

SENTENCIA DE IMPOSICIÓN DE PENA EN EL CASO THOMAS LUBANGA.

ASPECTOS GENERALES

Javier Dondé Matute

RESUMEN. La sentencia de imposición de penas constituye un gran avance por cuanto resuelve varias de las dudas y críticas que se habían formulado en contra de los tribunales penales internacionales e híbridos que precedieron a la CPI. En específico este artículo trata sobre los criterios que pueden derivarse del uso de jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, así como de los tribunales internacionales de derechos humanos; la finalidad de la pena; los hechos relevantes para la emisión de una sentencia de imposición de penas; el umbral probatorio, y el *ne bis in ídem* material (*double counting*).

Palabras clave: penas, finalidad de la pena, umbral probatorio, *ne bis in ídem* material, sentencia de imposición de penas, caso *Lubanga*, derechos humanos.

ABSTRACT. The decision determining the sentence represents a breakthrough in that it overcomes many of the doubts and criticisms that had been made to the international and hybrid criminal courts which preceded the ICC. This paper discusses the criteria that may be derived from using the case law of other international criminal courts and international human rights courts; the purpose of punishment; the relevant facts for issuing a sentence; the evidentiary threshold; and substantive double jeopardy (*double counting*).

Key words: sentences, purpose of punishment, evidentiary threshold, substantive double jeopardy, decision on sentence, *Lubanga* case, human rights.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Urteil zur Strafzumessung stellt insofern einen großen Fortschritt da, als es eine Lösung zu einer Reihe von Zweifeln und Kritiken an den dem IstGH vorausgegangenen hybriden internationalen Straftribunalen bietet. Der Beitrag befasst sich dabei insbesondere mit den Kriterien, die sich aus der Rechtsprechung anderer internationaler Straf- und Menschenrechtstribunale ableiten lassen, dem Strafzweck, den für die Strafzumessung im Urteil relevanten

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

Tatsachen, den Beweisanforderungen und dem materiellen Aspekt des Prinzips des *ne bis in idem*.

Schlagwörter: Strafen, Strafzweck, Beweisanforderungen, materielle Aspekt des Prinzips des *ne bis in idem*, Strafzumessungsurteil, *Lubanga*-Fall, Menschenrechte.

1. Introducción

En las siguientes líneas se describirán los aspectos más importantes relacionados con la imposición de penas en el caso *Prosecutor v. Lubanga*. La anterior afirmación requiere algunas precisiones metodológicas antes de comenzar. En este apartado no se abordarán en detalle los aspectos particulares de la sentencia de imposición de pena;¹ es decir, temas como establecimiento de la gravedad del delito, circunstancias particulares del condenado, agravantes y atenuantes, concurso de delito y *sentencing*. Esto no obsta para que sean necesarias referencias a la sentencia de condena² u otras resoluciones que pudieran tener relevancia para los comentarios expresados aquí.

Como la mecánica empleada será seguir y desarrollar los temas generales que se abordaron en la sentencia de imposición de pena, por una cuestión metodológica, será necesario excluir cuestiones que, aunque son de relevancia, no fueron abordadas en ninguna de las resoluciones referidas.

Así pues, el esquema que se propone para este capítulo comenzará con la exposición del marco jurídico para la imposición de penas con base en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). Una vez agotado lo anterior, se seguirá el orden de la sentencia comentada: iniciará con los antecedentes, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales con respecto a los niños soldados, el marco jurídico para la imposición de penas previsto en el ECPI, los hechos relevantes para esta sentencia, los umbrales probatorios en esta etapa y el *ne bis in idem* material (o *double counting*).

En efecto, se seguirá la misma secuencia de esta sentencia a la manera de un comentario jurisprudencial (*case comment*). Esto implica que no se profundizará sobre todos los aspectos pertinentes en la imposición de pena, sino que solamente se harán

¹ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 de julio de 2012 (ICC-01/04-01/06-2901), (en adelante, *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*).

² CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), (en adelante, *Lubanga Dyilo - Judgment*).

los comentarios pertinentes para la sentencia. Es el caso de los fines de la pena. Como se adelantaba, no se abordarán todos los aspectos que dicha discusión implica, pero se comentará lo que en su momento expresó la Primera Sala de Primera Instancia (SPI I).

La otra cuestión es que podría parecer que la exposición no tiene un orden coherente. Sin embargo, hay que recordar que se seguirá el orden previsto en la sentencia. Por lo mismo, puede haber cuestiones que se repitan; por ejemplo, el marco jurídico. Al respecto habrá que recordar que se expondrá en abstracto la normatividad aplicable y en un segundo momento lo que la SPI I expuso, de tal forma que hay dos enfoques sobre el mismo tema.

Inevitablemente, esto implica que queden fuera varios temas que son interesantes e importantes, como la gravedad de los distintos crímenes internacionales, las teorías sobre los fines de las penas, las multas y el decomiso como penas complementarias, la aplicación de las penas y el mecanismo para su revisión, entre otros.

Por otro lado, es frecuente que parte del análisis de las sentencias implique discutir aspectos que no fueron observados en estas. Este tipo de comentarios, como se verá a continuación, son constantes en ese estudio.

2. Marco jurídico aplicable

El ECPI regula en la parte VII todo lo relativo a las penas; se trata de los artículos 77 a 80. Por su parte, las RPP contienen un capítulo 7, “De las penas”, que reglamenta estos preceptos desde la regla 145 hasta la Regla 148.

El artículo 77 lista las penas que puede imponer la CPI. Estas se limitan a una pena de prisión de hasta 30 años, sin especificar una punibilidad mínima. De forma excepcional se podrá imponer la prisión vitalicia “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Además de la prisión se podrá imponer una multa o el decomiso de los bienes que hayan procedido directa o indirectamente de la comisión del crimen. Sin embargo, la pena de muerte quedó excluida del régimen de la CPI.³

³ Véase Rolf Einar Fife, “Applicable Penalties”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.^a ed., Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 1423-1425. En la conferencia de Roma hubo poco consenso en cuanto a las penas que podía aplicar la CPI, por lo que se formuló un “paquete de compromiso” que permitiera excluir la pena de muerte del ECPI, pero que no afectara a las jurisdicciones nacionales. Igualmente, se incorpo-

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

El precepto mencionado solamente señala cuáles son las alternativas de pena a disposición de la CPI; el artículo 78 establece los factores que se deben considerar para el cálculo de los años de prisión, mientras que en las RPP se reglamentan las normas para calcular los montos de la multa y el decomiso.

