

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

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

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 codelinuencia y causalidad, por un lado, y el de codelinuencia 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.

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

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". Stammer, *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.

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

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).

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

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. Fiancaca 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, *Tecnique 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".

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

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 and 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. 397400.

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 Aunión), 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.

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

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 responsabilidad²⁴ 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).

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

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 Delpech, *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 codelinuencia 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 codelinuencia, 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.

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

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 accesorial 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 reali- zado 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 Prelimi- nares en la decisión de confirmar los cargos de la fiscalía contra el entonces inculpa- do.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, indis- pensable 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.

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

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 prohija 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. cits., 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 Boulouc, o. y ed. cits., 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.

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

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 quintaesencia 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 de otra conducta 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.

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

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 *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) 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.

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

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.

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

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, *ibidem*, 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 Ciência 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

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

- 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. Roces), 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.
- VINCIGUERRA, 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.