

PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA *DECISION ON SENTENCE*: CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES, CONCURSO Y CÁLCULO DE LA PENA

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. Según la sentencia analizada, las circunstancias agravantes pueden ser de carácter objetivo-general —que se amplían a los participantes en el crimen aludiendo al curso ordinario (contexto) del crimen— o de naturaleza individual —que se comunican según haya existido una orden expresa (promoción) o intencionalidad—. La sentencia no se refiere directamente al carácter objetivo o individual de la agravante, sino a los criterios para su imputación. Por otra parte, las circunstancias atenuantes se vinculan a la individualización de la pena. Igualmente, la Corte entiende que el artículo 8.2.e.vii del Estatuto contempla varios crímenes, de allí que aplique la sanción a cada uno por separado. Al respecto, por tratarse de un mismo bien jurídico y un mismo artículo, es claro que no se trata de varios delitos sino de un único crimen con distintas modalidades de conducta.

Palabras clave: agravantes, atenuantes, comunicabilidad, concurso, pena.

ABSTRACT. According to the analyzed judgment, aggravating circumstances may be objective and general – and therefore extend to other participants in view of the ordinary course of the crimes – or of an individual nature – which extend to other participants only if there was a specific order (encouragement) or intent. The judgment makes no direct reference to the objective or individual character of the aggravating circumstances but rather to the criteria for taking them into account. Mitigating circumstances are also relevant for determining the sentence. The Chamber also considers that article 8(2)(e)(vii) of the Statute defines several crimes and therefore imposes a separate sentence for each one. In this respect, since the legally-protected interest is the same and the article involved is only one, we understand that several offenses were not committed but rather one crime with different modalities of conduct.

Key words: aggravating circumstances, mitigating circumstances, extension of liability for objective circumstances to co-perpetrators, concurrent offenses, punishment.

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

ZUSAMMENFASSUNG. Nach dem analysiertem Urteil zufolge können die strafschärfende Umstände einen allgemeinen, objektiven Charakter haben – und erstrecken sich damit unter Bezug auf den Ablauf des Verbrechens im Allgemeinen (Kontext) auf alle Verbrechensbeteiligten –, oder sie sind individueller Natur – und ergeben sich, wenn eine ausdrückliche Anordnung (Förderung) oder Absicht vorliegt. Das Urteil bezieht sich nicht direkt auf den objektiven oder individuellen Charakter des strafschärfenden Umstands, sondern auf die Kriterien für seine Zurechnung. Strafmildernde Umstände beziehen sich dagegen auf die Individualisierung der Strafe. Der Gerichtshof vertritt außerdem die Auffassung, dass Artikel 8 (2)(e) (vii) des Statuts mehrere Verbrechen nennt, weshalb die Strafe für jedes von ihnen getrennt festgelegt wird. Aus der Tatsache, dass es sich um dasselbe Rechtsgut und denselben Artikel handelt, ergibt sich jedoch eindeutig, dass es sich nicht um unterschiedliche Straftaten handelt, sondern um ein Verbrechen mit unterschiedlichen Ausdrucksformen.

Schlagwörter. Strafschärfende Umstände, strafmildernde Umstände, Anrechenbarkeit, Konkurrenzen, Strafe.

1. Sobre las circunstancias agravantes del crimen

En la condena de Thomas Lubanga Dyilo destaca su no participación directa en la ejecución material de los crímenes, pese a lo cual fue calificado como coautor. La CPI no lo consideró un autor mediato, tampoco un partícipe. Optó entonces por una vía intermedia, al calificarlo como un coautor que no concurre a la ejecución material de los crímenes (autor intelectual).¹ Según la Sala de Primera Instancia I, no es necesaria la concurrencia del coautor a dicha ejecución; únicamente que ejerza su control sobre el delito.² Para ser coautor bastará la existencia del plan común a ser ejecutado y proporcionar una contribución esencial a este.³ Se trata de una versión, corregida, del *dominio funcional del hecho* como fundamento de la coautoría.⁴ Ello coloca en primer plano el

¹ CPI-Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012, § 1023 ss.

² *Ibidem*, § 1003 ss.

³ *Ibidem*, § 1006.

⁴ La decisión acogió la concepción de Roxin sobre el dominio del hecho para definir al coautor, aunque se separó de ella en lo relativo a la necesidad de concurrir en la ejecución material. En efecto, si se sigue estrictamente a Roxin, la conclusión anterior no es compatible con la alusión a la capacidad de frustración del crimen como criterio para determinar el carácter esencial del aporte, defendida por el autor alemán. Roxin vincula esa capacidad con la ejecución material del crimen (véase Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho* [trad. de Cuello y Serrano], Madrid, 2000, pp. 310 ss., 330). El control fáctico de la ejecución material es la carta que utiliza hábilmente Roxin para distinguir al

tema de la comunicabilidad de las circunstancias a un coautor que no concurrió a la ejecución material del crimen.