Por lo que respecta a la prisión, el artículo 78 menciona que los factores que se considerarán para establecer los años de reclusión son la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (se usa la misma redacción que para la imposición de la prisión vitalicia). Adicionalmente, la CPI deberá abonar el tiempo que la persona ha permanecido privada de la libertad por el o los crímenes objeto de la condena, pero tiene la opción de abonar adicionalmente el tiempo que haya estado detenida por algún otro motivo; por ejemplo, si la persona fue detenida por la comisión de un delito distinto a los de la competencia de la CPI en el fuero nacional.

Por último, este precepto señala que la CPI deberá imponer una pena por cada crimen cometido. De tal forma, si la persona fue condenada por dos o más crímenes, se expresará la pena correspondiente a cada uno de ellos y se impondrá una pena común. Esta no podrá ser superior a los 30 años de prisión cuando no se haya impuesto la prisión vitalicia.

En las RPP se regulan con mayor detalle los factores que se deben considerar para determinar la gravedad del crimen y las condiciones de la persona, de conformidad con los artículos 77 y 78 del ECPI. Al respecto, la regla 145.1 establece tres factores que deben considerarse para el cálculo de la pena impuesta. Esta debe reflejar las eximentes de responsabilidad, las agravantes y atenuantes, así como las circunstancias del condenado y del crimen.

En la regla 145.1.c se mencionan los factores para determinar la gravedad del crimen y las condiciones personales:

[...] entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.

La regla 145.2 es de especial relevancia pues incluye las atenuantes y agravantes. Entre las atenuantes se mencionan las circunstancias que no hayan sido consideradas

ró la prisión vitalicia, pero con límites considerables para su aplicación. También fue complicado encontrar la manera de incorporar punibilidades para cada crimen, por lo que se prefirió la fórmula genérica de 30 años como máximo.

exonerantes de responsabilidad penal, pero que disminuyan la culpabilidad del autor y la actuación de la persona condenada con posterioridad al acto, incluyendo su actitud con las víctimas y si existió cooperación con la CPI. Este precepto obliga a remitirse al ECPI para ver cuáles serían estos supuestos.

Las circunstancias agravantes mencionadas en el ECPI son la condena previa por otro crimen competencia de la CPI, el abuso del poder o cargo oficial, la comisión en contra de una víctima especialmente indefensa, la comisión con especial crueldad o en contra de un número considerable de víctimas, y la comisión con una intención discriminatoria u otras circunstancias semejantes.

Por último, la regla 145.3 señala que para la imposición de la prisión vitalicia se considerará que por lo menos exista una agravante.

De conformidad con el artículo 77, se podrá imponer una multa adicional a la prisión. La regla 146 detalla los factores para el cálculo del monto. Para empezar, la subregla 146.1 establece que la multa se aplicará cuando la prisión no sea considerada suficiente, tomando en cuenta la capacidad financiera de la persona condenada, la existencia de un decomiso y la reparación a las víctimas. Al respecto, también será determinante establecer si el crimen se cometió con afán de lucro.

Las reglas 146.2 a 7 detallan aún más los factores a considerar. Se señala que la cuantía deberá ser adecuada y se considerarán los daños y perjuicios ocasionados. La multa no podrá exceder el 75 % del patrimonio total del condenado y de ella se podrá descontar lo indispensable para sus necesidades económicas y las de su familia o dependientes. La cantidad impuesta podrá pagarse en una sola exhibición o en parcialidades. En todo caso, se calculará en días-multa y el rango deberá ser entre 30 días y cinco años.

Al imponerse la multa, la CPI advertirá a la persona condenada de que, en caso de incumplimiento, la prisión podrá incrementarse, respetando los máximos previstos en el ECPI.

Este esquema parece reflejar muchas de las preocupaciones expresadas en la Conferencia de Roma, en el sentido de que las multas no debían ser excesivas y que sería necesario tomar medidas en caso de que se incumplieran. En particular, parecía problemático determinar cuándo la persona condenada podía ser declarada insolvente y qué hacer al respecto, sobre todo cuando el incumplimiento fuera doloso.⁴

El mecanismo para el decomiso se encuentra en la regla 147. Como menciona el ECPI, la Sala podrá dictar una orden de decomiso, respetando los derechos de terceros

⁴ *Ibidem*, p. 1427.

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

en contra de bienes y productos derivados del crimen. Para ello se llevará a cabo una audiencia para la identificación y ubicación de los bienes que se pretenden decomisar. Los adquirentes de buena fe serán notificados y se les dará la oportunidad de presentar pruebas relativas a la cuestión. La Sala dictará la orden tomando en consideración estos elementos.

El artículo 79 del ECPI prevé la existencia de un fondo fiduciario para la reparación del daño a las víctimas. Dicho fondo se nutrirá de las multas y decomisos y será administrado según indique la Asamblea de Estados Parte. Al respecto, las RPP solamente indican en la regla 148 que antes de transferir multas o bienes decomisados al fondo se podrá pedir que los administradores de este presenten observaciones.⁵

La última disposición del ECPI en lo relativo a la imposición de penas es el artículo 80, que establece la posibilidad de que en el ámbito nacional se impongan, por crímenes competencia de la CPI, penas distintas a las previstas en este tratado internacional. Los comentaristas de la conferencia de Roma señalan que esta aclaración se incluyó como parte del paquete de negociación para excluir la pena de muerte. Así, se deja abierta la posibilidad de que los Estados que todavía tienen la pena capital la apliquen, aunque no sea posible hacerlo dentro de la jurisdicción de la CPI.⁶

Dispersas en otras partes del ECPI se encuentran otras disposiciones que podrían ser relevantes, como el artículo 32, que regula el error. Según lo que se establece en este precepto, un error de hecho solamente exime de la responsabilidad si “hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”. Por su parte, el error de derecho únicamente lo hace cuando, igualmente, hace desaparecer el elemento subjetivo requerido por el crimen.

Así pues, cabe pensar que estas circunstancias pueden ser consideradas como factores para la imposición de penas. Es decir, si el error no es lo suficientemente fuerte como para desvirtuar el elemento de intencionalidad, va dirigido a otra circunstancia o a la competencia de la CPI, podría pensarse en atenuantes, dado que la exclusión de responsabilidad está vetada. Las posibilidades de que esto ocurra, sobre todo en lo relativo al error de hecho, son escasas, pero normativamente se abre la posibilidad.⁷

⁵ Cabe notar que el fondo fiduciario también cuenta con aportaciones que hagan los Estados parte y organizaciones de la sociedad civil.

⁶ Véase Fife, o. cit., p. 1423. Este autor presenta un esquema general de la negociación que dio como resultado la redacción del artículo 80 del ECPI.

⁷ Al respecto véase Kai Ambos, *La Parte general del Derecho penal internacional: Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer: 2005, pp. 433-448.

