede dar inicio sin esa determinación.

En ese sentido, dicha sala comienza por reconocer que los procedimientos de reparaciones son parte del proceso judicial y por lo tanto son una tarea del poder judicial,³⁰ es decir, de la misma CPI, a través del Fondo Fiduciario para las Víctimas (FFV), bajo el control y la supervisión de otra sala compuesta por jueces diferentes, o sea, distintos a los jueces de la sala que dictó la sentencia.³¹ Esta otra sala deberá observar las obligaciones

²⁵ Para efectos de reparación, la Sala incluye en el concepto de víctimas a los niños y niñas reclutados o enlistados, sus familiares, las víctimas de violencia sexual y las organizaciones estatales o privadas que intentaron proteger a las víctimas o impedir que se cometieran los crímenes. *Ibídem*, § 194-197.

²⁶ *Ibídem*, § 202-206.

²⁷ Esa atención especializada y con enfoque de género a las víctimas de violencia sexual así como a niños y niñas está sustentada, entre otras disposiciones, en los artículos 7.3, 21.3, 42.9, 43.6, 54.1.b y 68.1 ECPI, y las reglas 16.1.d, 17.2.a.iv y b.iii, 18.d y 19.e y f de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

²⁸ *Decision establishing...*, *supra*, § 207-216.

²⁹ *Ibídem*, *supra*, § 247-249.

³⁰ *Ibídem*, § 260.

³¹ *Ibídem*, § 261.

establecidas en el artículo 64.2 y 64.3.a del Estatuto,³² es decir, velar por que el proceso sea justo, ágil, con respeto a los derechos del acusado, víctimas y testigos, y mediante la realización de consultas con las partes.

A nuestro parecer, desde esta primera fase comienza la complejidad del procedimiento de reparaciones, ya que aparecen involucradas tres distintas instancias de la CPI: la Sala de Primera Instancia I, que dictó la resolución sobre reparaciones; el Fondo Fiduciario para las Víctimas, como órgano encargado de controlar y supervisar el procedimiento de reparaciones; y otra Sala de la CPI, distinta a la primera, encargada de supervisar el trabajo del Fondo Fiduciario.

3.2. Conformación del equipo multidisciplinario de expertos

La segunda fase del procedimiento es la conformación de un equipo multidisciplinario de expertos, con el objeto de prestar asistencia a la Corte en la realización de las tareas siguientes: a) evaluar los daños sufridos por las víctimas; b) determinar el efecto que los crímenes han tenido en las familias y comunidades de las víctimas; c) identificar las modalidades más adecuadas de reparaciones, en consulta con las víctimas y sus comunidades; d) determinar los individuos, organismos, grupos o comunidades a quienes deben otorgarse las reparaciones; e) identificar el acceso a fuentes de fondos para las reparaciones. Además, dicho equipo de expertos debe tener la capacidad y disponibilidad de apoyar a la Corte en la elaboración y ejecución de un plan de reparaciones.³³ Dichas tareas son similares a las que se establecen a los peritos, que pueden ser nombrados de oficio o a petición de partes, para valorar las solicitudes de reparaciones individuales, según lo dispuesto en el numeral 97.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. En otras palabras, este equipo multidisciplinario es una instancia creada para que con su apoyo la CPI pueda dar cumplimiento a las atribuciones establecidas en los párrafos 1,2 y 3 del artículo 75 ECPI, así como otras tareas de asistencia al tribunal que requieren especiales conocimientos científicos y técnicos.

La Sala delega en el Fondo Fiduciario la selección y el nombramiento de los expertos integrantes de ese equipo, así como la función de supervisar su desempeño. Sin embargo, el Fondo Fiduciario no tiene autonomía absoluta en dicha selección, ya que la

³² *Ibidem*, § 260 parte final.

³³ *Ibidem*, *supra*, § 263.

Sala ordena que el equipo multidisciplinario debe incluir a representantes de la República Democrática del Congo, representantes internacionales, especialistas en cuestiones de la infancia, así como expertos en el tema de los niños soldados, violencia contra las niñas y los niños y cuestiones de género.³⁴

La decisión de la Corte de delegar en el Fondo Fiduciario la facultad de nombrar con relativa autonomía a los integrantes del equipo multidisciplinario de expertos es a nuestro criterio acertada, ya que, por un lado, las tareas relativas a la evaluación de los daños a las víctimas, los efectos en sus familiares y comunidades, la individualización de los beneficiarios de las reparaciones, la identificación de fuentes de financiación y otros aspectos cruciales del proceso de desagravio requieren saberes especializados y multidisciplinarios que los funcionarios de la Corte por sí mismos no pueden ejercer; y, por otro lado, es totalmente razonable que la Sala previamente decida que cierto tipo de expertos deben ser parte de ese equipo multidisciplinario, limitando la autonomía del Fondo Fiduciario en este ámbito, dado que la Corte debe garantizar que se cumplan las disposiciones del ECPI sobre la atención especializada en materia de género y violencia sexual, especialmente contra niños y niñas.³⁵ Al respecto debe tomarse en cuenta que, según el artículo 43.6 ECPI, bajo el mando de la Secretaría debe funcionar una Dependencia de Víctimas y Testigos que, entre otras cosas, tome medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento, además de que debe contar con peritos en esas materias, por lo que la Corte, por medio de la Secretaría, puede contar de antemano con un banco de datos de profesionales idóneos para conformar el equipo multidisciplinario de expertos.³⁶

3.3. Definición de las formas de participación de las víctimas a cargo de la Secretaría

La tercera etapa del procedimiento de reparaciones estará a cargo de la Secretaría y consiste en definir la manera más apropiada de participación de las víctimas. Dicha

³⁴ *Ibidem*, § 264-265. Cf. artículos 7.3, 21.3, 42.9, 43.6, 54.1.b, 68.1 del ECPI y reglas 16.1.d, 17.2.a.iv y b.iii, 18.d y 19.e y f de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

³⁵ Véanse los artículos 7.3, 21.3, 42.9, 43.6, 54.1.b, 68.1 del ECPI y reglas 16.1.d, 17.2.a.iv y b.iii, 18.d y 19.e y f de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

³⁶ Véanse las reglas 16, 17, 18 y 19 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

función se sustenta en la atribución que establece el artículo 43.1 del ECPI, según el cual dicha entidad “estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios”. En consecuencia, y conforme a la resolución en comento, la Secretaría debe definir dicha forma de participación tomando en cuenta las opiniones y preocupaciones del grupo más amplio de víctimas que podrían ser beneficiarias del plan de reparaciones.³⁷

A nuestro entender, esta decisión, que podría definirse como *una garantía de participación de las víctimas* en la definición de las formas de participación en el proceso reparador,³⁸ es una de las decisiones más avanzadas de la Sala con relación al resguardo de los derechos de las personas agraviadas, y claramente se inscribe en la línea del enfoque hacia las víctimas que la Sala se adjudica en el procedimiento de reparaciones, sin menoscabo de los derechos de la acusación y la defensa en dicho procedimiento.³⁹

Sin embargo, como en muchos otros aspectos relativos a la participación de las víctimas, es una decisión polémica, porque la aplicación práctica de esta garantía podría volverse sumamente compleja y causar demoras innecesarias en el procedimiento, que a la larga pueden tornar inaplicables las reparaciones, tomando en cuenta la masividad de las víctimas ya identificadas y las que están por identificarse en este caso.⁴⁰

En todo caso, esas formas de participación de las víctimas deberán apearse a las características establecidas por el *principio de accesibilidad y consulta con las víctimas*, que la Sala deja sentado en la decisión que se examina, como son: enfoque y equidad de género; apoyo para una participación sustantiva y eficaz; voluntariedad de las víctimas expresada mediante su consentimiento informado; comunicación entre la Corte y las víctimas, así como la divulgación de los programas étnicos y de género; inclusión en la consulta de la identidad de los beneficiarios, sus prioridades y los obstáculos enfrentados en los intentos por obtener reparaciones;⁴¹ además, debe incluir la participación de mujeres y

³⁷ *Decision establishing...*, supra, § 268.

³⁸ Para una perspectiva a favor de la participación de las comunidades victimizadas en los procesos de reparación, tendiente a contribuir a superar los riesgos derivados de ignorar a las víctimas, y que propone recuperar una visión de justicia transicional “desde abajo”, véase Rodrigo Uprimny-Yepes y Diana Esther Guzmán-Rodríguez: “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 17, Bogotá, 2010, pp. 231-286.

³⁹ Cf. *Decision establishing...*, supra, § 267.

⁴⁰ Cf. Kai Ambos: “El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Lubanga): Un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, Barcelona, 2012, p. 4.

⁴¹ *Decision establishing...*, supra, § 202 a 206.

niñas de manera significativa y en condiciones de igualdad en el diseño y la ejecución de órdenes de reparación.⁴²

3.4. Elaboración del plan de reparaciones colectivas.

Plan de ejecución de cinco pasos

Como cuarta fase aparece la elaboración del plan de reparaciones colectivas, que a su vez incluye cinco pasos que ejecutará el Fondo Fiduciario conjuntamente con la Secretaría y con la Oficina del Procurador Público de las Víctimas.⁴³ Dichos pasos son:

3.4.1. Determinación de localidades beneficiarias

El Fondo Fiduciario, la Secretaría, la Oficina del Procurador Público de las Víctimas y el Equipo Multidisciplinario de Expertos, de manera conjunta, deben determinar las localidades implicadas en el proceso de reparaciones en el presente caso (con especial atención a los lugares mencionados en la sentencia y, especialmente, en los delitos cometidos). Aunque la Sala, en la sentencia del 14 de marzo de 2012, se refirió a varias localidades particulares (entre ellas Bunia, Rwampara, Mandro, Bule, Fataki, Khari Mongbwalu, Kilo, Irumu, Bogoro, Sota y Centrale),⁴⁴ el programa de reparaciones no se limita a los lugares mencionados.⁴⁵

La posibilidad de ampliar las localidades destinatarias de las reparaciones con acuerdo con la decisión de la Sala de considerar que, si bien Thomas Lubanga fue condenado solo por los delitos de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldados, para los efectos de las reparaciones también deben ser incluidas las víctimas de violencia sexual.⁴⁶ La Sala tomó esta decisión para dar cumplimiento a su función de garantizar la

⁴² *Decision establishing...*, supra, § 208 y 209.

⁴³ *Decision establishing...*, supra, § 281.

⁴⁴ Véase *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012, § 786-818.

⁴⁵ *Decision establishing...*, supra, § 282.

⁴⁶ "La Sala debe formular y poner en práctica las órdenes de reparación que sean apropiadas para las víctimas de violencia sexual y violencia de género. La Corte debe reflejar el hecho de que las consecuencias de estos crímenes son complicadas y operan en varios niveles; su impacto no solo puede extenderse durante un largo período, sino que afectan a las mujeres y las niñas, a los hombres y los niños, así como a sus familias y comunidades, y que requieren para su tratamiento un enfoque especializado, integrado y multidisciplinario." *Decision establishing...*, supra, § 207.

aplicación de las disposiciones especiales del ECPI sobre enfoque de género y violencia sexual, especialmente contra niños y niñas.⁴⁷

3.4.2. Consulta a las víctimas en las localidades determinadas

El segundo paso consiste en que el Equipo Multidisciplinario de Expertos, bajo la supervisión del Fondo Fiduciario y la participación de la Secretaría y de la Oficina del Procurador Público de las Víctimas, debe realizar un proceso de consulta con las víctimas de las localidades identificadas acerca del tipo de reparaciones colectivas que estimen pertinentes, así como los individuos considerados víctimas directas o indirectas, entre otros aspectos.⁴⁸

Conforme al *principio de accesibilidad y consulta con las víctimas*, establecido por la Sala en la decisión bajo análisis, la consulta debe estar revestida de varias características, las cuales están indicadas en el párrafo final del apartado 3.3 de este trabajo.

Esta es una de las fases iniciales, que puede tener muchos tropiezos y dilaciones debido a la gran cantidad de víctimas, tanto de los delitos por los que fue condenado el señor Lubanga como por los delitos de violencia sexual que, sin ser parte de la condena, sí son incluidos por la Sala para los efectos de las reparaciones. De hecho:

El problema mayor con el que se encuentra la justicia restauradora es la inclusión de toda la comunidad en la resolución del conflicto, pues tal objetivo puede traer aparejadas más complicaciones que beneficios para los actores directos del conflicto [...].⁴⁹

Al respecto, el Fondo Fiduciario para las Víctimas dijo en su presentación:

Se estima que miles de personas han sido víctimas en la provincia de Ituri y se requiere mucho tiempo para que la Corte trate de evaluar la posición de cada uno de ellos.⁵⁰

Esa complicación se agudiza en la medida en que la cantidad de víctimas podría ser demasiado extensa, ya que la Sala adopta el concepto amplio de víctima establecido en el artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que comprende a personas

⁴⁷ Cf. artículos 7.3, 21.3, 42.9, 54.1.b, 68.1 del ECPI.

⁴⁸ *Decision establishing...*, supra, § 282.

⁴⁹ Galain Palermo, o. cit., p. 142.

⁵⁰ *Decision establishing...*, supra, § 44.

naturales o jurídicas, e interpreta que las reparaciones pueden ser concedidas a víctimas directas e indirectas, incluidos los familiares de las víctimas directas y otras personas, independientemente de si participaron o no en los procedimientos judiciales.⁵¹

A efecto de determinar quién es una *víctima indirecta*, para el objeto de las reparaciones la Sala establece que se debe determinar si había una relación personal estrecha entre la posible víctima indirecta y la víctima directa; por ejemplo, la que existe entre un niño soldado y sus padres. Más allá de las variaciones culturales que tiene el concepto de familia, la Sala se adhiere a la noción ampliamente aceptada de que un individuo es sucedido por su cónyuge e hijos. También se establece que como víctimas indirectas puede incluirse a personas que sufrieron daños al ayudar o intervenir en nombre de las víctimas directas.⁵²

En cuanto a las organizaciones o instituciones que pueden ser consideradas como víctimas, con base en la regla 85.b de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala incluyó, entre otras, a organizaciones no gubernamentales, organizaciones caritativas sin fines de lucro, entidades oficiales como dependencias gubernamentales, escuelas públicas, hospitales, instituciones educativas privadas, empresas de telecomunicaciones, instituciones beneficiarias que forman parte de la comunidad, como cooperativas u organismos de microfinanzas, y otras asociaciones.⁵³

Como corolario de lo expuesto, se afirma:

[...] la noción de las víctimas en el sistema de la CPI es multifacética; tiene muchos aspectos de los que emergen diferentes criterios de clasificación de víctima, como persona natural o jurídica, directa o indirecta, relacionada con el caso o situacional. El mandato de reparación a las víctimas dado a la CPI cubre a todas las clases de víctimas.⁵⁴

Con esa amplia definición de víctimas se vuelve aún más extenso, indeterminado e inconmensurable el número de personas y organizaciones que pueden solicitar reparaciones por considerarse víctimas indirectas, y a medida que se amplíe la cantidad de damnificados el procedimiento de reparaciones se volverá más lento y complicado.

⁵¹ *Ibíd.*, § 194.

⁵² *Ibíd.*, § 194, 196.

⁵³ *Ibíd.*, § 197.

⁵⁴ Val Garijo, o. cit., p. 7.

3.4.3. Cuantificación del daño causado a las víctimas a cargo del Equipo Multidisciplinario de Expertos

Como tercer paso, con base en la consulta realizada, el Equipo Multidisciplinario de Expertos procederá a realizar una cuantificación de los daños causados a las víctimas.⁵⁵

Se trata de una cuantificación económica, independientemente de que determinadas formas de daño no pueden ser evaluadas de esa manera. Aquí entra en juego la compensación o indemnización como modalidad de reparación.

Antes de la resolución bajo análisis, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en su decisión sobre solicitudes de participación de víctimas en la situación de la República Democrática del Congo, con relación a este asunto pronunció lo siguiente:

[...] dada la ausencia de una definición, la Sala debe interpretar el término [daño] caso por caso, y sobre la base del artículo 21(3) del Estatuto, el cual estipula que la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.⁵⁶

En esa decisión, la Sala hizo referencia a la declaración de la ONU sobre *Justicia para las víctimas* y a los “principios Van Boven/Bassiouni”,⁵⁷ así como a jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y concluyó:

[...] de acuerdo con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, el sufrimiento emocional y la pérdida financiera constituyen daños dentro de los establecidos por la regla 85 de las Reglas.⁵⁸

En la resolución sobre reparaciones, la Sala define la compensación como una forma de alivio económico que tiene como objetivo abordar de manera proporcionada y adecuada los daños causados, entre los que se encuentran: 1) daño físico, que incluye los que causen a un individuo la pérdida de la capacidad de procreación; 2) daño moral y

⁵⁵ *Decisión establishing...*, supra, § 282.

⁵⁶ Decisión sobre las solicitudes de participación de SPRV 1 a 6 en los procedimientos, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006, § 51, 53 y 63 (traducción no oficial), citado en FIDH, “Reparación y fondo fiduciario en beneficio de las víctimas”, en *Manual Los derechos humanos ante la CPI*, o. cit., cap. VIII. pp. 11 y 12,

⁵⁷ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas (véase supra, nota 15).

⁵⁸ *Ibidem*.

no material, que se expresa en el sufrimiento físico, mental y emocional; 3) daños materiales, que comprenden la pérdida de ingresos y la oportunidad de trabajar, pérdidas de propiedades o daños a ellas, salarios no devengados, pérdida de ahorros y otras interferencias con la capacidad de trabajar; 4) pérdida de oportunidades, incluidas las relativas al trabajo, la educación y las prestaciones sociales, el deterioro de la condición social y de los derechos legales de los individuos, y 5) costos de expertos legales, servicios médicos, asistencia psicológica y social, y otros profesionales competentes.⁵⁹

Lo anterior demuestra que la resolución de la Sala se adhiere a una concepción amplia de la indemnización como forma de reparación, al incluir todo daño como susceptible de ser compensado. Sin embargo, esa definición generosa en la práctica puede resultar poco efectiva, ya que en la resolución no se establecen criterios o lineamientos específicos para medir los daños, ni parámetros o estándares de comparación a efecto de ponderarlos en una justa dimensión económica.

Además, en la misma resolución la Sala estableció las condiciones en las cuales procede la consideración de la compensación o indemnización: a) que el daño económico sea lo suficientemente cuantificable; b) que dicha compensación sea apropiada y proporcional al daño, para lo cual se tendrán en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias del caso, y c) que existan fondos disponibles que lo hagan factible.⁶⁰

Dichas condiciones deben ser concurrentes; no basta la existencia de una o dos de ellas: se requiere que las tres estén presentes en cada caso. La última —la existencia de fondos disponibles— es el requisito definitivo, que, al ser precisamente el más escaso, puede volver imposibles las reparaciones económicas. De ahí que en la resolución la Sala establece esas condiciones como requisitos para *considerar* y no para otorgar dichas compensaciones o indemnizaciones. En otras palabras, lo más probable es que el Fondo Fiduciario para las Víctimas no conceda indemnizaciones económicas a las víctimas, ya que previamente se ha pronunciado en contra de las reparaciones individuales.

⁵⁹ *Decision establishing...*, supra, § 230.

⁶⁰ *Ibidem*, § 226.

3.4.4. Debates públicos en las localidades para explicar los principios y procedimientos de reparación

El cuarto paso consiste en la realización de debates públicos en cada localidad, con el fin de explicar los principios y procedimientos de reparación y hacer frente a las expectativas de las víctimas.⁶¹

Estos debates deberán revestir las mismas características y atributos relativos a una amplia y significativa participación de las víctimas, derivados del *principio de accesibilidad y consulta con las víctimas* detallado más arriba, al final del apartado 3.3.

La inclusión de estos debates públicos para la participación de las víctimas en el diseño y la ejecución de las reparaciones es indudablemente un avance muy significativo en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho a la participación de las víctimas. Sin embargo, puede volverse una fase demasiado prolongada, tanto por la existencia de miles de víctimas, la mayoría aún sin individualizar, como por la naturaleza y la complejidad de los crímenes y por los intereses contrapuestos que saldrán a relucir entre las víctimas de los delitos por los que fue condenado el señor Lubanga y las víctimas de aquellos crímenes que no fueron juzgados en la Corte por decisión de la Fiscalía, lo cual se complicará aún más por la decisión adoptada de dar preferencia a las reparaciones colectivas por sobre las reparaciones individuales, ya que es lógico que algunas de las víctimas tengan expectativas de indemnizaciones económicas individualizadas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Fondo Fiduciario para las Víctimas en sus alegatos ya se había pronunciado en contra de un enfoque ampliamente individualista de las reparaciones, porque la fuente de financiación puede verse afectada según si se trata de compensaciones individuales o colectivas. Asimismo, dicho Fondo advirtió que las reparaciones individuales resultan incompatibles con el “no hacer más daño” y que socavarían el proceso de reconciliación, dado que el reclutamiento de niños en Ituri no siempre se trata como un crimen y, por lo tanto, los ex niños/as soldados no son vistos como víctimas. Por otra parte, el Fondo adujo que hay descontento de la comunidad con la sentencia de la Sala de Primera Instancia, lo que podría llevar a los ex niños soldados y sus familias a rechazar los casos concretos de las reparaciones debido al temor de

⁶¹ Ibidem, § 282.

represalias por sus propias comunidades.⁶² En este mismo sentido, antes de esta primera sentencia condenatoria, se advertía:

Los perpetradores pueden tener parientes o seguidores en las mismas áreas en las que las víctimas han de recibir asistencia. La seguridad de las víctimas y la de sus familias, puede verse comprometida si se las percibe como cooperantes de la CPI. Por otra parte, las víctimas pueden mostrarse reacias a recibir los beneficios de los proyectos de rehabilitación debido al estigma asociado a menudo con graves violaciones de los derechos humanos, especialmente en pequeñas comunidades rurales [...] Participar en una actividad del FFV también puede hacer surgir los celos y sentimientos de división. Los asociados con el FFV pueden poner su reputación y seguridad en riesgo.⁶³

Otro factor que puede menoscabar la confianza de las víctimas en el proceso de reparaciones y en la Corte Penal Internacional en general es el hecho de que mucho del conflicto en la provincia de Ituri se debe a las rivalidades entre dos grupos étnicos: los hema, grupo al que pertenece Lubanga, y los lendu, las víctimas de los niños soldados reclutados por Lubanga. En la CPI se llevan dos casos de esa región y en ambos las víctimas son hema. En el caso Lubanga, se trata de los niños y niñas de su propia tribu que fueron reclutados, alistados y utilizados en el conflicto. El segundo caso se refiere a las masacres cometidas por la milicia de los lendu contra los hema. Consecuentemente, la etnia lendu no tiene confianza alguna en la imparcialidad de la CPI, a la cual considera poco menos que un instrumento internacional en contra de ellos.⁶⁴

3.4.5. *Recolección de propuestas de reparaciones colectivas*

El quinto y último paso, de esta cuarta etapa, es la recolección de las propuestas de las reparaciones colectivas que han de ser desarrolladas en cada localidad, con base en las cuales el Equipo Multidisciplinario de Expertos elaborará el Plan de Reparaciones Colectivas, con la participación de la Secretaría, del Procurador de las Víctimas y bajo la supervisión del Fondo Fiduciario.⁶⁵

⁶² *Ibidem*, § 44.

⁶³ Véase Val Garijo, o. cit., p. 17.

⁶⁴ Cf. Paul Seils, "Una primera e histórica sentencia que plantea preguntas difíciles a la CPI", en *ICTJ*, <<http://ictj.org/es/news/una-primera-e-historica-sentencia-que-plantea-preguntas-dificiles-la-cpi>> (14.8.2013).

⁶⁵ *Decision establishing...*, supra, § 282.

De conformidad con los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas,⁶⁶ citados por la Sala I de Primera Instancia como uno de los fundamentos del reconocimiento de la reparación como un derecho humano fundamental,⁶⁷ las reparaciones a las víctimas de esos crímenes incluyen cinco modalidades: restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. En consecuencia, se entiende que, al momento de definir las modalidades de reparación que comprenderá el Plan de Reparaciones, podrán incluirse todas esas modalidades o algunas de ellas.

Sin embargo, el Fondo Fiduciario propuso que las reparaciones que serán financiadas con sus recursos tenderán a ser de naturaleza colectiva, en virtud de la regla 56 del Reglamento del Fondo Fiduciario.⁶⁸ Dicha propuesta fue aprobada por la Sala, la cual adujo que un enfoque basado en la comunidad, con contribuciones voluntarias del FFV, sería más beneficioso y tendrá mayor utilidad que las compensaciones individuales,⁶⁹ considerando los limitados fondos disponibles y el hecho de que esta perspectiva no demanda costosos recursos ni procedimientos intensivos de verificación.⁷⁰

Por esa razón, la Sala decidió no entrar en conocimiento de las solicitudes de reparaciones individuales que habían sido recibidas por la CPI hasta el momento en que emitió la resolución respectiva, e instruyó a la Secretaría a que remitiera dichas solicitudes al Fondo Fiduciario para las Víctimas.⁷¹ De ese modo la Sala no descarta totalmente las reparaciones individuales, pero las deja a criterio del FFV, que en sus alegatos durante el proceso se pronunció oponiéndose al enfoque de reparaciones individuales,⁷² por lo que la misma Sala sentó, en cuanto a las reparaciones individuales, la siguiente directriz:

⁶⁶ Véase supra, nota 15.

⁶⁷ *Decision establishing...*, supra, § 185.

⁶⁸ De hecho, en el sitio web oficial del Fondo Fiduciario para las Víctimas se destaca que los proyectos ejecutados por dicha entidad combinan más de una estrategia —asistencia para reconstruir las comunidades de las víctimas, asistencia a las víctimas de tortura y/o mutilación, asistencia a los niños y jóvenes, asistencia a las víctimas de violencia sexual— y que la mayoría de esos proyectos han incorporado perspectivas de género e intervenciones específicas de los niños para apoyar la especial vulnerabilidad de las mujeres y los menores. Véase *The Trust Fund for Victims*, <<http://www.trustfundforvictims.org/homepage>> (24.1.2014).

⁶⁹ Antes de la resolución bajo análisis, la CPI había emitido una nota explicativa sobre la participación de las víctimas y las reparaciones, en la que establece: “[...] una ventaja de la reparación colectiva es que puede brindar cierto alivio a una comunidad en su totalidad y ayudar a ubicar a sus miembros en una posición que les permita reconstruir sus vidas”. Nota explicativa de la CPI n.º ICC2005.028-EN, *Victims Participation and Reparations*. (traducción libre), citada en FIDH, o. cit.

⁷⁰ *Decision establishing...*, supra, § 274.

⁷¹ *Ibidem*, § 289.b.

⁷² *Ibidem*, § 44.

Si el FFV lo considera oportuno, las víctimas que han solicitado reparaciones podrían ser incluidas en cualquier programa de reparaciones que se ejecute.⁷³

En otras palabras, las reparaciones individuales quedan a criterio del FFV y este puede ordenar que se ejecuten o no, según sean incluidas o excluidas en el plan de reparaciones y según la disponibilidad de fondos, aunque, conforme a lo que los representantes de dicho organismo expusieron durante el proceso y debido a la limitación de los recursos, así como al alto número de víctimas, lo más probable es que las víctimas que previamente habían presentado solicitudes de reparación individuales solo sean incluidas en las modalidades de reparación colectiva.

En cuanto a otras modalidades de reparación, la Sala aprobó los proyectos de rehabilitación de ex niños soldados financiados por el Fondo Fiduciario, apoyándolos en la mejora de su situación económica mediante el acceso a mecanismos de ahorro y préstamo. También apoya los sistemas locales de mutualidad, sostenidos por el Fondo y otras instituciones, que generan distintas modalidades de ahorro para la comunidad.⁷⁴

Por otra parte, de conformidad con la decisión de la Sala, la Corte podría autorizar un amplio abanico de formas de reparación que no necesariamente implican una compensación económica o prestación individual a las víctimas; entre ellas, algunas medidas de rehabilitación para prevenir victimizaciones futuras o el escarnio de los ex niños soldados, y medidas simbólicas como la celebración de actos conmemorativos y homenajes; también pueden realizarse campañas y programas de divulgación y promoción que garanticen a las víctimas su derecho a conocer los resultados del juicio, campañas educativas para reducir la estigmatización y la marginación de las víctimas, etcétera.⁷⁵

Esa amplitud de modalidades de reparación fue retomada por la Sala a partir de los criterios de las sentencias de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es decir, se ha producido una especie de *cross-fertilization* diferente a la tradicional, ya que esta vez no es la Corte Interamericana la que ha retomado los criterios de tribunales penales internacionales para fundamentar que una conducta determinada ha ocurrido de manera sistemática o generalizada, sino que es un tribunal penal internacional el que ha aplicado criterios de un tribunal regional de derechos humanos para decidir

⁷³ *Ibidem*, § 284.

⁷⁴ *Ibidem*, § 275.

⁷⁵ *Ibidem*, § 235, 239-240.

el tipo o las formas de reparación que podrán ser autorizados en el plan de reparaciones que resulte del procedimiento respectivo.

Ese uso de un *cross-fertilization* diferente ha sido criticado por algunos autores, porque puede hacer que las medidas reparadoras que se autoricen, enfrenten en la práctica obstáculos jurídicos, institucionales, políticos y operativos —especialmente económicos— para poder cumplirlas, debido a que los criterios interpretativos aplicados a los Estados, en este caso, se estarían trasladando al juzgamiento de las conductas de una persona natural, llegando al extremo de proponer la realización de programas o campañas educativas o de rehabilitación de las víctimas que a todas luces no pueden ser realizadas por un individuo, sino que es una modalidad de reparación propia de los Estados.⁷⁶

A esos problemas que se advierten de una aplicación mal entendida del *cross-fertilization* pueden sumarse otros que se derivan de esa interpretación, ya que al disponer de una amplia variedad de formas de desagravio, sumada a la exigencia de consulta con las víctimas y la realización de debates con ellas y los habitantes de las comunidades perjudicadas, se puede complicar hasta volver casi inacabable la discusión sobre las modalidades concretas que serán parte del plan de reparaciones. También, aunque dicho plan sea concluido, pueden generarse muchas insatisfacciones en las víctimas y en los moradores de las comunidades beneficiarias, puesto que no es lo mismo que una víctima o una comunidad sea reparada mediante el pago de una suma de dinero en concepto de restitución o indemnización a que se le ofrezca un programa educativo, una campaña de sensibilización o un acto simbólico de desagravio. Por supuesto, esto podría superarse si esas modalidades de reparación fueran complementarias a las indemnizaciones, pero la Sala ha sentado el criterio de que se favorecerán las reparaciones colectivas y que no habrá entregas de dinero en efectivo.

Ese contraste entre las expectativas de las víctimas y lo que ha decidido la Sala de Primera Instancia en materia de reparaciones se vislumbra en declaraciones de algunas víctimas y funcionarios de la Corte:

Un ex soldado entrevistado dijo que esperaba recibir dinero para fomentar su negocio. “Yo tengo un pequeño negocio de alimentos en la ciudad”, dijo Guillan, de 24 años. “Pero ese soy yo. Todos tenemos diferentes deseos.” El mismo joven manifestó su escepticismo sobre los actuales

⁷⁶ Véase Javier Dondé Matute, “La sentencia de reparaciones en el caso Lubanga: otra expresión mal entendida del *cross-fertilization*”, en *Revista Crimen y Castigo Internacional*, <<http://derpenalint.blogspot.com/2012/08/la-sentencia-de-reparaciones-en-el-caso.html>> (1.8.2013).

programas de rehabilitación tendentes a adaptar a los exsoldados a un entorno social normal y reintegrarlos a las comunidades. “Yo no tengo tiempo de ir a reuniones a cantar canciones estúpidas”, dice haciendo referencia a los crecientemente poco aptos pasatiempos en las sesiones de reintegración [...].⁷⁷

Por su parte el director ejecutivo del Fondo Fiduciario para las Víctimas, Pieter de Baan, expresó:

Dinero en efectivo nunca llegará a sus manos. No tenemos suficiente dinero para eso [...] Además, podría tener un efecto estigmatizador. Algunas de las víctimas son vistas como victimarias. La gente podría mirarlas con resentimiento si reciben dinero.⁷⁸

3.5. Revisión y aprobación del plan de reparaciones

En el apartado de la resolución de la Sala denominado “Implementación del Plan de Reparaciones y el papel del Poder Judicial”,⁷⁹ que comprende el plan de ejecución de cinco pasos, el último de ellos es la presentación a la Sala de las propuestas de reparaciones colectivas para su aprobación.⁸⁰

A nuestro juicio, esa no será una aprobación automática. La Sala competente tendrá que vigilar y supervisar que el plan de reparaciones que le sea presentado cumpla con los principios, estándares y parámetros establecidos por la Sala de Primera Instancia I en la decisión sobre reparaciones, tal como lo dice en el apartado *c*, romano IV. Conclusiones de dicha decisión, en la que dicho tribunal falló:

c) Que seguirá ocupándose de las actuaciones de reparación, con el fin de ejercer las funciones de supervisión y vigilancia necesarias de acuerdo con el artículo 64 (2) y (3) (a) del Estatuto (incluyendo la consideración de las propuestas de las reparaciones colectivas que se van a desarrollar en cada localidad, que han de ser presentados a la Sala para su aprobación).⁸¹

⁷⁷ Véase Saskia Houttuin, “Indemnizaciones para víctimas de Lubanga en El Congo”, <<http://www.rnw.nl/espanol/articulo/indemnizaciones-para-v%C3%ADctimas-de-lubanga-en-el-congo>> (1.8.2013)

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Decision establishing...*, *supra*, § 281.

⁸⁰ *Ibidem*, § 282, *in fine*.

⁸¹ *Ibidem*, § 289.

En consecuencia, es probable que el Plan de Reparaciones presentado por el Fondo Fiduciario pueda ser ratificado por la Sala, en cuyo caso se pasaría inmediatamente a la etapa de implementación de las reparaciones; pero también podría ser observado por la Sala para su modificación, para lo cual se deberá cumplir con las garantías del debido proceso, lo cual posiblemente incluya audiencia a las partes de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3.a del artículo 64 del Estatuto.

Lo que no está claro es el procedimiento o subprocedimiento específico que se aplicará para la inclusión de las observaciones de la Sala o de las partes interesadas en el plan de reparaciones presentado por el Fondo Fiduciario; es decir, no está claro si será la Sala que en una o varias audiencias realizará por sí misma las modificaciones al plan, o si las trasladará al Fondo Fiduciario para que este haga los cambios indicados, con el apoyo de la Secretaría, la Oficina del Procurador Público de las Víctimas y el Equipo Multidisciplinario de Expertos.

En todo caso, otro aspecto que debe tomarse en cuenta al momento de aprobar el plan de reparaciones es la coherencia que debe existir entre la expectativas de las propuestas de las víctimas y la realidad de los recursos y capacidad institucional disponibles, asunto que no es menor si se toma en cuenta:

Las medidas de justicia transicional en África siguen cargadas de altas expectativas, no obstante las realidades atenuantes de deficiencias institucionales, liderazgo pobre, pobreza, y el cisma entre gobierno y pueblo. Para que sea más efectiva, la distancia entre expectativas y realidad debe estrecharse por medio del cultivo de expectativas modestas acerca de lo que las medidas que buscan justicia pueden proporcionar; evaluando con una visión realista las condiciones institucionales necesarias para su exitosa implementación.⁸²

3.6. Determinación de las fuentes de financiación de las órdenes de reparación⁸³

El condenado Thomas Lubanga fue declarado indigente y sin activos o bienes que pudieran ser utilizados para desagraviar a las víctimas. Por lo tanto, el plan de reparaciones

⁸² Kemunto Bosire, o. cit., p. 2.