1.1. La acusación alegó que las *condiciones del centro de reclutamiento y el trato brutal dado a los menores* constituyen circunstancias agravantes del hecho⁵ que encuadran en la regla 175.2.a.iv de las Reglas de Procedimiento y Prueba, referida a la “especial crueldad” con que se haya cometido el crimen. La Corte concluyó que los castigos a que fueron sometidos los reclutas no pueden atribuirse a Lubanga, ya que no se probó que sucedieron en el “curso ordinario de los crímenes” por los cuales lo condenaron:⁶ alistamiento, reclutamiento y uso de menores de quince años en las hostilidades.

Por lo tanto, el primer criterio para determinar la comunicabilidad de una circunstancia agravante será que esta haya sucedido en el *curso ordinario del crimen*. En efecto, la extensión de la circunstancia agravante a los intervinientes supone que, al planificarse el crimen o durante la propia ejecución, era previsible la realización del hecho agravante desde una perspectiva *ex ante* (según el juicio de un hombre medio en la posición del autor), prescindiendo de si el sujeto concreto contaba o no con su existencia. Debe concluirse, entonces, que la especial crueldad en la ejecución del crimen constituye una agravante de naturaleza objetiva, que se comunica a todos los intervinientes en el delito, en razón de su previsibilidad *ex ante*. Los intervinientes debían haber contado con la producción de ese hecho: de allí la imputación recíproca.

Sin embargo, no se detiene la sentencia en el hecho de que los castigos formaran parte del entrenamiento de los niños reclutas; por lo tanto, no analiza si dicha circunstancia

coautor del colaborador que realiza un aporte fundamental al delito sin controlar dicha ejecución. Al respecto, véase Juan Luis Modolell González, “Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)”, en Kai Ambos y Montserrat de Hoyos (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada: Comares, 2008, pp. 99 ss. Desde mi punto de vista, Lubanga debió ser acusado como autor mediato en una estructura organizada de poder, especialmente porque su control se ejercía sobre la organización como tal y no en los específicos actos criminales ejecutivos (ibídem, pp. 107 ss.). Incluso, la propia sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que “la FPLC admitió” en su seno a los jóvenes reclutados, incluidos menores de 15 años, y los envió a sus campos de entrenamiento, donde les inculcó una estricta disciplina militar. Por lo tanto, inconscientemente esa decisión aludió a la propia organización como ejecutora del delito y al dominio de Lubanga sobre la estructura. Además, Lubanga era el máximo jefarca de los dos aparatos de poder (la UPC/RP y el FPLC), todo lo cual hacía más sencillo imputarle una autoría mediata dentro de una estructura organizada de poder que atribuirle el rol de coautor en los crímenes (ibídem, p. 108).

⁵ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 de julio de 2012, § 57.

⁶ Ibídem, § 59.

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

era una consecuencia necesaria del reclutamiento, totalmente previsible. En efecto, la propia Sala de Cuestiones Preliminares I expresó que la FPLC admitió en su seno a los jóvenes reclutados, incluidos menores de 15 años, e incluso los envió a sus campos de entrenamiento, además de haberlos *sometido a una estricta disciplina militar*.⁷ Igualmente, la sala hizo referencia a que Lubanga cumplió un papel esencial de coordinación e implementación del plan común, concretamente teniendo contactos directos y continuos con los participantes en dicho plan, inspeccionando los campos de entrenamiento para alentar a los nuevos reclutas —incluidos menores de 15 años—, así como proveyendo los recursos financieros necesarios para la implementación del plan común, y usando a los niños como guardaespaldas.⁸

La necesidad de que la agravante suceda en el curso ordinario del crimen constituye un criterio semejante al utilizado en la decisión de juicio, donde para calificar de coautor a Lubanga se exigió que el plan común conllevara “un riesgo suficiente según el cual, si los hechos siguen su curso normal, un crimen será cometido”.⁹ Considero acertado el uso de este criterio valorativo para la imputación de las circunstancias agravantes. No obstante, resulta inexplicable que la Corte no haya considerado que los castigos a menores de 15 años durante el reclutamiento pudieran derivarse del “curso ordinario de los acontecimientos”, especialmente si se afirma que los reclutas eran sometidos a una estricta disciplina militar.¹⁰

La CPI añade una razón para concluir que a Lubanga no se le pueden atribuir los castigos infligidos a los niños reclutas: no los ordenó ni los promovió.¹¹ Se trata de un criterio de atribución de las circunstancias agravantes de carácter individual, vinculado a la directa intervención en el crimen.