En este mismo sentido, el artículo 33 del ECPI establece que las órdenes del superior jerárquico solamente serán consideradas como excluyentes de responsabilidad si hubiera una obligación legal para seguir la orden, no se supiera que la orden fuera ilícita y esta no fuera manifiestamente ilícita.

Sin embargo, si no se reúnen estas características, ¿una orden del superior jerárquico podría ser considerada como una atenuante en la imposición de una pena? Por ejemplo, el artículo 33.2 señala que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitos, pero los crímenes de guerra no; consecuentemente, cabe preguntarse si en este último caso podría plantearse una atenuación por seguir órdenes del superior jerárquico.⁸

Es importante mencionar que tanto el error como las órdenes del superior jerárquico son circunstancias que se pueden hacer valer como atenuantes de conformidad con la regla 145.2, que prevé precisamente este supuesto.

De igual forma, es fundamental hablar del artículo 23, que establece el principio de *nulla poena sine lege*. Dicha disposición implica que todos los aspectos propios del principio de legalidad penal son aplicables a las penas, no solamente a los tipos penales o al derecho penal sustantivo en general. Así, las cláusulas penales deben aplicarse de forma estricta, ya que no se puede imponer penas no previstas en el ECPI ni aplicarlas retroactivamente. Otro aspecto que normalmente se considera cuando se habla del principio de legalidad penal es que la normatividad debe ser precisa.⁹

Este último aspecto puede generar críticas, dado que el ECPI no prevé punibilidades para cada uno de los crímenes de su competencia, sino que establece la pena máxima de 30 años de prisión de forma genérica y excepcionalmente la prisión vitalicia.¹⁰ No obstante, como la precisión en las punibilidades no es un aspecto del principio de legalidad penal que goce de aceptación universal, puede ser que con la referencia genérica baste para brindar suficiente precisión.¹¹ De hecho, la mera inclusión del principio en

⁸ La postura expresada aquí tiene sustento en el Tribunal de Tokio, donde, además de las órdenes del superior jerárquico, la posición oficial fue considerada como una atenuante. Véase Neil Boister y Robert Cryer, *The Tokio Military Tribunal. A Reappraisal*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 248.

⁹ Al respecto véase Javier Dondé Matute, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, México: Porrúa, 2010; Shahram Dana, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory of the Principle of Legality", *International Criminal Law, Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 99, n.º 4, pp. 857-928.

¹⁰ Véase Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 238.

¹¹ Véase Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: "The Crimes and Sentencing", Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 283. El reconocimiento internacional del *nulla poena sine lege* es muy limitado; quizá solamente la irretroactividad de las penas tenga el reconocimiento suficiente para ser parte de la costumbre inter-

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

el ECPI debe servir de limitante para los órganos jurisdiccionales en la imposición de las penas.

En el caso de los tribunales *ad hoc*, se previó que la remisión a los sistemas nacionales pudiera brindar suficiente seguridad como para dar por cumplido este derecho. Sin embargo, estos tribunales operan con una lógica distinta, dado que su competencia territorial está limitada por la situación en concreto que se les encomendó investigar. Consecuentemente, es más fácil remitirse a la experiencia de Yugoslavia, Ruanda o Camboya, por ejemplo, que a los más de 120 Estados parte del ECPI. En el caso de la CPI esto podría tener el efecto contrario, pues las legislaciones y la práctica nacional varían mucho, lo cual inevitablemente generaría incertidumbre.¹²

En todo caso, parece que hay una discrepancia entre el principio *nullum poena sine lege* y la regla 145.2, que en la parte relevante indica:

[...] la Corte tendrá en cuenta, según proceda: [...] (b) Como circunstancias agravantes [...] (vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las anteriores.

En este caso, un factor que es determinante en la imposición de la pena y que inevitablemente implica aumentarla, como son las agravantes, no está precisado en las RPP. Estamos frente a una disposición que notoriamente contraviene al ECPI, ya que la persona condenada no sabe con claridad las que se le podrían imponer,¹³ por lo que, de conformidad con el artículo 51.5, no debería tomarse en consideración al momento de la determinar la penalidad.

No obstante las críticas formuladas, coincidimos con Ambos cuando señala que, en su conjunto, el régimen de imposición de penas del ECPI de las RPP es un gran avance

nacional. Ciertamente, el aspecto de la precisión de las punibilidades no es del todo aceptado; ni siquiera como un principio general de derecho. No obstante, varios autores consideran que esta es una norma de costumbre internacional. Al respecto, véase Susan Lamb, "Nullum crimen sine lege", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 756.

¹² Véase Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pág.420; Fife, o. cit., p. 1420; Mark Jennings, "Determination of Sentence", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 1433.

¹³ En este mismo sentido véase Salvatore Zappala, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 201 y 202.

en cuanto a la precisión brindada con relación a los tribunales *ad hoc* e híbridos, donde abundaba la especulación.¹⁴

2. Comentarios particulares a la sentencia de imposición de pena

2.1. Antecedentes

El rubro relativo a la historia procesal en la sentencia de imposición de pena tiene dos aspectos que merecen ser comentados. El primero se refiere precisamente a los hechos que se estimaron relevantes para el relato y, más específicamente, a los que se omitieron. El segundo tiene que ver con la audiencia de imposición de pena.

En cuanto al primer tema, resulta interesante notar que el relato de los antecedentes se inicia con la sentencia de condena.¹⁵ Aunque empezar en esa fecha parecería lógico, ello implica omisiones importantes. La SPI debió haberse remontado a diversas etapas del proceso que resultaron relevantes para la imposición de la pena. En efecto, en dicha sentencia se estableció que había dos factores que se deberían tomar en consideración al fijar la pena: la “voluntad” de los menores, víctimas del crimen¹⁶ y el elemento de violencia sexual que pudo haber acompañado la comisión de dichos crímenes.¹⁷

Con base en esta misma lógica debieron haberse considerado las decisiones que durante el proceso tuvieron repercusión para la imposición de la pena. Por ejemplo, no se hacen referencias a las resoluciones sobre abuso de proceso que marcaron el procedimiento de primera instancia.¹⁸ No obstante, al considerar la atenuante de cooperación con la CPI dicho alegato se desecha sin mayor explicación, solamente mencionando que fue considerado, pero que no tendría impacto en la determinación.¹⁹

¹⁴ Véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., pp. 279-281.

¹⁵ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 1.

¹⁶ Véase *Lubanga Dyilo - Judgment*, § 617.

¹⁷ *Ibidem*, § 630-631.

¹⁸ Véase CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Lubanga, Redacted Decision on the Defense Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings*, 7 de marzo de 2011 (ICC-01/04-01/06-2690-Red2), § 162; CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, 14 de diciembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-772).

¹⁹ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 90.