⁸³ No está suficientemente claro en la resolución si esta etapa debe ser anterior o posterior a la aprobación del plan de reparaciones a cargo de la Sala. En este trabajo se ha decidido ubicarla después de dicho plan, ya que a nuestro entender sería la lógica secuencia que debe tomar el procedimiento de reparaciones, y considerando además que en el párrafo 282 de la resolución se indican cinco pasos para la elaboración del referido plan, entre los cuales no figura la identificación de las fuentes de financiación.

colectivas será financiado exclusivamente con los recursos del Fondo Fiduciario para las Víctimas, según lo dispuesto en los párrafos 269 a 273 de la resolución bajo análisis, y de conformidad con lo dispuesto en la parte 2.^a, párrafo 2, del artículo 75 del ECPI, en concordancia con el artículo 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

El FFV cuenta con cuatro fuentes de financiación: uno, contribuciones voluntarias de los Estados miembros, las organizaciones internacionales, los individuos, empresas y otras entidades, según criterios establecidos por la AEP; dos, el dinero y los bienes recibidos a título de multa o decomiso que se transfieren al Fondo en cumplimiento de una orden dictada por la CPI; tres, recursos recaudados mediante las órdenes de reparación hechas por la Corte contra la persona condenada; y cuatro, otros recursos asignados por la AEP.⁸⁴ Sin embargo, en cuanto al caso en análisis, la Sala I de Primera Instancia hizo un llamado a los Estados, principalmente a la República Democrática del Congo, para que contribuyan con el Fondo a fin de contar con los recursos necesarios para realizar una reparación digna y significativa de los daños.⁸⁵

Dicha Sala, en cuanto a la noción de “reparaciones a través del Fondo Fiduciario”, asigna a la expresión “a través de” su sentido común, es decir, “por medio de”. Por lo tanto, cuando el artículo 75.2 del Estatuto establece que el monto de las reparaciones puede hacerse a través del Fondo Fiduciario, quiere decir que la Corte podrá disponer de los recursos logísticos y financieros del Fondo Fiduciario en la ejecución del fallo.⁸⁶

Por otra parte, la Sala manifiesta que cuando el condenado se considera indigente, como en este caso, si una reparación se hace “a través” del Fondo Fiduciario, la financiación no está limitada a los fondos y bienes incautados y depositados en el Fondo Fiduciario; pero la retribución puede, al menos potencialmente, tomarse de los recursos propios del Fondo Fiduciario. Esta interpretación es coherente con la regulación 98.5 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que establece que el Fondo Fiduciario podrá utilizar “otros recursos” en beneficio de las víctimas, y la regla 56 del Reglamento del FFV, que establece la obligación del Consejo de Administración de dicha entidad de complementar los recursos obtenidos de una persona condenada con “los otros recursos

⁸⁴ Cf. Val Garijo, o. cit., p. 9.

⁸⁵ “Activan fondo de compensación para víctimas de Thomas Lubanga”, en *El Derecho y la Actualidad*, <http://bpiicb.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1081%3Ale-fonds-au-profit-des-victimes-sengage-et-salue-la-premiere-decision-de-la-cpi-sur-les-reparations&catid=79%3Atribunales&Itemid=101&lang=es> (3.8.2013).

⁸⁶ *Decision establishing...*, supra, § 270.

del Fondo Fiduciario”, siempre que el Consejo de Administración realice todos los esfuerzos razonables para gestionar los fondos.⁸⁷

En sus alegatos, el Fondo Fiduciario sostuvo que, según la regla 56 del Reglamento de dicha entidad, este “puede contribuir a complementar la financiación de una compensación de reparaciones, dentro de los límites de sus recursos disponibles y sin perjuicio de su mandato de asistencia”, sobre todo si la compensación es de carácter colectivo o se hace a una organización, lo cual no significa reemplazar al condenado, que es la persona contra la que se emite una orden de reparación. Asimismo, expuso que toda orden de reparación emitida por la Corte debe resultar del consenso entre el Fondo y dicho tribunal, y dependerá de los parámetros previamente establecidos por la Sala en la decisión sobre reparaciones. Consecuentemente, el Fondo sugiere que sus “otros recursos” se orienten principalmente a las reparaciones colectivas.⁸⁸

En cuanto al inicio de la identificación de fuentes de financiación, el Fondo Fiduciario manifestó en su oportunidad que estaría en capacidad de iniciar la recaudación de fondos “una vez que la Sala haya decidido sobre los parámetros de las órdenes de reparación” y se haya aprobado el método de aplicación, para lo cual cuenta con que la Asamblea de los Estados Partes estará en condiciones de contribuir voluntariamente a las compensaciones.⁸⁹

Independientemente del resultado de esas gestiones de recaudación, el Fondo Fiduciario afirmó que “el complemento financiero que debe ser decidido por el Consejo de Administradores del Fondo Fiduciario de conformidad con la regla 56 del Reglamento del FFV constituirá el capital inicial de las compensaciones en el presente caso”.⁹⁰

Por su parte, la Secretaría expuso que en el peor de los casos, si no hay disponibilidad de fondos por parte del condenado ni del Fondo Fiduciario, este tiene la capacidad de recaudar a través de contribuciones voluntarias, por lo que la Secretaría sugiere que la Sala pueda desempeñar un papel en la notificación del procedimiento de reparaciones a los Estados parte en virtud del artículo 96.1 del Estatuto, e invitarlos a contribuir en forma voluntaria.⁹¹

⁸⁷ *Ibidem*, § 271.

⁸⁸ *Ibidem*, § 141 y 142.

⁸⁹ *Ibidem*, § 147.

⁹⁰ *Ibidem*, § 148.

⁹¹ *Ibidem*, § 149.

En todo caso, esta es la etapa en la que el Plan de Reparaciones podría verse fracasado, estancado o seriamente limitado, ya que los recursos del Fondo Fiduciario podrían no ser suficientes para el financiamiento de las reparaciones, por más que estas, como ya se dijo, deberán ser colectivas, orientadas al beneficio de las comunidades perjudicadas, y financiadas por donaciones voluntarias al Fondo.

Hay quienes, antes de la condena de Lubanga, ya señalaban esas y otras limitaciones:

Algunos han observado que el fondo no se traduce bien como programa de resarcimiento, dado que separa las compensaciones y la responsabilidad. Es más, el Fondo no necesariamente podrá atraer más recursos de fuentes internacionales que los programas nacionales de resarcimiento con fondos restringidos, y dado el número escaso de víctimas cuyo casos llegarán ante la CPI, la individualización propuesta para el otorgamiento de beneficios compensatorios podría verse como una discriminación entre las víctimas.⁹²

3.7. Implementación del plan de reparaciones

A diferencia de la etapa de elaboración del plan de reparaciones, esta fase de implementación es competencia exclusiva del Fondo Fiduciario —ya que la Sala se abstuvo de emitir cualquier orden o instrucción al Fondo con relación a la implementación de las reparaciones que se realizarán a través de él— y financiada por las contribuciones voluntarias, según lo establecido por las reglas 47 y 48 del Reglamento del FFV y las decisiones de su Consejo de Administración con arreglo a la regla 50 del Reglamento del FFV.⁹³

Esta es una etapa meramente ejecutiva, por lo que, en teoría, al llegar a esta fase deberían estar superados todos los problemas relativos a la identificación de las víctimas, las comunidades beneficiadas, las modalidades de reparación consultadas, discutidas y aceptadas por las víctimas y, ante todo, la recaudación de los fondos necesarios para dar cumplimiento a las reparaciones. Sin embargo, no está claro si esta fase de implementación se podrá llevar a cabo de manera parcial y escalonada a medida que el Fondo Fiduciario vaya recaudando los fondos requeridos para las diversas formas de reparación, en el caso muy probable de que no se consiga la totalidad de dichos fondos.

Sí está claro que el Fondo Fiduciario para las Víctimas tiene un gran desafío en cuanto a la búsqueda de fuentes de financiación y recaudación de recursos para cumplir

⁹² Kemunto Bosire, o. cit, pp. 8-9.

⁹³ *Decision establishing...*, supra, § 287.

las reparaciones ordenadas por la Sala, ya que su presupuesto inicial para hacer frente al pago de las reparaciones es de 1,2 millones de euros, y hasta agosto de 2012 se habían recibido más de 8000 solicitudes de reparación. Aunque en el proceso judicial solo 85 víctimas presentaron una demanda de indemnización, conforme a lo dictado en la resolución, muchas otras personas podrían ser destinatarias de diversas formas de desagravio.⁹⁴

3.8. Supervisión y vigilancia de la implementación del plan de reparaciones

Esta última etapa consiste en ejercer la función judicial de supervisión y vigilancia de la implementación de las reparaciones. A nuestro parecer, tal como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se podrá incluir la celebración de audiencias de supervisión de cumplimiento, ya que en la resolución en análisis se dispuso que la Sala debe ser informada de todas las controversias que surjan de las funciones del Fondo Fiduciario, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3.a del artículo 64 del Estatuto.⁹⁵

Dichas disposiciones establecen la obligación de la Sala de Primera Instancia de velar por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos, para lo cual la Sala puede desarrollar consultas con las partes y adoptar los procedimientos que sean necesarios para que el juicio se sustancie de manera justa y expedita. Uno de los mecanismos para asegurar ese proceder justo y expedito son las audiencias orales que garanticen la contradicción de las partes y la intermediación de estas con los juzgadores y las evidencias que se presenten. De hecho, los numerales 94 y 95 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en cuanto a las órdenes de reparación a solicitud de parte o de oficio, establecen la obligación de notificar a las partes y habilita a estas para que presenten observaciones e incluso puedan apelar una orden de reparación de conformidad a lo dispuesto en los numerales 150.1 y 152 al 153 de las mencionadas reglas.

⁹⁴ “El Fondo de Beneficio para las Víctimas se involucra y da la bienvenida a la primera decisión de la CPI sobre reparaciones económicas”, en *Revista Crimen y Castigo Internacional*, <<http://derpenalint.blogspot.com/2012/08/la-sentencia-de-reparaciones-en-el-caso.html>> (1.8.2013).

⁹⁵ *Decision establishing...*, *supra*, § 286.

4. Conclusiones

No cabe duda de que la resolución sobre reparaciones del caso en estudio, de la Sala I de Primera Instancia de la CPI, es un aporte significativo al desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho penal internacional, tanto por tratarse de una decisión derivada de la primera sentencia condenatoria de dicho tribunal como por la amplitud de razonamientos, construcciones conceptuales propias y otras derivadas del derecho y la jurisprudencia comparada, a partir de las cuales se pronuncia a favor de un sistema de reparaciones efectivo, equitativo, amplio y flexible, desde un enfoque de reconocimiento de las víctimas y sus derechos. En tal sentido, la Sala reconoce la reparación como un derecho humano fundamental con abundante fundamento jurídico, coherente con la necesidad de trascender de una visión punitiva de la justicia a otra concepción de una justicia restaurativa que complemente a la tradicional justicia retributiva y que incluya la más amplia participación de las víctimas.

Esta resolución adopta un amplio concepto de las reparaciones, ya que para la Sala estas deben aplicarse de manera extensa y flexible, permitiendo la aprobación de la mayor variedad posible de formas de desagravio a las violaciones de los derechos de las víctimas y contar con verdaderas medidas de flexibilidad para enfrentar las consecuencias de los crímenes cometidos. En ese sentido, la sala se pronuncia por la adopción de la mayor cantidad posible de modalidades de reparación, incluyendo todas las que se establecen en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas, de las Naciones Unidas, así como una mayor amplitud en cuanto a las reparaciones simbólicas.

La Sala también aporta e impulsa una definición extensa del concepto de víctimas, al considerar como tales no solo a las personas naturales o jurídicas directamente perjudicadas por los crímenes cometidos. Al contrario, haciendo una interpretación extensiva del artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, considera que es procedente otorgar reparaciones tanto a las víctimas directas como a las indirectas, incluidos los familiares de las víctimas directas, cualquier persona que haya tratado de impedir la comisión de uno o más de los delitos juzgados y las que hayan sufrido daños personales como resultado de esos delitos, independientemente de si participaron o no en los procedimientos judiciales.

Uno de los mayores aportes de esta resolución es el amplio reconocimiento e importancia que concede a la participación de las víctimas en el diseño y la implementación de las reparaciones, llegando incluso a desarrollar una suerte de *garantía de participación*

de las víctimas al establecer como una de las etapas del procedimiento de reparaciones la definición de las formas de participación de las víctimas en el proceso reparador, que indudablemente es una de las decisiones más avanzadas de la Sala con relación al resguardo de los derechos de las personas agraviadas, y claramente se inscribe en la línea del enfoque hacia las víctimas adoptado por la Sala.

Pese a este extenso tratamiento doctrinario y desarrollo jurisprudencial de las reparaciones, es paradójico que al final no se concrete en una sola medida de reparación inmediata, sino que solo se sientan las directrices generales, los principios y procedimientos para que otros organismos de la misma Corte emitan las órdenes de reparación, pero en un momento posterior, por ahora indeterminado, y después de agotar un proceso complicado y prolongado. Es decir, sin menoscabo de la importancia histórica de esta resolución en cuanto al avance jurisprudencial del derecho penal internacional, hasta ahora ni una sola víctima ha sido desagraviada, aunque, por supuesto, esta dilación se justifica por la complejidad del crimen, el extenso número de víctimas, la naturaleza inédita de las instituciones y los procedimientos aplicables, así como los obstáculos financieros que se enfrentan para hacer efectivas las reparaciones.

Esa paradoja se debe a que la amplitud y flexibilidad conceptual sobre las reparaciones adoptadas por la Sala contrasta con el criterio de prevalencia de las reparaciones colectivas y no financieras por sobre las de carácter individual y económico que también adoptó la Sala al aceptar las propuestas del Fondo Fiduciario para las Víctimas. Tal contradicción se vuelve más notable en la adhesión que la Sala hace a una concepción amplia, progresista y garantista de la indemnización como forma de reparación, al considerar que toda forma de daño es susceptible de compensación económica, pero ese concepto dadivoso resulta poco efectivo en la práctica, ya que en la misma resolución se establecen tres requisitos que deben concurrir para considerar la indemnización: que el daño económico sea lo suficientemente cuantificable, que dicha compensación sea apropiada y proporcional al daño, y que existan fondos disponibles que lo hagan factible. Este último es el requisito definitivo, que al ser el más escaso puede volver imposibles las reparaciones económicas.

En otras palabras, debido a la escasez de recursos del Fondo Fiduciario para las víctimas, las reparaciones económicas como la compensación o indemnización se vuelven prácticamente imposibles, tanto por la amplitud del número de víctimas como por la imposibilidad de cumplir con las tres condiciones establecidas en la sentencia para considerar la pertinencia de dichas indemnizaciones.

Por otra parte, más allá de los positivos y progresistas desarrollos conceptuales de esta resolución, en ella también se incurre en algunos desaciertos doctrinarios. Uno de ellos es la aplicación del *cross fertilization* diferente, es decir, cuando este tribunal penal internacional retoma algunos criterios y conceptos de tribunales regionales de derechos humanos —concretamente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, puede hacer que las reparaciones concedidas choquen en la práctica con obstáculos jurídicos, institucionales, políticos y especialmente económicos que impidan su cumplimiento, ya que los parámetros para juzgar y responsabilizar a los Estados se trasladarían mecánicamente al juzgamiento de comportamientos de personas naturales, con lo cual podría llegarse al absurdo de imponer como reparación la ejecución de programas o campañas educativas o de rehabilitación de las víctimas, que son modalidades de desagravio propias de los Estados, pero no son pertinentes para una persona humana.

Por otra parte, basado en los conceptos de amplitud y flexibilidad que según la Sala deben caracterizar a las reparaciones, la definición de *víctimas* adoptada por el tribunal en el caso que analizamos va más allá de las víctimas directas e indirectas —en los términos antes explicados— de los crímenes de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños y niñas menores de quince años, e incluye a las víctimas de violencia sexual. Dado que la condena de Thomas Lubanga es solamente por los delitos de reclutamiento, alistamiento y utilización de menores, y que los delitos autónomos de violencia sexual quedaron fuera del proceso por una estrategia de la Fiscalía, esa decisión de la Sala de incluir a las víctimas de tales delitos, para efectos de reparación, la hace incurrir en una inobservancia del *principio de causalidad* proclamado como parte de los parámetros para las reparaciones y en una vulneración al principio de congruencia entre la acusación o formulación de cargos y la sentencia dictada.

Otra observación crítica aplicable a esta resolución es la atinente a la incorporación de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas,⁹⁶ de las Naciones Unidas, mediante la interpretación y aplicación del párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma, que permite ampliar las nociones de daño, víctima y reparación sin que constituyan “una autoridad fuertemente persuasiva o decisiva” que la CPI debería utilizar, debido a que su contenido había sido expresamente discutido y rechazado durante los trabajos preparatorios del ECPI, por lo que el recurso a otros instrumentos

⁹⁶ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas (véase supra, nota 15).

internacionales que establezcan derechos es admisible, a condición de que no impliquen ir en contra de lo que fue expresamente rechazado a la hora de adoptar el ECPI.⁹⁷

Por otra parte, la experiencia práctica parece indicar que las reparaciones ordenadas por los tribunales regionales de derechos humanos, como es el caso de la Corte IDH, son más amplias que las dictadas por los tribunales penales internacionales, como es el caso de la CPI; ya que, por un lado, abarcan tanto las reparaciones individuales como colectivas, así como reparaciones económicas mediante la restitución e indemnización, fijando sumas concretas de dinero para las víctimas individuales, las cuales por lo general han sido cumplidas por los Estados que han sido condenados, incluidos algunos con poco desarrollo económico y social, como El Salvador; mientras que las reparaciones dictadas por la CPI son exclusiva o predominantemente colectivas, su cumplimiento no es inmediato y, además, excluye las compensaciones económicas individuales.

El contraste al que nos hemos referido entre, por una parte, la riqueza conceptual, doctrinaria y jurisprudencial de esta primera resolución sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional, en virtud de la cual se adoptan conceptos generosos y amplios sobre la reparación, sus modalidades, las víctimas y sus formas de participación en la definición y ejecución de las reparaciones, y, por otra parte, la magra realidad financiera del Fondo Fiduciario para las Víctimas, hace vislumbrar un panorama poco alentador para las víctimas, por falta de reparaciones económicas concretas, debido a la carencia de recursos financieros que garanticen dichos desagravios, con lo cual también se limitan las posibilidades de rehabilitación y de no repetición de crímenes similares a los que fueron objeto de la condena.

Bibliografía

AMBOS, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá: Temis, 2008.

— *La Parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

— “El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Lubanga): Un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, Barcelona, 2012.

⁹⁷ Cf. voto disidente del Juez Blatmann en la resolución *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on victim’s participation”, Trial Chamber I, 18 de enero de 2008, citada por Emanuela Fronza, o. cit.

- BONARD, Elena, “Caso Lubanga, la Corte Penal Internacional se abre camino”, en *Boletín del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile*, <http://www.iei.uchile.cl/noticias/83987/caso-lubanga-la-corte-penal-internacional-se-abre-camino>.
- Crimen y Castigo Internacional*, “El Fondo de beneficio para las Víctimas se involucra y da la bienvenida a la primera decisión de la CPI sobre reparaciones económicas”, <http://derpenalint.blogspot.com/2012/08/la-sentencia-de-reparaciones-en-el-caso.html>.
- DONDÉ MATUTE, Javier, “La sentencia de reparaciones en el caso *Lubanga*: otra expresión mal entendida del *cross-fertilization*”, en *Crimen y Castigo Internacional*, <http://derpenalint.blogspot.com/2012/08/la-sentencia-de-reparaciones-en-el-caso.html>.
- EL ABDALLAH, Fadi, “Indemnización a las víctimas de Lubanga”, en *CPI/La Haya*, <http://www.congordvisible.org/actualidad/articulo.php?id=actualidad&uuid=294>. Actualidad-Corte Penal Internacional.
- ESER, Albin, “Acerca del Renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- FÖRER, Andreas, “Reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyilo. Notas acerca de la primera condena de la CPI”, en Edwin Cortés Sánchez (comp.), *Decisiones Judiciales. Lubanga (D. R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios*, Bogotá: Defensoría del Pueblo, Cooperación Alemana, GIZ, 2013.
- FIDH, *Manual Los derechos humanos ante la CPI*, 2010, <http://www.fidh.org/es/justicia-internacional/corte-penal-internacional-cpi/Los-Derechos-de-las-victimas-ante>.
- FRONZA Emanuela, “Derechos Humanos y crímenes internacionales. Observaciones sobre el párrafo 3 del Artículo 21 del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2011.
- GALAIN PALERMO, Pablo, *Lareparación del daño a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- HOUTTUIN, Saskia, “Indemnizaciones para víctimas de Lubanga en El Congo”, <http://www.rnw.nl/espanol/article/indemnizaciones-para-v%C3%ADctimas-de-lubanga-en-el-congo>.
- JARA BUSTOS, Francisco, “Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional”, en *Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, n.º 9, Santiago, 2013.
- KEMUNTO BOSIRE, Lydia, “Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, n.º 5, São Paulo, 2006.
- SEILS, Paul, “Una primera e histórica sentencia que plantea preguntas difíciles a la CPI”, en *ICTJ*, <http://ictj.org/es/news/una-primera-e-historica-sentencia-que-plantea-preguntas-dificiles-la-cpi> (14.8.2013).

UPRIMNY-YEPES, Rodrigo, et al.: “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 17, Bogotá, 2010.

VAL GARIJO, Fernando, “Redresing victims of international crimes: the International Criminal Court and the Trust Fund for Victims”, en *Comunitania Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales* n.º 2, 2011, <<http://www.comunitania.com/numero-2/>>.

VEGA GONZÁLEZ, Paulina, “El papel de las víctimas en procedimientos internacionales”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5, 2006, pp. 18-41, <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos5/esp/artigo_vega.htm>.

LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS UTILIZADOS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL AL FIJAR LAS REPARACIONES EN EL CASO *PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO*

Ramiro J. García Falconí

RESUMEN. Dentro de la sentencia dictada por la Corte Penal Internacional en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, se utiliza un estándar probatorio propio del procedimiento civil anglosajón para la fijación de reparaciones: el de *prevalencia de evidencia*. Este estándar difiere del usado en la misma sentencia para determinar la responsabilidad penal, que corresponde al denominado *beyond reasonable doubt*. Los diferentes niveles de certeza exigidos se justifican por la diferente naturaleza del objeto en cuestión, así como por la necesidad de minimizar el margen de error en los efectos civiles de la decisión judicial.

Palabras clave: estándar de prueba, prevalencia de evidencia, duda razonable, certeza, reparaciones, efectos civiles, probabilidad, error en la decisión judicial.

ABSTRACT. The judgment rendered by the International Criminal Court in the case against Thomas Lubanga Dyilo uses a standard of proof that comes from the Anglo-Saxon civil procedure for the purpose of awarding reparations: the predominance of evidence. This standard differs from the one used in the same judgment to determine criminal responsibility, which requires proof beyond reasonable doubt. The requirement of different levels of certainty is justified by the different nature of the object involved and also by the need of minimizing the margin of error in the civil consequences of the judgment.

Key words: standard of proof, predominance of evidence, reasonable doubt, certainty, reparations, civil consequences, probability, error in the judicial decision.

ZUSAMMENFASSUNG. In dem vom Internationalen Strafgerichtshof im Verfahren gegen Thomas Lubanga Dyilo erlassenen Urteil kommt ein für angelsächsische Zivilverfahren typischer Beweisstandard zur Anwendung: die Prävalenz der Beweismittel. Dieser Standard weicht von dem in demselben Urteil zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortung verwendeten Standard *beyond reasonable*

doubt ab. Der Unterschied hinsichtlich der erforderlichen Gewissheitsgrade lässt sich sowohl mit den Unterschieden hinsichtlich der behandelten Angelegenheiten als auch mit der Notwendigkeit einer Minimierung des Fehlerspielraums bei der zivilrechtlichen Wirkung der Gerichtsentscheidung begründen.

Schlagwörter: Beweisstandard, Prävalenz der Beweismittel, berechtigter Zweifel, Gewissheit, Wiedergutmachungen, zivilrechtliche Wirkungen, Wahrscheinlichkeit, Irrtum bei der Gerichtsentscheidung.

1. Introducción

El 10 de julio de 2013 la Corte Penal Internacional (en adelante, *la CPI*), específicamente la Primera Cámara de Juzgamiento (en adelante, *la Cámara*), emitió la primera sentencia en los casi quince años de historia de dicha entidad judicial, creada a través del Estatuto de Roma con el objetivo de juzgar los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.¹ Evidentemente una primera sentencia incluye una serie de aspectos novedosos, entre los que cabe destacar el de las reparaciones a las víctimas y los estándares probatorios utilizados por la CPI para el efecto.

El concepto de reparación no es nuevo y ya en el Código de Hammurabi encontramos obligaciones de resarcimiento pecuniario, así como disposiciones taliónicas como formas de reparación.² En cuanto a la prueba sobre la reparación, ya en el derecho romano, en las Doce Tablas, se establecía la obligación de resarcir, que comprendía incluso la posibilidad de que la víctima diera muerte a su ofensor, como en el caso del *furtum nocturnum* (robo en la noche) o en el *se telo defendit* (matar en lucha al ofensor para no ser capturado). En este último caso se establecía un procedimiento judicial en que la ofensa y el daño se exponen ante un magistrado (*endoploratio*), corroborados además por evidencia testimonial.³ Con la Ley Pretorial introducida en el siglo II a. C. se incorporó el concepto de resarcimiento moral adicional al material, así como al Estado como beneficiario de la reparación con el argumento de interés de la comunidad. Posteriormente

¹ Para una mejor comprensión de la naturaleza, actividades y fines de la CPI ver Kai Ambos, *El nuevo Derecho penal internacional*, Lima: ARA, 2004.

² R. Neil Snyder, "Natural Law and Equity", en Ralph A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Bruselas: Bruylant, 1973.

³ Arlette Lebrige, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, París: Presses Universitaires de France, 1967.

y como un paso insoslayable, la *Lex Aquilia de Damno* (Ley Aquiliana) desarrolló el concepto de reparación al enfocarla ya no en la retribución al ofensor, como forma de resarcimiento moral de la víctima, sino en la determinación y reparación del daño objetivamente causado por la infracción (*damnum injuria datum*).⁴ Adicionalmente a la determinación objetiva del daño, el ofensor podía ser condenado a una sanción adicional según la cláusula *status quo ante*, que incluía el pago de compensación por el daño material sufrido por la víctima o sus sucesores, de ser el caso.

En la historia reciente, la judicialización de los casos se ha enfocado más en la retribución del daño causado que en su resarcimiento. Los tribunales internacionales formados a fin de juzgar las graves violaciones de derechos humanos se han centrado en establecer la responsabilidad penal, más que en determinar una posible reparación a las víctimas de estos delitos. Incluso mecanismos como la Alien Tort Claims Act (ATCA) de los Estados Unidos —que tiene por objeto reclamar judicialmente las violaciones de derechos humanos cuando estas sean demandadas por un extranjero, mediante una acción civil, respecto de actos cometidos en violación de la ley de los Estados Unidos o de tratados internacionales de los que este es signatario—⁵ no ha efectivizado la gran mayoría de las indemnizaciones establecidas.⁶

La estructura de la sentencia contempla los principios y procedimientos que se usarán en el establecimiento de las reparaciones a las víctimas, entre los cuales se incluyen los estándares probatorios. Llama la atención desde el inicio la afirmación realizada por la Cámara en cuanto a la conveniencia de utilizar un estándar probatorio diferente de aquel usado para establecer la responsabilidad penal.⁷ Mientras en la sentencia principal —la que resuelve el tema de fondo y establece responsabilidad penal— se utilizan los estándares probatorios señalados en las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como en los Elementos de los Crímenes emitidos y utilizados por la CPI,⁸ en las reparaciones el estándar usado es de menor nivel de rigurosidad, específicamente el de *balance de probabilidades* como mecanismo suficiente para establecer los hechos relevantes que se aplican

⁴ Ilaria Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2004, p. 25.

⁵ Para una mejor comprensión de los casos litigados bajo el ATCA, consúltese Beth Stephens y Michael Ratner, *International Human Rights Litigation in US Courts*, Nueva York: Transnational, 1996.

⁶ Bottigliero, o. cit., p. 63.

⁷ Trial Chamber I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, p. 83, § 251.

⁸ Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la CPI, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

para las reparaciones a cumplirse por la persona condenada.⁹ Estos aspectos deben analizarse con algún detenimiento a continuación.

En primer lugar, vemos que el estándar del *balance de probabilidades* o *prevalencia de evidencia* es propio del sistema procesal anglosajón y no se utiliza en los sistemas de tradición civil romanista. En Estados Unidos e Inglaterra el estándar de pruebas es probabilístico; las reclamaciones en el ámbito civil deben ser probadas por la vía de la preponderancia o prevalencia de evidencias, mientras que en los de tradición civil romanista el demandante debe convencer al juzgador de que sus aseveraciones son verdaderas.¹⁰ Así, en el proceso alemán, “el juez puede y debe siempre alcanzar un grado de certidumbre que sea apropiado para la vida práctica, uno que silencie la dudas sin que necesariamente elimine todas ellas”.¹¹

Estas diferencias entre los estándares utilizados en el ámbito anglosajón y aquellos usados en los de tradición civil romanista no solamente tienen una gran importancia práctica, sino que sugieren una actitud diferente frente al proceso, lo cual resulta importante destacar, pues al utilizar la CPI un estándar de prueba determinado, privativo del esquema anglosajón, también asume una actitud determinada frente al concepto mismo de proceso, que puede chocar con la visión continental romanista. Debe recordarse que, cuando en el ámbito anglosajón se habla de estándares de prueba, se hace referencia al grado de persuasión necesaria, diferente del principio románico de la sana crítica del juez para evaluar la prueba, que retornó al continente europeo con la Revolución Francesa, en remplazo de la teoría formal de la prueba o *preuve légale* propia del proceso inquisitivo, que asignaba pesos específicos a las diferentes clases de prueba, como confesiones o juramentos, así como a algunos de estos el carácter de prueba plena.¹² El debate entre juristas de tradición civil y anglosajona respecto de la conveniencia del principio de la sana crítica frente a las reglas de exclusión de prueba propias del *common law* es una buena muestra de los diferentes puntos de vista sobre el tema.¹³

⁹ Trial Chamber I, *Decision...*, cit. (nota 7), § 252 y 253.

¹⁰ Kevin Clermont y Emily Sherwin, “A Comparative View of Standards of Proof”, *American Journal of Comparative Law*, 2002, p. 243.

¹¹ Arthur Von Mehren, “Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules”, *Notre Dame Law Review*, 609, 1988.

¹² Clermont y Sherwin, o. cit., p. 245.

¹³ Por todos Mirjan R. Damaška, *Free Proof and its Detractors*, Yale: Yale Law School, Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 1578.

En el sistema procesal alemán, por ejemplo, en contraste con el sistema norteamericano, se evitan los diferentes estándares probatorios pues el juez debe convencerse más allá de la duda razonable, independientemente de que se trate de un caso civil, penal o de derecho público (administrativo o constitucional). Solo será inaplicable el estándar de la duda razonable en casos específicamente señalados por la ley.¹⁴ En los casos civiles, con alguna excepción, se aplica el estándar de la certeza, al igual que en otros países continentales europeos, lo cual difiere en mucho de lo que pasa en el ámbito anglosajón. Como señala Nagel:

[...] en el derecho continental europeo no se realiza distinción alguna entre los casos civiles y penales en lo que se refiere a los estándares de prueba. En ambas jurisdicciones es requerido un alto nivel de probabilidad, a un grado que sea posible en la experiencia ordinaria de la vida misma excluir las dudas y esta probabilidad se aproxime a la certeza.¹⁵

El nivel de certeza requerido en el derecho penal continental romanista es el llamado de *une intime conviction*, esto es, de la convicción interior, profunda y personal del juez, el cual es exigido también en el ámbito civil, a diferencia del estándar utilizado en el ámbito anglosajón, el de la preponderancia o prevalencia de prueba, que es el usado por la Corte Penal Internacional como estándar para el establecimiento y prueba de las reparaciones.

Vale señalar que la diferenciación de los estándares de prueba en los ámbitos continental y anglosajón tiene raíces históricas, pues en el siglo XVIII regía la teoría de la probabilidad de la prueba, en uno y otro ámbito. Sin embargo, en el sistema civil romanista se expresaba a través del esquema de *preuve légale* mediante el ajuste de los pesos asignados a cada clase de evidencia. La exigencia legal de la “prueba plena” evitaba la necesidad de diferenciar estándares probatorios entre el ámbito civil y el penal. Como se señaló, la Revolución Francesa reemplazó el sistema legal y tasado de prueba por el de la libre evaluación o sana crítica, con lo que se instauró el principio de la íntima convicción, tanto en lo civil como en lo penal.¹⁶ La teoría de las probabilidades de alguna forma fue dejada de lado, junto con la teoría de los pesos de las evidencias, y la discusión sobre estándares

¹⁴ Juliane Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, La Haya: Kluwer Law International, 1998, p. 18.

¹⁵ Heinrich Nagel, “Evidence”, en *Encyclopædia Britannica*, Macropedia, 1974.

¹⁶ Damaška, o. cit. p. 78.

probatorios se relegó a otras disciplinas.¹⁷ Así René David explica desde la doctrina que la idea de la *intime conviction* permitió al ordenamiento ignorar estos aspectos.¹⁸

La separación del derecho continental de la teoría de la probabilidad de la prueba se produjo mientras en el derecho anglosajón evolucionan otros estándares que difieren del *beyond reasonable doubt* propio del proceso penal, con exigencias probabilísticas menores, a ser aplicados en el procedimiento civil.¹⁹ El desarrollo de la teoría probabilística en el ámbito anglosajón se explica, entre otros factores, por la correlación de esta con un jurado civil,²⁰ que sin los fundamentos jurídicos del juez continental debe basar su decisión en las evidencias que se someten a su análisis. Lo cierto es que la decisión de aplicar uno de los estándares de la teoría de las probabilidades no es algo meramente casual, sino que conlleva la adhesión a un sistema procesal, con todo lo que esto implica.

2. Diferenciación de estándares de prueba en el ámbito anglosajón

En el ámbito jurídico anglosajón se establecen fundamentalmente tres estándares diferenciados de prueba: el de la prueba más allá de toda duda razonable (*proof beyond reasonable doubt*), el de la evidencia clara y convincente como estándar intermedio (*clear and convincing evidence* o *much-more-likely-than-not*) y finalmente el de preponderancia o prevalencia de evidencia (*preponderance of evidence* o *more-likely-than-not*), que es el de menor intensidad y el escogido por la CPI para la prueba de las reparaciones. La estructura de los estándares mencionados, como ya se señaló, es probabilística, pues, a criterio sobre todo del derecho estadounidense, es racional y deseable reconocer que la búsqueda de la verdad de los hechos es una cuestión de probabilidades, por lo que el sistema procesal debe buscar los mecanismos para optimizar los estándares probabilísticos de prueba.²¹

¹⁷ Barbara Shapiro, *Beyond "reasonable doubt" and "probable cause": historical perspectives on the Anglo-American law of evidence*, Berkeley: University of California Press, 1991, p. 253.