1.2. La *agravante de violencia sexual*, solicitada por la acusación, no se consideró procedente debido a la ausencia de evidencia de que fue realizada “en el contexto de los crímenes de los cuales Lubanga es culpable”.¹² El criterio “contextual” de atribución se

⁷ CPI, *Sala de Cuestiones Preliminares I, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, caso ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007, § 379.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Judgment* (nota 1), § 987.

¹⁰ En opinión disidente, la juez Odio Benito sostiene que la agravante debió ser afirmada, pero su razonamiento se basa en la magnitud del daño causado en los menores de 15 años (*Decision on Sentence*, cit. [nota 5], opinión disidente, § 6).

¹¹ *Decision on Sentence* (nota 5), § 59.

¹² *Ibidem*, § 66.

asimilaría al del “curso ordinario del crimen” referido antes. Por lo tanto, la violencia sexual sería comunicable entre los intervinientes cuando su ocurrencia fuese esperada, atendiendo a los hechos.

A diferencia de los castigos aplicados durante el entrenamiento de los reclutas, que parecieran formar parte natural de este, la violencia sexual contra los menores de 15 años no deriva *necesariamente* de un contexto de reclutamiento, alistamiento o uso de los niños en hostilidades, salvo que formara parte del plan común de realización de los crímenes mencionados, lo cual no se evidenció durante el proceso.¹³ La violencia sexual sobrevenida durante la ejecución constituye un auténtico exceso no imputable a quienes directamente no la realizaron, o al menos no la ordenaron.¹⁴ Esta consecuencia podría derivarse de que esa clase de violencia es un hecho de propia mano en sentido estricto, que requiere un contacto personal entre el sujeto y la víctima.¹⁵

1.3. Con relación a la agravante solicitada por la acusación, de *ser las víctimas especialmente indefensas* (regla 147.2.b.iii de las Reglas de Procedimiento y Prueba), afirma la sentencia que los factores relevantes para determinar la propia gravedad del delito no pueden ser considerados, a su vez, circunstancias añadidas que la aumenten.¹⁶ Ello, expresado técnicamente, significa que los elementos constitutivos del propio tipo penal, consustanciales al crimen, como sería en este caso el carácter vulnerable de los menores de 15 años, no pueden ser calificados simultáneamente como circunstancias agravantes. Los tipos penales aplicados en este caso tienen como fin, precisamente, la protección de personas especialmente vulnerables ante los efectos nocivos, e irreversibles, que les acarrearía involucrarse como protagonistas de un conflicto armado.¹⁷ Por lo tanto, la indefensión y vulnerabilidad de las víctimas son elementos del propio crimen. Aplicarle a este tipo penal la agravante referida infringiría de manera evidente el principio del *non bis in idem*.¹⁸

¹³ *Ibidem*, § 74.

¹⁴ En su opinión disidente, la juez Odio Benito considera que concurre esta agravante, especialmente por el daño que produjo el reclutamiento (*Judgment* [nota 1], opinión disidente, § 21).

¹⁵ Entre los delitos de propia mano se distinguen aquellos que requieren una intervención corporal del autor en el hecho —verbigracia, la violación— y aquellos que no requieren un comportamiento corporal pero sí personal del sujeto activo —verbigracia, la bigamia— (Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot, 1996).

¹⁶ *Ibidem*, § 78.

¹⁷ Así, como en nota 1, opinión disidente de la juez Odio Benito.

¹⁸ Al respecto, Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, vol. II, pp. 288 ss.; Juan José Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 527.

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

1.4. La acusación solicitó contra Lubanga la *agravante de motivos discriminatorios* (regla 145.2.b.v de las Reglas de Procedimiento y Prueba), ya que, se alegó, la violencia sexual y la “sumisión conyugal” (*conjugal subservience*) se ejecutaron en razón del género.¹⁹ Para no descartar la aplicación de esta agravante, la Corte sostuvo la falta de evidencia de que Lubanga hubiese discriminado “deliberadamente” a las mujeres al cometerse los hechos.²⁰ Al aludir al carácter intencional (deliberado) de la discriminación, se deduce que la sentencia atribuye naturaleza individual a esta agravante; de allí que esta solo pueda imputarse a los intervinientes que directamente persiguieron la referida discriminación, por formar parte de un plan común, o que la ordenaron expresamente. No es casual que se hable en la norma de “motivos” discriminatorios. Sin embargo, desde mi punto de vista, la discriminación igualmente podría derivarse del contexto, o del curso ordinario de los crímenes. Piénsese en el caso del reclutamiento o alistamiento de menores de quince años pertenecientes a una etnia enemiga.