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

Esto tiene relevancia dado que una de las críticas más fuertes que se han hecho a los tribunales *ad hoc* es que en ellos no se explican correctamente las razones para la imposición de las penas.²⁰ En este sentido, una correcta fundamentación y motivación pudo comenzar con el reconocimiento de los antecedentes de la controversia. Pero si se suma que los alegatos de la defensa se rechazaron en un párrafo sin explicación alguna, parecería que la CPI está cayendo en los mismos vicios de los tribunales *ad hoc*.

Este punto está ligado al siguiente. En los antecedentes se reconoce el derecho de las partes a presentar alegatos adicionales para la imposición de pena.²¹ No obstante, la defensa solicitó que se fijara fecha para una audiencia en la que pretendía presentar más pruebas.²² Resulta relevante destacar que desde la etapa de juicio la defensa solicitó que se abriera una audiencia de imposición de pena.²³ En efecto, la defensa solicitó presentar elementos probatorios distintos a los desahogados en el juicio, pero también quedó claro que la base de esta determinación serían los elementos probatorios aportados durante el proceso.²⁴

En este sentido, se presentaron y desahogaron nuevas pruebas en la audiencia de imposición de pena, pero la SPI I las consideró como “adicionales” a las desahogadas en la fase de proceso;²⁵ es decir, no se presentó una clara distinción entre la fase de condena y esta nueva etapa procesal.

La importancia de este aspecto tiene que ver con lo confuso de las determinaciones de los tribunales *ad hoc* y la necesidad de tener una audiencia aparte con una determinación particular para la imposición de penas. Resulta preocupante que en este apartado se señale que se tomarán en consideración, preferentemente, las pruebas aportadas durante el proceso. Es acertado el comentario de Henham en el sentido de que se puede violar el derecho de defensa y no autoincriminación, pues el acusado debe defenderse de las imputaciones pero a la vez presentar elementos probatorios para una reducción de la pena

²⁰ Al respecto véase Mark B. Harmon y Ferjol Gaynor, “Ordinary sentences for Extraordinary Crimes”, *Journal of International Criminal Law*, vol. 5, pp. 683-712; Robert Sloane, “Sentencing for the Crime of Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 713-734; Mark A. Drumbl, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 46-47; Boister y Cryer, o. cit., p. 252; Mark D. Kielsgard, “Sentencing in the International Crimes Court of Cambodia: Insight or Obfuscation”, <srn.com/abstract=1778084> (19.11.2013).

²¹ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 2.

²² *Ibidem*, § 8.

²³ Véase *Lubanga Dyilo - Judgment*, § 12.

²⁴ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 5.

²⁵ *Ibidem*, § 10-11.

o comprobación de las atenuantes. Es decir, se lo obliga a presentar evidencia y alegatos tendientes a comprobar atenuantes, lo cual implica aceptar la comisión del crimen.²⁶

2.2. Jurisprudencia en materia de niños soldados

En los aspectos generales de la sentencia de imposición de pena, la SPI I toma en cuenta los antecedentes de la Corte Especial de Sierra Leona. Sobre el particular hay varias cuestiones que resultan importantes.

La primera es que la SPI I haya mencionado que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no es una fuente directa para la CPI; sin embargo, reconoce que puede tener un efecto orientador.²⁷

Lo relevante de esta declaración es que en varias oportunidades la CPI ha empleado criterios de estos tribunales para fundamentar sus determinaciones, de tal manera que parece una incongruencia el hecho de que ahora señale que estos no tienen valor jurídico. Sin embargo, es importante notar que esta práctica podría ser atribuida a otras instancias de la CPI, ya que una revisión de las resoluciones de la SPI I permite advertir que en pocas ocasiones se emplean razonamientos de otros tribunales.²⁸

Una de las críticas que podría formularse en contra de los tribunales *ad hoc* es que fueron contundentes en establecer que en la fijación de penas no elaborarían ejercicios comparativos, alegando que cada caso es diferente y dicha comparación es imposible. Consecuentemente, se escudaron en la discrecionalidad que sus estatutos les otorgaban para imponer penas muy dispares.²⁹ Por eso es acertado que la CPI sustente sus determinaciones en la jurisprudencia que la precede.

De este modo, seguir patrones y mantener tendencias favorece la seguridad jurídica. Esta fue la primera sentencia dictada por la CPI; por lo tanto, no era posible que siguiera

²⁶ Véase Ralph Henham, "Developing Contextualized Rationales for Sentencing in International Criminal Trials," *Journal of International Criminal Law*, vol. 5, 2007, pp. 765-766.

²⁷ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 12.

²⁸ A manera de ejemplo puede verse la sentencia de condena que solamente menciona a los tribunales *ad hoc* cuando fueron invocados por las partes.

²⁹ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Krstic, Appeal judgment*, 19 de abril de 2004, (IT-98-33-A), § 241; TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeal judgment*, 28 Febrero 2005 (IT-98-30/1-A), § 668; TPIR, *Sala de Apelaciones, Prosecutor v. Seromba, Appeal judgment*, 12 de marzo de 2008 (ICTR-2001-66-A), § 228; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana, Appeals judgment*, 13 de diciembre de 2004 (ICTR-96-10-A), § 549.

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

sus propios precedentes; sin embargo, en esta etapa de desarrollo tan incipiente, resulta correcto referir a la práctica de otros tribunales. De continuar este camino podríamos afirmar que la CPI está dando respuesta a una de las críticas de los tribunales *ad hoc*, que es el exceso en la discrecionalidad otorgada para imponer penas.³⁰

Si bien los casos relevantes de la Corte Especial de Sierra Leona son mencionados y citados abundantemente en este apartado de la sentencia de condena, no parecen haber influido mucho en ella, dado que no son aludidos nuevamente en ese texto. La propia Sala señala que son de escasa utilidad dado que en las sentencias de los casos señalados no se exponen las razones en la imposición de las penas.³¹

Adicionalmente, podría suponerse que, como la Corte Especial de Sierra Leona impuso penas de más de 30 años, límite en el ECPI, tendrá escaso uso orientador; pero, como la Sala no se pronunció al respecto, esta afirmación es meramente especulativa.

También es interesante hacer notar que la SPI I solamente empleó criterios relacionados con el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños soldados en los conflictos armados. Es decir, no se hacen pronunciamientos sobre los crímenes de guerra en general o la jerarquía de los crímenes competencia de la CPI y su relevancia en la fijación de penas, lo cual también ha sido objeto de diversos estudios doctrinales.³²

En todo caso, podría afirmarse que, si se iba a mencionar criterios de los tribunales *ad hoc* o híbridos como referentes, habría sido más adecuado utilizar la jurisprudencia de los tribunales nacionales, ya que la propia SPI I reconoce que no hay fundamento jurídico para invocar a los tribunales *ad hoc* o híbridos en el ECPI. Así, el artículo 21.1.c permite utilizar supletoriamente los principios generales de derechos de los sistemas jurídicos del mundo, preferentemente del Estado que normalmente hubiera conocido de los hechos.³³

³⁰ Al respecto, véase Drumbl, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 59; Jens David Ohlin, "Proportional Sentences at the International Criminal Court for the former Yugoslavia", en Bert Swart et al. (eds), *Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 323.