¹⁸ René David, *French Law: its structure, sources, and methodology*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1972, p. 147.

¹⁹ Charles McCormick y otros: *McCormick on Evidence*, St. Paul: West Group, 1999.

²⁰ Neil Vidmar, *World jury systems*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

²¹ Richard D. Friedman, "Anchors and Flotsam: Is Evidence a Law 'Adrift'? Review of Evidence Law Adrift by M. R. Damaska", *Yale Law Journal*, 107, n.º 6, 1998, pp. 1921-67.

3. La prueba más allá de la duda razonable

Esta fórmula se aplica desde hace mucho en los tribunales anglosajones, e incluso fue propuesta en el ámbito continental por algunos autores italianos.²² Conlleva algunos problemas el definir este estándar, que más que en un cálculo matemático se fundamenta en la opción ética según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos frente al peligro de condenar a un inocente. Más allá de los intentos casi siempre fallidos de definir este estándar con exactitud, lo cierto es que se refiere sin duda a la exigencia de que la culpabilidad del procesado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, que equivalga prácticamente a la certeza.²³

El estándar de *beyond reasonable doubt* aplica sobre todos los enunciados que operan sobre el nexo causal, pues obliga a que se demuestre, más allá de toda duda razonable,

[...] no solo la afirmación relativa al hecho indicado como causa y la relativa al hecho indicado como efecto, sino también la existencia de una ley de cobertura idónea para fundamentar la inferencia por medio de la cual se afirma la existencia del nexo causal específico. En consecuencia, no solo no es suficiente que el juez conjeture o invente la ley de cobertura, sino que es necesario que su existencia sea demostrada más allá de toda duda razonable.²⁴

4. El balance de probabilidades o preponderancia de evidencia

Conforme se ha señalado, las Cortes anglosajonas exigen tres niveles o intensidades de prueba en el proceso, según la materia de que se trate. Así, en la mayor parte de los procesos civiles las cortes comúnmente señalan que quien tiene la carga de la prueba debe probar la existencia de hechos en los que se fundamenta bajo preponderancia o prevalencia de evidencia.²⁵ De igual forma, en ciertos casos civiles se requiere un estándar más alto de prueba, esto es, la prueba limpia y clara (*clean and clear evidence*).²⁶ En los casos penales se utiliza comúnmente la fórmula de que la acusación debe probar sus

²² Federico Stella, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán: Giuffrè, 2003, p. 116; Benito Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milán: Giuffrè, 2002, p. 121.

²³ Michelle Taruffo, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 273.

²⁴ *Ibidem*, p. 274.

²⁵ David Berstein y otros, *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence*, Aspen Publishers, 2011, § 2498.

²⁶ *Ibidem*, § 2497.

afirmaciones más allá de toda duda razonable, sobre todos los elementos del delito de que se acuse, lo cual ya fue suficientemente analizado.²⁷ Nos corresponde establecer lo que debe considerarse como *preponderancia o prevalencia de evidencia*, para lo cual vale citar las *Instrucciones sugeridas para los jurados del estado de Pensilvania*, en las que se señala:

[...] preponderancia de evidencia significa “parece más verdad que no” (*more likely true than not*) [...] piensen en una balanza tradicional con una bandeja en cada extremo. Pongan toda la evidencia del demandante en una bandeja y la favorable al demandado en otra. Si la balanza se inclina aún ligeramente al lado del demandante, entonces ustedes deben resolver en favor del demandante.²⁸

Esta perspectiva probabilística choca, como se señaló en líneas anteriores, con la perspectiva continental no probabilística. En Alemania, por ejemplo, su Tribunal Supremo ha afirmado categóricamente que el juez no puede darse por satisfecho con un mero cálculo de probabilidades, y ni siquiera es suficiente un alto nivel de probabilidades, pues una duda inicial es aceptable, pero al final el juez debe haberla superado. Esto no significa dejar la decisión a la discreción judicial, pero sí a la intuición judicial.²⁹ Como señala Schulz, el estándar es empírico y el aspecto fundamental radica en que se “asuma psicológicamente un hecho como cierto”, mediante un test basado primordialmente en los “*ethos*, experiencia e intuición”.³⁰

En los sistemas en los que se aplica la teoría de la “prevalencia de evidencia”, el juez actúa en la misma forma que un estadístico.³¹ Tanto uno como otro hacen inferencias desde la evidencia que se les presenta, y se satisfacen cuando la probabilidad de error de la inferencia es suficientemente pequeña, para lo cual comparan la hipótesis sometida a análisis o la nula hipótesis con otra hipótesis alternativa.³²

En los casos civiles ordinarios, no es suficiente instruir a un jurado respecto a que quien tiene la carga de la prueba debe hacerlo dentro del estándar de “prevalencia o

²⁷ Véase el punto anterior en este trabajo.

²⁸ *Pensilvania Suggested Standard Civil Jury Instructions*, 3.ª ed., 2005, § 1.42.

²⁹ *Bundesgerichtshof (BGH), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 1970, p. 245.

³⁰ Joachim Schulz, *Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie: Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung*, Köln: Heymann, 1992, pp. 42 ss.

³¹ David Kaye, “The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, en *Evidence, proof and facts: a book of sources*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 7.

³² William Hays, *Statistics*, 4.ª ed., Nueva York: Holt, Rinehart & Winston, 1988, p. 282.

preponderancia de evidencia”;³³ incluso se le comunica que “preponderancia de evidencia” no significa mayor número de testigos o cantidad de evidencia producida, sino que la evidencia tenga mayor peso o poder de convencimiento que la evidencia propuesta por el otro lado. El jurado instruido de esta forma no es informado sobre el peso que debe asignar a cada evidencia ni la credibilidad de una u otra parte, especialmente de la parte que tiene la carga de la prueba. La instrucción comúnmente realizada por el juez al jurado enfatiza en el peso de la evidencia y no dirige la atención al grado de credibilidad que el proponente debe producir en sus mentes antes de que estos fallen en su favor. El nivel de credibilidad debe existir antes de concluir que una aseveración o hecho es verdad y que este o estos son los elementos en que los que debe fundarse la decisión.³⁴

Las cortes anglosajonas, al utilizar el estándar de prevalencia de evidencia, asumen como premisa mayor de su silogismo que la certeza no puede ser alcanzada, razón por la cual señalábamos en puntos anteriores que no conlleva simplemente asumir un estándar probatorio, sino una actitud frente al proceso en general. Cuando el equilibrio de la prueba es destruido y la balanza se inclina hacia un lado, aun ligeramente, habrá satisfecho los requerimientos legales en un proceso civil y así debe ser señalado en el veredicto; no importa si la diferencia se basa “en el peso de una pluma”.³⁵ Este estándar probatorio, como se señaló, difiere del utilizado en los procesos penales anglosajones (*proof beyond reasonable doubt*) o de aquel usado también por las cortes estadounidenses en ámbitos específicos (*clear and convincing evidence*). La aplicación de este método pretende obtener como resultado la reducción de los veredictos erróneos al mínimo y no conlleva serios retos matemáticos en su aplicación.³⁶ Parte de un rango de cero a uno, donde la probabilidad de una proposición que iguale a cero definirá a esta como definitivamente falsa y si es uno será definitivamente verdadera. Afirmar en el veredicto que una proposición es verdadera implica simplemente asumir que la probabilidad de que esto sea así $P(X)$ es mayor que lo contrario $P(\text{no } X)$. Al ser ambas proposiciones mutuamente excluyentes, pues no pueden al mismo tiempo ser verdaderas y falsas, $P(X)$ sumado a $P(\text{no } X)$ debe ser igual a uno.

$$P(X) + P(\text{no } X) = 1$$

³³ J. P. McBaine, “Burden of Proof: Degrees of Belief”, *California Law Review*, Berkeley, 1944, p. 246.

³⁴ *Ibidem*, p. 247.

³⁵ *Livanovitch v. Livanovitch*, 99Vt. 327 131A. 799, 1926.

³⁶ James Brook, “Inevitable Errors: The preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation”, *Tulsa Law Journal* vol. 18, n.º 79, 1982, p. 80.

La fórmula anterior requiere por tanto que la afirmación de que X es más probable que no X es equivalente a señalar que $P(X)$ es mayor de 0,5. ¿Cómo y según qué parámetros debe entenderse y aplicarse este estándar? En primer lugar, debe tomarse en cuenta la frecuencia relativa, esto es, la proporción de veces que una proposición es verdadera en una larga serie de experimentos e investigaciones idénticos, como, por ejemplo, será razonable asumir que en cualquier circunstancia uno de cada ocho estudiantes sea zurdo.³⁷ Sobre este punto se ha argumentado la imposibilidad de conceptualizar una larga serie de situaciones idénticas, pues en lo jurídico cada evento en sus características e interpretación pueden ser únicos e irrepetibles.³⁸

Un aspecto que debe tomarse en cuenta radica en que el cálculo de probabilidades no se aplica solamente para eventos futuros, sino también para el pasado, lo cual resulta fundamental en el caso de las reparaciones civiles a las víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra. Este aspecto ha sido declarado expresamente por la Corte de Apelaciones de Nueva York, para la cual “el hecho establecido en el presente caso no es la probabilidad de un evento futuro, sino si se ha producido un hecho afirmado”.³⁹

Dada la dificultad de establecer series idénticas de eventos, se han planteado otras teorías de aplicación de la prevalencia de evidencia, como la de la probabilidad subjetiva, en la cual se requiere que quien toma la decisión final asigne a priori y con base a consideraciones subjetivas un porcentaje de certeza (siempre entre cero y uno) del cual partirá y al que añadirá o sustraerá, dependiendo de las pruebas presentadas.⁴⁰

Como podemos observar más allá de los problemas que puede presentar la aplicación de este estándar de prueba, la CPI escogió uno propio del proceso civil para establecer las reparaciones. Esta decisión no solo responde a que el tema de las reparaciones es de menor importancia que el de la responsabilidad del procesado, en el que se exige el estándar de *beyond reasonable doubt*, sino que se debe también a la relación de igualdad entre las partes del procedimiento civil, lo cual es incompatible en el proceso penal, en el que la acusación debe comprobar sus alegaciones y someterlas a estándares de prueba

³⁷ Brook, o. cit., p. 82.

³⁸ *Ibidem*, p. 83.

³⁹ *People v. Riskey*, 214, N. Y. 75, 86, 108 N. E. 200, 203 (1915).

⁴⁰ Gudmund R. Iversen, “Operationalizing the Concept of Probability in Legal-Social Science Research”, *Law & Society Review*, vol. 5, n.º 3, 1971, pp. 331-334; John Kaplan, “Decision Theory and the Factfinding Process”, *Stanford Law Review*, n.º 20, 1968, p. 1065.

que lindan con la certeza.⁴¹ El establecimiento de reparaciones civiles con un estándar de prueba como el utilizado por la CPI ubica a las partes en este ámbito específico, en una relación equitativa, lo cual se justifica teniendo en cuenta la naturaleza del objeto de discusión y que la responsabilidad penal ya ha sido debidamente establecida.

Más allá de la crítica que dentro del propio sistema anglosajón se ha formulado respecto de la utilización del estándar de prueba *prevalence of evidence*, resulta claro que, tratándose de un ámbito civil en que lo que se discute son aspectos de naturaleza patrimonial y restitutiva, no resulta incompatible con la materia de análisis. Dentro de esta materia se establece una relación igualitaria entre las partes y sobre todo se pretende minimizar el margen de error en la toma de decisiones judiciales.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, *El nuevo Derecho penal internacional*, Lima: ARA, 2004.
- BERSTEIN, David y otros, *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence*, Aspen, 2011.
- BOTTIGLIERO, Ilaria, *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.
- BUNDESGERICHTSHOF (BGH), *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* febrero de 1970.
- CLERMONT, Kevin, y Emily SHERWIN, “A Comparative View of Standards of Proof”, en *American Journal of Comparative Law*, 2002.
- DAMAŠKA, Mirjan R., “Free Proof and its Detractors”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Yale Law School, Paper 1578.
- DAVID, René, *French Law; its structure, sources, and methodology*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1972.
- FRIEDMAN, Richard D., “Anchors and Flotsam: Is Evidence a Law ‘Adrift’? Review of Evidence Law Adrift by M. R. Damaska”, *Yale Law Journal*, 107, n.º 6, 1998.
- FROSINI, Benito, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milán: Giuffré, 2002.
- HAYS, William, *Statistics* 4ta. Ed., Holt, Rinehart and Winston, Nueva York, 1988.
- KAYE, David, “The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, en *Evidence, proof and facts: a book of sources*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

⁴¹ Brook, o. cit. p. 86.

- KOKOTT, Juliane, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, La Haya: Kluwer Law International, 1998.
- LEBRIGE, Arlette, *Quelques Aspects*
- MCBAINE, J. P., "Burden of Proof: Degrees of Belief", *California Law Review*, Berkeley, 1944.
- MCCORMICK, Charles y otros, *McCormick on Evidence*, St. Paul: West Group, 1999.
- NAGEL, Heinrich, "Evidence", en *Encyclopaedia Britannica: Macropedia*, 1974.
- Pensilvania Suggested Standard Civil Jury Instructions*, 3,^a ed., 2005.
- SCHULZ, Joachim, *Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie: Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung*, Köln: Heymann, 1992.
- SHAPIRO, Barbara, "Beyond reasonable doubt" and "probable cause": *historical perspectives on the Anglo-American law of evidence*, Berkeley: University of California Press, 1991.
- SNYDER, R. Neil, "Natural Law and Equity", en Ralph A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Bruselas: Bruylant, 1973.
- STELLA, Federico, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, Milán, 2003.
- STEPHENS, Beth, y Michael RATNER, *International Human Rights Litigation in US Courts*, Nueva York: Transnational, 1996.
- TARUFFO, Michelle, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- VIDMAR, Neil, *World jury systems*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- VON MEHREN, Arthur, "Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", *Notre Dame Law Review* 609, 1988.

MODALIDADES DE REPARACIÓN Y ADECUACIÓN AL TIPO DE VÍCTIMA

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. Este artículo analiza las modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima en la primera sentencia de reparación de la Corte Penal Internacional. El caso *Lubanga* marca un hito en el derecho penal internacional, dado que por primera vez un individuo que comete crímenes internacionales es obligado a reparar el daño a las víctimas. El sistema penal internacional diseñado en el Estatuto de Roma otorga merecida relevancia a la víctima, y por eso la primera sentencia de reparación justifica un análisis pormenorizado de las formas de reparación según los tipos de víctimas que pueden beneficiarse de esta reparación. El artículo analiza de forma crítica el contenido de la sentencia de la Cámara I del 7 de agosto de 2012 y se refiere a los aspectos procesales de la reparación a la víctima en el sistema internacional. También trata la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la Corte Interamericana, en el derecho penal internacional y analiza la posibilidad de una probable orientación del sistema penal internacional a la reparación de la víctima.

Palabras clave: víctima, reparación, derecho penal internacional, Corte Penal Internacional, justicia restaurativa.

ABSTRACT. This paper studies the modalities of reparations and their adequateness for the type of victim in the first judgment on reparations issued by the International Criminal Court. The *Lubanga* case is a landmark in international criminal law since for the first time an individual who committed international crimes is forced to repair the harm inflicted on the victims. The international criminal system created by the Rome Statute gives victims a well-deserved relevant position. This is why the first judgment on reparations prompts an analysis of the forms of reparations according to the groups of victims that can be beneficiaries. This paper is a critical analysis of the contents of the decision rendered by Trial Chamber I on 7 August 2012 regarding the procedural aspects of reparations to victims in the

international system. It also deals with the influence of international human rights law, particularly the law of the Inter-American Court, on international criminal law and examines the possibility that the international criminal system might focus on awarding reparations to victims.

Key words: victim, reparations, international criminal law, International Criminal Court, restorative justice.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit den Modalitäten der Wiedergutmachung und dem Bezug zur Opfereigenschaft im ersten Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs über Reparationen. Der Fall *Lubanga* stellt einen Meilenstein im internationalen Strafrecht dar, da zum ersten Mal eine Person, die internationale Verbrechen begangen hat, zur Wiedergutmachung des Schadens gegenüber den Opfern verpflichtet wird. Das im Rom-Statut niedergelegte internationale Strafrechtssystem räumt den Opfern eine besondere Bedeutung ein, weshalb das erste Urteil zu Wiedergutmachungsleistungen eine umfassende Betrachtung der Wiedergutmachungsformen rechtfertigt, zu denen die Opfer je nach Opfertyp berechtigt sind. Der Artikel untersucht kritisch den Inhalt des Urteils der 1. Kammer vom 7. August 2012 und geht dabei auf die prozessrechtlichen Aspekte der Opferwiedergutmachung im internationalen System ein. Außerdem befasst er sich mit dem Einfluss des internationalen Rechts der Menschenrechte, insbesondere des Interamerikanischen Gerichtshofs, auf das internationale Strafrecht und analysiert die Möglichkeiten einer Ausrichtung des internationalen Strafrechtssystems auf die Wiedergutmachung für die Opfer.

Schlagwörter: Opfer, Wiedergutmachung, internationales Strafrecht, Internationaler Strafgerichtshof, restaurative Justiz.

1. Introducción

1. El 21 de junio de 2004 la CPI inició su primera investigación penal contra Thomas Lubanga Dylo,¹ por crímenes de guerra cometidos en la RDC. La guerra arrojó un resultado de 60.000 muertos y miles de desplazados.² Lubanga no solo reclutó entre 2002 y 2003 a “niños soldados” para la guerra, sino que “esclavizó sexualmente a niñas” durante el conflicto. El caso fue remitido a la CPI por el Estado en el que se cometieron

¹ Lubanga es un genuino producto de la segunda guerra del Congo (1998-2003), fundador de la Unión de Patriotas Congoleseos con la que participó de una guerra entre las etnias hema, lendu, ngiti y bira por el control de minas de oro en Ituri.

² <<http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/82e40cb7b2f9779a08b92eae3d2009ce>>.

los crímenes, una vez que el fiscal manifestó públicamente su intención de iniciar una investigación penal. El entonces fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, haciendo uso de la oportunidad, apenas inició acciones contra Thomas Lubanga por algunos crímenes de guerra,³ renunciando a su persecución por los crímenes de naturaleza sexual.⁴ Los esfuerzos denodados de las víctimas por ampliar la imputación no tuvieron eco en la CPI debido a los recursos de apelación de la Defensa y la Fiscalía. Finalmente, el primer caso ante la CPI con sentencia firme condenó a Lubanga como coautor (artículo 25) de crímenes de guerra (artículo 8) por haber reclutado (“*conscripting and enlisting*”) a menores de quince años de edad para ser utilizados como combatientes en el conflicto armado entre las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) entre setiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 en Ituri, República Democrática del Congo (RDC).

2. Además de haber recibido una pena, Lubanga fue condenado a la reparación de las víctimas.⁵ Según la CPI, la sentencia (de condena y de reparación) es una forma de reparación para todas las víctimas; sin embargo, no todas las víctimas han sido reparadas simbólicamente mediante el castigo de Lubanga (y, por tanto, tampoco serán reparadas materialmente), porque muchas víctimas de crímenes sexuales no fueron consideradas víctimas ni reparadas, debido a la selectividad con la que actúa el sistema penal internacional. Esta desconsideración de los legítimos derechos de las víctimas las ha privado de reconocimiento, de la devolución de su dignidad y de la reparación del daño. La sentencia, de todas formas, puede considerarse un hito en la historia del derecho penal internacional por cuanto la reparación de la víctima es considerada por primera vez

³ Luis Moreno Ocampo, “The International Criminal Court in motion”, en Stahn y Sluiter (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 13 ss.

⁴ Esta decisión unilateral de la Fiscalía —que tiene relación con el objeto de este trabajo sobre la reparación de las víctimas— le valió el rechazo de la juez Odio Benito, de las víctimas y de gran parte de la comunidad internacional relacionada con cuestiones de género. Este fue solo uno de los errores procedimentales de la Fiscalía durante el proceso, y debido al ocultamiento de información al indagado, el juicio fue detenido para subsanar dichos errores. De todas formas no queda claro si la renuncia a la persecución se debió a que dichos crímenes no alcanzaron el umbral material para ser perseguidos o si se trató de una mera decisión de política criminal al no haber alcanzado dichos crímenes el umbral del “interés de la justicia”. Para que la renuncia se hubiera basado en el artículo 17 ER estos crímenes debieron haber sido perseguidos por la justicia de la RDC. Sería interesante conocer los motivos por los que estos crímenes no fueron perseguidos, dado que el exfiscal sostuvo que “as the prosecutor of the ICC, I was given a clear judicial mandate; my duty is to apply the law without political considerations and I will not adjust to political considerations”. Moreno Ocampo, o. cit., p. 18. Sobre este tema, Sergey Vasiliev, “Article 68 (3) and personal interest of victims in the emerging practice of the ICC”, en Stahn y Sluiter (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, o. cit., p. 642.

⁵ Decisión del Trial Chamber I de 7.8.2012, ICC-01/04-01/06-2904, *Prosecutor vs. Lubanga, Decision establishing principles and procedures to be applied to reparations*.

como una función propia de la justicia penal internacional. Esta sentencia muestra el camino cuando se trate de reparar los daños causados a miles de víctimas por aquellos responsables de la comisión de crímenes internacionales.

3. Esta contribución se ocupa de comentar las modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima que han sido individualizadas por la primera sentencia de condena emitida por la CPI.

2. La víctima y el derecho penal internacional: cuestiones normativas y procesales

1. En el ámbito del derecho humanitario e internacional, el término *víctima* era desconocido en las regulaciones anexas a la Convención de La Haya de 1907 y no fue hasta 1949, en la Convención de Ginebra, que la víctima alcanzó un lugar de relevancia. En el ámbito del derecho penal internacional, en los tribunales militares internacionales de Núremberg y de Tokio no hubo ninguna consideración hacia las víctimas, ni en cuanto a la posibilidad de participar en el proceso ni a ser beneficiarias de alguna modalidad de reparación. Fue a partir de la década del sesenta que los movimientos de víctimas comenzaron a hacer sentir su voz en cuanto al derecho a participar en los procesos penales, especialmente en aquellos sistemas del *common law* basados en un procedimiento adversarial en el que las víctimas eran “secundariamente victimizadas” en los interrogatorios llevados a cabo por la defensa. En la década del setenta del siglo XX la víctima se convirtió en un sujeto de interés para la criminología y se comenzó a hablar de la *victimología* para analizar la situación de las víctimas de los delitos (aunque también de catástrofes naturales). En la década siguiente la comunidad internacional se preocupó por mejorar la relación entre ella y el sistema penal.

En lo que respecta a la ciencia penal y la criminología, el interés por la víctima es un tema reciente. Producto de este interés es la Declaración de la ONU sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder, de 1985, que recomendaba a los Estados parte mejorar las condiciones de acceso a la justicia y de un trato más justo a las víctimas del delito.⁶ Los movimientos de víctimas, junto

⁶ Jo-Anne Wemmers, “The Meaning of Justice for Victims”, en Giora, Knepper y Kett (eds.), *International Handbook of Victimology*, Boca Ratón: CRC Press, 2009, p. 28.

con los movimientos feministas preocupados por las mujeres y niños víctimas de delitos traumatizantes y la propuesta teórica de una justicia restaurativa (JR) basada en la recomposición de las relaciones sociales mediante el diálogo entre autor y víctima o simplemente en la reparación del daño causado a la víctima, fueron todos elementos que condujeron a que en la década del noventa los tribunales penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda consideraran la situación procesal de las víctimas que se presentaran como testigos durante los procedimientos penales.⁷ El derecho de las víctimas a una reparación o, mejor dicho, la reparación considerada como un derecho de la víctima solo viene de la mano de los instrumentos regionales y universales de protección de los derechos humanos.

Esta posibilidad ofrecida por el derecho humanitario tuvo influencia en una etapa posterior de desarrollo del derecho penal internacional; así, el Estatuto de Roma (ER) ha consolidado no solo la posición procesal de la víctima en el proceso penal internacional, sino que ha introducido por primera vez el derecho a obtener la reparación del daño. Según la literatura, el reconocimiento internacional del derecho de la víctima a la reparación del daño es consecuencia de un largo camino recorrido en el que se destacan los Principios Básicos de ONU,⁸ la Declaración de Nairobi (para los derechos de las víctimas de género)⁹ y la jurisprudencia constante de la CIDH.¹⁰

Lo interesante de esta evolución y de la influencia del derecho humanitario en el derecho penal internacional es que la responsabilidad de la reparación a las víctimas ya no solo recae en los Estados, sino también en los autores individuales de las más graves violaciones a los derechos humanos. De alguna forma, esta evolución legislativa y jurisprudencial a escala internacional hoy permite que las víctimas puedan reclamar su derecho a la reparación tanto al Estado que incumple sus obligaciones internacionales de protección como a los criminales que atentan contra bienes jurídicos considerados dignos de protección universal.

⁷ Sam Garkawe, "Victims and the International Criminal Court: Three major issues", *International Criminal Law Review* 3, 2003, pp. 346-352.

⁸ *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (GA-Res. 60/147 v. 16.12.2005).

⁹ *Nairobi Declaration on women's and girls's right to a Remedy and Reparation*, 19-21.3.2007.

¹⁰ Stefanie Bock, "Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof nach Lubanga", *Zeitschrift für International Strafrechtsdogmatik*, 7-8/2013, p. 297.

2. El ER ha creado un marco normativo protector de las víctimas que considera sus derechos y necesidades. La participación procesal de la víctima durante el proceso penal (artículos 15.3, 19.3 y 82.4 ER), la creación de una unidad para víctimas y testigos dentro del registro (artículos 43.6 y 68.4 ER) y la posibilidad de que la víctima obtenga la reparación del daño causado por el culpable de cometer crímenes internacionales previstos en el ER (artículo 75) es una situación que no tiene parangón en el derecho penal internacional.¹¹ A su vez, cuando los Estados implementan el ER en sus respectivos ordenamientos están aceptando esos mismos derechos en el ordenamiento jurídico nacional. Claro está que la víctima tendrá que demostrar un interés personal en la reclamación de reparación y probar que el crimen cometido está directamente relacionado con el daño, la pérdida o el menoscabo sufrido (artículo 68.3 ER). Por eso, la primera sentencia de condena y la primera sentencia de reparación tienen una importancia superlativa en lo que concierne al derecho penal internacional y nacional.¹²

3. El ER no ofrece una definición de reparación del daño a la víctima. El artículo 75 ER consagra que la CPI podrá establecer los principios generales de la reparación de las víctimas, que deberán incluir la “restitución, compensación y rehabilitación”. Sin embargo, el ER no establece si existe una prioridad en las modalidades de reparación, lo que otorga aun mayor poder discrecional a la CPI. Estos principios guardarán relación proporcional con el daño causado (artículo 75.1), porque la finalidad de la reparación es la compensación de los daños físicos, psíquicos, emocionales y materiales sufridos por las víctimas.¹³ La CPI podrá emitir una orden de reparación en contra del condenado o derivar la reparación al Fondo de Reparaciones (artículo 75.2).¹⁴

¹¹ Willian Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4.^a ed., Cambridge University Press, 2011, p. 342. Téngase en cuenta que se trata tan solo de una posibilidad porque el ER no obliga a la reparación del daño. Véase Bock, o. cit., p. 299.

¹² En líneas generales, de la combinación de los artículos 75 y 68.3 ER se puede decir que la participación procesal de la víctima no responde a un objetivo de reparación o restaurativo (si bien el ER persigue la posibilidad de pacificación y reconciliación de las sociedades en conflicto), sino a un sistema que admite una orientación a las necesidades de las víctimas, entre las que reconoce su derecho a la reparación. El objetivo inmediato del proceso ante la CPI no es la reparación de la víctima (individual o colectiva), sino la imputación penal del autor por los crímenes internacionales. La reparación de la víctima es un objetivo mediato del ER, que reconoce que dentro del concepto de *interés de la víctima* no solo aparece la aplicación de una pena al autor de los crímenes sino también la reparación del daño causado.

¹³ Stefanie Bock, *Das Opfer im Verfahren vor dem IstGH*, Berlín: Dunckler & Humblot, 2010, p. 52.

¹⁴ Este fondo es un mecanismo sui generis creado para el beneficio de las víctimas (y también para sus familiares) de crímenes internacionales competencia de la CPI. La literatura lo considera un mecanismo propio de justicia de transición. Véase Katharina Peschke, “The Role and Mandates of the ICC Trust Fund for Victims”, en Thorsten Bonacker

Este fondo tiene una importancia superlativa en casos de macrovictimización, porque cuenta con un mandato doble (uno jurisprudencial y otro normativo) para cumplir con una función de compensación.¹⁵ Por un lado, está supeditado y mandatado por las órdenes de reparación que la CPI pueda emitir contra el condenado. La orden de reparación debe referir a cualquier daño, pérdida o menoscabo que sufran todas las víctimas de los crímenes que *ratione materiae* son jurisdicción de la CPI. Por otro lado, según un mandato normativo, el Fondo de Reparaciones tiene un objetivo de asistencia general a las víctimas (por ejemplo, mediante la rehabilitación física y psíquica, así como la asistencia material en cuestiones económicas, educativas, etcétera) que requiere una intervención inmediata.¹⁶ Este mandato general de asistencia, a diferencia de la orden de reparación, no está exclusivamente ligado al proceso penal ni depende de la declaración de culpabilidad del causante de los daños,¹⁷ porque el Fondo de Reparaciones cumple con un mandato humanitario de “asistencia general”.¹⁸

Ahora bien, como mecanismo *sui generis* de justicia de transición (JT) en el marco del ER, el Fondo de Reparaciones no es un mecanismo de asistencia de la comunidad internacional cualquiera, sino uno inmerso en el marco del derecho penal internacional cuya intervención tiene un significado simbólico que liga a la víctima con el crimen internacional. Es decir, su intervención ya implica el reconocimiento de que estamos frente a una víctima que ha sufrido uno de los más graves ataques contra los derechos humanos. Esta forma de intervención, sin lugar a dudas, tiene un efecto de reparación vinculado al crimen internacional y cumple —de algún modo— con una función reparadora o restaurativa.¹⁹

y Christoph Safferling (eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Springer, 2013, p. 318. Si consideramos que la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* muestra que los autores son generalmente insolventes (así como también lo ha demostrado el caso *Lubanga*), se debe de interpretar como un gran acierto del ER la posibilidad de que los Estados y otras entidades colaboren mediante donaciones con un fondo destinado a reparar a las víctimas.

¹⁵ Véanse la regla 98.2 y las reglas 59 ss. de la Regulación del Fondo de Reparaciones (Regulations of the Trust Fund for Victims), ICC-ASP/4/Res. 3, de 3.12.2005.

¹⁶ Sobre el tema, Dinah Shelton y Thordis Ingadottir (dir.), *The International Criminal Court Reparations to Victims of Crimes (Article 75 of the Rome Statute) and the Trust Fund (Article 79). Recommendations for the Court Rules of Procedure and Evidence*, Nueva York: New York University, 1999.

¹⁷ Peschke, o. cit., p. 320.

¹⁸ Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., p. 298.

¹⁹ La literatura sostiene que la intervención del Fondo de Reparaciones cumple una función de reparación de las víctimas individuales mediante las distintas formas de rehabilitación y también una función de reparación de las víctimas colectivas porque promueve la reconciliación y la reconstrucción del tejido social. *Ibidem*, p. 322; Kris

4. Una cuestión a resolver es si este artículo 75 ER permite sostener que estamos frente a un modelo de JR o si encaja de forma complementaria en un modelo de justicia retributiva.²⁰ En el ER la víctima tiene —con ciertos límites— un derecho al proceso (artículo 65.4 ER), puede intervenir procedimentalmente y tiene derecho a ser protegida en su integridad moral y física por su participación procesal (artículo 68, regla 89). Todo el procedimiento penal está dominado por el *fair trial*, de modo que la participación de la víctima no podría afectar a este principio general implicando una disminución de los derechos y garantías del autor.

La posibilidad de que la víctima pueda expresar sus “puntos de vista e intereses” es un gran avance del ER con relación a los tribunales internacionales *ad hoc*, una muestra de la finalidad reparadora y una orientación a la víctima del sistema penal internacional. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que este sistema se encuentra a caballo entre la justicia retributiva y la JR, en el que la última complementa a la primera. Pero esta propuesta ha sido vista de forma negativa o al menos cuestionada, porque la JR justamente quiere sustituir y no complementar a la justicia retributiva. En realidad, el sistema del ER no se condice plenamente con la propuesta de la JR, sino que es un sistema de justicia retributivo que permite la participación procedimental de las víctimas, pero no con el objetivo último y/o principal de que el autor y la víctima puedan llegar a un acuerdo de reparación que permita prescindir de la pena.²¹

El sistema del ER tampoco opera como un foro público en el que la víctima puede participar para contar su historia, como una forma de reparación simbólica o como una comisión de la verdad para la elaboración del trauma y la reparación del daño por medio de la catarsis y el reconocimiento público del delito y de su condición de víctima. En el ER la víctima solo puede participar en un contexto de búsqueda probatoria para una

Brown, “Commemoration as Symbolic Reparation: New Narratives or Spaces of Conflict?”, *Human Rights Review*, 2013, Springer, p. 275.

²⁰ Sobre el tema de la complementariedad entre la JR y la justicia retributiva, Pablo Galain Palermo, “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”, en Da Costa Andrade, Aires de Sousa y João Antunes (eds.), *Stvdia Ivridica 100. Ad Honorem-5. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 821-858.

²¹ Algunos autores sugieren incluso que la reparación cumple con una función punitiva y que la CPI debería determinar estas cuestiones en la sentencia de condena. Véase Andreas O’Shea, “Reparation under International Criminal Law”, en Max du Plessis y Stephen Peté (eds), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Intersentia, 2007, p. 189.

imputación penal (aunque también tenga la posibilidad de ser reparada una vez que el autor es hallado culpable).

El ER permite hablar de un sistema de justicia penal orientado a la víctima, en tanto permite y admite la reparación como una cuestión judicial y penal; pero no califica como un sistema de JR en el que la participación de la víctima y del autor tiene la finalidad de la reparación del daño y de procurar la reconciliación social de las partes o de que estas puedan llegar a un acuerdo de reparación como fin del procedimiento en el que dicho encuentro tiene lugar.²² Esta idea se reafirma con el preámbulo del ER, que deja en claro que el sistema penal diseñado por el ER no se ocupa primordialmente de los intereses de las víctimas, ni de la relación futura entre estas y los victimarios, sino que se enmarca en los mecanismos para la lucha contra la impunidad, remarcando su naturaleza punitiva e incluso, se podría decir, una finalidad retributiva del castigo.

5. Tampoco se puede hablar de que el ER constituye un sistema mixto punitivo-reparador según las coordenadas de la JR, sino que hay que hablar de un sistema que contiene instancias punitivas e instancias reparadoras. La literatura es pacífica en que en el sistema del ER la reparación no tiene naturaleza punitiva en tanto ella se deriva del artículo 75 ER y las penas están determinadas en el artículo 77 ER, así como también surge de la regla 218 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) que obliga una separación entre las órdenes de reparación o de punición.²³ Por eso, la posibilidad que brinda el artículo 79.2 ER se interpreta como una forma de financiación del Fondo de Reparaciones, que en el sistema adoptado por el ER no puede ser interpretada ni considerada como una medida de naturaleza mixta punitiva-reparadora. Véase que si se tratara de una medida de esta naturaleza el responsable de la reparación ya no sería el autor, sino el Estado al que el autor pertenece o la propia comunidad de Estados, difuminando la relación entre el hecho y el nexo causal que permite la imposición de la condena de reparación.