1.5. Después de desarrollar los criterios utilizados por la sentencia para imputar las circunstancias agravantes a los participantes en el crimen, se concluye que estos pueden ser de carácter objetivo-general —mediante los cuales se alude al curso ordinario (o el contexto) del crimen— o de naturaleza individual —orden expresa (o promoción) e intencionalidad—. El primer criterio abarca las llamadas *agravantes objetivas* y permite extenderlas a todos los intervinientes en el delito. El segundo se refiere a las *agravantes aplicables solo a los sujetos en quienes concurren*. La sentencia de condena no se refiere directamente al carácter objetivo o individual de la agravante, sino a los criterios para poder imputarla.²¹ En todo caso, del análisis del criterio utilizado para la atribución se puede inducir la naturaleza de la concreta agravante analizada. Debe aclararse que la distinción, o clasificación, de las circunstancias solo tiene sentido para fundamentar su comunicabilidad. En efecto, cuando la doctrina habla, por ejemplo, de circunstancias “coetáneas a la ejecución del crimen”, circunstancias “personales pre- o posdelictivas” o “circunstancias referidas a la culpabilidad”,²² entre otras, esas denominaciones son

¹⁹ *Decision on Sentence* (nota 5), § 79.

²⁰ *Ibíd.*, § 81.

²¹ Por su parte, la doctrina penal pareciera aludir más bien a la naturaleza objetiva o subjetiva de la respectiva circunstancia, para fundamentar la comunicabilidad a los partícipes del crimen. En tal sentido, se sostiene que las llamadas circunstancias objetivas se comunican, se aplican a los intervinientes que las hayan conocido, mientras que las circunstancias personales, subjetivas, solo se aplican al sujeto en quien concurren (así, por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho penal*, Barcelona: Reppertor, 2011, p. 617 [11]; Bustos, o. cit., p. 526).

²² Así, Ambos, *Treatise...*, o. cit. (nota 18), pp. 295 ss.

pertinentes si conjuntamente se hace referencia al sujeto en quien concurren y, por lo tanto, a la posibilidad de comunicación de la agravante al resto de los intervinientes.

2. Sobre las circunstancias atenuantes del crimen

Antes de desarrollar este punto de la sentencia, debe mencionarse que las circunstancias atenuantes no se vinculan a la gravedad de la pena, sino a su individualización.²³

2.1. La Corte no consideró como atenuantes de la pena la “necesidad”, los “motivos pacíficos” ni las “órdenes de desmovilización” alegados por la defensa de Lubanga. Expresa la sentencia que, aun cuando Lubanga esperaba la restitución de la paz, una vez asegurados sus objetivos, ello era de relevancia limitada, dado el reiterado reclutamiento de niños.²⁴ Por otra parte, la decisión resalta que Lubanga, para lograr sus objetivos, utilizó niños en las fuerzas armadas que controlaba y se mantuvo en las UPC/FPLC a pesar de las declaraciones públicas en sentido contrario y las órdenes de desmovilización que emitió.²⁵

Los párrafos de la sentencia de condena que se refieren a esta atenuante podrían llevar a concluir, por argumento a contrario, que si Lubanga hubiera abandonado realmente el control de la estructura, o hubiese cesado el reclutamiento de menores de 15 años, esa actividad posterior a los hechos debería haber sido valorada como un motivo de rebaja de la pena. Al respecto, la regla 145.2.a.ii de las Reglas de Procedimiento y Prueba establece como atenuante de pena la conducta del autor posterior al hecho, incluyendo en ella lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o para cooperar con la Corte. Estas últimas referencias normativas, desde mi punto de vista, permiten interpretar correctamente la conducta posterior al crimen que merece ser considerada como atenuante. Al respecto, parece esencial que la conducta del autor o del partícipe después del crimen persiga el esclarecimiento de los hechos (cooperación con la Corte) o la disminución del daño *ya causado* a las víctimas.

Partiendo de lo anterior, ni el hecho de que Lubanga hubiese cesado en su actividad —dejado de reclutar niños— ni el abandono de la estructura político-militar incidiría en el daño *ya ocasionado* a las víctimas. Además, la propia Corte sostuvo que

²³ *Ibidem*, p. 296.

²⁴ *Decision on Sentence* (nota 5), § 87.

²⁵ *Ibidem*.

los crímenes de alistamiento y reclutamiento son, por su propia naturaleza, delitos continuos (permanentes).²⁶ Por lo tanto, no se justificaría atenuar la pena del autor de un crimen de esta clase por haber cesado la permanencia. Sería como premiar con una rebaja de pena al secuestrador que libera su víctima.