³¹ *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 12.

³² Sobre la jerarquía de los crímenes internacionales véase Allison Marston Danner, "Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing", *Virginia Law Review*, vol. 87, n.º 3, mayo de 2001, pp. 429-501; William Schabas, "Penalties", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1506; Micaela Frulli, "Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?", *European Journal of International Law*, vol. 12, n.º 2, 2001, pp. 329-350.

³³ En este mismo sentido véase en general Schabas, o. cit., p. 1504.

Según este esquema, se pudo haber mencionado cuál era la práctica de los tribunales nacionales de la República Democrática del Congo en la sanción de crímenes similares o de otras jurisdicciones nacionales. Dado que la propia SPI I reconoce que a nivel internacional no hay muchos precedentes y con el apoyo de un precepto expreso del ECPI, referirse a estos sistemas parecía una opción viable y congruente.³⁴

En los tribunales *ad hoc* ha sido ampliamente documentado que se prefirió no utilizar los criterios de los tribunales nacionales de Yugoslavia y Ruanda, a pesar de que los estatutos los mencionan expresa y directamente.³⁵

En el ECPI, no obstante, la referencia es indirecta; se trata de una cláusula genérica que también es aplicable al esquema de fijación de penas. Además, es una manera de darle cumplimiento al principio de legalidad penal en su faceta de *nulla poena sine lege*, al establecer criterios ya previstos por el acusado, lo cual constituye un parámetro de derechos humanos estipulado también de forma expresa en el ECPI.

A pesar de estos argumentos, y siguiendo la práctica de los tribunales *ad hoc*,³⁶ la SPI I prefirió omitir toda referencia a tribunales nacionales.

2.3. Finalidad de la pena y marco jurídico

En el siguiente apartado la SPI I describe las finalidades que deben tener la pena y el marco jurídico aplicable.

La base para determinar la finalidad de la pena es el Preámbulo del ECPI. En particular, se transcriben tres párrafos que apuntan a que la prevención general sea uno de los objetivos que busque la pena. Esto se deduce del hecho de que estos párrafos hablan de combatir la impunidad y de forjar una corte permanente para las generaciones futuras.³⁷

³⁴ Véase Fife, o. cit., pp. 1446-1447. Aunque esta opción pudiera representar un mayor respeto al principio *nulla crimen sine lege* y la diversidad jurídica de los Estados pudiera resultar en una aplicación poco uniforme de las penas, como se discutió en el contexto del artículo 80 en la conferencia de Roma.

³⁵ Véase Margarita K. O'Donnell, *Rethinking the Role of National Sentencing Practice in the International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Center for Human Rights and Justice, Working Paper 23, 2009, p. 8, <ssrn.com/abstract=1669522> (19.11.2013).

³⁶ En el caso de los tribunales *ad hoc* dichas omisiones se justificaban en la medida en que implicaban la imposición de la pena de muerte, pero no parece haber explicación alguna para que la CPI no haga mención de lo que ocurre en jurisdicciones nacionales. Sobre la renuencia de los tribunales *ad hoc* a utilizar criterios nacionales véase Zappala, o. cit., pp. 195-196.

³⁷ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 16; en este mismo sentido pero con base en los tribunales *ad hoc*, véase Marston Danner, o. cit., pp. 429-430.

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

Es importante mencionar que estos criterios señalados por la SPI I parecen apuntar a la prevención general como un parámetro para la imposición de penas, pero esto es una mera suposición, pues en la sentencia no se hace alusión alguna al concepto. En otras palabras, la SPI I no concluye su razonamiento identificando este u otro principio reconocido en la teoría penológica.³⁸

También podría cuestionarse si el Preámbulo del ECPI proporciona la mejor herramienta para identificar los fines de la pena. En esta parte del ECPI claramente se pueden reconocer los antecedentes de la CPI y las razones por las cuales es necesario crear un tribunal penal internacional permanente, pero ¿esto coincide con la finalidad de la pena?

En el Preámbulo y en el cuerpo del ECPI no hay referencia a estos aspectos; por el contrario, de los antecedentes de Roma se desprende que este fue un tema que los delegados prefirieron obviar.³⁹ Como se verá a continuación, esto obliga a buscar en otras de las fuentes mencionadas en el artículo 21 del ECPI.

Sin embargo, si se utiliza el Preámbulo del ECPI como base para determinar la finalidad de la pena, quizá también debió haberse mencionado el párrafo 3, que señala:

[...] reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad [...]

Este párrafo apunta a la identificación de bienes jurídicos en el ámbito internacional,⁴⁰ lo cual también debe tomarse en consideración pues estos constituyen un referente para imponer una pena proporcional, según establece el propio ECPI.⁴¹

Establecer parámetros para fijar las penas ha sido uno de los temas más difíciles en el derecho penal internacional. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no ha sido

³⁸ Véase Boister y Cryer, o. cit., pp. 259 y 260. Desde los tribunales de la posguerra se discute la finalidad de la pena, aunque la proliferación de tribunales internacionales y crímenes internacionales hace suponer que la prevención general ha fracasado.

³⁹ En la doctrina hay consenso en afirmar que estos temas no se discutieron mucho y que se prefirió un esquema flexible y de remisión a la jurisprudencia y a las RPP. Al respecto véase William Schabas, "Nulla poena sine lege", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 733; Claus Kreß, "Sanciones penales, ejecución y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Partes VI, IX, X)", en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (comps.), *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 339-340.

⁴⁰ Sobre la identificación de bienes jurídicos en el ámbito internacional véase Javier Dondé Matute, *Tipos penales en el ámbito internacional*, 2.ª ed., México: INACIPE, 2012, pp. 21-39.

⁴¹ Véase ECPI, artículo 81.2.a.

clara y en ocasiones ha sido contradictoria.⁴² Incluso se ha cuestionado si estos crímenes tan atroces pueden ser penados de la misma forma y con los mismos parámetros que los delitos nacionales.⁴³

Otro aspecto que parece relevante es el artículo 21 del ECPI. Este precepto plantea el derecho aplicable por la CPI. En particular, serían relevantes para la imposición de penas, además del ECPI y las RPP, los tratados en materia de derechos humanos, en razón del párrafo 1, inciso *b*, de este precepto.