6. Pero la reparación solo es una de las posibles consecuencias jurídicas que pueden acompañar a la eventual condena del autor individual de alguno de los crímenes previstos entre los artículos 5 y 8 ER. Junto con la reparación el tribunal puede aplicar multas

²² Para un sector de la literatura, la reparación en el sistema del ER es una forma de sanción penal compensatoria. Véase Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 237.

²³ Conor McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Nueva York: Cambridge University Press, 2012, pp. 77 s. Esta interpretación la basa en el artículo 31.1 de la Convención de Viena para la Interpretación de los Tratados, del 23.5.1969.

o *forfeitures*. Según el ER, la CPI tiene la potestad de imponer, junto con la pena, la reparación del daño a la víctima del delito (“*restitution, compensation and rehabilitation*”). La forma en la que todas estas consecuencias pueden ser determinadas en la sentencia surge del artículo 78.1 ER.

7. El ER permite a las víctimas participar en la fase de reparación, lo que podría llegar a ser interpretado como una forma simbólica de reparación, por cuanto le reconoce a la víctima el derecho a intervenir procesalmente en defensa de sus intereses o sus derechos.

8. Según establece la regla 56 RPP, la CPI puede escuchar a las víctimas, obligándolas como contrapartida a hacer uso de la potestad de intervenir activamente en el procedimiento. En los pocos años de vida de la CPI, las víctimas han participado de los procesos penales, compareciendo y colaborando mediante el aporte de pruebas no solo del daño sufrido, sino también de pruebas incriminatorias que puedan servir para fundar la imputación de responsabilidad. Esto ha llevado a que en la práctica, inspirados en el modelo procesal anglosajón, los jueces separen la fase de imputación de la fase de determinación de la sentencia de condena. Desde un punto de vista procedimental, el imputado puede apelar tanto la sentencia de imputación como la de condena, que es aquella que incluye la reparación a la víctima.

3. El concepto de reparación a la víctima en el derecho internacional

3.1. Tipo de víctima

1. En la normativa internacional no existe una única definición o un concepto general de víctima, sino que coexisten distintas definiciones según diferentes categorías. El propio ER en la definición de los crímenes se refiere a grupos o colectividad de víctimas, “población” o “población civil”, y no a víctimas individuales. El derecho penal internacional —debido a lo masivo del daño causado— protege a un “colectivo” de víctimas, la propia existencia del grupo como tal, si bien también protege la vida e integridad física de los miembros de dicho grupo.

2. La ausencia de este concepto general o uniforme de lo que se entiende por víctima, sin embargo, no representa ningún tipo de indefensión para las víctimas. Según la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos

y Abusos de Poder, de las Naciones Unidas (1985), se entiende que víctimas de violencia y delito son:

[...] todas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Esta definición ha servido de base para leyes nacionales cuya entrada en vigor pretende poner fin a un conflicto armado y dar inicio a un proceso de justicia de transición.

3. Una concepción amplia del concepto de víctima utilizado por la ONU incluye a los familiares directos de la víctima y hasta cualquier persona que haya sufrido daños al intervenir para prevenir la victimización o para asistir a la víctima directa. El concepto amplio de víctima se basa en algunos principios generales, entre los que se encuentra el que sostiene que el estatus de víctima es independiente de la situación procesal del autor, es decir, el estatus de víctima no requiere una declaración formal de delito (sentencia judicial), ni que el autor sea considerado responsable (así como tampoco importa si el autor es familiar de la víctima). El concepto amplio ni siquiera exige que el autor haya sido individualizado. Desde un punto de vista cuasiprocedimental se entiende que las víctimas tienen que ser tratadas con respeto y de forma digna, salvaguardando su vida privada y familiar. Este concepto amplio se basa en el *principio de no discriminación*.

4. El derecho penal, generalmente, utiliza un concepto restringido de víctima en tanto ella es el sujeto pasivo del delito o la persona ofendida por el delito, de un modo que parece supeditar la condición de víctima a la situación procesal y material del autor del delito.

5. Según las RPP,²⁴ por *víctimas*: a) se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

²⁴ Sección III: "Víctimas y testigos". Subsección 1: Definición de víctimas y principio general aplicable Regla 85 RPP, "Definición de víctimas".

6. En la perspectiva del ER la víctima es protegida más allá de su individualidad, porque de la propia definición de los crímenes internacionales aparece protegido el colectivo de víctimas.²⁵ Debido a las especiales condicionantes políticas en las que se cometen estos crímenes, a las víctimas hay que protegerlas de ulteriores victimizaciones, evitando una posible victimización secundaria.

7. En la literatura también se habla de víctimas directas (las que sufren el daño físico o psíquico, las pérdidas económicas o el menoscabo en sus derechos fundamentales como consecuencia de una acción u omisión que lesiona las normas internacionales que protegen tales derechos) y víctimas indirectas (para abarcar a los familiares o dependientes inmediatamente relacionados con la víctima directa y a las personas que sufran daños en el momento de intervenir en la asistencia de las víctimas en peligro o para prevenir la victimización).

8. A los efectos de este trabajo, que se refiere a la reparación de la víctima según la jurisprudencia de la CPI, utilizaremos un concepto reducido de víctima, en tanto el ER se concentra en la reparación de las víctimas que se apersonan en el procedimiento y exigen ser reparadas. La reducción conceptual también viene dada porque la reparación queda vinculada a los cargos que se imputan al autor en la sentencia de condena, de modo que la reparación de las víctimas se ve limitada por la imputación penal (con independencia que se trate de víctimas directas o indirectas). En definitiva y a los efectos prácticos, este concepto de víctima está supeditado a la reparación, que a su vez está supeditada a la imputación penal, de modo que se trata de un concepto aún más reducido que el tradicionalmente utilizado por la doctrina del derecho penal.

Esta opción por un concepto restringido de víctima no significa desconocer la posibilidad de reparación simbólica de muchas otras personas que no se apersonaron durante el proceso penal, en cuanto hayan sido reconocidas como víctimas indirectas del delito en la sentencia de reparación de la CPI. Este tipo de víctima no constituye una categoría natural o universal sino que puede consistir en una construcción social, jurídica o cultural que abarque a grupos, colectivos o toda una comunidad.

²⁵ Véase que el tipo penal del genocidio, por ejemplo, exige que el autor tenga efectivo conocimiento de que la persona a la que "extermina" forma parte del colectivo y que su intención se dirige a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (artículo 6 ER). El genocida no quiere la muerte o "exterminio" de una persona, sino de todo un grupo del que dicha persona forma parte. Esto indica que una definición individual de víctima puede resultar irrelevante cuando en la motivación del autor dicha persona es victimizada por el hecho de pertenecer a un colectivo determinado.

3.2. Reparación a la víctima

9. La reparación es uno de los derechos fundamentales que componen el estatus legal internacional de la víctima. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU lo determinó en 1989 al formular el *draft* sobre Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law (Principles).²⁶ En líneas generales la reparación tiene que superar una paradoja definicional, pues ella se basa en una especie de retorno al *statu quo* anterior al delito; es decir, mediante la reparación se pretende devolver a la víctima a la situación en la que ella se encontraría en caso de no haber sufrido el delito.²⁷ El concepto de reparación,²⁸ por su parte, se compone de los conceptos de *restitución*,²⁹ *compensación*,³⁰ *rehabilitación*,³¹ *satisfacción*³² y la *garantía de no repetición*.³³ La reparación no es solo

²⁶ UN ESCOR, 56th Sess., Annex at 6-7, UN Doc. E/CN.4/2000/62.

²⁷ Naomi Roth-Arriaza, "Reparations Decisions and Dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review*, University of California, vol. 27, n.º 2, invierno 2004, p. 158.

²⁸ "Reparation must, as far as possible, wipe out all consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all possibility, have existed if that act had not been committed", *Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits)*, PCIJ, Series A, 17, 13.9.1928, p. 47. Marc Henzelin, Veijo Heiskanen y Guenaël Mettraux, "Reparations to victims before the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, 17, 2006, p. 331.

²⁹ *Restituir* es devolver las cosas a su estado original y consiste en que la víctima recupere su situación financiera, personal y legal como estaban antes de la comisión del delito. En casos de criminalidad grave se trata de devolver los títulos de propiedad sustraídos, la devolución de un trabajo o de la propia libertad, así como de una pensión o, incluso, del "buen nombre". Roth-Arriaza, o. cit., p. 159.

³⁰ *Compensar* es pagar en dinero a la víctima el equivalente al daño sufrido.

³¹ *Rehabilitar* guarda relación con la asistencia a la víctima para su reintegración a la vida social. Para ello se ofrece atención médica, psicológica, legal, social, etc. La rehabilitación es un concepto derivado de las políticas de paz (*peace-building*) y de programas socioeconómicos para sociedades en transición. Véase Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 332.

³² En el concepto de *satisfacción* la literatura engloba muchas de las medidas que tienen que ver con la no repetición de los hechos, como la posibilidad de la víctima de *contar su historia* públicamente ante una instancia oficial para cumplir con la necesidad de la justicia. Entre ellas también se ubican las medidas de dar a publicidad documentos oficiales secretos en los que aparezcan, por ejemplo, los nombres y cargos públicos de los autores de los crímenes. Roth-Arriaza, o. cit., p. 159.

³³ A nivel internacional, Cherif Bassiouni, *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Final Report of the Special Rapporteur, UN DOC. E/CN.4/2000/62, 18.1.2000. A nivel nacional, la Ley de Justicia y Paz colombiana incluye en el concepto de reparación la garantía de no repetición.

material o individual, sino que puede ser simbólica³⁴ o colectiva.³⁵ Mediante la reparación la sociedad y el propio Estado reconocen el daño infligido a la víctima. De todas estas formas de reparación se puede decir que la rehabilitación es una de las medidas que deberían ser determinadas con mayor premura por la CPI.

Un aspecto a considerar en relación con la reparación de las más graves violaciones de los derechos humanos tiene que ver con la susceptibilidad que existe en las cuestiones que atañen a crímenes de la gravedad y magnitud de los cometidos por agentes estatales de hecho o de derecho y el modo de reparar ese daño. Frente a este tipo de crímenes de la mayor gravedad, cometidos desde el aparato de poder estatal y según políticas de Estado, las víctimas están totalmente desprotegidas antes, durante y después de la comisión del crimen. Muchos de ellos son crímenes de comisión duradera o cuyos efectos antijurídicos son permanentes, como acontece con la desaparición forzada de personas. En estos crímenes el estado de víctima es duradero. A ello hay que sumar que las víctimas se cuentan por miles, lo que podría complicar su participación procesal y prolongar en demasía los procesos penales.³⁶ Por todo esto, los crímenes son muy difíciles de reparar materialmente, razón por la que dejan expeditas las formas simbólicas y colectivas de reparación. Entre estas formas de reparación se encuentran aquellas medidas que se dirigen al reconocimiento oficial de los hechos, a la publicidad de los documentos secretos y a solicitar disculpas públicas a las víctimas. De especial importancia para las víctimas es que los autores de los crímenes reciban consecuencias jurídicas (penales, civiles o administrativas), que pueden ir desde la mera comparecencia ante la justicia hasta la remoción de sus cargos públicos (lustración).³⁷

10. La CIDH se ha ocupado de la reparación material de las víctimas individuales, pero también ha marcado una fuerte tendencia a la hora de reparar simbólica y colectivamente a las víctimas de graves violaciones contra los derechos humanos. En su

³⁴ Según la Ley de Justicia y Paz colombiana, se entiende por reparación simbólica “toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas” (art. 8). Véase Claudia López Díaz (coord.), *Manual de procedimiento de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, 2009, p. 125.

³⁵ Según la Ley de Justicia y Paz colombiana, “la reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia”, especialmente las comunidades afectadas por la violencia sistemática. *Ibidem*, p. 126.

³⁶ Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 319.

³⁷ Roth-Arriaza, o. cit., p. 159.

jurisprudencia se detallan formas de reparación que permiten el descubrimiento de la verdad (desenterramiento de fosas comunes, identificación de cadáveres, búsqueda de desaparecidos, etcétera), la conservación de la memoria pública (memoriales, museos, monumentos, denominación de calles con nombres de víctimas, conservación de archivos, etcétera) o la exigencia de medidas de reparación vinculadas con la mejora de las condiciones de vida de una comunidad (construcción de hospitales y escuelas, reformas educativas, enseñanza sobre derechos humanos, reformas de las instituciones públicas vinculadas a las funciones de defensa nacional, de policía y de justicia, etcétera).³⁸

11. La reparación a la víctima según el derecho internacional, tanto en su faceta material como simbólica, cumple con una función dual que mira tanto al pasado como al futuro. Por un lado, compensa a la víctima de las pérdidas materiales y sirve para el reconocimiento oficial de su condición de víctima (lo que puede llegar a incluir la devolución de su buen nombre).³⁹ Por otro, puede llegar a sentar las bases de mejores condiciones de vida para todos los miembros de la comunidad y abrir la puerta para una reconciliación futura cuando ofrece la posibilidad de espacios públicos para “contar la verdad”.⁴⁰ En situaciones de extrema gravedad, la reparación simbólica (tanto individual como colectiva) cumple con una función reintegradora de las víctimas en relación con su rol en el seno de una comunidad y puede colaborar con la pacificación social.⁴¹

³⁸ Sobre el tema, Héctor Olásolo Alonso y Pablo Galain Palermo, “Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y el sistema de aplicación del derecho penal internacional del Estatuto de Roma”, en Ferrer y Herrera (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1261-1314.

³⁹ Además, ella puede incluir la satisfacción por la exposición pública de los nombres de los responsables y/o la obligación de comparecer ante la justicia (penal, civil, administrativa).

⁴⁰ Sobre el tema, Pablo Galain Palermo y Álvaro Garreaud, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, en Ambos, Pereira Coutinho, Palma y Sousa Mendes (eds.), *Concerning the Limitations for Understanding Evil. Eichmann in Jerusalem - 50 years after. An interdisciplinary approach*, 2012, pp. 181-197.

⁴¹ Con relación a la posibilidad de “integración social” de la víctima mediante la reparación del daño, Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, México: Tirant lo Blanch, pp. 305 ss. Para casos de justicia de transición, Pablo Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, México: Tirant lo Blanch, en prensa.

3.3. Reparación a la víctima y adecuación de la reparación al tipo de víctima

12. La regla 85 RPP incluye en el concepto de víctima a las personas naturales que sufren un crimen tipificado en el ER, así como a las organizaciones e instituciones que sufran daños directos en cualquiera de sus propiedades dedicadas a la religión, educación, arte o ciencia y/o cualquier acción caritativa, y en monumentos históricos, hospitales y otros lugares u objetos utilizados para cuestiones humanitarias. El ER no exige un mínimo de daño sufrido por la víctima para poder reclamar una reparación.⁴²

13. La víctima cuenta con un catálogo de derechos que constituye una especie de *estatus legal internacional de la víctima*. El estatus legal de víctima exige a los Estados el respeto de un catálogo de derechos reconocidos internacionalmente por normas y jurisprudencia en el campo de los derechos humanos. Los Estados se ven obligados a proteger y respetar esos derechos, sea por acción u omisión, de modo que la víctima se encuentra protegida por el ordenamiento nacional e internacional, vías judiciales a las que tiene el derecho de acudir para denunciar cualquier violación a aquellos. El Estado está obligado a efectivizar los derechos de las víctimas y las víctimas tienen derecho a reclamar frente a cualquier violación de esos derechos. Ese estatus legal internacional de la víctima está compuesto por derechos como el de asistencia en casos de emergencia, a la asistencia continua, a la investigación y persecución penal, al acceso efectivo a la ley y a la justicia, a la protección de la vida privada y familiar, a la protección de la dignidad y seguridad, a la información, a la verdad, a la memoria y, en lo que aquí respecta, derecho a la compensación y reparación.⁴³

Estos últimos son proclamados por todas las normas internacionales que refieren a las víctimas. El solo hecho de su inclusión en el catálogo internacional de derechos otorga un gran valor y significado a la relación entre la condición de víctima y la obligación de reparar el daño causado. La norma internacional establece una relación lineal entre determinadas obligaciones para el autor de crímenes internacionales y los derechos de las víctimas resultantes de tales crímenes. De este modo se produce una vinculación entre los conceptos de *daño, responsabilidad, pena y reparación*.

Es notorio que el derecho a la reparación se vincula directamente con obligaciones del Estado y con los derechos de la víctima a la pronta y efectiva investigación de los

⁴² Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 325.

⁴³ Véanse con detenimiento estos derechos en Carlos Fernández, *International Law of Victims*, Springer eBooks, pp. 250 ss.

hechos y a una solución efectiva.⁴⁴ Si consideramos el ligamen entre estos derechos y que la reparación solo es posible cuando el autor es considerado culpable, parece claro que solo se da plena satisfacción al derecho a la reparación (como solución efectiva) cuando también se cumple con los derechos a la investigación penal que puede conducir a un castigo. De este modo, no es posible la mera compensación económica cuando se trata de crímenes internacionales, porque previamente existe una obligación de investigar y de castigar derivada del espíritu del ER.

14. El derecho a la reparación tiene como objetivo compensar los daños materiales e inmateriales causados a la víctima (directa e indirecta). El derecho internacional admite la reparación individual (a través de la restitución, la compensación y la rehabilitación) y la reparación colectiva (solicitud de perdón, reconocimiento de la responsabilidad por parte del Estado o de los autores, restauración de la dignidad, reconocimientos públicos, memoriales, etcétera). De todos ellos el principal objetivo es la restitución, siempre que ella sea posible. Este retorno al *statu quo ante* prioriza medidas económicas como la compensación, que según las leyes internacionales debe de ser justa, apropiada y rápida. Pero, siguiendo con el razonamiento del ítem anterior, se puede decir que la propia sentencia de condena y la posterior sentencia de reparación también cumplen con una función simbólica de reparación.

4. Víctima, reparación, JT y JR

1. Cuando nos referimos a la víctima en un contexto de JT o de JR, podríamos intentar una diferenciación de la cuestión de las víctimas según un nivel macro (JT, CPI) y un nivel micro (JR, CPI); sin embargo, en el contexto de JT pueden tener lugar soluciones propias de la JR, como la reparación simbólica que está contenida en un pedido de disculpas, la compensación material del daño o la promesa futura de no repetición del hecho del autor a la víctima.⁴⁵ El hecho formal de que la CPI está inmersa en un contexto determinado permite considerarla desde un punto de vista material como un mecanismo de JT, de forma de explicar de mejor modo la situación de la víctima como

⁴⁴ *Ibidem*, p. 253.

⁴⁵ Brandon Hamber, *Transforming Societies after Political Violence. Truth, Reconciliation and Mental Health*, Springer, 2009, p.101.

un actor relevante desde el punto de vista procedimental y como un sujeto de derechos cuyos intereses deberían ser contemplados al momento de ejercer justicia (JR).⁴⁶

La CPI nace, al igual que la JT, como una justicia de excepción para dilucidar casos de extrema gravedad en cuanto al daño causado y al número de víctimas (*mass atrocities*), complementaria o subsidiaria de las jurisdicciones nacionales, para la persecución y el castigo de los crímenes más graves y de los autores más peligrosos, aquellos con mayor responsabilidad en estructuras o aparatos organizados de poder que actúan por fuera de la legalidad. La CPI, como la JT, actúa con gran influencia de las condicionantes políticas o de la *Realpolitik*, moviéndose entre el “interés de la justicia” y la búsqueda de paz y/o seguridad mundial.⁴⁷

En este marco y a nivel macro, una abstención penal puede ser necesaria para facilitar el fin de un conflicto, aunque ello no contribuya a largo plazo con la reparación de las víctimas que a medida que transcurre el tiempo exigen su derecho a la justicia, la verdad (mejor expresado como *derecho a saber*) y la reparación.⁴⁸ Justamente estos tres derechos de las víctimas son reconocidos por el comité de expertos de las Naciones Unidas,⁴⁹ por la literatura de la JT y por las sentencias de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos.⁵⁰ La trilogía *derecho a saber, derecho a la justicia y derecho a la reparación* es un derecho de la víctima y una obligación de los Estados y de

⁴⁶ La literatura incluso habla de una superposición entre los discursos de la JT y la JR, aceptando que la última pueda ser utilizada como una estrategia complementaria de la primera que facilite un acercamiento entre las partes enfrentadas y aumente la legitimidad de las instituciones estatales. La JR tiene un efecto “curativo” porque se concentra en la reparación del daño a la víctima y el reconocimiento de la responsabilidad por el autor. Los procesos de JR permiten además la integración de miembros de la comunidad al momento de buscar la solución del conflicto. Ahora bien, en un contexto de JT la “comunidad” apenas puede ser considerada como “todo aquel” o “todo aquello” distinto o que se diferencia del “Estado”. En un contexto de JT la víctima no será la individual sino la colectiva y el procedimiento de JR no se concentrará en recomponer la relación entre el autor y la víctima, sino en la cura y la reconciliación de una sociedad. En este contexto nos referimos a víctimas colectivas y, por eso, la JR tiene un objetivo de recomposición del tejido social que dependerá de vicisitudes políticas más que jurídicas en lo que se ha llamado una “justicia de compromiso” o una justicia que depende de las condiciones políticas. Véase Kerry Clamp y Jonathan Doak, “More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings”, *International Criminal Law Review*, 12, 2012, pp. 340 ss., 349, 354 s.

⁴⁷ Pablo Galain Palermo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 221 ss.

⁴⁸ Pablo Galain Palermo, “Übergangjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *ZStW*, 125, 2, 2013, pp. 379 ss.

⁴⁹ Véanse los Principios contra la Impunidad; Diane Orentlicher, *Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*, UN Commission on Human Rights, 18.2.2005, E/CN.4/2005/102. Puede consultarse en <www.refworld.org/docid/42d66e7a0.html>, (9.10.2013).

⁵⁰ Sobre el tema, Olásolo y Galain Palermo, o. cit., pp. 1271 ss.

la comunidad de Estados representada por la CPI. Esta trilogía van Boven la denomina “*the trilogy of basic justice*”.⁵¹

2. Si consideramos que los crímenes competencia de la CPI y las graves violaciones a los derechos humanos de las que se ocupan los procesos de JT son generalmente cometidos por el Estado o en su nombre y tienen detrás de sí una motivación política,⁵² entonces esta será una variable a considerar al definir la naturaleza y el monto de la reparación. Por supuesto que la gravedad de los ataques a los derechos humanos obliga a reparar en la medida de lo posible la situación actual de las víctimas en cuanto a su salud, vivienda, forma de vida, etcétera, pero al mismo tiempo deja abierta la posibilidad de que la reparación no sea únicamente monetaria sino que también pueda consistir en reparación simbólica.

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado (con independencia de la individualización de la responsabilidad penal de los actores como fruto de juicios penales o de la responsabilidad moral e histórica que pueden arrojar las comisiones de la verdad), la construcción de memoriales, monumentos, museos, la denominación de calles, edificios o instituciones con los nombres de las víctimas, el pedido público de disculpas, la construcción de escuelas u otro tipo de instituciones en las que la enseñanza de los derechos humanos ocupe un lugar primordial y otras formas de reparación simbólica serían de gran importancia ante crímenes muy difíciles de cuantificar desde un punto de vista material.

Lo cierto es que la búsqueda de la verdad será también una forma de intervención muy cercana a la reparación de la víctima, porque ella es también un derecho de la víctima. Esto sugiere que la búsqueda de la verdad no derive exclusivamente de la justicia penal, como podría pensarse surge de la jurisprudencia de la CIDH,⁵³ sino que pueda estar relacionada más estrechamente con la obligación estatal de reparación de las víctimas. Ello permitiría cumplir con el objetivo de reparación por medio de mecanismos alternativos al proceso penal, como pueden ser las comisiones de la verdad, por ejemplo,

⁵¹ Theo Van Boven, “Victim-Oriented Perspectives”, en Thorsten Bonacker y Christoph Safferling (eds.), *Victims of International Crimes: an Interdisciplinary Discourse*, La Haya: Asser Press, 2013, p. 22.

⁵² Johannes Freudenreich, “Entschädigung zu welchem Preis? Reparationsprogramme und Transitional Justice”, *Potsdamer Studien zu Staat, Recht und Politik*, 6, Universitätsverlag Potsdam, 2010, p. 28.

⁵³ Pablo Galain Palermo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 250 ss.

cuando en un proceso de JT se ha tenido que recurrir a una amnistía para poner fin a un conflicto o para disminuir el peligro de nueva ruptura del régimen democrático recuperado.⁵⁴

3. Siempre a nivel macro es esencial que la reparación —como mínimo— cumpla con los objetivos del derecho internacional humanitario, tanto en relación con la compensación monetaria como en relación con aspectos psíquicos o inmateriales (rehabilitación). Reparar a la víctima significa “resocializar a la víctima”,⁵⁵ el reconocimiento estatal del injusto y un alegato a favor de los derechos humanos.⁵⁶ La reparación, entonces, está estrechamente vinculada al “conocimiento de los hechos” (verdad) y al acceso a la justicia, de modo que resulta esencial para reparar a las víctimas que se haya suministrado el acceso a la justicia nacional e internacional.

Pero también, en ese mismo orden de ideas, se repara a la víctima cuando se la asiste de forma inmediata para favorecer su rehabilitación física y psíquica y para mitigar el daño causado. Esa reparación solo puede llevarla a cabo el Fondo de Reparaciones, incluso antes del comienzo de una investigación penal o del inicio del juicio penal. Y más importante aún: el Fondo de Reparaciones goza de una flexibilidad tal que le permite asistir en forma general a víctimas que después no califiquen procedimentalmente como víctimas; es decir, la asistencia general del Fondo de Reparaciones puede abarcar a aquellas personas que hayan sufrido daños y luego no se presenten formalmente como víctimas a reclamar justicia y reparación, así como a aquellas que lo hagan y no sean reconocidas como tales por la CPI.⁵⁷ La reparación por medio del Fondo de Reparaciones es un reconocimiento del injusto causado a la víctima que puede ser interpretado como un acto solidario con ella.⁵⁸

4. También parece que hay acuerdo en que la reparación del daño no puede operar como sustituto de la justicia (castigo penal) y de la búsqueda de la verdad.⁵⁹ Parecería

⁵⁴ Sobre el tema, Dirk Fabricius, “Uruguay just desert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?” (trad. Pablo Galain Palermo y Ester Cascales), en Pablo Galain Palermo (ed.), *Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado ¿Justicia de Transición?*, México: Tirant lo Blanch, en prensa; Galain Palermo y Garreaud, o. cit., pp. 181-197.

⁵⁵ Este concepto es utilizado por autores como Freudenreich para graves violaciones a los derechos humanos y también ha sido utilizado por mí para los delitos comunes. Ver Freudenreich, o. cit., p. 142; Galain Palermo, *La reparación del daño...*, cit., pp. 322 ss.

⁵⁶ Freudenreich, o. cit., p. 142.

⁵⁷ Ver también Peschke, o. cit., p. 323.

⁵⁸ Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., p. 300.

⁵⁹ Por todos, Freudenreich, o. cit., p. 142.

que existiera una relación de tiempo u oportunidad entre *reparación y justicia*, que debería incluir también el factor *verdad*, para determinar qué forma de reparación es necesaria en qué momento del proceso de JT. Estos tres elementos esenciales de la JT (justicia, verdad y reparación) no se sustituyen entre sí sino que se complementan. La doctrina del derecho penal internacional acepta que los fines de la pena⁶⁰ en esta área admiten que el castigo pueda ser sustituido por medios alternativos cuando dicha renuncia no proviene de una imposición de los transgresores de las normas en beneficio propio (por ejemplo, autoamnistía).

Formas alternativas a la pena podrían permitir el conocimiento de la verdad y la individualización de los responsables con independencia del proceso penal.⁶¹ De esta manera, formas alternativas al proceso penal permitirían reparar a la víctima en cuanto a su derecho a la verdad y a la individualización de los actores, que finalmente actúan como reconocimiento de la condición de víctima y sirven a una función reparadora.

Ahora bien, en mi opinión, el efecto comunicativo del derecho penal y de la pena no perdería su significado si el autor reconociera voluntariamente su responsabilidad y compensara voluntariamente a la víctima con su comportamiento positivo posterior.⁶² Este comportamiento incluye tanto formas materiales como simbólicas de reparación, que no pueden ni deben excluirse entre sí.⁶³ Véase que ante graves y masivas violaciones a los derechos humanos la reparación tendrá que asumir formas colectivas que disminuyan el daño (incluso actual) y brinden satisfacción a las necesidades básicas de miles de víctimas. En estos casos es cuando la reparación puede confundirse con las agendas de los *peacemakers* que pretenden implantar programas de reparación y desarrollo. Aquí la frontera entre la reparación (si es que esta se vincula al comportamiento posterior del autor) y los programas de reparación y desarrollo tiene que quedar bien demarcada.

⁶⁰ Los tribunales internacionales ad hoc y los tribunales híbridos existentes antes de la CPI no pudieron crear principios generales de determinación de la pena, cuya medida no ha respondido en ningún caso a la gravedad del daño causado. De este modo, la doctrina se pregunta por los fines de la pena en el derecho penal internacional, porque ellos no se ajustan a las clásicas definiciones relacionadas con las teorías absolutas y relativas de la pena. Los tribunales internacionales han aplicado generalmente penas benévolas a los criminales, y el caso *Lubanga* no ha sido la excepción. Véase Elisa Hoven, "Elf Stunden für ein Menschenleben - Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht", *ZStW*, 2013, 1, pp. 142-152.

⁶¹ Ver por todos Kai Ambos y Christian Steiner, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2.ª época, n.º 12, 2003, pp. 208-210.

⁶² Galain Palermo, *La reparación del daño...*, o. cit., pp. 342 ss.

⁶³ De la misma opinión, Van Boven, o. cit., p. 25.

Parece que una cuestión que decidir en situaciones de políticas de ataques masivos y constantes en contra de un sector de la población civil es si atender de forma urgente e inmediata a las necesidades de las víctimas (programas de reparación y desarrollo) y/o dar prioridad a las formas judiciales de reparación contenidas, por ejemplo, en el ER, que vinculan al autor con el daño ocasionado y, subsidiariamente, a la comunidad internacional por medio del Fondo de Reparaciones. En mi opinión, estamos frente a formas disímiles de reparar que cumplen con distintas finalidades y objetivos. La reparación llevada a cabo por instituciones nacionales o internacionales no puede ser considerada una forma de reparación proveniente o atribuible al autor de los crímenes internacionales, porque estamos frente a formas de reparación que no pueden ser vinculadas con los objetivos de la JT y los derechos de las víctimas a “conocer”, “acceder a la justicia” y a la “reparación”. Esta discusión, sin embargo, debería quedar abierta.

5. La solución penal tiene que contar con el apoyo de la comunidad local, lo que lleva a la necesidad de que la propia sociedad sea la dueña del conflicto. Esta idea de “propiedad” sobre el conflicto, reclamada en criminología por Christie en la década del setenta,⁶⁴ es la misma que legitima la participación de la víctima en el ámbito internacional y la jurisdicción de la CPI. La justicia penal tiene que permitir a la sociedad local (cuyo representante natural es la víctima) participar del procedimiento, manifestarse mediante su presencia y la aportación de pruebas, apropiarse de alguna parcela del conflicto.⁶⁵ Además, la justicia penal internacional tiene que estar orientada al respeto y el entendimiento no solo de la legislación sino de la cultura local.

En ese sentido el mejor ejemplo puede ser Ruanda, donde la solución internacional apenas tuvo repercusiones en la sociedad ruandesa, que solo tomó conocimiento y pudo participar cuando fue aceptado el método tradicional de resolución de los conflictos.⁶⁶ El método tradicional *gacaca* no solo permitía responsabilizar y reprochar al culpable, sino también reintegrarlo a la comunidad, cumpliendo con la doble función de penar y reparar a la víctima directa y también de favorecer la reconciliación entre todos los miembros de la comunidad. El problema se presenta cuando la reconciliación es solo un

⁶⁴ Nils Christie, “Conflicts as property”, *British Journal of Criminology*, 17, 1977.

⁶⁵ Ellen Lutz, “Transitional Justice: Lessons learned and the road ahead”, en Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2006, p. 338.

⁶⁶ Susan Thomson y Rosemary Nagy, “Law, Power and Justice: What Legalism Fails to Address in the Functioning of Rwanda’s Gacaca Courts”, *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011, p. 13

efecto aparente sostenido por las autoridades locales que no se comprueba en la realidad de la comunidad.⁶⁷

6. La duda que puede quedar es si en el sistema diseñado por el ER, en el momento de hacer uso del principio de complementariedad, la CPI podrá intervenir en forma complementaria o subsidiaria cuando la solución proveniente de la justicia local no tome en cuenta las necesidades y los derechos de las víctimas en relación con la reparación. Es decir, el problema consiste en determinar si el principio de complementariedad atañe solo a lo que se entiende por justicia penal retributiva (investigación y castigo del autor) o alcanza también a lo que se entiende por JR (reparación de la víctima). En caso de que la potestad de intervención de la CPI se limitara a la posibilidad de investigar y penar, a las víctimas solo les quedaría la posibilidad de acceder a la justicia local y en su defecto a la justicia internacional de protección de los derechos humanos.

Otra duda con relación a este mismo tema tiene que ver con la posibilidad de que un Estado (una comunidad) decida que un dispositivo de investigación y búsqueda de la verdad (una comisión o similar mecanismo) y un procedimiento de reparación (compensación del daño) sean suficientes para hacer justicia, sin necesidad de un castigo penal.⁶⁸ La respuesta puede encontrarse en el artículo 53 (53.1.c y 53.2.c) ER, que permite al fiscal, con base en el “interés de la justicia”, diferir una investigación cuando interprete que el mecanismo utilizado localmente satisface ese interés. En todo caso la pregunta queda abierta al criterio judicial de la CPI y al diseño del mecanismo de búsqueda de la verdad escogido.⁶⁹

7. En el contexto de la JT y de la jurisdicción de la CPI, el cambio de un sistema político o de gobierno a otro no es el único elemento definidor; también se requiere que los crímenes cometidos en el pasado sean de la mayor gravedad y que la mayoría de ellos hayan sido cometidos por autores organizados en aparatos de poder que actuaron en nombre del Estado o con la aquiescencia de este.⁷⁰ Por eso, una dificultad añadida al momento de hacer justicia será la recolección de las pruebas (muchas de ellas destruidas u ocultadas por las propias instituciones estatales) y la actuación de las instituciones

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 15 ss.

⁶⁸ Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, p. 77.

⁶⁹ Carsten Stahn, “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón...*, o. cit., p. 91.

⁷⁰ Freudenreich, o. cit., p. 20.

encargadas de la investigación de los crímenes (policía, jueces, fiscales).⁷¹ Frente a estos panoramas complejos para la averiguación de los responsables, la reparación individual a cargo del Estado y las formas simbólicas y colectivas de reparación adquieren importancia.

