

# 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.

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

**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.<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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,<sup>3</sup> la definición de víctima y su participación en el proceso<sup>4</sup> son algunas de las cuestiones jurídicas<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Roger Clark, "Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht", *ZStW* 114 (2002), pp. 372 ss.

<sup>7</sup> 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",

---

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

---

No obstante, la paulatina incorporación del Model Penal Code<sup>8</sup> 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,<sup>9</sup> la que se vio materializada en la propuesta formulada al año siguiente por el Preparatory Committee.<sup>10</sup>

Como fruto de ello, y siguiendo así la tradición europeo-continental, el Estatuto de Roma incorporó finalmente una parte general<sup>11</sup> 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*.<sup>12</sup>

---

en Cassese, Gaeta y Jones (eds.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, pp. 892 ss.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, U.N. GAOR, 50<sup>th</sup> Sess., Supp. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

<sup>10</sup> *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, tomo II, "Compilation of Proposals", U.N. GAOR, 51<sup>st</sup> Sess., Supp. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1996).

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

### 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.<sup>14</sup>

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.

<sup>13</sup> *Judgment*, § 1273.

<sup>14</sup> Eser, o. cit., pp. 930 ss.

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

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*).<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup>

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*<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Werle, o. cit. p. 199, 200.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> En torno a su problemática, véase Eser, o. cit., p. 913; detalladamente, Gil Gil, o. cit., p. 25.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> “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.<sup>20</sup> 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*<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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”);<sup>23</sup> 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”).<sup>24</sup>

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> § 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”.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 353.

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 354; Werle, o. cit., p. 441.

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

A pesar de que la Sala se apoya en la decisión del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia en el proceso contra *Stakic*<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> ICC-P-T. Ch. II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., § 360, 361 ss.

<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup>

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.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.*”

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

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.<sup>31</sup>

## 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.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup>

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

<sup>31</sup> Werle, o. cit., p. 213 s.

<sup>32</sup> *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”.

<sup>33</sup> *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.<sup>34</sup>

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 Preliminares<sup>35</sup> con base en la *drafting history* del Estatuto de Roma y en la expresión *will occur* contenida en el artículo 30.2.b.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup>

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.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 1013. Texto traducido tomado de Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 34 (cursivas añadidas); véase también Barthe, o. cit., p. 92.

<sup>35</sup> *Judgment*, § 1011.

<sup>36</sup> *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*”.

<sup>37</sup> 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.

---

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

---

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.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup>

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*.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Un problema ya advertido por Ambos, "El primer fallo...", o. cit., p. 34.

<sup>39</sup> "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.

<sup>40</sup> Acertadamente aquí Ambos, "El primer fallo...", o. cit., p. 34.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>42</sup> *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 bajo<sup>43</sup> (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*,<sup>44</sup> o sea, a tres distintos objetos de referencia, cada uno de ellos con un determinado estándar subjetivo.<sup>45</sup>

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.<sup>46</sup>

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.

<sup>43</sup> Pero incorrecta desde una interpretación adecuada del artículo 30, que distingue entre los estándares subjetivos con relación a los objetos de referencia (véase *supra*).

<sup>44</sup> Judgment, § 1007: “Article 30 defines the requirement of intent by reference to three particular factors: conduct, consequence and circumstance”.

<sup>45</sup> 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”.

<sup>46</sup> 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.

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

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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> Las *circunstancias*, por su parte, están representadas por la existencia de un conflicto armado.<sup>49</sup>

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

<sup>47</sup> “[...] muss der Täter die Rekrutierungs – oder Verwendungshandlung – z.B. einen Befehl erteilen oder ein Kind entführen-wollen”. Palomo Suárez, o. cit., p. 87.

<sup>48</sup> “[...] 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.

<sup>49</sup> “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.<sup>50</sup> 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,<sup>51</sup> 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,<sup>52</sup> 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.

<sup>50</sup> “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.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> *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”.

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

### 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 tareas<sup>53</sup> entre los distintos coperpetradores y su vinculación entre sí a través de un acuerdo o plan común.<sup>54</sup> De esta vinculación consciente se deriva la posibilidad de atribución mutua de cada una de las aportaciones individuales a todos los coperpetradores,<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> Por eso la calidad de coautor surge de la función esencial que se asume en la ejecución del plan<sup>57</sup> y no de una decisión puramente subjetiva del interviniente de querer actuar como coautor.<sup>58</sup>

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

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> Ambos, “El primer fallo...”, o. cit., p. 29. En el mismo sentido, Gil Gil, o. cit., pp. 22 y 24.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Roxin, o. cit., § 25, Rn. 188. Respecto a la esencialidad del aporte del coautor véase Ambos, *La parte general...*, o. cit., p. 189.

<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

Este criterio ha sido confirmado ahora por la Sala<sup>60</sup> 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*<sup>61</sup> entre Lubanga y sus coacusados como la *contribución esencial* de aquel para la perpetración del delito del 8.2.e.vii.<sup>62</sup>

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”,<sup>63</sup> 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.

<sup>59</sup> 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”.

<sup>60</sup> 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 committed the crime and it allows responsibility to be established on a ‘joint basis’”.

<sup>61</sup> 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”.

<sup>62</sup> 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”.

<sup>63</sup> 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”.

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

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.<sup>64</sup>

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,<sup>65</sup> se conforma con que incluya un “elemento crítico de criminalidad”.<sup>66</sup> 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 criminal<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup>

De otro lado, la idea de un plan eminentemente criminal significa la autoimposición de determinados límites en la imputación, derivados precisamente de la extensión

---

<sup>64</sup> Ibídem, p. 27.

<sup>65</sup> Ibídem.

<sup>66</sup> *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”.

<sup>67</sup> 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”.

<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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

<sup>69</sup> “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.

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

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).

---

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

---

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).