Aunque no hay criterios particulares para la imposición de penas en dichos tratados, en la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴⁴ en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵ y en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁴⁶ se establece que la pena debe estar basada en la readaptación social.⁴⁷

En este sentido es relevante el caso de la Corte IDH *Fermín Ramírez contra Guatemala*, en el cual se reconoce que la culpabilidad es un elemento que se desprende de la legalidad penal prevista en el artículo 9 de la Convención Americana. Como consecuencia de esto, en la imposición de penas no pueden tomarse en consideración elementos de peligrosidad.⁴⁸

Además, la culpabilidad tiene relevancia en este proceso como parte del principio de proporcionalidad. Como se mencionó, este principio forma parte del marco jurídico sobre penas previsto en el artículo 81.2.a del ECPI. De hecho, este aspecto podría ser relevante y un punto de partida para fijar una teoría penológica en un futuro ante la CPI.⁴⁹

⁴² Al respecto se ha escrito mucho; véase Drumbl, o. cit., pp. 59-63; Cassese, *International Criminal Law*, o. cit., pp. 420-421; Geert-Jan Alexander Kooops, *Theory and Practice of International and Internationalized Proceedings*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2005, pp. 273-281.

⁴³ Véase Harmon y Gaynor, o. cit., pp. 713-734.

⁴⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5, § 6.

⁴⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10, § 3.

⁴⁶ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, § 64.

⁴⁷ Véase Ohlin, o. cit., pp. 335-336. La prevención fue ideada para delitos nacionales, no para la magnitud de los crímenes internacionales. Cf. Zappala, o. cit., p. 206. En el ECPI hay mucha evidencia de que la readaptación social es una de las finalidades que debe seguir la pena.

⁴⁸ En este mismo sentido véase José Luis Guzmán Dalbora, "El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, t. I, "Derecho penal internacional", Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 184-186.

⁴⁹ Véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., pp. 285-288, donde destaca también la importancia de la proporcionalidad en la imposición de las penas y su relevancia en el derecho internacional.

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

Así, de conformidad con el artículo 21.1.b, la CPI podría tomar en cuenta estos elementos para la imponer las penas. Ello sería congruente con el párrafo 3 del mismo artículo, que obliga a interpretar las cláusulas del ECPI de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Como se verá más adelante, que en el caso *Fermín Ramírez* se considere que los criterios de peligrosidad son violatorios de derechos humanos tiene consecuencias para las RPP.

En esta parte de la sentencia de imposición de pena se hace una breve descripción del marco jurídico sobre penas, enumerando los artículos que se consideran relevantes del ECPI y de las RPP.

Como parte de este ejercicio la SPI I realiza una mención breve al principio *nulla poena sine lege*:

El artículo 23 del Estatuto refleja el principio de *nulla poena sine lege*, es decir, que el acusado sólo puede ser penado de conformidad con el Estatuto.⁵⁰

La importancia de su inclusión en el ECPI y en la sentencia de imposición de pena ya fue abordada en el apartado sobre el marco jurídico aplicable.

Como se adelantó en el apartado anterior, la audiencia de imposición de pena es un agregado importante en el ECPI, dado que los tribunales *ad hoc* no ayudaron a transparentar la toma de decisión. En este apartado también se hace referencia a dicha audiencia y se renuevan las preocupaciones expresadas en la doctrina, pues en lo relativo la SPI I establece:

La Sala tiene la obligación de celebrar una audiencia de imposición de pena conforme al artículo 76 (2) del Estatuto si esta etapa es solicitada por la Fiscalía o la defensa o la Sala puede ordenar la audiencia de oficio. Después de que la defensa solicitara durante la parte preparatoria del juicio, la Sala indicó que celebraría una audiencia de imposición de pena en caso de condena. Adicionalmente, por razones de eficiencia y economía, se ordena que las pruebas relacionadas con la imposición de pena sean admitidas durante el proceso.⁵¹

⁵⁰ Article 23 of the Statute reflects the *nulla poena sine lege* principle, namely the convicted person can only be punished in accordance with the Statute Lubanga Dyilo - Decision on Sentence, § 18. Traducción propia.

⁵¹ "The Chamber is required to hold a sentencing hearing under Article 76(2) of the Statute if this step is requested by the prosecution or the defence and the Chamber can also order a hearing of its own motion. Following a defence request during the preparation stage of the trial, the Chamber indicated that it would hold a separate sentencing hearing in the event of a

En este párrafo se confirma que la SPI I ve dicha audiencia como un trámite necesario que le impone el ECPI, pero que debe ser lo más ágil posible, sobreponiendo la eficiencia y la economía procesal a los derechos del ahora sentenciado. No debe perderse de vista que en esta etapa también son aplicables los derechos previstos (principal, pero no exclusivamente) en el artículo 67 del ECPI. De igual forma, como se adelantaba, que se consideren las pruebas desahogadas en la etapa de juicio en esta audiencia vulnera el derecho a una defensa efectiva.

El artículo 76 (2) es claro al establecer que, en caso de desarrollarse esta audiencia, será “a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena”. Este extracto demuestra que se hace una separación entre lo practicado en el juicio y ahora en la imposición de pena; los elementos probatorios son otros y los alegatos son distintos, dado que lo que se va a discutir difiere de lo que se busca comprobar durante el juicio. Consecuentemente, el texto del ECPI y el derecho a la defensa no pueden ser dejados de lado por la eficiencia y la economía procesal.

El último punto que es importante destacar en este apartado son los agravantes en el contexto de la culpabilidad y los criterios de peligrosidad que se consideran violatorios de derechos humanos. Aceptar esto trae consigo problemas con respecto a las agravantes previstas en la regla 145. La condena anterior por crímenes internacionales o conductas similares y la comisión con “especial crueldad” son agravantes previstas que apuntan a la peligrosidad del individuo. En tal sentido, serían violatorias de derechos humanos y del propio ECPI, razón por la cual, de conformidad con el artículo 51.5 del ECPI, deberían inaplicarse al momento de determinar la pena.

2.4. Hechos relevantes

Este apartado también establece consideraciones de hecho y de derecho que son de sumo interés y que están vinculadas con la audiencia de imposición de pena. La discusión en este rubro se centró en el alcance que debe tener esta audiencia y el de la determinación de la pena. Mientras que la Fiscalía proponía que esta decisión abordara los aspectos establecidos en la regla 145 de las RPP, la defensa sostenía que la base debería

conviction. Additionally, for reasons of efficiency and economy, it ordered that evidence relating to sentence could be admitted during the trial.” Lubanga Dyilo - Decision on Sentence, § 20. Traducción propia.