8. En lo que refiere a la reparación material o monetaria en un contexto de JT, hay que ser muy cuidadoso de no acometer un canje entre *reparación* y *castigo penal*, esto es, que no se pretenda compensar a la víctima para liberar de responsabilidad al autor o para prescindir del conocimiento de la verdad. Una propuesta de compensación monetaria puede aparecer como una “compra del dolor” o como *blood money* (la *Blutgeld* del antiguo derecho germano). En estos casos en los que el Estado actuó de forma “terrorista”, hacer justicia deviene un imperativo categórico, ya sea escuchando a las víctimas, investigando los hechos, permitiendo el acceso a información en manos del Estado (archivos oficiales, documentos, etcétera), es decir, mediante formas de atención y participación de las víctimas en el procedimiento mismo de averiguación de lo sucedido.

Para muchas víctimas una propuesta monetaria de reparación en una primera etapa del proceso de JT puede significar una ofensa, un intento de “compra del dolor”; incluso en algunos casos en los que se ofrecen amnistías a los culpables puede ser interpretada como una “compensación por la impunidad”. La frontera entre justicia y reparación tiene que estar muy bien delineada para que una no aparezca como compensación por la ausencia de la otra. La hipótesis de la sustitución de la justicia por medio de la reparación (una especie de compra de la libertad o de compensación por la impunidad) debería de ser analizada con más detenimiento por la doctrina. Lo que aquí se puede decir, siguiendo a van Boven, es que los derechos de las víctimas han sido reconocidos en los procesos de JT (fundamentales en esto han sido los procesos de JT que tuvieron lugar en América Latina) y que entre los muchos mecanismos o herramientas diseñados para la lucha contra la impunidad se puede hablar de que ya existe una base normativa de justicia reparadora o restaurativa.⁷²

9. Ahora bien, ¿podemos decir que el ER propone un sistema de JR inmerso como un mecanismo de JT? La JR se basa en el concepto de reparación del daño a la víctima

⁷¹ La impunidad a nivel nacional (por ejemplo, leyes de amnistía) es generalmente consecuencia de las negociaciones de “traspaso de mando” o de la promesa futura de “no desestabilizar” al nuevo régimen. A nivel internacional, sin embargo, estas leyes no son oponibles aun cuando tengan el respaldo de la mayoría de los ciudadanos. Sobre el tema, Galain Palermo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung...”, o. cit., pp. 387 ss.

⁷² Van Boven, o. cit., p. 21.

(orientación al resultado) y en los procesos comunicativos de reparación entre autor y víctima (orientación al procedimiento), que tienden ambos a la recomposición de las relaciones sociales rotas por causa del delito. El inconveniente para adoptar los fundamentos y principios de la JR cuando se trata de crímenes internacionales es que los autores de estos crímenes generalmente son funcionarios estatales que actúan ubicados en puestos de mando en estructuras piramidales de poder, autores que se encuentran muy alejados de cualquier contacto personal con las víctimas. Estos autores ocupan puestos altos en estructuras militares, policiales o políticas, aquellos que la doctrina penal identifica como *autores mediatos* o *autores de escritorio*. La relación autor-víctima en este tipo de crímenes permanece abstracta, y si a esto le sumamos que los elementos de contexto de estos crímenes requieren de “ataques masivos o sistemáticos” contra poblaciones o grupos de personas, la imagen de la víctima queda todavía más despersonalizada.

Esta despersonalización y/o falta de contacto personal entre autores y víctimas es un grave escollo para la utilización de la JT en la resolución de estos conflictos. A ello se debe sumar otra complicación que viene dada por la naturaleza de estos crímenes, que atacan los “derechos humanos” y por ello habilitan de forma complementaria una jurisdicción internacional (universal) que tiene como finalidad la punición y la lucha contra la impunidad. De este modo, la víctima en sí misma no constituye una categoría natural o universal sino que es también una construcción social y cultural que ha experimentado modificaciones según cambian las instituciones globales y las agendas internacionales, pasando de un rol pasivo a uno activo. Esta construcción de la víctima no es solo individual, sino que incluye grupos de víctimas, grupos de demandantes, movimientos o agrupaciones, etcétera.

10. La justicia entendida desde lo restaurativo guarda relación con la reparación del daño causado en las relaciones sociales por medio de la comisión de crímenes o delitos. Para este tipo de justicia la forma de reparación viene determinada por el daño causado a la víctima. La proporcionalidad entonces no deriva exclusivamente de la conducta contraria a la norma sino de la magnitud del daño causado a la víctima. La justicia orientada a lo restaurativo no puede concentrarse únicamente en el castigo del autor, sino que debe también reconstruir el tejido social y las relaciones sociales dañadas. La justicia penal orientada a lo restaurativo no solo se tiene que ocupar del autor, sino también de la víctima. Pero la JR no acaba en la relación autor-víctima, sino que el concepto de daño abarca la totalidad de relaciones involucradas. Para eso habrá que determinar qué relaciones (cuáles, quiénes, cuántos) han sido dañadas por el delito. Por eso la JR abarca

no solo la relación entre el autor y la víctima, sino que también incluye a la comunidad y a las comunidades envueltas en el conflicto.

Ahora bien, cuando el concepto de justicia se limita y circunscribe exclusivamente a la justicia penal tradicional (retributiva), el objetivo ideal de la JR se puede intentar alcanzar medianamente permitiendo la participación directa de la víctima durante el procedimiento para que ella pueda reclamar la reparación del daño. Obviamente, en un sistema tradicional o retributivo de justicia el objetivo no es ofrecer un espacio para el encuentro y el entendimiento de los involucrados en el conflicto en aras de obtener una solución reparadora del conflicto, sino que el objetivo se concentra en la obtención de pruebas que permitan una imputación penal. En lo que refiere al ER, el fin de la CPI parece estar relacionado con la participación procesal de la víctima para coadyuvar con la imputación penal que permita luego ordenar la reparación del daño a las víctimas del delito.

5. La sentencia de reparación en el caso *Lubanga*

1. El 7 de agosto de 2012 la CPI (Cámara I) se pronunció en relación a la reparación de las víctimas por los crímenes cometidos por Lubanga. Lo más importante de destacar es que la CPI no aplicó el artículo 75.2.1 ER por cuanto el acusado fue declarado insolvente. De este modo, Lubanga se vio eximido de reparar en forma material y directa a las víctimas. La reparación, entonces, fue derivada al Fondo de Reparaciones y su determinación o cuantificación se trasladó a una comisión de expertos. La decisión sobre la reparación se ajusta dentro del gran poder discrecional que tiene la CPI para disponer por sí sola principios generales y formas particulares de reparación, así como para delegar esta tarea en un órgano ajeno a su estructura como es el Fondo de Reparaciones (artículo 75 ER).⁷³ Además, ella se condice con la potestad garantizada por la regla 97 RPP, que autoriza a la CPI a valerse de la opinión de expertos en la materia.⁷⁴

2. En lo que tiene que ver con aspectos procesales, el número original de 129 víctimas fue decreciendo hasta quedar en 97 que finalmente solicitaron participar en el

⁷³ El Fondo de Reparaciones es una estructura ajena a la CPI, pero se encuentra bajo su supervisión.

⁷⁴ Estos expertos estarán bajo la guía, responsabilidad y supervisión de la CPI, y tendrán la tarea de recomendar distintas opciones para determinar el tipo y la modalidad de reparación (regla 97 RPP).

proceso, todas representadas por solo siete abogados (regla 90.2 RPP).⁷⁵ Si tenemos en cuenta que los crímenes que se juzgan dejan como saldo miles de víctimas, el número de comparecientes no parece ser significativo.

3. Con el subtítulo *Modalidades de reparación* la CPI determinó que las formas de reparar contenidas en el artículo 75 ER (restitución, compensación y rehabilitación) no constituyen un *numerus clausus* porque la reparación puede admitir otras formas o tipos de “valores simbólicos, preventivos o transformadores”.⁷⁶ Además, en el momento de aplicar las medidas de reparación se sugiere tener en cuenta las cuestiones de género.⁷⁷

4. En la sentencia, la CPI estableció una serie de principios a modo de guía para sentar las bases de una reparación “apropiada, adecuada y rápida”,⁷⁸ definió tipos o clases de beneficiarios,⁷⁹ la posibilidad de reparación para grupos especiales de víctimas (por ejemplo, víctimas de violencia sexual o de género, menores de edad), así como se manifestó sobre la causalidad, finalidad, formas de reparación y distintos aspectos procedimentales.⁸⁰ Estos principios se basan en la declaración de principios de la ONU relativos a la reparación.

5. La sentencia define la *restitución* como la medida que en lo posible debe restaurar a la víctima en las circunstancias tal como estaban antes de la comisión del crimen, lo que sería imposible de realizar en el caso de los menores de 15 años reclutados que participaron en las hostilidades.⁸¹ La restitución es una forma directa de restaurar la vida individual (incluyendo el retorno a la vida familiar, su casa, su trabajo, educación y devolviendo la propiedad sustraída a la víctima).⁸² La restitución es apropiada para reparar a víctimas jurídicas o colectivas.

6. En segundo término se refiere a la *compensación* cuando se dan tres condiciones: a) el daño es pasible de cuantificación; b) es una forma apropiada y proporcional a la gravedad del crimen y a las circunstancias del caso, y c) los fondos disponibles hacen

⁷⁵ Puede verse Eleni Chaitidou, “Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court”, *ZIS*, 3, 2013, pp. 130 ss.

⁷⁶ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 222.

⁷⁷ Esto parece un contrasentido con la sentencia de condena contra Lubanga. que justamente no consideró los crímenes sexuales contra niñas y mujeres.

⁷⁸ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 242.

⁷⁹ *Ibidem*, § 194-197.

⁸⁰ *Ibidem*, § 198 ss., 217 ss., 222 ss., 249 s.

⁸¹ *Ibidem*, § 223.

⁸² *Ibidem*, § 224.

factible este tipo de reparación.⁸³ La compensación, según una orientación inclusiva de género, pretende evitar la perpetuación de previas desigualdades estructurales de modo que no subsistan anteriores prácticas discriminatorias.⁸⁴ El concepto de *daño* (que no está definido por el ER ni por las RPP) requiere “sufrimiento, lesión y perjuicio” y, si bien no necesita haberse cometido directamente, tiene que haberse dirigido personalmente contra una víctima.⁸⁵ Para delimitar qué se entiende por daño, la CPI recurre a la jurisprudencia de la CIDH y adopta los parámetros internacionales relativos a los derechos humanos que aceptan un concepto amplio que admite el menoscabo patrimonial, físico y psíquico.⁸⁶ Véase que incluso admite el concepto de la CIDH de “daño al plan de vida” utilizado por la CIDH.⁸⁷

7. En cuanto a la adecuación al “tipo de víctima”, la CPI admite la compensación del daño no solo con relación a las víctimas directas (menores de 15 años reclutados para participar en las hostilidades), sino también de sus familiares y comunidades. La sentencia de reparación reparó también a los padres de los menores de edad reclutados. Incluso, sostuvo que la reparación puede alcanzar también a personas jurídicas.⁸⁸ Se acepta que el daño se extiende más allá de la víctima directa y abarca a personas relacionadas directa e indirectamente con ellas. Lo relevante para reparar a víctimas directas o indirectas es que se pueda demostrar un vínculo o relación entre el hecho del acusado y el daño.⁸⁹ El tipo de víctima (individual y colectiva) abre las puertas a formas de reparación simbólica.

La sentencia de Lubanga no demostró la relación directa de daño entre los hechos y las víctimas de crímenes sexuales, de modo que ese daño no pudo ser reparado adecuadamente desde un punto de vista simbólico, lo que perjudicó, asimismo, la reintegración social de esas víctimas en la comunidad. Lubanga no fue responsabilizado por los crímenes sexuales (crímenes que no fueron reprochados por la CPI), como consecuencia de lo cual estas víctimas no fueron reparadas adecuadamente.

⁸³ *Ibíd.*, § 226.

⁸⁴ *Ibíd.*, § 227.

⁸⁵ *Ibíd.*, § 228.

⁸⁶ *Ibíd.*, § 229. Este concepto acepta la pérdida de oportunidades y otros gastos consecuencia del daño sufrido. Véase que incluso admite el concepto de la CIDH de “daño al plan de vida”.

⁸⁷ Sobre el tema, Olásolo y Galain Palermo, o. cit., pp. 1271 ss.

⁸⁸ “Reparations can be granted to legal entities, pursuant to Rule 85(b) of the Rules. These may include, inter alia, non-governmental, charitable and non-profit organisations, statutory bodies including government departments, public schools, hospitals, private educational institutes, companies, telecommunication firms, institutions that benefit members of the community... and other partnerships”. ICC-01/04-01/06-2904, § 197.

⁸⁹ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 231.

8. La *rehabilitación* es la tercera forma de reparación explícitamente reconocida en el artículo 75 ER y se define por la CPI como un derecho de la víctima basado en el principio de no discriminación, que debe incluir una orientación pro género. Las medidas de rehabilitación siguen la línea de los principios de la ONU, de la CIDH y la literatura en cuanto a la superación del trauma vivido y dar asistencia a las necesidades básicas en lo médico, social y legal.⁹⁰ Así las cosas, en niños menores de 15 años la rehabilitación se concentra en el reintegro a la vida social y en mejorar sus posibilidades de vida futura ofreciendo oportunidades de educación y trabajo.⁹¹ La CPI exige que las medidas de rehabilitación eviten la victimización secundaria y consideren la vergüenza o humillación que pudieran sentir los niños y niñas reclutadas. Seguramente el sistema penal internacional ha aprendido de la historia y recuerde los problemas de integración en sus comunidades que tuvieron las denominadas *esclavas sexuales* coreanas tras la Segunda Guerra Mundial y concentre su atención en programas de resocialización de las víctimas que pertenecen a pequeñas comunidades o sociedades cuasitribales.⁹²

Véase que este tipo de medidas de rehabilitación demuestran la importancia que tiene el Fondo de Reparaciones para la consecución de estos objetivos generales de reparación de las víctimas que poco y nada dependen de la situación procesal del autor del daño, sino que parecen acercarse a los programas de rehabilitación y desarrollo de los organismos internacionales para con las sociedades en transición. A su vez, la CPI otorga valía a las medidas simbólicas de reparación, como los homenajes, los memoriales y las conmemoraciones. De esta forma, la CPI va más allá de lo dispuesto en el ER y define entre los principios de reparación distintas formas de reparación moral o simbólica que guardan (todas ellas) relación con un objetivo de pacificación, reconocimiento, reintegración y reconciliación (que es característico de la JT).

9. En un ítem *d*, diferenciado de las tres formas básicas de reparación reconocidas en el artículo 75 ER, la sentencia se refiere a “otras modalidades de reparación”, entre las que ubica —siguiendo a la jurisprudencia de la CIDH— a la propia sentencia como una medida de gran valor simbólico para la víctima, sus familiares y la comunidad, cuya

⁹⁰ Véase, en particular para graves violaciones de los derechos humanos, Enrique Chía, María Bilbao, Darío Páez, Ioseba Iraugi y Carlos Beristain, “La importancia de los eventos traumáticos y su vivencia: el caso de la violencia colectiva”, en Páez et al. (eds.), *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Madrid: Fundamentos, 2011, pp. 165 ss.

⁹¹ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 234.

⁹² *Ibidem*, § 235 s.

publicidad tiene un efecto preventivo para el futuro.⁹³ Las “otras modalidades de reparación” tienen como objetivo reducir la estigmatización y marginalización de las víctimas, así como la educación e información de las comunidades por medio de programas educativos para prevenir la repetición de los hechos.

De esta forma la CPI adopta varios conceptos elaborados por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos para obligar a los Estados omisos en el respeto de los derechos de sus ciudadanos, al mismo tiempo que se aleja de las medidas de reparación que pueden ser exigidas a los autores individuales. Ello conduce a pensar que la CPI es consciente de que los autores de los más graves, masivos y constantes ataques contra personas individuales y comunidades obedecen o responden a determinadas “políticas de Estado” y que por ello existe subyacentemente una obligación estatal de reparación. En los hechos, será el Fondo de Reparaciones (y no ese Estado) el que se ocupe de implantar muchas de estas medidas de reparación, pero ello no quita que tales programas educativos y de prevención tengan lugar en el Estado en el que se cometieron los crímenes internacionales.

De una forma indirecta (e inteligente) la CPI se dedica a realizar campañas preventivas y reparadoras en Estados que poco y nada se ocupan del bienestar de sus ciudadanos, utilizando la poderosa arma de la jurisprudencia penal internacional.⁹⁴ No obstante, para erradicar cualquier tipo de dudas sobre esta cuestión, la CPI deja bien en claro que ello no exime a Lubanga de responsabilidad en tanto tiene la capacidad de contribuir al proceso de reparación mediante la voluntaria solicitud de disculpas a las víctimas directas o a los grupos de víctimas, de un modo público o confidencial.⁹⁵ Lo que no resulta del todo claro es si en este caso estamos frente a una sugerencia o una imposición. La utilización del término *voluntary apology* parece indicar que estamos frente a una sugerencia que opera a modo de “motivación” para el condenado en cuanto se trata de un comportamiento voluntario posterior de gran sentido simbólico-reparador para las víctimas directas e indirectas, individuales y colectivas.

⁹³ *Ibíd.*, § 237 s. En relación con este efecto reparador de la sentencia basado en los principios de publicidad y oralidad, Galain Palermo, *La reparación del daño...*, o. cit., pp. 320 ss.; Antony Duff, “Can we punish the perpetrators of atrocities?”, en Thomas Brudholm y Thomas Cushman (eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-104.

⁹⁴ Véase que la sentencia en el párrafo 239 parece invocar esta legitimidad para imponer tales medidas de reparación.

⁹⁵ *Ibíd.*, § 241.

10. Téngase en cuenta que, si bien la sentencia de condena no abarcó los crímenes sexuales que debieron haberse imputado a Lubanga, la sentencia de reparación hace mención a ellos cuando refiere al efecto preventivo y restaurador que las medidas de reparación pretenden en cuanto a evitar futuros hechos de “violencia sexual, tortura y otros tratos inhumanos y degradantes que siguieron al reclutamiento”.⁹⁶ Según la CPI, para garantizar la efectiva reinserción social de las víctimas hay que erradicar toda forma de “victimización, discriminación y estigmatización”.⁹⁷ El hecho de ignorar en la imputación a las víctimas de los crímenes sexuales seguramente habrá afectado la reintegración de estas víctimas a sus lugares de origen cuando ellas pertenecen a comunidades pequeñas, tradicionales o muy conservadoras, tal como sucedió con las esclavas sexuales de Corea del Sur durante la Segunda Guerra Mundial, a quienes la falta de reconocimiento oficial del injusto cometido y la ausencia de un reconocimiento de su condición de víctimas cubrió su padecimiento con un manto de silencio y olvido que impidió que fueran aceptadas socialmente en el seno de sus comunidades.⁹⁸

11. Las formas de reparación determinadas por la CPI en la sentencia *Lubanga* incluyen la restitución, compensación y rehabilitación (que están contenidas en el ER), junto con otras formas de reparación complementarias, como la publicación de la sentencia, una voluntaria disculpa del señor Lubanga, programas de promoción y divulgación y campañas de educación. De esta forma los jueces de la CPI han admitido que los programas de reparación consideren las necesidades de *todas* las víctimas y no solo las necesidades de las víctimas que se apersonan en el procedimiento penal y solicitan la reparación.⁹⁹ La CPI parece adoptar un criterio colectivo de reparación que no excluye la reparación individual o grupal, posiblemente para evitar “tensiones y divisiones al interno de los grupos de víctimas”.¹⁰⁰

12. Un factor que pudo haber influido en la consideración de las formas de reparación es la condición de “indigente” de Lubanga que impide en los hechos que las víctimas puedan beneficiarse directamente de una reparación material exigida por la

⁹⁶ *Ibidem*, § 240.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ La ausencia de verdad, justicia y reparación condenó a estas víctimas a la invisibilidad, a un permanente estado de victimización, e impidió la elaboración del trauma y la reparación del daño. Véase Sarah Soh, *The Comfort Women: Sexual Violence and Postcolonial Memory in Korea and Japan*, Chicago: The University of Chicago Press, 2009, pp. 227 ss.

⁹⁹ *Ibidem*, § 187.

¹⁰⁰ Chaitidou, o. cit., p. 134.

sentencia de reparación. Este elemento fue determinante para que la “responsabilidad” de reparar recayera en el Fondo de Reparaciones, encargado de recolectar voluntarias donaciones que puedan ser volcadas en beneficio de las víctimas. El hecho de que un órgano que no pertenece a la CPI (véanse los artículos 34 y 79 ER) sea el encargado de obtener los fondos para efectivizar la reparación material no significa que la CPI renuncie a la determinación de la naturaleza de la reparación (material y/o simbólica), del tipo y monto a reparar. En todo caso se puede interpretar que el Fondo de Reparaciones ha sido la opción encontrada para que las víctimas puedan ser reparadas materialmente.

El recurso del Fondo de Reparaciones es la forma de asegurar una reparación material a las víctimas cuando los autores de los crímenes no tengan bienes suficientes para asumir la restitución o compensación monetaria. Esto queda claro en la propia sentencia, en la que se constata que el Fondo de Reparaciones es una opción *subsidiaria* para casos en los que el responsable de los daños es “indigente”.¹⁰¹ La condición de “indigencia” de Lubanga no impide que asuma las formas de reparación simbólica que la CPI determine o sugiera. Esta condición tampoco impide que el Fondo asista generalmente a todas las víctimas, incluyendo la reparación simbólica que su intervención asistencial implica.

13. En mi opinión, no se puede derivar de esta circunstancia que en futuras decisiones sea este Fondo de Reparaciones el obligado principal de la reparación, cuando del espíritu del ER se deriva un ligamen entre la responsabilidad penal y la reparación del daño causado a las víctimas (artículo 75.2 ER). Este ligamen a modo de principio general no se puede romper al momento de la sentencia de reparación porque los imputados se “declaren” indigentes o incapaces de asumir materialmente la responsabilidad por los daños causados a las víctimas.¹⁰² Como surge de la sentencia *Lubanga*, el estado de indigencia no impide las formas simbólicas de reparación que están ligadas a la responsabilidad penal del autor. Para la determinación del tipo y monto a reparar la CPI ha designado un grupo de expertos externos que colaboraran con el Fondo de Reparaciones en esta importante tarea.¹⁰³

¹⁰¹ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 271.

¹⁰² Con buen criterio la CPI no consideró que la decisión sobre el caso *Lubanga* en materia de reparación ingresara en el concepto de *reparation order* (orden de reparación) según el significado que otorga la regla 150.1 RPP, así como tampoco ingresa bajo el artículo 75.1 ER. Ver Chaitidou, o. cit., p. 135.

¹⁰³ *Ibidem*, § 263 ss.

6. Aspectos críticos del caso *Lubanga* en relación con la reparación de las víctimas

1. En la sección 3 me referí a la función simbólica que deriva de la sentencia de condena penal y a cómo el sistema del ER en cuanto a la condena de reparación acota el número de víctimas exclusivamente a aquellas que participaron efectivamente del proceso penal, así como limita la reparación a los hechos efectivamente imputados. Según el relator especial de la ONU para la violencia contra la mujer, el caso de la RDC es de los más significativos en cuanto a la violencia sexual relacionada con un conflicto armado, con víctimas esclavizadas por grupos armados no estatales, las fuerzas armadas, la policía e incluso civiles. El relator constató que las cortes nacionales apenas exigieron el pago de míseras sumas a los autores civiles por concepto de reparación, mientras que el gobierno de la RDC desconoció cualquier tipo de reparación por las violaciones sexuales cometidas por agentes estatales. Considerando el caso *Lubanga*, la crítica más importante que se puede hacer a la sentencia en comento proviene de la decisión del fiscal de prescindir de la persecución de los crímenes de naturaleza sexual, limitando así la posibilidad de reparación de las víctimas.

Véase que en la Regla 86 (RPP) se dice a modo de principio general que el tribunal y cualquier otro órgano de la CPI “*shall take into account the needs of all victims and witnesses in accordance with Article 68, in particular children, elderly persons, persons with disabilities and victims of sexual or gender violence*”. Este principio se puede interpretar que marca un orden de relevancia o preferencia de víctimas al momento de ejercer los principios de oportunidad y de selectividad de la acción penal que no debería ser desconocido por otras cuestiones en el momento de la investigación penal. En realidad no se trata de perseguir a un presunto autor por aquellos crímenes que se pretende probar de forma arbitraria, sino que en todo caso la oportunidad debería circunscribirse a los crímenes que objetivamente se pueden llegar a probar fehacientemente.

Si consideramos el principio general antes citado que obliga a tener en cuenta las necesidades de las víctimas (particularmente menores víctimas de delitos sexuales o de género) y si tenemos en cuenta que el procedimiento ante la CPI debe garantizar “un juicio justo y sin incidencias salvaguardando el respeto a los derechos de los acusados y de otros actores, y empleando un sistema penal eficaz”, entonces en el caso *Lubanga* podemos considerar negativamente la decisión de la Fiscalía de no investigar los crímenes

sexuales. La CPI es el primer tribunal penal internacional que autoriza al fiscal a iniciar *motu proprio* una investigación (artículo 13.c ER) y a seleccionar los acusados y los hechos de la acusación. Véase que el otorgamiento de estos poderes esenciales para la autonomía, la independencia (política) y la eficacia (procesal) que tiene el fiscal lo convierten en el principal responsable de los éxitos y los fracasos no solo de los objetivos político-criminales, sino también en cuanto a la reparación de las víctimas, porque la reparación está ligada y limitada por los hechos incriminados o imputados al autor en la sentencia de condena.

En el caso *Lubanga*, el primero con sentencia definitiva, la prueba de la esclavitud sexual se pudo haber obtenido y los cargos debieron haber sido imputados. El caso es aún más complejo, lo que resalta todavía más el problema de la selectividad y de las “injusticias” que ella acarrea, porque las víctimas beneficiadas por la reparación fueron solo aquellos menores de edad reclutados para participar en las hostilidades, que bien pueden considerarse parte de un *grupo* o *colectivo* de víctimas que también cometieron crímenes internacionales, reuniendo en su persona la doble condición de autor y víctima. En ese sentido, la reparación otorgada no se adecua a todas las víctimas de Lubanga, sino solo a algunas de ellas, aquellas que reunían la curiosa doble condición de autor y víctima. Así las cosas, las víctimas de los crímenes sexuales no fueron reparadas por el ámbito local ni por el internacional.

Esta sentencia permite sostener que el *espacio de juego* que tiene el fiscal para escoger los hechos a ser imputados puede ser causa de impunidad y de insatisfacción de la reparación a las víctimas. El control judicial sobre el ejercicio de la oportunidad y la selectividad fiscal tendrá que tener en cuenta estos aspectos en casos futuros, en tanto la reparación de las víctimas está determinada por la imputación penal. Por otra parte, esta sentencia reabre o aviva la discusión sobre el *interés de la justicia*, decisión que no puede quedar exclusivamente en manos del fiscal, como bien determina el artículo 53.3.b al permitir de oficio la revisión judicial de esta decisión. En el caso *Lubanga* todo indica que el *interés de la justicia* se consideró de forma muy abstracta o etérea, sin considerar los derechos e intereses de las víctimas menores de edad esclavizadas sexualmente.

Véase que esta decisión basada en la oportunidad no tomó en consideración el principio general de la regla 86 RPP que otorga prioridad a la persecución de los autores de crímenes contra menores de edad víctimas de delitos sexuales o de género. Según Guariglia, entre los aspectos a tener en cuenta para abrir una investigación se encuentran

la gravedad del crimen, la intensidad o escala temporal y geográfica, la naturaleza del crimen, la forma de comisión, la crueldad, así como los crímenes contra víctimas indefensas y aquellos que envuelven discriminación de la víctima o abuso de poder. Es claro que, luego de leer los criterios que aduce la literatura, los crímenes sexuales debieron haber sido perseguidos en el caso *Lubanga*. En este orden de cosas, desde un punto de vista de la reparación simbólica que proviene de la imputación penal en la sentencia, si tenemos en cuenta que en el ámbito del derecho penal internacional la decisión de persecución o impunidad más que basada en criterios de “justicia” es eminentemente de política (criminal), podemos sostener que las víctimas del caso *Lubanga* no fueron reparadas debidamente, por cuanto primaron razones de economía procesal al momento de decidir razones de interés de la justicia (artículo 53 ER).

2. La crítica se puede moderar, sin embargo, si consideramos —por un lado— que Lubanga no ha quedado impune y —por otro— que la sentencia otorga suma importancia a la reparación simbólica de toda una comunidad, que bien podría interpretarse como que también cubre o “repara” a las víctimas de los crímenes sexuales en el único sentido en que Lubanga ha sido condenado (si bien no por ese crimen). La discusión entonces se debe centrar en si la reparación simbólica que significan la sentencia de condena y la pena, tanto desde el punto de vista del merecimiento como de la ejecución, abarca también y desde un punto de vista simbólico a las víctimas de los crímenes sexuales. En mi opinión, el efecto simbólico de la condena y de la pena apenas alcanza a las víctimas del reclutamiento forzado en tanto el injusto a reparar mediante la declaración pública de castigo y por medio de la ejecución efectiva de la pena se limita al injusto determinado por la imputación y la condena.

3. Desde el punto de vista de la teoría de la pena, la condena contra Lubanga no desplegó ninguna función retributiva ni tampoco una finalidad de prevención general justamente contra las violaciones de mujeres, que es una modalidad muy utilizada en el mundo en todos los conflictos armados, como forma de sembrar terror y humillar a las víctimas civiles.

4. Las víctimas de los crímenes sexuales solo fueron reparadas por la intervención del Fondo de Reparaciones en cumplimiento de su mandato de asistencia general (independiente de la situación procesal penal y de los cargos imputados) y en cumplimiento de su mandato de llevar adelante las órdenes de reparación de la CPI. De esta forma, no existió vínculo alguno entre el injusto de Lubanga y la reparación de las víctimas de los crímenes sexuales.

7. La influencia del derecho internacional de los derechos humanos proveniente del continente americano en el derecho penal internacional

1. Un aspecto de sumo interés es la receptividad que tuvo la jurisprudencia constante de la CIDH en la sentencia en comento. El sistema de fuentes del artículo 21 ER admite toda la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos al momento de interpretar el ER, las RPP y los Elementos de los Crímenes, en cuanto el ER sostiene que todas las interpretaciones tienen que ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este aspecto es de suma importancia porque ofrece una base firme para la interpretación, que no puede contradecir a la jurisprudencia internacional encargada de proteger los derechos humanos. De esta forma el ER se convierte no solo en un Código Penal Internacional para la imputación de crímenes gravísimos que afectan a toda la humanidad o a la comunidad internacional, sino también significa que estamos frente a un sistema internacional permanente que se ocupa de proteger los intereses de las víctimas de los crímenes que puedan llegar a ser imputados.

2. Según la jurisprudencia constante de la CIDH, los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos cometidos contra sus ciudadanos, y durante los procesos de investigación y los trámites judiciales las víctimas (tanto directas como sus familiares) tienen que tener amplias oportunidades de participación para el esclarecimiento de los hechos, para la sanción de los responsables y para la posibilidad de obtener una reparación. Esta misma obligación puede trasladarse al ámbito internacional que es subsidiario del nacional (artículo 17 ER), y en ese sentido la Fiscalía debió haber perseguido a Lubanga por los crímenes de naturaleza sexual cometidos contra víctimas menores de edad de sexo femenino.

8. ¿Orientación del sistema penal internacional a la reparación de la víctima y a la pacificación social?

1. Hace algunos años, Cherif Bassiouni sostuvo que el sistema internacional no está orientado a la víctima. Esa visión negativa, sin embargo, ha ido cambiando en los últimos tiempos, en tanto se ha producido una reorientación con base en el principio de

dignidad humana y con el surgimiento de nuevos campos como la JT y la JR.¹⁰⁴ La justicia, la reparación y la reconciliación se han convertido en valores a respetar en beneficio directo de la posición de las víctimas. El derecho penal internacional a partir del ER pregona no solo la lucha contra la impunidad de los principales responsables que utilizan el aparato estatal para cometer las más graves violaciones de los derechos humanos, sino que persigue también una finalidad de pacificación que permite incluir como un elemento a lograr mediante la intervención punitiva la construcción de las condiciones de reconciliación dentro de la sociedad en transición. La víctima tiene un particular interés en la pacificación y en la reparación del daño causado, interés que también abarca el conocimiento de la verdad y la justicia. Ahora bien, cualquiera de estos intereses de las víctimas (que son considerados incluso como derechos) no solo se consigue satisfacer mediante el derecho penal, dado que otras vías y otros mecanismos de JT permiten satisfacerlos.

2. En lo que a este artículo refiere, la reparación de las víctimas en el sistema del ER es consecuencia directa de una intervención punitiva que no puede perseguir una mera finalidad retributiva o de venganza. El ER utiliza un sistema de doble vía en el que canaliza —por una parte— la imposición de una pena para la compensación del injusto y —por la otra— deja abierta la posibilidad de una segunda vía para la reparación de la víctima mediante la compensación del daño. Ello no significa, en mi opinión, que la vía penal deba perseguir una finalidad simbólica o declarativa de mera retribución, porque ello sería contrario a la teoría de la pena, que solo admite una finalidad útil o preventiva del castigo. En mi opinión, aunque no haya sido un objetivo declarado de los Estados parte del ER, este deja abierta la posibilidad de que la pena pueda cumplir con una función reparadora, de modo que la reparación de la víctima bien podría ser entendida como parte de la retribución del injusto y cumplir con una función de pacificación social. Sea como fuera, lo que se deduce del ER es que la reacción a los crímenes internacionales tiene que satisfacer a la víctima y esta satisfacción abarca aspectos formales o de procedimiento (participación procesal) y aspectos materiales o de resultado (sentencia de condena penal y sentencia de reparación propiamente dicha).

3. La posibilidad de participación procesal de las víctimas permite plantear algunas cuestiones que la futura praxis irá develando. Entre ellas, se puede pensar que el sistema penal internacional admite una orientación a las víctimas de los crímenes más graves contra los derechos humanos. De este modo, la víctima deja de ser un objeto procesal

¹⁰⁴ Van Boven, o. cit., pp. 19 s.

(testigo) para convertirse en sujeto de derechos. En ese sentido, el sistema adversarial escogido para el proceso penal internacional se puede ver debilitado en la confrontación entre el autor y el fiscal debido a la presencia de un tercero en escena.¹⁰⁵

También puede sostenerse que el ofrecimiento de participación a la víctima se con- dice y relaciona con la posibilidad que tiene la CPI de determinar la reparación del daño, ya sea por el autor de los crímenes o por el Fondo de Reparaciones. Esto sugiere que en el sistema penal internacional la reparación de la víctima se ha convertido en una cuestión de naturaleza penal que habrá que determinar si se relaciona con la teoría de las conse- cuencias jurídicas como un nuevo elemento, o si debe considerarse dentro de las teorías de justificación del castigo, o si ingresa también como un elemento de medición de la pena o como un equivalente funcional de la pena con injerencia en la determinación del tipo de pena. Para algunos autores, incluso, formas de reparación diversas al castigo penal deben aplicarse aun en caso de comisión de los crímenes internacionales.