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

ser el auto de confirmación de cargos, que es aquel en el cual se fijó la *litis*.⁵² En este rubro se vuelve a cuestionar el alcance que tiene dicha etapa procesal y hasta qué punto se puede cambiar lo establecido al inicio del juicio.

En un principio parecería que a la defensa le asiste la razón, pues el artículo 61.9 del ECPI establece que los cargos no pueden variarse una vez iniciado el juicio, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares así lo autorice, previa notificación a la defensa.

En este mismo sentido, la SCP I había resuelto que una de las finalidades del auto de confirmación de cargos es establecer la base de la acusación, la cual consiste en “llevar a juicio únicamente a aquellas personas cuyos cargos hayan sido probados suficientemente, más allá de una mera teoría o sospecha”.⁵³ Consecuentemente, puede pensarse que estas pruebas van a fijar los cargos, por lo que nuevas acusaciones deberán estar sustentadas con nuevos elementos probatorios. Esto ameritaría una nueva audiencia, como también indica el artículo 61.9 del ECPI.

Adicionalmente, en la confirmación de cargos del caso *Bemba* se determinó que la práctica de la Fiscalía de presentar una diversidad de cargos violenta el derecho a la defensa, pues la obliga a entablar una estrategia que implique una enorme cantidad de variables, lo cual dificulta desmedidamente este trabajo.⁵⁴

Lo anterior parece indicar que los cargos confirmados son una determinación bastante firme y que, por mayoría de razón, si no pueden variarse durante el juicio, tampoco pueden hacerlo en la etapa de imposición de penas. Sin embargo, la SPI I señaló que en la fase de imposición de penas pueden presentarse nuevas pruebas y nuevos argumentos, siempre y cuando la defensa tenga una oportunidad de rebatirlos.⁵⁵

Este argumento está íntimamente ligado a la norma 55 del Reglamento de la CPI, que establece la posibilidad que tienen las salas de primera instancia de modificar la tipificación de la conducta y la forma de autoría o participación, mientras los hechos no cambien.⁵⁶

⁵² Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 27.

⁵³ “Committing for trial only those persons against whom sufficiently compelling charges going beyond mere theory or suspicion have been brought.” Traducción propia. Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation of Charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06), § 37.

⁵⁴ Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 16 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08), § 202.

⁵⁵ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 29-31.

⁵⁶ La Sala de Apelaciones decidió que un cambio en las formas de autoría no viola el derecho a la defensa y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable *per se*. Véase CPI, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Katanga, Judgment*

Si bien podría ponerse en desventaja al sentenciado en una situación así, el derecho internacional de los derechos humanos parece avalar este tipo de reclasificaciones. Mientras los hechos no varíen y se dé oportunidad a la defensa de presentar pruebas y alegatos, se estima que no hay una violación al debido proceso. En este rubro la SPI I actuó de conformidad con el propio ECPI y los derechos humanos, aunque habría sido deseable que citara criterios de los tribunales internacionales al respecto, como el citado caso *Fermín Ramírez*, que también es de utilidad en este rubro y es compatible con lo fallado en esta resolución.⁵⁷

2.5. Umbral probatorio

En este punto, poco puede añadirse a lo mencionado por la SPI I. Al respecto, se establecieron dos umbrales probatorios diferentes. Para la Fiscalía se estableció la necesidad de comprobar las agravantes más allá de la duda razonable.⁵⁸ Mientras tanto, la Defensa solamente tiene que comprobar las atenuantes mediante un equilibrio de las probabilidades (*balance of probabilities*).⁵⁹

La SPI I aclara que estos umbrales diferenciados se justifican, por un lado porque las agravantes implican un aumento en la pena que se pudiera imponer, mientras que las atenuantes requieren de un umbral probatorio menor por respeto al principio de *in dubio pro reo*.⁶⁰ Este es un derivado del derecho a la presunción de inocencia, que, aunque no está expresamente previsto en el ECPI, la CPI ya lo ha derivado de sus disposiciones.⁶¹

En efecto, exigirle a la Defensa que compruebe las atenuantes invocadas con el mismo nivel de exigencia que a la Fiscalía implicaría revertir la carga de la prueba.⁶² De

on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled *Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons*," ICC-01/04-01/07OA 13, 27 de marzo de 2013 (ICC-01/04-01/07-3363).

⁵⁷ Véase CortelDH, *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 20 de junio de 2005 (serie C, n.º 126), pp. 65-80.

⁵⁸ Véase *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 33.

⁵⁹ *Ibidem*, § 34.

⁶⁰ *Ibidem*, § 33 – 34.

⁶¹ Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Prosecutor v. Bemba. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, o. cit., § 31.

⁶² Véase el artículo 66.2 ECPI.

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

cualquier forma, se deberá cumplir con un umbral probatorio, aunque menor, por lo que se aminora cualquier posible violación al debido proceso.

Un aspecto que es relevante destacar es que la SPI I señala que la Defensa deberá probar las atenuantes con base en el equilibrio de probabilidades. Se trata de un concepto que no se encuentra en el ECPI. No obstante, es el que se emplea en los tribunales *ad hoc*. Al respecto, el TPIY ha dicho que este umbral probatorio significa que es más probable que se hayan actualizado las atenuantes a que no se hayan verificado en la realidad; como su nombre sugiere, se trata de balancear las probabilidades de que haya ocurrido la circunstancia con la probabilidad de que no haya ocurrido.⁶³

Lo interesante es que la SPI I no haya fundado la determinación de usar este estándar probatorio en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Me parece que es muy importante retomar este criterio y que debió haberse dicho así en el rubro correspondiente de la sentencia y no solamente limitarse a las penas impuestas al reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños soldados.

Un dato interesante es que este umbral no parece tener un referente en el derecho nacional, sino que figura como propio del derecho penal internacional. Lo más cercano es el estándar en juicios civiles de preponderancia de las pruebas (*preponderance of the evidence*). En este caso, lo que ocurre es que se equilibra la evidencia para determinar qué es lo más probable que haya ocurrido.⁶⁴ En ambos casos el juzgador debe equilibrar, las probabilidades en el primer caso y las pruebas en el segundo. Dado que las probabilidades se basan en los elementos probatorios desahogados, quizá sean conceptos equivalentes.

2.6. Ne bis in ídem material (*double counting*)

Aunque la SPI I le dedica un pequeño párrafo, esta cuestión tiene repercusiones importantes. Al respecto señaló:

[...] cualquier factor que haya sido considerado al determinar la gravedad del crimen no será utilizado además como agravante y viceversa.⁶⁵

⁶³ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Babic. Appeals Judgment*, 18 de julio de 2005 (IT-03-72-A), § 43; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Simba. Appeals Judgment*, 27 de noviembre de 2007 (ICTR-01-76-A), § 328.