4. Téngase en cuenta que en el mandato de la CPI también se incluye la expectativa de que ella contribuya a restaurar (reparar) y mantener la paz y la seguridad en el ámbito internacional, de modo que la implementación de un sistema de reparación efectivo y eficiente sea uno de los objetivos de la justicia penal internacional.¹⁰⁶ De algún modo el sistema penal internacional tendrá que proveerse de fondos suficientes para satisfacer la reparación material de las víctimas y la CPI con el tiempo se convertirá no solo en un foro judicial de reconocimiento de los derechos de las víctimas, sino también un foro público en el que la víctimas podrán encontrar comprensión, visibilidad y una vía para la elaboración de su sufrimiento. En este sentido, se puede sostener que el sistema del ER podría llegar a tener una orientación a las necesidades de la víctima, pero también puede tener influencia en la pacificación de la sociedad debido al reconocimiento que hace de las víctimas de los crímenes más graves contra los derechos humanos.

9. A modo de conclusión

1. El ER adhiere a un concepto restrictivo de víctima para los casos de reparación material que puede ser exigida al autor responsable penalmente por graves violaciones

¹⁰⁵ De la misma opinión, Fernández, o. cit., p. 246.

¹⁰⁶ Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 344.

a los derechos humanos. El caso *Lubanga* sirve para demostrar que en el sistema del ER para recibir una reparación material no basta haber sufrido un daño cometido por el autor de los crímenes internacionales, sino que la víctima se tiene que apersonar en el proceso penal respectivo y reclamar su derecho a ser reparada. Pero, además, el concepto de víctima o el tipo de víctima está ligado a los cargos por los que se investiga e imputa al autor del crimen. Esto nos conduce a una de las principales críticas que se pueden realizar a la primera sentencia de reparación de la CPI relacionada con el caso *Lubanga*, y es que solo ciertos grupos de víctimas son reconocidos jurídica e institucionalmente (oficialmente) como víctimas, mientras que muchos otros son directamente excluidos de toda posibilidad de reparación material.

2. Como derivado de esto, la adecuación del tipo de víctima a la reparación no depende de un concepto ontológico o universal sino de una construcción política, social, cultural e incluso procesal. De esta forma, el concepto de víctima y el de reparación están estrechamente ligados a la definición procesal y a los elementos fácticos relacionados con la investigación, imputación y condena penal. La sentencia *Lubanga* confirma lo sostenido por la doctrina en tanto la condena es la razón y el límite de la orden de reparación judicial.¹⁰⁷ Así las cosas, vicisitudes extrañas al hecho y sus resultancias determinan la condición de víctima de los crímenes internacionales y, por ende, el tipo y modo de reparación.

3. Como se trata de la primera sentencia de la CPI, son muchas las cuestiones que quedan abiertas. De la mera lectura del sistema normativo del ER parecería que la reparación va por cuerda separada del sistema penal precedente; sin embargo, son muchos los aspectos que reenvían al procedimiento penal, tal como queda demostrado con la primera sentencia de condena. Ahora bien, no queda claro hasta qué punto ambos procesos están relacionados. En una concepción holística podría entenderse que la reparación va más allá de la imputación penal, de modo que el procedimiento penal apenas serviría de referencia al procedimiento de reparación. De este modo, asumiendo que la reparación va más allá de la imputación penal y de la responsabilidad individual del condenado, dentro de esa concepción holística habría que definir con meridiana claridad hasta dónde debe responder el autor y hasta dónde debe responder la comunidad de Estados en esta tarea de reparar a las víctimas. Ello parece ser un tema sustancial

¹⁰⁷ "Der Strafausspruch ist damit Grund und Grenze der gerichtlichen Wiedergutmachungsanordnung". Bock, "Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren", o. cit., p. 308.

si consideramos la importancia que en la primera sentencia de reparación ha tenido el Fondo de Reparación.

4. A efectos de determinar la responsabilidad penal, el concepto de víctima es procesal, porque ella está descrita por los hechos investigados y se va restringiendo a medida que avanza el proceso penal, de modo que dicho concepto se define según avanza el procedimiento. De esta forma, dicho concepto se concreta procesalmente de lo general a lo individual, una especie de definición que se lleva a cabo de más a menos. Ahora bien, a efectos de la reparación parecería que el concepto de víctima no se condice con el concepto penal ni se define procedimentalmente, en tanto surge de la sentencia de Lubanga que todas las víctimas pueden y deben ser reparadas, aun aquellas que no fueron consideradas víctimas en el proceso penal. Esta circunstancia conduce a preguntarse si existe un solo concepto procesal de víctima o si tenemos que hablar de dos conceptos distintos, uno para determinar la responsabilidad penal y otro más amplio para determinar la modalidad de reparación. Parecería que, si aceptamos que la sentencia de reparación puede abarcar a todas las víctimas, aun a aquellas que no accionaron judicialmente, entonces habría que aceptar un concepto reducido y otro amplio de víctima ante la CPI. Todo indica que el estatus de víctima (que merece y tiene derecho a la reparación del daño) es distinto al estatus de víctima derivado de la imputación penal; por eso, la reparación puede abarcar a otras personas (víctimas) además de la víctima que interviene en el proceso.

5. Este sistema del ER abre las puertas a la aceptación de formas simbólicas de reparación, de modo de englobar por medio de distintas medidas de reparación moral a la mayor cantidad posible de víctimas, incluyendo o abarcando a todas aquellas que no hayan podido presentarse formalmente durante el procedimiento ante la CPI o que no hayan sido incluidas en los hechos investigados y la requisitoria del fiscal. La reparación simbólica será el antídoto de las situaciones de injusticia que pueda provocar la selectividad penal que no depende de razones de *justicia abstracta* y/o no responde a un fin restaurativo de las relaciones sociales (reparación del daño, pacificación, reconciliación) sino del *interés de la justicia*, que no parece ir más allá de específicas situaciones y condiciones de tiempo, lugar y presupuesto del sistema penal internacional,¹⁰⁸ como quedó

¹⁰⁸ La literatura es conteste en que la reparación simbólica cumple un papel fundamental en sociedades divididas por graves violaciones a los derechos humanos o por conflictos armados, pues ofrece símbolos y narrativas que pueden colaborar con los procesos de pacificación y reconciliación. Esta forma de reparación ha devenido en el más político de todos los mecanismos de JT, pues permite ver la realidad con distintas perspectivas y aplicar para su

demostrado en el caso *Lubanga* con la selectiva imputación de cargos solicitada por la Fiscalía.

6. En tanto la reparación de la víctima se vincule con los postulados de la JT y de la JR, se puede decir que la reparación del daño estará estrechamente vinculada al conocimiento de los hechos (verdad) y al acceso de la víctima a la justicia.¹⁰⁹ Ello indica que resulta esencial para reparar a las víctimas que ellas tengan facilitado el acceso a la justicia nacional e internacional. En lo que refiere al caso *Lubanga*, no todas las víctimas pudieron acceder a la justicia, y menos cantidad de víctimas fueron aun consideradas por la Fiscalía de la CPI al momento de los cargos contra Lubanga. De este modo, muchas víctimas solo pudieron ser reparadas gracias a la intervención general del Fondo de Reparaciones. Así las cosas, la reparación se vio doblemente limitada: por problemas de representación de las víctimas (acceso a la justicia) y por la mecánica propia del procedimiento penal (selectividad), lo que influyó negativamente en la posibilidad de reparación de las personas que sufrieron los crímenes sexuales. La selectividad penal, entonces, parece ser un escollo para la reparación de las víctimas ante la CPI.¹¹⁰

7. Si tenemos en cuenta que la orden de reparación emanada de la CPI que habilita la intervención del Fondo de Reparaciones depende de la situación procesal del autor de los crímenes, así como el hecho de que por lo general estos criminales son (o se declaran) indigentes, en lo que refiere a la reparación de las víctimas se puede sostener que el Fondo de Reparaciones parece ser el mecanismo de JT más importante en el orden jurídico penal internacional. La sentencia *Lubanga* demuestra la importancia

elaboración variadas formas políticas. Véase Brown, o. cit., p. 281. Ahora bien, cabe recordar que cualquier proceso de conmemoración y “memorización” puede traer consigo solidaridad, pero no tiene por qué traer además consenso. *Ibidem*, p. 276.

¹⁰⁹ Según la CPI la reparación puede colaborar con la tarea de hacer justicia y con los fines preventivos que caracterizan al sistema penal, así como cumplir con uno de los objetivos de la JR y de la JT como es la reconciliación social: “Reparations in the present case must – to the extent achievable – relieve the suffering caused by these offences; afford justice to the victims by alleviating the consequences of the wrongful acts; deter future violations; and contribute to the effective reintegration of former child soldiers. Reparations can assist in promoting reconciliation between the convicted person, the victims of the crimes and the affected communities”. Ver ICC-01/04-01/06-2904, § 179.

¹¹⁰ La CPI debería evitar la repetición de históricos errores del sistema penal internacional en cuanto a clasificar de forma tácita a las víctimas en “víctimas de primera y segunda clase”, como aconteció con las reparaciones a las víctimas del holocausto luego de la Segunda Guerra Mundial. En relación con los peligros de la selectividad penal para con la reparación, Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., pp. 301 ss. Sobre los límites a la justicia para la elaboración de los crímenes del pasado, Tzvetan Todorov, “Los límites a la justicia”, en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales* (trad. Horacio Pons), Bogotá: Norma, 2004, pp. 53 ss.

que tiene para la reparación de las víctimas de crímenes internacionales el componente simbólico. Las formas simbólicas de reparación (como la propia sentencia con su función de publicidad-reparadora) son de gran importancia para reconocer el injusto y la condición de víctima. Estas formas de reparación simbólica sumadas a las formas masivas de rehabilitación y compensación serán un componente básico para la pacificación social y para la reconciliación entre víctimas, autores y la sociedad en general.¹¹¹ De algún modo el Fondo de Reparaciones mantendrá vivo el sentido y la credibilidad de la reparación en el sistema penal internacional. Desde un punto de vista material, considerando la indigencia de muchos criminales sometidos a la CPI, la reparación de las víctimas parece estar destinada a provenir de la intervención masiva y de asistencia general del Fondo de Reparaciones. Pero ello no resta importancia a la “orden de reparación” que la CPI pueda imponer al autor del crimen internacional, puesto que muchos criminales internacionales, además de tiranizar a sus pueblos, se enriquecen a su costa, de modo que la reparación material de las víctimas puede también jugar un papel de importancia al momento de “hacer justicia”.

8. La sentencia de reparación del caso *Lubanga* es un mojón de importancia en el largo camino de la lucha por los derechos de las víctimas de las más graves violaciones contra los derechos humanos y un paso adelante en la consideración de la reparación, junto con las penas para el cumplimiento de una función reparadora del sistema penal.¹¹²

¹¹¹ De la misma opinión, Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., p. 300. Es interesante ver el descontento entre los abogados defensores de Lubanga y los representantes de las víctimas con el fallo de reparación, apelado por ambas partes. *Ibidem*, p. 320.

¹¹² Como dice la CPI, el sistema de reparación introducido por el ER es fiel reflejo del gran reconocimiento que existe en el sistema internacional de que hay una necesidad de ir más allá de la noción de justicia punitiva para alcanzar soluciones más inclusivas que favorezcan la participación y que permitan brindar un remedio efectivo a las víctimas. Véase ICC-01/04-01/06-2904, § 177. Este tipo de soluciones inclusivas para los conflictos más graves también ha sido propuesta por mí en Galain Palermo, *La reparación del daño...*, o. cit., pp. 306 ss.

EL NEXO DE CAUSALIDAD EN SEDE DE REPARACIÓN EN EL CASO *THOMAS LUBANGA**

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. Este artículo analiza el tema de la causalidad entre el daño y el crimen internacional con fines de reparación en la Corte Penal Internacional, a partir de la decisión que establece los principios rectores para la reparación en el marco de la causa seguida en contra de Thomas Lubanga. El vínculo de causalidad para determinar la existencia, la extensión y el alcance de un daño producido como consecuencia de hechos atroces es un asunto variable en el derecho internacional, el cual depende de la clase de sede jurisdiccional, pero más específicamente de la calidad individual o colectiva de los sujetos activos y pasivos de las órdenes de reparación por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Con esa finalidad se establecen los paralelos entre los estándares utilizados en sedes de reparación respecto de los Estados por responsabilidad internacional, y los estándares de la responsabilidad civil por daños producidos entre personas naturales y en situaciones de normalidad que rigen en los sistemas jurídicos de derecho continental. Este artículo muestra cómo el derecho penal internacional, aun cuando se alimenta de ambas fuentes, busca resolver las tensiones a través de la adopción de fórmulas dogmáticas consistentes en materia de nexo de causalidad, en su función de decretar reparaciones a cargo de las personas responsables por la comisión de crímenes internacionales.

Palabras clave: nexo de causalidad, reparaciones, crímenes internacionales, Corte Penal Internacional, responsabilidad estatal, responsabilidad civil individual, reclutamiento ilícito de menores, daño directo.

* Agradezco de manera especial a mi asistente de investigación, Daniel Castellanos Guarín, el apoyo investigativo para la elaboración del presente trabajo y, sobre todo, sus aportes permanentes en discusión conjunta con el equipo de trabajo.

ABSTRACT. This paper analyzes the causal link between the harm and the international crime for the purpose of reparations by the International Criminal Court, based on the decision which establishes the principles to be applied to reparations in the case against Thomas Lubanga. International law provides different definitions of the causal link for determining the existence, extent and scope of the damage produced as a consequence of heinous acts. These vary according to the different venues but, more specifically, they depend on whether the reparations orders regarding serious violations of human rights and international humanitarian law are given against the convicted person or through a trust fund, and on whether the victims are of an individual or collective nature. We compare the standards used for reparations in the case of the international liability of States with the standards of civil liability for damages produced among natural persons in normal situations within the legal systems of continental law. This paper shows how international criminal law, while taking elements from both sources, attempts to resolve the tension through the adoption of dogmatic definitions of the causal link for the purpose of making reparations orders against the persons convicted for committing international crimes.

Key words: causal link, reparations, international crimes, International Criminal Court, State liability, individual civil liability, illegal recruitment of children, direct damages.

ZUSAMMENFASSUNG. Auf der Grundlage der Entscheidung, die im Rahmen des Verfahrens gegen Thomas Lubanga die Leitlinien für Wiedergutmachungen festlegt, befasst sich der Beitrag mit der Frage der Kausalität von Schaden und internationalem Verbrechen zum Zwecke der Wiedergutmachung durch den Internationalen Strafgerichtshof. Die Behandlung des Kausalitätszusammenhangs zur Feststellung des Vorliegens, des Umfangs und der Reichweite des Schadens infolge von Gräueltaten ist im Völkerrecht nicht einheitlich, und hängt von der Art des Gerichts, insbesondere aber davon ab, ob die aufgrund von schweren Verletzungen der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts zu Wiedergutmachungsleistungen berechtigten bzw. verpflichteten Subjekte individuellen oder kollektiven Charakter haben. Zu diesem Zweck werden Parallelen zu den Grundsätzen zur Wiedergutmachung aufgrund der internationalen Verantwortlichkeit von Staaten gezogen, sowie zu den Grundsätzen der zivilrechtlichen Haftung für Schäden, die zwischen natürlichen Personen und unter normalen Bedingungen entstanden sind, und die in den kontinentalen Rechtssystemen angewendet werden. Der Beitrag legt dar, wie das Völkerstrafrecht unter Berücksichtigung beider Grundsätze jenes Spannungsverhältnis mit Hilfe von rechtsdogmatischen Formeln zum Kausalitätszusammenhang kohärent zu lösen versucht, um die von den für Völkerrechtsverbrechen verantwortlichen Personen zu leistenden Wiedergutmachungen festzulegen.

Schlagwörter: Kausalitätszusammenhang, Wiedergutmachungen, internationale Verbrechen, Internationaler Strafgerichtshof, staatliche Haftung, individuelle

zivilrechtliche Haftung, gesetzwidrige Rekrutierung von Minderjährigen, unmittelbarer Schaden.

1. Introducción

Tal como lo reconoce una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, adoptada en el marco de la instrucción adelantada sobre la situación de Uganda, antes del fallo de reparaciones materia de estudio proferido por la Sala de Primera Instancia en contra de Thomas Lubanga, “la determinación de un nexo causal entre el crimen perpetrado y el daño o perjuicio ocasionado, es uno de los más complejos tópicos teóricos en el derecho penal”.¹ Ciertamente, esta conclusión es el punto de partida más adecuado para iniciar una aproximación al objeto de estudio del cual se ocupa este escrito, pero también constituye un punto de partida para la discusión del tema por parte no solo del autor, sino del Grupo.

De hecho, en el apartado correspondiente, página 82 de la providencia sobre reparaciones, se hace relación a un documento elaborado por expertos sobre el tema, el cual establece premisas fundamentales sobre el nexo de causalidad, ampliamente utilizado para la toma de posición respecto de este punto.² En conexión con lo anterior, otros estudios sobre el tema han enfatizado la ausencia de una comprensión consistente y su dificultad para adoptar un estándar apropiado en relación con el problema de la causalidad en jurisdicciones internacionales, con ocasión a las órdenes de reparación por graves violaciones a los derechos humanos.³ Se trata, incluso, de un problema relacionado con el lenguaje mismo, puesto que escuelas o posiciones diferentes parecen separarse, supuestamente, en meros matices. Es un tema que permanece abierto, por decirlo de esta manera.

Por ejemplo, respecto de la *causa próxima* como estándar de causalidad, se ha dicho que “generalmente puede ser concebida como un término relativo que significa ‘cercano’

¹ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in Uganda, Decision on Victim's Application for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*, 10 de agosto de 2007 (ICC-02/04-101), § 14.

² Cf. War Crimes Research Office, *The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court*, International Criminal Court, Legal Analysis and Edition Project, Washington College of Law, junio de 2010, pp. 3740.

³ Cf. Marc Henzelin, Veijo Heiskanen y Guénaél Mettraux, “Reparations to Victims before the ICC: Lessons from International Mass Claims Processes”, *Criminal Law Forum*, 17, n.º 3-4, Dordrecht, 2006, p. 325.

o ‘no remoto’”; incluso, conceptos como “previsibilidad” y una “aproximación temporal” están incorporados para condicionar este estándar. Además, justamente y a manera de ejemplo, se ha afirmado que la teoría de los “daños o perjuicios directos” y el estándar, en voz inglesa difícil de traducir, conocido como *directness* han propiciado la producción de decisiones judiciales inconsistentes, en la cuales, partiendo de supuestos fácticos similares, los jueces han llegado a resultados completamente opuestos.⁴

El nexo de causalidad en sede de reparación en la CPI ha tenido un desarrollo a partir de las decisiones adoptadas por los jueces que componen Sala de Cuestiones Preliminares en la etapa de instrucción de diversos procesos, entre ellos, en el procedimiento de condena en contra de Thomas Lubanga. Si bien las alusiones a la causalidad tuvieron lugar en distintos escenarios dentro del procedimiento general seguido para llegar a la sentencia, estos obraron como antecedentes y herramientas utilizadas para resolver el problema directamente relacionado con la determinación y la extensión del daño a las víctimas —lo cual es una prerrogativa de la Sala de Primera Instancia, una vez que se ha proferido condena—. En todo caso, se notan tensiones en el desarrollo de toda la discusión procesal, tal como se reseñará en su momento.

2. Criterios para definir el nexo causal: un terreno movedizo

Una manera metafórica e ilustrativa de acercarse a la problemática del nexo de causalidad en sede de reparación de graves violaciones a los derechos humanos radica en la conocida fórmula utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada de manera reiterada en diversos documentos y estudios:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable.⁵

⁴ Ibídem, p. 39.

⁵ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia del 10 de septiembre de 1993, reparaciones y costas, Serie C, n.º 15, § 48. La frase en latín más propia sería “*Causa causae est causa causati*”, que en español se traduciría: “la causa de la causa es causa de lo causado”.

En el caso particular de Lubanga que ahora nos ocupa, tratándose de un delito de ejecución permanente, estas *ondas* que se esparcen en el lago se pueden expandir *ad infinitum*, sin pretender exagerar; así, las innumerables conductas que se cometieron contra los menores reclutados, la mayoría de ellas mismas constitutivas de crímenes internacionales, genera una secuela de daños y perjuicios casi incalculables. En ese sentido, definir el límite representa un desafío extremo, en general, tanto más tratándose de la actuación de máquinas de guerra y de delitos de ejecución permanente perdurables y de carácter pluriofensivo.

La metáfora de las ondas que se generan sobre la superficie del agua y en el tiempo es un modo figurativo de ilustrar las formas de la causalidad en la naturaleza. Es importante aclarar que estas formas de la causalidad son desde luego diferentes a la causalidad en sentido jurídico-normativo. Los desarrollos sobre la causalidad, como las propuestas por la teoría de la imputación objetiva, son construcciones normativas sobre el nexo causal. Ello, en derecho penal, para establecer jurídicamente el nexo causal entre la acción y un resultado. De igual manera, en relación con el tema que nos atañe, las formas de la causalidad para la reparación son construcciones normativas que se dan a través de la formulación de estándares, cuyo uso y aplicación depende en buena parte de la filiación con las tradiciones legales del *common law* o del *civil law*. Así, se destacan las diferencias entre la causalidad en la naturaleza y la casualidad en derecho, que es preciso mantener, lo cual además se soporta con esta conclusión:

A los efectos que aquí interesan, urge solo recordar, sin necesidad de abordar en profundidad este complejo tema, que, en el ámbito de la causalidad, se distinguen dos dimensiones: la física o material y la jurídica. La primera atañe a la relación de causa y efecto, de acción y reacción, siempre en el marco de las leyes naturales; la segunda, en cambio, obedece a una abstracción que, sin dejar de considerar la causalidad material, introduce otros elementos —generalmente normativos— para determinar cuándo puede imputarse jurídicamente un resultado, del estilo, por ejemplo, de un daño supuestamente indemnizable.⁶

En cualquier caso, hay que advertir que, las mismas construcciones normativas, en diversas ocasiones, son en realidad fórmulas aquejadas por elementos empíricos y datos meramente objetivos, convertidos artificialmente en elementos con relevancia normativa. Es un tema para tener en cuenta, y de allí por qué, además, en este escrito se hace

⁶ Autores varios, *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, 2009, p. 304.

alusión a avances en el caso colombiano, en la definición de la causalidad que, más allá de comprobaciones empíricas, sí constituyen construcciones normativas, con efectos en el derecho. Por ejemplo, la desactivación de la ecuación cerrada entre hecho y daño, actor individualizado y víctima. Sobre ello se volverá en su momento.

3. El fallo de reparaciones: hacia una fundamentación del nexo causal

Lo primero que debe aclararse, y es de hecho el punto de partida de la decisión judicial que se estudia, es que no existe en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional una norma que se refiera expresamente al tema de la causalidad en términos de reparación. Además —y este es un asunto abordado por la doctrina—, las referencias que han existido, de manera general, en el derecho comparado se reducen a la reparación que se les impone a los Estados por casos de graves violaciones a los derechos humanos —por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)—.

En este sentido, uno de los temas más complejos de rastrear en esta jurisprudencia radica en determinar las pautas o los estándares utilizados por diferentes órganos para establecer el nexo causal entre el daño o perjuicio y el delito perpetrado por el agente. De forma general el Estatuto de Roma, en el artículo 75.2, prevé:

[La] Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

Por su parte, y de manera amplia, el Estatuto contempla reglas abiertas para establecer principios de reparación. Así, el artículo 75.1 dispone que la “Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación [...]”. No obstante, no existe una regla específica, ni en el Estatuto de Roma ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba, sobre el nexo de causalidad para la reparación, más allá de la sola exigencia del daño como consecuencia de la conducta punible. (Se trata, por supuesto, de una creación jurisprudencial; se subraya no la referencia directa a un estándar particular, sino la falta de referencia en general al tema de la causalidad.)

Se entenderá entonces que, en relación con aquellos perjuicios, pérdidas o daños —que han sido ventilados sobre todo en sede de responsabilidad estatal y que han

formado las bases del reclamo de las reparaciones—, tienen ahora que establecerse a partir de la responsabilidad penal individual (y, más allá, como se verá respecto del caso colombiano con relevancia para el derecho comparado, de la responsabilidad del grupo comprometido en la comisión de crímenes internacionales).

3.1. El nexo de causalidad en el caso *Lubanga*

En la decisión que establece los principios y procedimientos de las reparaciones en el caso *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia dispuso que cualquier daño y perjuicio que pretendiera ser alegado debió haber sido ocasionado como resultado del crimen de alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años y de haberlos utilizado activamente en las hostilidades. Esto último, en atención a lo dispuesto en la regla 85.a de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que define la víctima persona natural como aquella que “haya sufrido un daño como consecuencia [en inglés, “*as a result of*”] de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”.⁷

Antes de continuar, es importante aclarar que la definición de víctima contenida en las Reglas de Procedimiento y Prueba, antes citada, no establece explícitamente la distinción entre víctima directa y víctima indirecta.⁸ La Sala de Cuestiones Preliminares ha reconocido que, de conformidad con la tendencia internacional que gobierna la materia, la formulación genérica de víctima incluye también a los “familiares próximos o sus dependientes [...], siempre que hayan sufrido una daño directo vinculado con el crimen”, o a las personas que han sufrido un perjuicio por “intervenir en ayuda de las víctimas directas del caso o evitar la victimización de las mismas”.⁹

⁷ El inciso *b* de la Regla 85, completando la definición, establece: “Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

⁸ María Cristina Patiño González (ed.), *La intervención procesal de la víctima. Especial consideración a los sistemas procesales de la Ley 906/04, 975/05, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 187.

⁹ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Applications for Participation in the Submission of VPRS 1 to VPRS 6*, 29 de junio de 2006 (ICC-01/04-01/06-172-tEN), pp. 7-8. Este ámbito de protección para las víctimas indirectas a nivel internacional ha sido establecido desde la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de la Criminalidad y a las Víctimas de Abuso de Poder, UN Doc. A/Res./40/34 de 1985, y más recientemente en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las

Este no es el lugar para debatir si en el marco de la noción de *víctima indirecta* está incluida aquella persona que resulta lesionada por prestar su asistencia en prevenir o ayudar posteriormente a la víctima (directa) de la comisión de un crimen; en tanto, en relación con los familiares y dependientes, pareciera que tal denominación es un asunto pacífico en la doctrina y la jurisprudencia.¹⁰ Para los efectos de este estudio, no obstante, es relevante resaltar cómo, al establecer las situaciones en las cuales una persona que ha sufrido un daño adquiere la condición de víctima —en el supuesto de aquel que presta su asistencia a la víctima “directa” antes o después de la comisión del crimen—, la causalidad específica que la legitimaría para la reclamación judicial del perjuicio aparece de antemano establecida, a la manera de una tarifa legal. (“Es víctima quien sufre un daño por asistir a otra víctima”). Sin embargo, en tales supuestos la causalidad está definida respecto a los eventos en los cuales pueden emerger víctimas, mas no en relación con la extensión, el alcance y la determinación del daño ocasionado (aun en tales situaciones).

De este modo, como se puede observar, ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento contienen disposiciones específicas que permitan establecer las condiciones, los requisitos o la caracterización del vínculo de causalidad que debe existir entre el crimen; en particular, para el caso del señor Lubanga, el reclutamiento, alistamiento y utilización activa en hostilidades y los daños causados a las víctimas, para los propósitos específicos de la reparación.

En el presente caso, la Sala de Primera Instancia (que adelanta la etapa de juicio final del proceso) reconoció que existe un vacío de regulación estatutaria sobre el asunto del nexo de causalidad entre el daño y el crimen en sede de reparación. Incluso, en una decisión anterior dentro del mismo proceso, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que, si bien no existe un estándar de causalidad establecido normativamente en los instrumentos de la Corte, la naturaleza del nexo causal podía ser establecida por la misma Corte en etapas posteriores del procedimiento; por ejemplo, en la etapa del juicio oral.¹¹

Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, UN Doc. A/Res/60/147 de 2005.

¹⁰ Cf. Claudia López Díaz (coord.), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, Proyecto ProFis, 2010, p. 40. En el mismo sentido, véase la sentencia de constitucionalidad de Colombia que analizó esta definición en la Ley de Justicia y Paz: Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

¹¹ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Situation in the Republic Democratic of Congo. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6*, 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101-EN-Corr), § 94.

Ello, en todo caso, no constituyó obstáculo para que la misma Sala de Cuestiones Preliminares, en la etapa de instrucción y en una decisión posterior a la antes referida, utilizara un estándar de causalidad específico para la admisión de víctimas en el proceso, con las consiguientes garantías de participación. En todo caso, por su importancia para demostrar el cambio en la opinión judicial sobre la materia, se exponen apartes argumentativos utilizados por la Sala de Cuestiones Preliminares en la parte motiva de la providencia:

En la etapa en la que cursa el presente caso, los solicitantes deben demostrar la existencia de un vínculo causal suficiente entre el daño sufrido y los crímenes por los cuales hay motivos razonables para creer que Thomas Lubanga es responsable y en relación con los cuales esta Sala emitió orden de arresto [...].

En líneas posteriores de esta decisión, a diferencia de la postura inicial de la Sala de Cuestiones Preliminares de no adoptar un criterio de causalidad en particular en la fase de instrucción, la posición judicial cambia, cuando se afirma:

[...] la Sala considera que el vínculo de causalidad exigido por la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba está cumplido cuando la víctima, o sus familiares cercanos o dependientes, aportan prueba suficiente para establecer que la víctima sufrió un daño directamente vinculado con los crímenes contenidos en la orden de arresto [...].¹²

Como se puede observar, para decidir las peticiones de reconocimiento del estatus de víctima, la Sala de Cuestiones Preliminares ha optado, no sin ambivalencia, por exigir la causalidad referida al “daño directo”. Previamente a la decisión antes reseñada, y en ausencia de un determinado nexo de causalidad establecido en los estatutos normativos y en la jurisprudencia, la Sala de Cuestiones Preliminares dio por satisfecho este requisito a través simples análisis de carácter pragmático basados en aproximaciones empíricas, sin adoptar un criterio dogmático explícito sino, antes bien, considerando la situación temporal y espacial en la que tuvieron lugar los daños alegados.¹³ Se trata de razonamientos

¹² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Applications for Participation in the Submission of VPRS 1 to VPRS 6*, cit., pp. 7-8.

¹³ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Situation in the Republic Democratic of Congo. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6*, 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101-TEN-Corr), § 14. Por su parte, la regla 94.c de las Reglas de Procedimiento y Prueba ordena que, para soportar la solicitud de reparación, las víctimas deberán describir, entre otros aspectos, “El lugar y la fecha en que haya ocurrido

que apuntan a la construcción de un vínculo de causalidad de naturaleza normativa, pero que en todo caso están muy ligados a aspectos puramente empíricos, casi físicos.

El nexo de causalidad entre el hecho ilícito —que puede ser una acción o una omisión— y el daño causado, para los efectos de la reparación y no para la admisión de víctimas dentro del proceso, es un tema confuso y abierto a discusión, y, tal como ha sido sostenido por algunos autores, está lejos de ser un punto pacífico en la jurisprudencia de diversos órganos que ordenan reparaciones desde distintos campos del derecho internacional público.¹⁴ Aquí debe tenerse en cuenta que, en relación con las reparaciones ordenadas por sedes jurisdiccionales de derecho internacional, lo usual es que una instancia judicial resuelva un asunto contencioso entre Estados, o entre Estados y sus ciudadanos o habitantes, particularmente en situaciones o casos que activan la protección de los sistemas universal y regional de derechos humanos.

A diferencia de otras ramas del derecho internacional público, la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales declarada por una jurisdicción penal internacional emerge como una nueva forma de responsabilidad destinada a sancionar —además de los valores colectivos de paz y seguridad global— la afectación a los derechos humanos e intereses fundamentales de la persona humana. En el derecho penal internacional existe una relación calificada entre los victimarios y las víctimas, constituida, de un lado, por aparatos y organizaciones macrocriminales y, de otro, por víctimas de atrocidades masivas o cometidas en desarrollo de un plan criminal, y cuyo ataque está determinado por su identificación con una colectividad (categoría que se concreta según si se trata de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra).¹⁵

Dada la innovación del Estatuto de Roma en disponer de reglas específicas para el reconocimiento, la participación y la reparación de víctimas en el derecho penal internacional —prerrogativas que brillaron por su ausencia en los tribunales *ad-hoc* de

el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por la lesión o los daños o perjuicios.”

¹⁴ Cf. Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 325.

¹⁵ Esta es, una propuesta de interpretación sobre los crímenes, que aporta Kai Ambos. Así, Ambos, *¿Castigo sin soberano? los puniendi y función del derecho penal internacional. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2013, pp. 90-98. Siguiendo a Fischer, Kai Ambos explica que el factor colectivo o “umbral asociativo” de los crímenes internacionales está dado por “el elemento de grupo u organizacional, en un doble sentido, a saber, la organización o el grupo político como agresor (‘organización política pervertida’) y/o como el objeto de la agresión en donde las víctimas pertenecen a la organización”. *Ibidem*, p. 49.

Núremberg, TPIY y TPIR—, la doctrina sostiene que su diseño y funcionamiento están apuntalados en los estatutos de protección a víctimas de los sistemas procesales-penales del derecho continental.¹⁶ En tal medida, y como más adelante se puede concebir para el fallo de reparación de la CPI, se entenderá cómo algunos presupuestos de la responsabilidad civil, así sea en el marco de un proceso penal, como el vínculo de causalidad y las fórmulas dogmáticas para la determinación del daño, son teorías apropiadas cuyo desarrollo corresponde a la tradición legal del *civil law*.¹⁷

Antes de continuar con esta reflexión en torno a los nuevos desafíos, específicamente de la responsabilidad civil dentro del derecho penal internacional y de sus implicaciones en particular sobre el vínculo de causalidad, es necesario indagar en diversos estándares de causalidad utilizados por diferentes órganos de derecho internacional.

3.2. El vínculo de causalidad en el derecho internacional

En relación con los sistemas de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado el criterio según el cual solo son reparables los “efectos inmediatos” de carácter lesivo que tuviesen los hechos o actos ilícitos imputables al Estado.¹⁸ El TEDH, por su parte, ha considerado que es necesario demostrar una “clara conexión causal” entre los daños y el hecho ilícito imputable al Estado, siempre que la pretensión reparadora se fundamente en la generación de daños pecuniarios.¹⁹ De otro lado, la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas

¹⁶ Cf. Frank Terrier, “Procedure before the Trail Chamber”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 1317.

¹⁷ Algunos autores van más allá e incluso sostienen que la reparación en el Estatuto de Roma es una medida especial del sistema de justicia penal internacional, y no solamente el resultado de un “procedimiento de adhesión” al trámite penal, concebido en exclusiva según el modelo clásico de indemnización de perjuicios del derecho continental. En este sentido, la reparación tiene una connotación que la distancia del significado atribuido desde el derecho civil y la direcciona hacia la consecución de los elementos constitutivos de una medida especial restaurativa —no de naturaleza sancionatoria— de derecho penal (internacional). Cf. Claus Kress y Göran Sluiter, “Fines and Forfeiture Orders”, en Cassese, Gaeta y Jones (eds.), o. cit., p. 1832.

¹⁸ Al respecto, la Corte IDH ha sostenido: “[...] obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo incommensurable [...]. La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero solo en la medida jurídicamente tutelada”. Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, cit., § 4849.

¹⁹ Cf. TEDH, *Cakici v. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999, aplicación n.º 23657/94. Por ejemplo, en caso *Kallweit v. Alemania* el Tribunal sostuvo: “En cuanto a la reclamación del demandante relativa a los daños materiales sufridos

ha sostenido recurrentemente, y de conformidad con las órdenes del Consejo de Seguridad, que solo son indemnizables los “daños directos” acaecidos como consecuencia de la invasión y ocupación ilícita de Iraq a Kuwait.²⁰

De acuerdo con lo anterior, y tal como lo demuestran estudios sobre la responsabilidad internacional del Estado, el vínculo de causalidad comúnmente adoptado por los órganos que decretan reparaciones habría que deducirlo del “daño directo” o yace en aquel daño que tiene lugar como consecuencia inmediata de un hecho ilícito. Si bien la incorporación de este estándar hace parte de la práctica de las jurisdicciones internacionales, se ha afirmado que no es suficientemente preciso para determinar con rigurosidad la extensión de los daños que merecen ser compensados. En tal sentido, se ha sostenido que el concepto de *daño directo* ha sido utilizado históricamente más como una etiqueta o marca de la responsabilidad internacional de los Estados que como una auténtica herramienta razonable y consistente de trabajo judicial.²¹

En esta dirección, el entonces reportero especial de la Comisión de Derecho Internacional para la responsabilidad internacional del Estado, Gaetano Arangio-Ruiz, ha demostrado que el vínculo de causalidad determinado por el criterio del daño directo fue utilizado de manera recurrente por cortes arbitrales para justificar la no concesión de compensaciones de una clase particular de reclamaciones, sin importar el estándar específico de causalidad adoptado.²² Refiriéndose a aquellos casos en los cuales la cadena causal es compleja de definir por su extensión y vinculación con múltiples series causales, este autor cita a un experto en el tema arbitral, el cual afirma:

El árbitro es quien discrimina entre los tipos y clases de causas y efectos en una cadena causal [...]. En esta labor de selección, el árbitro depende de sus propias luces. Él es quien rompe la cadena de causalidad para incluir una categoría de actos y eventos, y excluir otros, guiado por su

[...] teniendo en cuenta el material probatorio disponible, se considera que no hay ‘clara conexión causal’ entre las violaciones al Convenio y la pérdida de la demandante de los ingresos. Por lo tanto, se rechaza la pretensión de la demandante a este respecto”. Cf. TEDH, *Kallweit v. Alemania*, sentencia del 13 enero de 2011, aplicación n.º 17792/07, § 87.

²⁰ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas declaró a Iraq responsable por los daños, pérdidas, y perjuicios directos resultantes de la invasión y ocupación ilícita en Kuwait. Cf. UN Doc. S/Res/687 (1991), parte operativa, num. 17.

²¹ Cf. Merrit B. Fox, “Imposing Liability for Losses from Aggressive War: An Economic Analysis of the UN Compensation Commission”, en *EJIL*, 13, 2002, p. 203.

²² Cf. Andrea Gattini, “The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations”, en *EJIL*, 13, 2002, p. 172.

inteligencia y su sola perspicacia. Cuando el árbitro no encuentra nada útil en los antecedentes, su libertad de juzgamiento y de discrecionalidad se amplía.²³

En este contexto se entiende la opinión crítica de algunos autores, para quienes el estándar del *daño directo* o de los *efectos inmediatos* de los ilícitos carece de consistencia y rigidez, y se presenta de forma “inadecuada, imprecisa y ambigua”, lo cual ha permitido que, en aplicación de este criterio de causalidad, casos con un fundamento fáctico similar hayan resuelto la materia de la reparación en sentidos contrapuestos.²⁴

Al parecer, esta clase de consideraciones llevaron a que la Sala de Primera Instancia en el caso Lubanga, a diferencia de la Sala de Cuestiones Preliminares, abandonara el vínculo de causalidad establecido con base en los daños directos y los efectos inmediatos, y en su reemplazo incorporara explícitamente el concepto de “causa próxima” entre los principios utilizados para la adjudicación de las reparaciones.²⁵ De esta manera, a juicio de la Sala de Primera Instancia,

[...] la conclusión sobre la adopción de este estándar de causalidad es producto de un ejercicio de ponderación entre los derechos de las víctimas y los derechos del condenado, lo cual es una obligación legal de la Corte Penal Internacional. Así, como mínimo la Corte debe llegar al convencimiento de que existe una *conditio sine qua non* [*“but/for relationship, figura dogmática del common law*] entre el crimen y el daño, pero en adición, debe cerciorarse de que el crimen por el cual hubo condena sea la “causa próxima” de las reparaciones que están siendo objeto de examen judicial.²⁶

²³ Gaetano Arangio-Ruiz, *Special Rapporteur “Second report on State responsibility”*, UN Doc. A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, publicado en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (1), 1989, p. 15.

²⁴ War Crimes Research Office, *The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court*, International Criminal Court, Legal Analysis and Edition Project, Washington College of Law, junio del 2010, p. 39.

²⁵ Así lo sostuvo la Sala de Primera Instancia: “[...] los daños producidos por el crimen de reclutar o alistar a menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, no pueden limitarse únicamente a los daños directos o a aquellos que fueron producidos por efecto inmediato del crimen. En consecuencia, para la Sala de Primera Instancia es necesario que el criterio de causalidad que sirve de base para establecer reparaciones sea la ‘causa próxima’”. Cf. CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, 7 de agosto de 2012 (ICC-01/04-01/06-2904), § 248.

²⁶ *Ibidem*, § 250.

3.3. La “causa próxima” dentro de la teoría de la causalidad

Ahora bien, si la Sala de Primera Instancia incorporó el criterio de causa próxima para cumplir la función de determinar la existencia, la extensión y el alcance del daño en sede de reparación, es necesario explorar el significado de este estándar en las teorías de la causalidad desarrolladas por la filosofía de las ciencias.

En primer lugar, se encuentra la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, la cual afirma que para que se configure una causa con relevancia jurídica se deben reunir y acumular una serie de condiciones necesarias —no en sí mismas suficientes si se las considera en forma individual—.²⁷ De este modo, Maximiliano von Buri ha sostenido que la causa es “la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de la naturaleza, que siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente”. En relación con esto último, Boffi Boggero complementa lo expuesto al explicar que la base de esta teoría radica en que no hay distinción entre las condiciones que conforman la causa; por el contrario, considera que todas tienen el “mismo valor en la producción del daño. Cada una de las condiciones es por sí misma ineficaz y la falta de una sola hace ineficaz el resto”.²⁸

Así, las condiciones son todas necesarias (*conditio sine que non*) y no es posible establecer cuál de ellas, aisladamente considerada, tuvo la potencialidad para producir el resultado dañoso.

La teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido juzgada como evidentemente excesiva, “pues arroja tal cantidad de causas que no sirve para discriminar realmente y averiguar qué acción ha sido la que ha causado el daño”.²⁹ Respecto de esta teoría y con razón, se ha criticado el hecho de que no todas las condiciones han desempeñado el mismo rol en la generación del daño. Así, según la teoría de la causa eficiente, postulada en cierta medida para evitar la rigidez de los dogmatismos y dar libertad al juzgador en el caso concreto, existe una condición que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado; según esta teoría, dentro de todas las condiciones necesarias para la ocurrencia del hecho, hubo una que definitivamente cumplió un papel más eficaz o

²⁷ Cf. Íñigo A. Navarro y Abel B. Veiga, *Derecho de daños*, Navarra: Civitas y Thomson Reuters, 2013, p. 189.

²⁸ Cf. Osvaldo Paludi, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*, Buenos Aires: Astrea, 1976, p. 24.

²⁹ Navarro y Veiga, o. cit., p. 190.

activo, lo cual puede ser medido en términos cuantitativos y cualitativos.³⁰ (Esa sería precisamente la condición *sine qua non*.)

Similarmente, la teoría de la causa adecuada busca determinar la causa que típicamente originó la consecuencia dañosa, con base en los criterios de la probabilidad y la razonabilidad, según lo define el curso natural y ordinario de las cosas.³¹ Esta teoría destaca como parámetro de evaluación de la causalidad la observancia de las reglas de la experiencia, el sentido común y la *lógica de lo razonable* —retoma esta última el concepto de Recasens Siches—. Esta es, de hecho, la teoría de la causalidad asumida por gran parte de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil acogida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por ejemplo.³²

Finalmente, y para profundizar el tema que ocupa el estudio, existe la noción o estándar de *causa próxima*, que se erige como el criterio de causalidad adoptado por la mayor parte de los sistemas jurídicos para distinguir entre daños indemnizables y no indemnizables por violaciones a gran escala de derechos humanos.³³ La causa próxima, a diferencia de la teoría de la causa eficiente y la causa adecuada, aboga por establecer la situación más cercana temporalmente al resultado, es decir, se asocia como la más próxima y no remota entre las diversas condiciones sucesivas dentro de la cadena causal que dieron lugar al daño. Asimismo, se ha afirmado que la causa próxima es el “antecedente o factor temporal inmediato de un resultado”, determinado además de acuerdo con el elemento fundamental de previsibilidad del daño.³⁴

Existen manifestaciones de la causa próxima en diversas legislaciones civiles; por ejemplo, la de Colombia, que comparte con ello tendencias que tienen lugar en otros países integrantes de la tradición de derecho continental, como Francia e Italia. Así, el artículo 1616 del Código Civil colombiano dispone que, en materia de responsabilidad civil contractual, si no es posible “imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron *consecuencia inmediata o directa* de no

³⁰ Según esta afirmación, “las condiciones necesarias no son todas equivalentes, sino al contrario, de eficacia distinta”. Paludi, o. cit., p. 26.

³¹ *Ibidem*, p. 27.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de septiembre de 2002, expediente n.º 6872, MP: Jorge Santos Ballesteros, pp. 16-18.

³³ War Crimes Research Office, o. cit., p. 39.

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.³⁵ De este modo se puede ver cómo el daño directo, en la legislación civil, está asociado al criterio de inmediatez que hace parte del estándar de la causa próxima.

3.4. Responsabilidad del Estado y responsabilidad individual en la comisión de crímenes internacionales

Como se ha podido evidenciar, el estándar de la causalidad comúnmente aceptado por las jurisdicciones internacionales, en particular por los sistemas de protección de derechos humanos, es el *daño directo* o los daños que se producen como consecuencia inmediata de los hechos ilícitos juzgados. Tal “flexibilidad” del nexo causal en parte se puede explicar por el hecho de que estas jurisdicciones resuelven condenas en contra del Estado infractor impartiendo una serie de órdenes de reparación en beneficio de los ciudadanos afectados, que en un buen número de casos resultan ser víctimas de atrocidades cometidas a gran escala. En cambio, la responsabilidad civil individual, creada y dispuesta para regular las relaciones intersubjetivas en situaciones de normalidad y previsibilidad —y aquí añadiríamos en una situación de paz, por oposición a una situación de conflicto armado—, protegiendo los intereses y las expectativas legítimas de las personas en el tráfico jurídico, ha sido enfática en postular fórmulas de causalidad más acuciosas, consistentes y precisas para determinar la real extensión del daño ocasionado por un hecho ilícito. Son desde luego consideraciones que se presentan para la discusión.

En medio de estas tensiones se ubica la decisión de la Sala de Primera Instancia de incorporar el estándar de causa próxima para decidir los asuntos de reparación y, por supuesto, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares que incluye el criterio del daño directo como parámetro para evaluar la petición de reconocimiento de víctimas en la etapa de instrucción del proceso. Puede suponerse que la Sala de Cuestiones Preliminares busca superar las críticas en torno a la ambigüedad e indeterminabilidad del nexo de causalidad para los efectos de la determinación, la extensión y el alcance real del daño —restringiendo los espacios de discrecionalidad del juzgador, asunto que tiene mayor amplitud cuando se trata de Estados condenados por violaciones a los derechos humanos o incluso de peticiones de admisión al proceso en calidad de víctima—, y disponer

³⁵ Cursivas añadidas.

de herramientas más consistentes desde el punto de vista dogmático para decidir las reparaciones por crímenes internacionales que lleguen a su conocimiento.

Se trata de una jurisdicción penal internacional encargada de resolver asuntos de responsabilidad civil individual por crímenes de derecho penal internacional, en circunstancias inéditas en las cuales un juez internacional, cuyo poder punitivo no emana propiamente de la soberanía de un supra-Estado, decide casos de reparación individual por la comisión masiva de crímenes internacionales.

4. Aportes del derecho comparado: experiencias actuales de transición

Sobre este aspecto es interesante saber que, desde el punto de vista del derecho comparado, justo tratándose de casos de responsabilidad penal individual y de investigación y sanción de crímenes internacionales, hay casos en que existen regulaciones o reglas desde las cuales se puede partir para valorar la causalidad. No se establece una forma o estándar para deducir el nexo causal, pero se avanza en determinar por lo menos una consecuencia general para el nexo causal. En el caso de la denominada Ley de Justicia y Paz, en Colombia, dentro del capítulo 9, correspondiente al “derecho a la reparación de las víctimas”, el artículo 42, hoy derogado por el artículo 41 de la ley 1592 de 2012, establece:

Artículo 42. Derogado por la Ley 1592 de 2012, artículo 41. Deber general de reparar. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación.

Se parte de la base de la individualización del sujeto activo o perpetrador, para establecer el nexo causal entre la acción del perpetrador y el daño causado; pero, además, cuando no se individualice el perpetrador pero se verifique el nexo causal entre el daño y las actividades del grupo, se deberá reparar. (Se trata de una reparación que asume un fondo previsto para ello; no se asume de manera particular en cabeza de un individuo.)

En desarrollo de este proceso especial, debe comprobarse entonces que la causa del daño —en el caso colombiano ha prevalecido la noción de *daño*— tiene como fuente el ilícito de carácter penal, que debió ser ocasionado por personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley y con ocasión de su vinculación con dicho grupo. Los tres elementos o supuestos que deben existir, en sede de reparación, serían entonces: la existencia de un hecho ilícito —incluso más allá de la individualización del actor—, la producción o generación de un daño y la constatación o verificación de un nexo causal entre ambos.

5. Sobre la reparación individual y colectiva y la relación de causalidad

En el caso *Lubanga*, en sede de reparación, se ventiló una discusión relacionada con la reparación individual y colectiva. Es un tema que puede exceder la materia concreta que nos ocupa, pero que sí se relaciona específicamente con el nexo causal y que puede ser ventilado. Además, desde el punto de vista del derecho comparado, es interesante esta referencia porque, en el debate en la sentencia del caso *Lubanga*, el ICTJ, como interviniente, hace relación al caso colombiano, a través de la providencia dictada, en el proceso especial de Justicia y Paz contra *el Alemán*, jefe paramilitar, en un caso específico de reclutamiento masivo. Es decir que se ventiló exactamente el mismo delito, para dar cuenta de la discusión acerca de la reparación de carácter individual y colectivo.

En este sentido, hay que reseñar, desde un principio, que a lo largo de diversos acápitales de la providencia se hace relación a la noción de *pérdida de oportunidad* como una manifestación de las consecuencias que puede producir una conducta, tanto más una conducta que constituye crimen internacional. Es importante hacer alusión a este tema, sobre todo a partir de las consideraciones de la defensa, que en el caso que se estudia son relevantes respecto de este hecho particular. Se trata del problema planteado, además, en el contexto de la reparación colectiva.

En este contexto tiene lugar la intervención de la Office of Public Counsel for Victims / Oficina de Consejo Público para las Víctimas (OPCV), la cual considera que las reparaciones colectivas deben extenderse a aquellas personas que no han aplicado para reparaciones individuales. Seguidamente, Pieter de Baan, director ejecutivo del Trust Found for Victims / Fondo para las Víctimas (TFV), argumenta que las reparaciones colectivas pueden ser beneficiosas en la medida en que restablecen la solidaridad social

entre las comunidades, pues se ha demostrado que las reparaciones grupales son más significativas porque alivian el daño que se le hace a una comunidad por el delito de reclutamiento, alistamiento y uso de menores. La Fiscalía coincide y agrega que de esta manera es más probable una rehabilitación de las víctimas y una distribución más justa de acuerdo con los recursos limitados; considera que el conflicto étnico puede ser mermando de alguna forma, en la medida en que se toma al grupo victimizado como un todo.

La defensa solicita diferenciar los términos *compensación colectiva* y *compensación a la comunidad*, pues la primera hace referencia a reparar sobre una base colectiva los daños causados individualmente, mientras que la segunda se refiere a la comunidad tratada como una sola, sin identificación de víctimas particulares. La defensa considera que conceder reparaciones colectivas a la comunidad sería contrario a la competencia que se le dio a la CPI, según la cual ella solo puede limitarse a los cargos en contra del acusado; por ende, si va a adelantar una reparación colectiva, debe identificarse plenamente a las víctimas. De esta forma, la defensa está acotando al máximo aquel presupuesto, ciertamente amplio, del artículo 76.2, que establece que la “Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado”. Se extrema al máximo este supuesto que, como se ha dicho, es la fuente de gran parte de la discusión en torno al nexo causal.

No obstante, algunas ONG indican que, aunque ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento y Prueba definen las reparaciones colectivas, estas son una opción viable por cuanto las reparaciones colectivas no deben solo limitarse al daño colectivo o a un derecho colectivo a la reparación, sino que deben ser otorgadas en respuesta a una violación colectiva en que los beneficiados son individualizados. Asimismo, UNICEF considera que las reparaciones colectivas van a beneficiar a la sociedad en su totalidad, de tal forma que aquellas víctimas que no fueron contactadas o que no tuvieron acceso a la demanda por uno u otro motivo serían en todo caso beneficiadas.

Finalmente, como se ha anotado, el ICTJ interviene haciendo referencia a un caso colombiano, *El Alemán*, hecho que está descrito directamente en la sentencia de la siguiente manera:

El ICTJ menciona que hay dos partes de la sentencia de *El Alemán* que merecen especial atención. El Tribunal de Bogotá no concedió la reparación colectiva material a las víctimas del reclutamiento forzado porque ese reclutamiento en el mismo grupo paramilitar no justificaba tratarlos como una “colectividad”. El Tribunal determinó que sus experiencias individuales y el impacto sobre ellas no fue el mismo. Sin embargo, se sugirió que la exigencia del Tribunal de Bogotá al Estado Colombiano de reparar y dar garantías de no repetición estaba encaminada a

beneficiar a las comunidades de donde las víctimas fueron reclutadas. Ello fue descrito como una reparación inherente a la comunidad.³⁶

En efecto, el tribunal colombiano no dispuso reparaciones colectivas materiales por causa del reclutamiento forzoso, pues consideró que no se debe tratar a los niños reclutados como parte de un grupo, debido a que las experiencias individuales y el impacto en cada una de las personas no son los mismos, son personales. Sin embargo, sugirió que las reparaciones y garantías de no repetición debían beneficiar a las comunidades de donde las víctimas fueron reclutadas. Es decir, el tema se llevó, con razón y lógica, al terreno de la no repetición, tanto más si se tiene en cuenta que un cometido de la justicia transicional es reconstruir el tejido social.³⁷

6. Discusión en torno a la noción de *pérdida de oportunidad*

De igual forma que con el tema anterior, se deja planteado el presente, que puede exceder de manera estricta el tema asignado, pero que es muy interesante concebir y recalcar, no solo por las implicaciones generales que tienen lugar en temas de transición sino también en el análisis de la causalidad. Se trata de la noción de *pérdida de oportunidad*. Esta noción, ligada a la reparación de hechos causados sobre todo por Estados que son hallados responsables por violaciones de derechos humanos, es revisada en la sentencia que se estudia, al lado de nociones como *plan de vida* y *proyecto de vida*.

La Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, en la *Decisión para establecer los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones* —proferida a propósito del caso de Thomas Lubanga—, señala que en las *Observaciones sobre cuestiones relativas a las reparaciones* (documento expedido con antelación por la OPCV) se reconocen dos fórmulas relevantes que permiten establecer una noción integral de reparación, las cuales

³⁶ *Ibíd.*, § 66.

³⁷ De esta manera concluye la providencia colombiana: “881. Así, no puede construirse un sujeto colectivo, titular de un derecho fundamental a la reparación integral, con el solo criterio de la suma aritmética de personas con una característica homogénea: la edad. Considerar que los menores son un colectivo, y por lo tanto portador de una identidad propia y diferenciada de otros grupos, podría llevar a cometer errores frente a la reparación, ya que podrían darse casos en los que se decreten medidas de restablecimientos de derechos para el colectivo y que, una vez implementado detecten que no tienen nada en común, además de la edad, los menores no se sientan reparados, y hubiesen preferido que todos los recursos se destinaran a la reparación individual”.

son: 1) el concepto de *proyecto de vida* desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y 2) el criterio de *pérdida de oportunidad* establecido por el TEDH.³⁸

En principio, la Corte Penal Internacional afirma que el concepto de *proyecto de vida* resulta ser el más apropiado para determinar la indemnización integral de los soldados menores, por cuanto “ninguna de las modalidades existentes de compensación logra la completa e integral reparación del menor soldado por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de su niñez”.³⁹

En esta dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue la primera en desarrollar la noción de *proyecto de vida*, en el pronunciamiento relativo al caso *Loayza Tamayo*, en el cual se determinó que las nociones de *daño emergente* y *lucro cesante*, constitutivas del daño material, no abordaban la totalidad de afectaciones que podrían derivarse de las conductas antijurídicas. Mientras que estas últimas nociones hacen referencia a pérdidas materiales, ergo cuantificables, el denominado *proyecto de vida* atiende más a una serie de características y circunstancias por naturaleza inmateriales y no conmensurables.⁴⁰ Afirmó entonces la Corte Interamericana:

[El proyecto de vida] atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.⁴¹

En cuanto al segundo criterio, señalado como la *pérdida de oportunidad*, las *Observaciones sobre cuestiones relativas a las reparaciones* señalan que en decisiones del TEDH se hizo reconocimiento expreso de la posibilidad de dar reparación por la mencionada

³⁸ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, cit., § 86.

³⁹ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Observations on issues concerning reparations*, 18 de abril del 2012, (ICC-01/04-01/06-2863), § 47.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Loayza Tomayo v. Peru*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, reparación y costas, § 147.

⁴¹ *Ibidem*, § 147148.

pérdida.⁴² De esta forma, el Tribunal Europeo, específicamente en el caso *Campbell Cosans contra el Reino Unido*, encontró que la violación en cuestión había privado a la víctima de “cierta oportunidad de desarrollar su potencial intelectual”.⁴³ En la misma vía, en el caso de *Thlimmenos contra Grecia*, el Tribunal afirmó que la violación sufrida por la víctima había lesionado “la posibilidad de acceder a una profesión, la cual es un elemento central para moldear la vida de alguien”.⁴⁴

7. La defensa: la pérdida de oportunidades se debe medir en circunstancias de guerra civil

Ahora bien, en relación con la pérdida de oportunidad y su impacto sobre la reparación, la defensa en *Lubanga* advierte que, según su criterio, para dar contenido a esta noción de pérdida de oportunidad se deben tener en cuenta criterios como el daño “real” causado, que sea este actual y cierto, y el hecho de que las víctimas no hayan sido reparadas previamente. De la misma forma, insiste en el hecho fundamental que ha dirigido toda la discusión sobre reparación: los daños deben estar relacionados con los cargos formulados.

Pero además —y esto es especialmente importante— la defensa considera que esta noción de pérdida de oportunidad debe ser evaluada desde el escenario concreto de la República Democrática del Congo en el momento del reclutamiento imputado al señor Lubanga, teniendo en cuenta que en medio de una guerra civil las oportunidades se reducen y que la guerra genéricamente no puede ser imputada al condenado. Así lo establece literalmente el Tribunal:

Se argumenta que cuando se está alegando que ha habido una imposibilidad de estudiar, o la pérdida de la oportunidad de ejercer una profesión querida, ello debe ser evaluado teniendo en cuenta las circunstancias existentes en la República Democrática del Congo (DRC) al momento de las acusaciones, considerando las disputas ocasionadas por una guerra civil que no puede ser atribuida al Señor Lubanga.⁴⁵

⁴² CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Observations on issues concerning reparations*, o. cit., § 51.

⁴³ TEDH, *Campbell Cosans v. United Kingdom*, sentencia del 22 de marzo de 1983, justa reparación, § 26.

⁴⁴ TEDH, *Thlimmenos v. Greece*, sentencia del 6 abril de 2000, fundamentos de la decisión, § 70.

⁴⁵ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Observations on issues concerning reparations*, o. cit., § 91.

Este hecho, que puede parecer una mera argucia argumentativa de la defensa, es muy interesante e induce a la siguiente pregunta: ¿Se puede, desde un escenario de paz posterior a hechos constitutivos de crímenes internacionales, evaluar en sede de reparación y en general hechos ocurridos en un escenario de guerra? Es una pregunta de fondo y que ha tenido lugar desde siempre en lógica transicional: ¿Hasta dónde se puede evaluar y juzgar, desde la paz, una situación anterior de guerra? Una situación como la del Congo ¿se puede evaluar *a posteriori* para establecer fórmulas de reparación, teniendo en cuenta proyectos de vida desde la paz, cuando estos se quebrantaron en la excepción? Es una pregunta fundamental y, como se dice, cruza el debate mismo transicional. Por lo menos desde el punto de vista penal, punitivo, ello podría llevar a conclusiones trágicas: cuanto más degradado haya sido un conflicto, menor será quizá la posibilidad de sancionar duramente. Tanto más si, de una forma u otra, todos han sido responsables.

Pero es menester, del mismo modo, ser muy cautelosos con el argumento y la pregunta, porque ante todo, si bien es posible que niños africanos, en escenarios especialmente humildes y degradados, puedan, por ejemplo, adquirir en su vida cotidiana la enfermedad del sida o el VIH, otra cosa es que esos mismos niños, una vez reclutados, puedan ser infectados cuando se abuse de ellos. Es decir, una cosa es un destino trágico en universos sin oportunidades y otra cosa es justificar el crimen sobre la base de que en todo caso hay un destino que será trágico e inevitable.

Para citar un caso de derecho comparado, en el caso colombiano de los *Niños del Alemán* también se discutió el hecho de que muchos menores se habían unido a las filas de manera “voluntaria” y que ello significaba incluso una mejora de vida para ellos, en todo caso sin oportunidades en lugares aquejados por la pobreza o la misma guerra. El argumento se torna perverso, pero es un hecho sensible: muchos niños reclutados han considerado a sus reclutadores como sus padres, como una especie de benefactores, precisamente por provenir de escenarios degradados y con falta de oportunidades.

8. Tránsitos en el derecho comparado: de nociones estrechas de víctima y daño a construcciones normativas más complejas e incluyentes

Es importante anotar, como referencia interesante desde el derecho comparado, que en el caso colombiano ha tenido lugar un tránsito con implicaciones profundas. Estas también tienen lugar en relación con el nexo causal estudiado. Se trata de una evolución que, como un *continuum*, ha tenido lugar respecto de la noción de víctima.

La noción estrecha y acotada de sujeto pasivo, que daba lugar a la antigua acción civil impetrada por la parte civil, hacia los años noventa y entrado el nuevo siglo fue superada por la noción de *perjudicado* y hoy existe la noción de *víctima*. Esta, a su vez, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, es comprensiva y cubre el espectro de víctimas directas e indirectas. Así, la ley 906 de 2004, en su artículo 132, dispone:

Artículo 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño *directo* como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

La expresión *directo* fue declarada inexecutable, sobre el supuesto de que también son víctimas las víctimas indirectas. Es interesante observar el concepto del juez constitucional en algunos apartes referidos a la decisión de inexecutable:

En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el solo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado.⁴⁶

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007, MP: Jaime Córdoba, considerando 3.4.2.

Agrega la Corte a manera de conclusión: “La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo”. Además, y como se ha reseñado, en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, en casos en los cuales no se individualicen los autores materiales, para que haya lugar a la reparación basta la demostración del nexo entre la pertenencia del autor al grupo al margen de la ley y el daño.⁴⁷

Todo este recuento tiene lugar en función del daño ocasionado por una conducta prevista como delictiva; es decir, en sede penal. Pero, más allá de ello, hoy, en la actual ley 1448 de 2011, denominada Ley de Víctimas y de Reparación, para efectos de reparación tan solo se debe demostrar, y muy sumariamente, la condición de víctima de conflicto armado interno. Dice así el artículo 3 en su primera parte:

Artículo 3º. Víctimas. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno [...].⁴⁸

De esta forma, independientemente del destino de cualquier proceso penal que ventile la responsabilidad del sujeto activo de las conductas que le produjeron daño, la persona es reparada. Es decir, en este caso, la relación de causalidad entre el daño y la condición de víctima se abre completamente, se flexibiliza al máximo, dejando incluso de manera residual el papel del derecho penal (sin que ello implique, desde luego, que no se investigue ni se castigue a los responsables). Así, en temas de causalidad, más allá de las escuelas, teorías, estándares, lo importante es la decisión política que se adopte. La mayor o menor flexibilidad, en términos del nexo causal y de la causalidad en general, depende de la decisión política.

⁴⁷ La Corte Constitucional, al revisar varias normas que han regulado este aspecto, estableció al respecto lo siguiente: “Lo anterior conduce a señalar que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasionados individual o colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas”.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros, § 6.2.4.4.7.

A manera de conclusión, se puede decir, finalmente, lo siguiente: así como el derecho penal está viviendo una transformación profunda, en el contexto de la investigación y el juzgamiento de crímenes internacionales, el derecho administrativo, el derecho civil, la noción de reparación en general, también experimenta profundos cambios. En el caso concreto que ha ocupado este trabajo, se puede decir que hoy es cada vez menor la exigencia de probar de manera rigurosa el nexo causal entre el daño y la conducta delictiva; más flexible aún, entre el daño y el perpetrador directamente. Es cada vez menos exigente la prueba que acredite la condición de víctima; es cada vez mayor la presunción de serlo. De allí se derivan múltiples derechos. Es un desarrollo importante y necesario: un Estado, sus instituciones, deben compensar lo que en derecho penal no es posible hacer, menos aún en lógicas punitivas vengativas, abriendo lo posible el marco de la reparación. Como se ha dicho, empero, es siempre una decisión política a la cual se ajustan los estándares que, en el fondo, son contingentes.

**INFORME DEL X ENCUENTRO DEL GRUPO
LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE
DERECHO PENAL INTERNACIONAL
SÃO PAULO, 21-24 DE OCTUBRE DE 2013**

María Laura Böhm

El X Encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional se llevó a cabo entre los días 21 y 24 de octubre de 2013 en la ciudad de São Paulo y tuvo por objeto la primera sentencia condenatoria de la Corte Penal Internacional, *Lubanga* (sentencia de fondo y sentencia de reparaciones).

El análisis de la sentencia se dividió en los siguientes cuatro bloques temáticos, que serán desarrollados a continuación: Derecho penal, Derecho procesal penal, Reparaciones y Sentencia (el orden de exposición y discusión fue modificado).

1. Reparaciones

1. Sobre el procedimiento de reparaciones (Lubanga, *Decision on reparations*, pp. 56 ss.) expuso *Jaime Martínez*, quien describió la complejidad del proceso y se detuvo en sus ocho etapas.

La primera etapa consiste en la *conformación de un equipo multidisciplinario* para prestar apoyo a la Corte, delegación con la que Martínez se manifestó de acuerdo.

La segunda etapa es la *definición de las formas de participación de las víctimas*, respecto a lo cual la Corte estableció que debe considerarse el grupo de víctimas más amplio posible. Martínez entendió que es una de las decisiones más avanzadas de la Sala, ya que realmente integra la problemática de las víctimas, pero que no deja de ser problemática porque, si se tiene en cuenta que cada etapa requiere la participación de las víctimas, la aplicación podría ser muy compleja y demorar la implementación de la medida.

La tercera etapa consiste en la *elaboración del plan de reparaciones colectivas*, cuya complejidad fue expuesta por Martínez en cinco subetapas, cada una de ellas con sus dificultades específicas: 1) definición de los lugares; 2) consulta con amplia participación; 3) cuantificación del daño causado a las víctimas; 4) debates públicos en las localidades y 5) recolección de las propuestas de reparaciones colectivas).

La cuarta etapa trata de la *revisión y aprobación del plan de reparaciones*. Si bien la Sala se reserva el control de lo presentado y su aprobación, no está claro el procedimiento por el cual serían hechas sus observaciones, criticó Martínez.

La quinta etapa del procedimiento de reparaciones consiste en la *decisión sobre las fuentes de financiamiento*, y es aquí donde se presenta el obstáculo importante de la limitación del Fondo Fiduciario, ya que este constaría de los aportes de los Estados sin que exista posibilidad —de acuerdo a lo sostenido por el propio Fondo— de obtener aportes extraordinarios.

La sexta etapa es la *implementación de las reparaciones*, ya una fase ejecutiva, al entender de Martínez, una vez que las fuentes están determinadas.

La séptima y la octava etapas consisten en la supervisión y vigilancia de la implementación (con audiencias en forma similar a las dispuestas en el procedimiento interamericano).

Martínez concluyó que, a pesar de la riqueza doctrinal de la sentencia sobre el procedimiento, no se establece ni una sola reparación concreta. Consideró que se tiene una resolución de alto vuelo y con criterios avanzados, pero que las reparaciones en concreto aún se hacen esperar. En definitiva, luego de la discusión en el Grupo se acepta que será cuestión del tiempo demostrar el alcance real de la sentencia.

2. *Ramiro García Falconí* se refirió al estándar de la prueba como problema específico sobre reparaciones (Lubanga, *Decision on reparations*, pp. 83 s.). En este caso, explicó, se trata de estándares de prueba en materia civil, y el estándar utilizado por la CPI es propio del sistema civil anglosajón (y no del continental). Esta decisión marca a su entender la perspectiva que tiene la CPI sobre el proceso.

Refirió que en el ámbito anglosajón existen tres estándares de prueba: el penal, el civil y un tercero que puede considerarse el más bajo en sus exigencias, conocido como *conjunto de reglas de Pensilvania* —un sistema de balanza básica—. Este último es el que habría sido utilizado por la CPI (sistema probabilístico y no de la íntima convicción, como viene siendo utilizado en el ámbito continental desde fines del siglo XVIII).

Esta decisión no sólo es criticable por no haber sido debidamente fundamentada, consideró García Falconí, sino también por el riesgo de que tribunales nacionales, sin la debida información ni contextualización —y sin el hábito judicial respecto de este modelo anglosajón— adopten este estándar para la evaluación de prueba no solo en el ámbito de las reparaciones, sino incluso en los procesos penales en sí. Se trataría de una “mala interpretación” del criterio adoptado por la CPI, ciertamente, pero el riesgo de que tal interpretación tenga lugar existe, por lo que es problemático. Un estándar de mayor exigencia habría sido preferible.

En la discusión de la temática, distintos miembros del Grupo coincidieron con la idea central del análisis presentado en cuanto a que la CPI no fundamentó la elección del estándar adoptado.

3. A continuación, *Pablo Galain Palermo* se refirió a las modalidades de reparación y adecuación al tipo de la víctima (*Lubanga, Decision on reparations*, pp. 75 ss.). Destacó la importancia de distinguir entre reparación y asistencia, así como entre un comportamiento voluntario posterior y los programas de rehabilitación impuestos por agendas internacionales.

Por otra parte, consideró la importancia de la distinción entre el Estado y los individuos del Estado que están siendo imputados y/o condenados. Por ejemplo, podría decirse que, si un Estado no apoya el Fondo Fiduciario para las Víctimas, este Estado sería responsable del no cumplimiento en caso de que no se pudiese reparar a las víctimas por no contar con los medios necesarios, y esto no lo considera correcto.