⁶⁴ Véase *Black's Law Dictionary*, "Preponderance of the Evidence", 6.ª ed., 1990, p. 1182.

⁶⁵ "Any factors that are to be taken into account when assessing the gravity of the crime will not additionally be taken into account as aggravating circumstances, and vice versa." *Lubanga Dyilo - Decision on Sentence*, § 35. Traducción propia.

En efecto, ya el TPIY había señalado de forma reiterada que los elementos del tipo penal no pueden emplearse para agravar la pena. Se puede decir que se subsumen las agravantes en los tipos penales. En la jurisprudencia del TPIY, esto incluye las formas de autoría; así, si una persona fue condenada como superior jerárquico, el hecho de que haya tenido una posición de liderazgo no puede ser invocado como una agravante.⁶⁶ Sin embargo, es importante notar que se refiere solamente a elementos que indiquen la gravedad de la conducta. Por ejemplo, en un caso de violación, la vulnerabilidad de la víctima puede ser un elemento de la violación y también una agravante.⁶⁷

En la lógica de los tribunales *ad hoc* y en algunas jurisdicciones nacionales estaríamos frente a una violación al *ne bis in idem* material.

Con la lógica que regula a este concepto, no queda muy claro si este viola algún derecho humano. Una posibilidad es que el *double counting* implique una violación al *ne bis in idem*.⁶⁸

Esta es la fórmula que ha preferido la CPI, a pesar de que esta práctica tiene otras repercusiones, como una desproporción en la imposición de la pena en contravención al principio de culpabilidad.⁶⁹

Quizá sería viable también suponer que esta práctica implica una violación al principio de legalidad penal. Al respecto, la Corte IDH, en el caso *Castillo Petruzzi*, determinó que para dar cumplimiento al principio de legalidad penal no basta con que la conducta descrita en el tipo penal sea clara y precisa, sino que además debe distinguirse claramente de otros tipos penales para evitar confusiones, sobre todo a la luz de la discrecionalidad de la autoridad.⁷⁰

Tomando como base este criterio podría llegarse a la conclusión de que los elementos del tipo deben distinguirse de las agravantes; de lo contrario se estaría frente a una violación al principio de legalidad penal.

⁶⁶ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Jokic. Appeals Judgment*, 30 de agosto de 2005 (IT-01-42/1-A), § 30; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Semanza. Appeal Judgment*, 20 de mayo de 2005 (ICTR-97-20-A), § 337-338; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Ntabazuke. Appeals Judgment*, 8 de mayo de 2012 (ICTR-98-41A-A), § 271.

⁶⁷ Véase TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac, and Vokovic. Appeals Judgment*, 12 de junio de 2002 (IT-96-23-A), § 352.

⁶⁸ Véase Gary Swearingen, "Proportionality and Punishment: Double Counting under the Federal Sentencing Guidelines", *Washington Law Review*, vol. 68, 1993, p. 725. En este artículo se describe cómo una línea jurisprudencial considera que el *double counting* implica juzgar dos veces por los mismos hechos.

⁶⁹ Véase Ambos, *Treatise...*, o. cit., pp. 288-289.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (serie C, n.º 52), § 119.

Evitar el *double counting* se estima lógico, pero no parece estar prohibido por el ECPI, por lo menos no a simple vista. Es por ello que resulta importante que, ante la ausencia de disposición expresa, se establezca la imposibilidad de aplicar esta práctica en los derechos humanos. De tal forma, nuevamente estamos frente a una determinación de la SPI I que no se funda en los derechos humanos internacionalmente reconocidos como ordena el ECPI.

3. Conclusión

La sentencia de imposición de pena constituye un gran avance por cuanto resuelve varias de las dudas y críticas que se habían formulado en contra de los tribunales penales internacionales e híbridos que precedieron a la CPI. Lo más evidente es la mera existencia de una resolución independiente de la de condena, en la que detalladamente se explican las razones por las cuales se impone la pena.

Este acto de transparencia es en gran medida el resultado del texto del ECPI, ya que permite que se lleve a cabo una audiencia en la cual se presenten alegatos adicionales y pruebas, aunque excepcionalmente. Si bien esta audiencia solamente se efectúa si alguna de las partes la solicita, las críticas sobre la opacidad de las determinaciones de los tribunales *ad hoc* deberían impulsar a la CPI a solicitar dicha audiencia en todos los casos. Lamentablemente, la consideración de que para la imposición de penas se tomarán en cuenta principalmente los elementos desahogados en el juicio hace suponer que por lo menos la SPI I pretende limitar el alcance de aquella.

También se cuenta con avances en cuanto a la identificación de las finalidades de la pena. Muchos autores consideran que establecer principios contribuiría a la seguridad jurídica de los condenados y a impedir el ejercicio desmedido de la discrecionalidad. Parecería que, si en el ámbito nacional no hay uniformidad ni consenso, difícilmente podemos esperar mejores resultados en el ámbito internacional. No obstante, si lo que se busca es tener clara la finalidad de las penas, el ECPI, a diferencia de los instrumentos internacionales que en la materia lo preceden, ofrece ventajas palpables.

La SPI I identificó ciertos fines de la pena en el Preámbulo del ECPI. Igualmente, el reconocimiento expreso de la proporcionalidad puede ser un punto de partida para construir una teoría penológica en el derecho penal internacional. Evidentemente, estos aspectos no son principios rectores para la pena, pero sí pueden constituir un punto de partida para llenar esta laguna identificada en la doctrina.

A pesar de los avances, hay un aspecto inquietante de la sentencia de imposición de pena: parece haber muchas imprecisiones en el uso de las fuentes jurídicas. Ya se destacó la incongruencia de mencionar casos relacionados con niños soldados y no referir a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* o la práctica nacional para establecer otro tipo de conceptos. Lo anterior es inquietante, pues el propio ECPI autoriza el uso de las normas jurídicas (o por lo menos los principios generales) que se encuentran en los sistemas jurídicos del mundo.

No obstante esta apreciación, parece más alarmante que no se consideren los derechos humanos internacionalmente reconocidos en la determinación. Este cuerpo normativo también puede ser empleado según el texto del ECPI, pero las referencias son nulas. Incluso no se da la importancia que tiene al principio *nulla poena sine lege*, aunque tenga un reconocimiento expreso en el ECPI.

También es omisa la SPI I en mencionar los tratados e instrumentos internacionales que hacen referencia a la imposición de penas y a la jurisprudencia internacional que aborda este tema. Al ser la primera sentencia de este tipo que impone la CPI, habría sido importante retomar los aspectos ya abordados nacional e internacionalmente. Quizá algunos se desecharían, como la readaptación social, pero deben considerarse y, en todo caso, refutar su aplicabilidad.