Como segundo eje de discusión Galain Palermo resaltó críticamente que en la sentencia la víctima termina siendo parte de una definición procesal (de acuerdo a tiempos, fondos, enfoque). Quedaron descuidadas las víctimas, especialmente de los delitos sexuales: no tuvieron la posibilidad de manifestarse, por lo que no hubo posibilidad de reconocimiento o efecto catártico. No se dispuso reparación respecto de ellas, sino sobre las víctimas/autores (niños reclutados), lo cual significa que se optó por las víctimas “menos víctimas”. Las víctimas mujeres, en cambio, no fueron consideradas: ni desde la reparación ni desde lo simbólico se las incorporó como víctimas en la sentencia.

Con respecto a la reparación, Galain Palermo consideró que la forma de tratamiento de este punto en la sentencia es problemática porque allí se sugiere considerar cuestiones de género, mientras que a las mujeres no se las consideró, lo cual es contradictorio. Y, por otro lado, se establece que la reparación debe ser “rápida”, lo que hace

pensar más bien en rehabilitación y no en reparación. Con respecto a la confusión entre reparación y rehabilitación, la CPI sigue a la CIDH y a la literatura en cuanto a la idea de la rehabilitación (necesidad de ayudar a superar el trauma vivido, de dar asistencia a las necesidades básicas en los ámbitos médico, vital, social), pero plantea por lo tanto un programa de ayuda (rehabilitación y desarrollo) que de ninguna manera puede serle exigido a un individuo como Lubanga.

En cuanto a la posibilidad o imposibilidad de cumplimiento y la responsabilidad del Estado, señaló Galain Palermo que la CPI especificó que el Estado no está eximido de responsabilidad, dado que tiene capacidad de contribuir al proceso de reparación mediante la voluntaria solicitud de disculpas a los grupos de víctimas, en forma pública o confidencial. Con respecto al Fondo Fiduciario, es de destacar, que si bien tiene una función subsidiaria en la práctica —debido a la “indigencia” del responsable de los daños—, la función del Fondo Fiduciario terminará siendo principal.

Por último destacó la posibilidad de imposición de medidas simbólicas que abarcan incluso a quienes no fueron parte en el procedimiento ante la CPI (quienes no fueron considerados víctimas en el proceso), lo cual hace de estas medidas simbólicas un “antídoto” ante la injusticia que genera la selectividad penal.

4. Continuando con los problemas específicos sobre las reparaciones hizo su intervención *Alejandro Aponte*, quien expuso sobre el nexo causal entre el daño y su perpetrador (Lubanga, *Decision on reparations*, pp. 82 s.). Aponte indicó que, mientras que en Lubanga la CPI se centró en el artículo 75.2 ECPI (relación restrictiva entre perpetrador y acto), en otros contextos, como el caso colombiano, la obligación de reparación es más abarcadora, por lo que su investigación es independiente de la investigación respecto de la imputación penal específica.

En este sentido, consideró más avanzado el sistema colombiano que el de la CPI, la cual adoptó la teoría de la causa próxima, sin dar explicación respecto de su elección, y a pesar de que esta temática (determinación del nexo causal) es de alta complejidad y habría requerido mayor detenimiento. El fallo *Lubanga* en este punto puede resumirse en la frase: “La causa de la causa es causa de lo causado”. Pero, sostuvo Aponte, es imposible llegar a la causa (como ya lo indicó en su jurisprudencia la CIDH, la cual decidió adoptar la teoría de los efectos inmediatos). Sin embargo, incluso en esta otra idea sigue abierta la cuestión sobre dónde trazar la línea divisoria entre la inmediatez o mediatez de los efectos. En definitiva, se trata de una decisión eminentemente política.

Consideró que, en el caso concreto de Lubanga, todos los actos contra los reclutados tendrían que haber sido imputados. Si se sigue a la CPI y su requisito de “causa próxima”, la dificultad reside en su determinación (luego de un desplazamiento forzado que duró treinta años, por ejemplo, ¿cuál es la “causa próxima?”).

Según explicó Aponte, con respecto de la causalidad en la reparación, en la Ley de Justicia y Paz de Colombia se establece que, cuando no se haya podido individualizar al sujeto, pero el resultado esté relacionado con las actividades del grupo en cuestión, se considerará que hay causalidad y por lo tanto se tendrá derecho a hacer uso de las reparaciones del Fondo para las Víctimas (lo cual está en directa relación con la Ley de Víctimas, específicamente pensada para reparar). Por otro lado, en la misma ley se establece que pueden considerarse víctimas todas aquellas personas en esta condición de víctima en el conflicto armado, independientemente de cualquier proceso penal. De esta manera ya no es relevante la teoría que se siga; los requisitos serán, de todas formas, mínimos.

Otra discusión la planteó Aponte en relación con dos aspectos a considerarse en el ámbito de la causalidad: proyecto de vida y pérdida de oportunidad. No es igual la expectativa de vida de los jóvenes en tiempos de guerra que en tiempos de paz, ni son iguales las oportunidades que tienen en uno y otro contexto. Resaltó por lo tanto la dificultad de juzgar al respecto.

En la discusión el Grupo nuevamente estuvo de acuerdo en que la decisión de la CPI de optar por la teoría de la “causa próxima” fue arbitraria, así como que es importante en todo momento diferenciar las cuestiones de causalidad para la imputación de los hechos y las cuestiones de causalidad para la imposición de reparación.

2. Derecho procesal penal

5. En el bloque destinado al estudio del derecho procesal penal, *Alfredo Chirino* expuso el tema de la evaluación de pruebas (aspectos generales del sistema probatorio del ECPI) y el análisis del problema especial del uso de intermediarios en la obtención probatoria (Lubanga, *Judgment*, pp. 50 ss., 90 ss.). Señaló que en el DPI se ha establecido la tradición de los tribunales que tienden a no tener estrictas reglas de admisibilidad, sino que se basan en principios de libertad probatoria. La doctrina ha tratado de analizar la situación del DPI con base en la oposición inquisitorial/adversarial.

Con respecto a la sentencia, Chirino destacó el numeral 107, en que la sentencia menciona los artículos 69.3 ECPI (las partes pueden presentar todas las pruebas pertinentes para determinar la veracidad de los hechos) y 64.2 ECPI (obligación del tribunal de asegurar un juicio *fair* y rápido). La cuestión, indicó, es cómo se puede conseguir un juicio pronto sin ir en contra de la justicia. Se pone en evidencia la tensión con el principio de *fairness*.

Señaló luego Chirino que la decisión de la CPI de actuar a modo de árbitro es una limitación importante al derecho de defensa, porque la discusión de la idoneidad y protección de los derechos de defensa quedan supeditados al interés de averiguación de la verdad.

Los modelos puros de la doctrina, en la realidad, no existen. En el ámbito del DPI la doctrina por lo tanto insiste, sostuvo Chirino, en que el principio valorativo de la sana crítica es esencial. La propia CPI sostiene que el análisis debe ser *case by case*. Esto significa que el resultado dependerá del arbitrio del analista.

En cuanto al concepto de *prueba*, Chirino fue crítico al explicar que no es claro cuál utiliza la CPI. También se manifestó sobre la cuestión del uso de los intermediarios y las dificultades planteadas en el caso *Lubanga*: se trata de un país africano con víctimas que no llegan a la TPI a dar su testimonio. Intermediaria, entonces, es toda persona que facilita el contacto entre la CPI y los testigos, lo cual implica ventajas pero también problemas. Entre estos últimos destacó la forma en que operan, ya que habitualmente se trata de ONG y misiones con trabajo directo en la zona hace mucho tiempo (conocen a las víctimas desde antes, conocen el idioma, conocen el contexto real), por lo que su trabajo mismo los hace parciales.

La necesidad de intermediarios genera que la Corte tenga una actividad más inquisitorial, debiendo acudir y preguntar, pero, por otra parte, implica también que no pueda saber, a criterio de Chirino, cuándo un perpetrador tal vez podría estar siendo tratado como víctima y siendo protegido. En este sentido, entonces, como conclusión, Chirino entendió que el que se considere adversarial o inquisitorial la actuación de la CPI dependerá de cómo se considere a los intermediarios, qué atribuciones posea a su respecto la Fiscalía, qué acceso tengan las partes a los testimonios originales, etcétera.

En la discusión quedó planteada la cuestión acerca de cuáles son las limitaciones, la normativa, la doctrina y la realidad en la CPI en cuanto a la admisibilidad o no de las pruebas y la forma de ingreso en el proceso.

6. A continuación tomó la palabra *Alberto Nanzer*, quien expuso sus reflexiones sobre *disclosure* e integridad procesal a propósito del caso *Lubanga*. Explicó que se trata de una institución que por definición irrumpe en el proceso en la etapa previa del juicio oral: ante cuestiones preliminares y luego ante primera instancia. En concreto, consiste en la obligación de las partes de revelarse las pruebas que usarán en el debate.

Es una institución relativamente reciente (extraña al *civil law*), que tiende a moralizar el debate. La idea es que la revelación de las pruebas contribuya a convencer a la otra parte, poniendo desde el inicio toda la información a disposición. La igualdad de armas es el objetivo principal, para que las armas de la Fiscalía puedan verse equilibradas con contramedidas de la Defensoría.

Luego de esta introducción Nanzer presentó —con base en dos situaciones específicas sobre *disclosure* en el caso *Lubanga*, que tuvieron lugar en los años 2008 (problemática de la obligación o no de revelación de pruebas exculpatorias por parte de la Fiscalía) y 2010 (divulgación restringida por parte de la Fiscalía de lo dicho por un informante)— tres niveles de análisis respecto del *disclosure* en la CPI:

En primer lugar, una supuesta situación de tensión entre los artículos 54.3.e ECPI (obligación del fiscal de no divulgar información obtenida bajo confidencialidad con el fin de obtener nuevas pruebas) y 67.2 ECPI (derecho del acusado a la divulgación de las pruebas obtenidas por el fiscal). Nanzer explicó las dificultades de la situación y entendió que el artículo 54.3.e ECPI no puede ser una excepción al 67.2, que no prevé excepciones. La confidencialidad no puede ir más allá de pruebas mediatas (*springboard evidence*), que sirven de “plataforma de rebote” para pasar a otras pruebas.

Como segundo complejo de discusión, Nanzer explicó que hay una puja de sistemas, ya que el sistema de la CPI se reconoce como predominantemente adversarial, pero el sincretismo tomó los aspectos menos positivos de los dos sistemas principales (adversarial e inquisitorial).

En tercer y último lugar, desarrolló un aspecto de índole filosófica y se preguntó si es moralmente justificable tomar la noción de integridad procesal con tanta seriedad como para que eso lleve a la paralización del trámite (lo cual estuvo a punto de suceder en el año 2008). Explicó que fue una decisión tuitiva la de la integridad procesal, pero que a ella cabe contraponer la idea del carácter no instrumental del proceso internacional. El proceso internacional es un fin en sí mismo (simbólico, expresivo), dado que el proceso tiene tal vez incluso más peso que la pena. En el DPI la pena está al servicio del proceso, y no al revés. Dado que la noción de integridad procesal es consustancial a la

idea de expresividad, si no se respetan las reglas el proceso perdería fuerza vindicativa, por cuanto no puede afirmarse que se va a vencer la anarquía con el derecho si para eso se lleva adelante un proceso que viola el derecho.

En la discusión se plantearon y discutieron argumentos en favor y en contra de la tensión entre los artículos 67.2 ECPI y 54.3.e ECPI. Una de las conclusiones fue la dificultad que representa que no estén estipuladas sanciones para los casos de incumplimiento.

7. *Marcos Zilli* presentó la temática tratada por él junto con *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* y *Fabiola Girão Monteconrado*, relativa a la participación procesal de las víctimas. Explicó que el tema estuvo muy presente en las distintas instancias (documentado esto en más de 400 páginas a lo largo del proceso). Explicó que se advierte que los jueces más identificados con la protección de los derechos humanos tienen una visión más amplia en cuanto a las facultades procesales de la víctima, mientras que los jueces con una visión más tecnicista tienden a velar por el resguardo de la paridad de armas y sostienen por lo tanto una idea más restrictiva en cuanto a la participación de las víctimas en el proceso.

Según esta diferenciación se advierten a lo largo del proceso dos modelos: en el modelo de protagonismo la víctima asume la acusación, mientras que en el modelo cooperativo la víctima actúa (con mayor o menor participación) como coadyuvante. De esta observación se desprenden, de acuerdo a los miembros brasileños del grupo, las siguientes conclusiones:

- a. El derecho de participación es un derecho procesal, por lo que la CPI tiene el deber de asegurar ese derecho, oponible al tribunal.
- b. Se trata asimismo de un derecho de participación, por lo que necesariamente supone una postura coadyuvante, y no de protagonismo procesal.

Su ejercicio no es automático, sino que existen condiciones: una debida legitimación para participar (regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI [RPP]), sumada al interés procesal que supone la idea de necesidad (artículo 68.3 ECPI).

Zilli explicó los dos aspectos contenidos en la legitimación, esto es, la vinculación entre víctima y lesión y la vinculación entre lesión y crimen. El concepto de *crimen* no es de derecho penal sino procesal, lo que implica que se va modificando a medida que el proceso avanza, y esto sucede por lo tanto también con el concepto de *víctima*, que se va definiendo a lo largo del proceso (en similar idea a la expuesta antes por Galain

Palermo). Al momento de establecerse una situación el concepto de víctima es más amplio; se reduce cuando se avanza hacia una orden de prisión y finalmente es mucho más restringido al confirmarse la acusación, y las víctimas quedan delimitadas por el hecho procesal descrito en la acusación.

La reparación, finalmente, estará delimitada por la víctima considerada en la condena. No basta por lo tanto con demostrar expectativa como víctima, sino que debe haber definición procesal. Para ello proponen entonces un test de tres etapas, que abarque en primer término la legitimación, que contemple el interés procesal y que finalmente responda al paradigma de *fair trial*. La cuestión reside entonces en determinar cuál es el régimen punitivo del DPI, qué preocupación se tiene por los intereses de la víctima. La respuesta a estas preguntas debe verse reflejada en el proceso ante la CPI.

3. Derecho penal

8. A continuación se discutieron las cuestiones de índole penal. Inició este bloque *César Alfonso* con el análisis del artículo 8.2.e.vii ECPI, de reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años y de uso de menores de 15 años (Lubanga, *Judgment*, pp. 261 ss.). Explicó que la Sala optó en la sentencia por la idea de reclutamiento como concepto general, y de conscripción y alistamiento como subespecies. Consideró que esto no es coherente, dada la irrelevancia de esta distinción tanto en lo legal como en lo práctico (si la voluntariedad es parte del tipo penal, no es de esperar que un niño pueda dar un consentimiento genuino e informado).

Por este motivo consideró que el consentimiento debería excluir el tipo. Consideró además que no se trata de “delitos separados” (entre utilización y reclutamiento), sino de variantes. Hay cierta ambigüedad en lo establecido por la Sala (por ejemplo, si el alistamiento incluye o no la intención). Por otro lado, los criterios adoptados por la Sala respecto de la puesta en riesgo o no de las víctimas tampoco son precisos.

En la discusión de estos aspectos se destacó la problemática del consentimiento, así como que de todas formas el “reclutamiento voluntario” también es delito. La decisión, en definitiva, es de política criminal, se concluyó.

9. Como invitado especial participó a continuación el presidente de la Comissão Nacional da Verdade, *Jose Carlos Dias*, quien explicó el funcionamiento, los desafíos y logros de la comisión que preside.

10. Continuando con los aspectos penales de la sentencia *Lubanga, Carlos Caro Coria* se refirió al tratamiento que esta hizo del tipo subjetivo. Señaló que la sentencia se distanció de lo antes establecido en el caso *Bemba*, en el que se consideró que el artículo 30 ECPI solo aceptaba la posibilidad del dolo directo. En la sentencia de Lubanga, en cambio, se habría ampliado la interpretación del artículo 30 ECPI, dado que para su interpretación se recurrió a los Elementos de los Crímenes. Esto iría en contra del artículo 22 ECPI, que exige una interpretación estricta del Estatuto. En la regla 3 de los Elementos se establece una disminución en el nivel de exigencia subjetiva, ya que se acepta la posibilidad del “hubiera debido saber”. Lo mismo sucede con la regla 5, donde se contempla la posibilidad de que “el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho”.

La idea central planteada por Caro Coria fue que la sentencia tiene un defecto importante, dado que no realizó una clara distinción entre los objetos de referencia para definir a cuál iba a aplicar la exigencia subjetiva. Cuando se habla de “conducta” en la sentencia debería tenerse presente el alistamiento, el reclutamiento, etcétera, de los niños. Cuando se habla de “consecuencia”, en cambio, no se está hablando de conductas, como erradamente afirma la Sala, sino que las consecuencias hacen referencia, por ejemplo, a la acogida y existencia de los niños en el grupo. Las “circunstancias”, por su parte, son tanto el conflicto armado como la edad de los reclutados. La Sala debió señalar cuál era el estándar subjetivo en relación con cada uno de los elementos, tal como lo exige el artículo 30 ECPI.

Caro Coria señaló que a esta deficiencia se aduna un problema de carácter práctico, dado que el estándar aplicado por la Sala es bastante bajo, por lo que se dan por probados hechos que exigían un estándar subjetivo más elevado. A modo de ejemplo se refirió a la intervención de Lubanga en el campo de Rompala, en el cual alentó a los niños a unirse al ejército, como guardaespaldas. Estos hechos la Sala los dio por probados aunque a su respecto se hubiera exigido un estándar subjetivo más exigente por tratarse de un resultado y no de la conducta en sí misma.

En definitiva, la poca claridad de los estándares aplicados y su dificultad práctica fueron el centro de la crítica a la sentencia, así como la gravedad de que la interpretación del artículo 30 ECPI no deje en claro si se acepta o no el dolo eventual en los casos juzgados antes la CPI, y el hecho de que para paliar tal poca claridad se recurra a los Elementos de los Crímenes como si se tratase de una extensión del Estatuto, lo que significa una violación al principio de legalidad.

11. *Elizabeth Santalla Vargas* desarrolló seguidamente el tema del elemento contextual. Explicó que la Sala de Cuestiones Preliminares en la misma causa había recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), lo cual únicamente sirvió para establecer ciertos elementos del contexto general (conflicto armado, conciencia sobre esta circunstancia).

La consideración del elemento contextual es importante a la luz del artículo 8.1 ECPI, dado que establece la competencia de la CPI solo para los casos en que los crímenes sean parte de un plan o política, o como parte de su comisión a gran escala. La pregunta es cómo debe interpretarse esta limitación. Tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial, explicó Santalla Vargas, existiría cierto consenso sobre el concepto de conflicto armado internacional, mas no así sobre el concepto de conflicto armado *no* internacional.

Para responder a esto la Sala recurrió entonces a la jurisprudencia del TPIY, donde se perfilan factores que sirven para categorizar el conflicto armado no internacional: la intensidad y la organización del grupo. La jurisprudencia a la que recurre la Sala en la sentencia *Lubanga*, sin embargo, es a criterio de Santalla Vargas insuficiente y no sistemática. Del mismo modo consideró criticable que se haya recurrido a esta jurisprudencia en forma automática, sin fundamentar esta decisión, dado que, de acuerdo al artículo 21.1.b ECPI, puede acudir a otras fuentes solo en casos en que el Estatuto y los Elementos no sean suficientemente enunciativos.

También en lo que respecta al elemento de “control” se siguió en *Lubanga* —sin dar explicación de ello— al TPIY, el cual se ha pronunciado en forma distinta a otros tribunales (como la CIJ en el caso de Nicaragua, por ejemplo). En *Lubanga* la CPI optó por no entrar en el análisis y mantuvo la posición de que el test del control global es suficientemente apropiado (mientras que el test de control efectivo sería demasiado alto). Las dificultades de interpretación y deficiencias de fundamentación ameritarían una pregunta esencial: ¿Debían considerarse distintos tests (tema de la fragmentación) en distintos ámbitos/contextos?

Finalmente, con respecto al elemento del grupo armado nacional, criticó que, por haber dejado la CPI sin tratar la categorización del grupo armado internacional, no haya habido ocasión de tratar esta temática. Quedó abierta entonces la pregunta de cómo deberían considerarse los tests y las diferenciaciones en el ámbito del DPI.

12. *José Luis Guzmán Dalbora* se refirió a dos problemas generales de la responsabilidad penal individual (*Lubanga, Judgment*, pp. 400 ss.). Un primer problema es la

identificación o diferenciación entre autor y partícipe. Consideró que de los derechos nacionales no surge en forma segura una preferencia por la diferenciación o por el concepto unitario de autor. Hay distintas tendencias (unificadoras unas, diversificadoras otras) con metas poco definidas, pero tienen en uno y otro caso rasgos más o menos precisos; por ejemplo, el que se admita o no la tentativa de participación, el que se acepten o no formas ampliadas de participación o el modo de determinación de la pena en caso de participación. El rasgo más interesante sería el carácter accesorio o no de la participación.

No obstante las consideraciones teóricas, sin embargo, la adopción de una u otra posición es una cuestión política. Mientras más apegado a la idea liberal sea un sistema (así parecería ser la orientación), mayor valor se dará a la distinción. En la sentencia de *Lubanga*, explicó Guzmán Dalbora, si bien el voto mayoritario opta por la diferenciación, lo hace sin utilizar un método lógico, y se centra únicamente en el artículo 25 ECPI. El juez Fulford, en cambio, en su voto minoritario, utilizó un método sistemático al recurrir a la regla 145 RPP y al gramatical, para concluir que del artículo 25 ECPI no surge diferenciación cualitativa de las intervenciones. Guzmán Dalbora consideró, por su parte, que sí existe la diferenciación personal, de culpabilidad y de accesoriedad.

En cuanto al concepto de autor —segundo problema tratado por Guzmán—, la sentencia se inclina por la teoría del dominio del hecho. El voto minoritario no analiza la idea objetivo-formal, por cuanto sostiene que el ECPI no exige distinguir entre autores y partícipes, sino que la importancia residiría en el aporte que debe repercutir en el resultado, y la pena que se imponga depende del tipo de aporte de que se trate. Guzmán Dalbora consideró que no consta en sitio alguno que deba ser la teoría del dominio del hecho la escogida por la CPI. Consideró, en cambio, que el concepto de autor habría que reconstruirlo de los núcleos típicos de la parte especial.

Dado que en la sentencia de *Lubanga* hay conceptos preformados en el ámbito militar (autor es quien organiza el reclutamiento, es quien manda), no cree que la determinación entre autor y partícipe tenga que darse por el carácter esencial o no del aporte. La noción de los núcleos de los tipos en la teoría del dominio del hecho —criticó— no es tan legalista como la objetivo-formal, porque trata los núcleos típicos de forma más amplia. Entendió que sobre esta cuestión hay un problema metodológico por tratar.

13. En especial sobre la responsabilidad penal individual y la coautoría hizo su presentación *Alicia Gil Gil*. Explicó que la sentencia adopta la doctrina de la autoría

por dominio del hecho, pero que los elementos allí presentados están en verdad desdibujados. Se admite la autoría directa por dominio del hecho, la coautoría por dominio del hecho, así como la idea de dominio de organización para la autoría mediata. Se prescinde, sin embargo, del requisito de la desvinculación de la organización al derecho. Se trata más bien de una combinación de las dos teorías: la coautoría por dominio funcional y la coautoría mediata, lo cual provoca que quien al inicio interviene en fase preparatoria termine teniendo responsabilidad por lo hecho por otros, sobre lo que no tiene mando alguno.

Si bien la sentencia pretende seguir los elementos planteados por la Sala de Cuestiones Preliminares, la realidad es que los elementos se encuentran tergiversados. Y esto ocurre tanto respecto del concepto del plan común como respecto del elemento subjetivo. No es claro por qué la CPI opta por la dogmática romanogermánica —opinó Gil Gil— en lugar de haber hecho un estudio comparado buscando una solución sistemática y teleológica más cercana al ECPI. La sentencia escogió las formas más expansivas de la categoría de la autoría, sin justificar esta decisión.

En cuanto a la diferenciación entre autor y partícipe, la sentencia desliga la cuestión de la contribución esencial para definir al autor por dominio funcional, descuidando el hecho de que sin contribución no se tendría autor. Gil Gil entendió, además, que la distinción entre partícipes esenciales y accesorios debería llevar a la distinción en el ámbito de la tentativa.

Por este motivo consideró que los conceptos tratados por la Sala Preliminar quedan irreconocibles en la sentencia, debido a la tergiversación sufrida. Parecería que la idea de la CPI es dar un mensaje simbólico, expresivo, en cuanto al rechazo a la conducta de líderes políticos —afirmó—.

En definitiva, a pesar de todo el análisis, la sentencia concluye con un concepto normativo de autor que infringe el principio de legalidad, ya que este concepto no está previsto en el artículo 25 ECPI, así como se infringe el principio de culpabilidad al condenar al autor por hechos ajenos.

Consideró que la CPI debería replantearse su doctrina sobre la autoría, escoger una y ser fiel a ella. A su criterio, esta decisión no debería ser en favor de la doctrina de Claus Roxin por la dificultad que presenta la definición de sus elementos. Por otra parte, en caso de falta de evidencia para la autoría, la CPI debería evaluar la aplicación del artículo 28 y de todas las otras formas que suponen una intervención de menor reproche.

4. Sentencia

14. En el último bloque del encuentro del Grupo, dedicado a la sentencia propiamente dicha, *Javier Dondé Matute* explicó algunas consideraciones generales. En primer término destacó que en la imposición de la pena había cuestiones importantes que considerar en primer término (como la voluntad de las personas menores o la violencia sexual), pero que sin embargo se abordó directamente la sentencia de condena. En ella se dice que esos factores mencionados fueron considerados para evaluar el monto de la pena, pero esto no es claro, ya que la exposición es aislada y sin motivación. De la sentencia no se desprende su consideración —entendió Dondé Matute—, como tampoco la evaluación de la cooperación con la CPI como atenuante (que es mencionada pero no vinculada con la imposición de la pena). En resumen, la sentencia carece de claridad en cuanto a la motivación de la pena impuesta.

Otra crítica merece la poca importancia brindada a la audiencia para la discusión de agravantes y atenuantes. Tampoco se abordó debidamente la cuestión de la gravedad de los crímenes de guerra (su mayor o menor gravedad respecto de otros crímenes nucleares). Teniendo en cuenta que se trata de la primera sentencia condenatoria de la CPI, esto habría sido deseable. De la sentencia parece desprenderse como fin la prevención general, aunque no queda claro de la lectura misma del ECPI si la prevención general es objetivo del Estatuto o de la pena. Si bien uno de los fines es la resocialización, esto no es mencionado por la CPI.

No se encuentra un análisis sobre el bien jurídico protegido, ni sobre la culpabilidad. El resultado del análisis deja en claro que la pena impuesta no fue satisfactoriamente fundada.

15. A continuación, *Juan Luis Modolell* se refirió a problemas específicos de la sentencia (establecimiento de gravedad del delito, agravantes y atenuantes, concurso de delito y *sentencing*).

La primera cuestión planteada se relacionó con la problemática de evaluar la imposición de agravantes en el contexto de coautoría de un coautor que no concurrió a la ejecución material del hecho. Un primer criterio son las agravantes presentes en el curso ordinario del crimen, pero esto no se da en este caso, ya que Lubanga no era ajeno al maltrato ejercido. La Corte dice “nada induce a pensar que promovió u ordenó”, aunque esto contradice lo dicho antes por la misma CPI sobre la autoría.

Un segundo criterio es la agravante de “violencia sexual”, sobre la que la Sala dice que no hay pruebas. Lamentó Modolell que la sentencia no se pronuncie sobre el plan común o la orden expresa, ya que esto dificulta la imputación de la agravante, dado que el autor no habría concurrido a la ejecución de esa agravante.

Un tercer criterio se relaciona con la “víctima indefensa o vulnerable”, cuya aplicación la CPI considera que no corresponde, dado que los elementos del tipo no pueden ser agravantes. Respecto de un cuarto criterio, los “motivos discriminatorios” (género), la Sala no los imputa por falta de evidencia de la discriminación deliberada.

En cuanto a las atenuantes, continúa Modolell, la CPI no consideró la “conducta posterior” porque el alistamiento se siguió cometiendo y Lubanga mantuvo su presencia en la organización. Es decir, si él hubiese dejado de reclutar sí se habría dado esta atenuante. Modolell consideró que la colaboración con la CPI fue efectivamente considerada como atenuante. Específicamente sobre el cálculo de la pena y el concurso, entendió que la Sala arribó a una conclusión errónea porque se aplicó pena por cada delito distinto y solo después, por absorción, se definió la pena total. La pena individualizada, en definitiva, fue muy reducida.

Respecto de la imposición concreta de la pena, durante la discusión del Grupo se concluyó que la sentencia carece de claridad e incluso presenta confusión conceptual (circunstancias agravantes y hechos independientes, por ejemplo) y falta de análisis teórico (por ejemplo, respecto de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes).

LOS AUTORES

CÉSAR ALFONSO. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Asunción, Paraguay). Máster en Derecho Penal por la Universidad del Norte (Asunción). Magíster legum (LL. M.) en Derecho Penal por la Westfälische Wilhelms-Universität (Münster, Alemania). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal (Asunción).

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen. Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la misma universidad. Juez del Tribunal Provincial de Göttingen (desde marzo de 2006). Decano para Estudios (*Studiendekan*) de la Facultad de Derecho (2008-2010). Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Proceso Penal Latinoamericano (CEDPAL). Entre 1991 y 2003 fue responsable de las áreas Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo. Para más información véase <www.department-ambos.uni-goettingen.de>.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Profesor universitario. Asesor y consultor internacional en temas de derecho penal internacional y justicia transicional. Asesor del señor fiscal general de la Nación. *National advisor* —experto nacional— en el proyecto internacional sobre selección y priorización de casos y criterios para la definición del máximo responsable, liderado por la Case Matrix Network of the Centre for International Law Research and Policy.

MARÍA LAURA BÖHM. Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Magíster en Criminología (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina). *Diplom-*

Kriminologin (Universidad de Hamburgo) y *Doktorin der Philosophie*, especialización en Criminología (Universidad de Hamburgo). Se desempeñó en cargos de la defensa pública (Argentina, 1996-2003), fue becaria de la Fundación Konrad Adenauer (Alemania, 2004-2008) y asistente de investigación en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Göttingen (2008-2011). Desde abril de 2011 es becaria posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt (Göttingen).

CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y director ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y de Caro & Asociados.

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ. Catedrático en Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

JAVIER DONDÉ MATUTE. Doctor en Derecho Penal Internacional y Comparado (Universidad de Aberdeen, Gran Bretaña). Profesor-Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor Europeo en Derecho (Salamanca, España). Investigador senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg, Alemania). Becario posdoctoral Marie Curie (Unión Europea). Profesor honorario Derecho Penal en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Investigador Activo del Sistema Nacional de Investigadores de Uruguay (ANII). Director del Observatorio Latinoamericano sobre Política Criminal y Reformas Penales (Universidad de la República, Montevideo, Uruguay).

RAMIRO GARCÍA FALCONÍ. Abogado y doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Máster en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia). Máster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Máster en Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Internacional del Ecuador. Profesor invitado de universidades latinoamericanas y europeas. Investigador invitado por la Universidad de Göttingen. Exjuez de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha. Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctora en Derecho por la UNED. Profesora titular de Derecho Penal en la UNED, acreditada por la ANECA para el cuerpo de catedráticos de la universidad. Subdirectora del Instituto

Universitario Gutiérrez Mellado de estudios sobre paz, seguridad y defensa. Ha sido profesora en la Universidad de Zaragoza, investigadora becada en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania) y profesora en la UNED. Es coautora del *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid: Dykinson, 2011), autora de numerosas monografías sobre temas centrales de la teoría jurídica del delito y sobre distintos temas de derecho penal internacional y de más de medio centenar de artículos publicados en libros y revistas españoles y extranjeros.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España). Especialista en derecho penal y criminología (Universidad de Roma, La Sapienza, Italia). Doctor honoris causa por las universidades Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú) y de Antofagasta (Chile). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile). Excatedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Fue abogado integrante (juez suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008). Autor de múltiples publicaciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho. Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile.

EZEQUIEL MALARINO. Director Académico del Centro de Estudios para Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen, Alemania. Profesor visitante regular en la Universidad de Trento, Italia (desde 2006) y profesor de posgrado de la UBA (desde 2007). Graduado en derecho con honores en la UBA (1996) y doctor en derecho por la Universidad de Macerata, Italia (2006). Fue profesor de Derecho Procesal Penal (grado y posgrado) de la Universidad Torcuato Di Tella (2010 y 2011) e investigador del Collège de France, Francia (2004-2006) y del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Alemania (2002-2004). Realizó estancias de investigación en universidades de Alemania (Münster y Göttingen), Italia (Bologna, Macerata, Camerino y Trento), Francia (Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Israel (Hebrew University, Institute for Advanced Studies) e Inglaterra (Cambridge y Nottingham). Fue becario del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional (2002), del Ministerio para la Investigación Científica de Italia (2003-2006), del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) (2010) y del Institute for Advanced Studies de Israel (2012). Actualmente, es becario de la Fundación Alexander von Humboldt (beca Georg Forster para investigadores experimentados).

JAIME EDWIN MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Diplomado en Criminología y Justicia Penal Juvenil por el Consejo Nacional de la Judicatura. Fundador y director (1993-2005) del

Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). Entre 2005 y 2009 dirigió la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia. Desde el 1 de junio de 2009 se desempeña como director general de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador. Es miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP), del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y del Consejo de la *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad*, con sede en Guatemala.

JUAN LUIS MODELELL GONZÁLEZ. Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (1990). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (2000). Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesor de Derecho Penal en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Profesor invitado de la Universidad de León (España), de la Universidad del Zulia y de la Universidad de Carabobo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO. Máster en Derecho, Estado y Sociedad (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil), doctoranda en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do IBCCrim.

ALBERTO NANZER. Abogado, graduado con honores en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Realizó una estancia de investigación de dos años en la Ludwig-Maximilians Universität (Múnich, República Federal de Alemania). Asistente de la cátedra de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Prof. Dr. Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires). Asesor letrado de la Procuración General de la Nación (Argentina).

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Licenciada en Derecho (con honores) por la Universidad Católica Boliviana, Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de San Francisco, Estados Unidos. Cursos adicionales en, inter alia, Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos; Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden University; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Academia de La Haya de Derecho Internacional; Universidad de Helsinki; Universidad

del Rosario (Colombia). Ha sido, *inter alia*, oficial legal asociada en el TPIY, asesora jurídica de la Agencia Implementadora del ACNUR en Bolivia, visitante profesional en la CPI y autora de los módulos sobre derecho penal internacional de la Educatis University (Suiza, educación a distancia). Ha efectuado consultorías en derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y derechos humanos en ámbitos nacionales e internacionales. Ha sido miembro del equipo jurídico boliviano encargado del análisis y la elaboración de la demanda marítima presentada ante la CIJ. Ha sido profesora en varios cursos nacionales y regionales. Al presente imparte cursos especializados de derecho internacional en la Universidad Privada Boliviana.

MARCOS ZILLI. Professor Doutor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de pós-graduação Interdisciplinar Humanidades, Direitos e outras Legitimidades da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (USP). Membro do Grupo de Pesquisa Conflitos Armados na Era Contemporânea vinculado ao Diversitas – Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos (USP). Juiz de Direito.