2.2. La Sala reconoce como circunstancia atenuante la colaboración de Lubanga con la CPI durante el juicio.²⁷

3. Determinación (cálculo) de la pena y concurso de delitos

3.1. En cuanto a la determinación de la condena, se expresa que debe ser proporcional al crimen, de allí que no sea necesario establecer un límite mínimo, un punto de partida en cuanto a la pena.²⁸ Además, la privación de libertad no puede exceder los 30 años, salvo que la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado justifiquen la cadena perpetua.²⁹

Igualmente, afirma la decisión que debe imponerse una pena por cada uno de los crímenes, especificando el período total de reclusión.³⁰ Al respecto, dispone el artículo 78.3 del Estatuto que “la pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas”. En consecuencia, la Corte condena a Lubanga a la pena de prisión de 13 años por el delito de reclutamiento de niños menores de quince años; a una pena de 12 años de prisión por el crimen de alistamiento de niños menores de quince años, y a una pena de 14 años de prisión por utilización de niños menores de quince años en las hostilidades. La sentencia opta, en definitiva, por castigar con la pena más grave de las tres mencionadas: 14 años.³¹

3.2. Como se sabe, el Estatuto no establece el quantum de pena aplicable a los crímenes, ni mucho menos un rango para su determinación,³² lo cual evidentemente

²⁶ *Judgment* (nota 1), § 618, 759.

²⁷ *Decision on Sentence* (nota 5), § 91. En todo caso, las conductas posdelictivas nunca pueden agravar el delito, aunque sí atenuarlo (Ambos, *Treatise...*, o. cit. [nota 18], p. 299).

²⁸ *Decision on Sentence* (nota 5), § 93.

²⁹ *Ibidem*, § 94; véase también § 96.

³⁰ *Ibidem*, § 98.

³¹ *Ibidem*, § 99.

³² Ambos lo atribuye a la diversidad de sistemas nacionales de justicia penal, que impidió un acuerdo de los Estados sobre las penas concretas a aplicar (Ambos, *Treatise...*, o. cit. [nota 18], p. 272).

cuestiona la vigencia del principio *nullum poena sine lege* en ese texto normativo.³³ El principio de legalidad de los delitos y las penas representa la seguridad jurídica del ciudadano ante el poder. Mediante la ley penal previamente establecida se determina el ámbito de la prohibición y se limita la potestad punitiva. Adicionalmente, desde el punto de vista de los fines de la pena, es esencial el principio del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, ya que el autor debe conocer *previamente* el hecho prohibido, o al menos tener la posibilidad de acceder al mandato de determinación contenido en la norma.³⁴ La función motivadora de la norma mediante la amenaza penal se fundamenta, desde mi punto de vista, en el fin preventivo-general de la pena. Si al derecho penal se le atribuye una función de protección de bienes jurídicos, de intereses valiosos para la sociedad, solo podría lograrlo tratando de influir de dos maneras en los destinatarios de la norma: a) amenazando con aplicarles una pena en caso de que infrinjan la norma (prevención general negativa), y b) fomentando el respeto (jurídico) al valor protegido por el tipo penal (prevención general positiva).³⁵ Por ejemplo, la norma del tipo de homicidio contiene la conminación a “no matar” y, a su vez, envía el mensaje de que la vida es un interés valioso para la sociedad.³⁶

La función positiva de la prevención general sirve como límite de la intimidación, que de admitirse como único fin de la pena podría acarrear la desproporción de esta y, en última instancia, la ausencia de una diferenciación punitiva entre los distintos delitos. En efecto, si lo que persigue el Estado es intimidar a la población con la amenaza punitiva, sería entonces muy tentador castigar todos los delitos con la misma pena, incluso sin forma alguna de limitación cualitativa. Por el contrario, si para la configuración de la amenaza penal se toman en cuenta, igualmente, los intereses que busca proteger el derecho penal, entonces la pena de cada delito debe diferenciarse al menos cuantitativamente, y estar previamente establecida. Por mencionar un ejemplo, para la sociedad no significa lo mismo la vida de una persona que la propiedad, por lo tanto el homicidio y el hurto no pueden ser castigados de igual forma. Toda esta función motivadora de la norma penal implica que el autor tenga la posibilidad de acceder a ella; de allí la

³³ Al respecto, *ibídem*, pp. 271 ss.

³⁴ En este sentido, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Eugenio Zaffaroni [coord.]), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, Buenos Aires: IIDH, 1986, p. 14.

³⁵ Similar, Juan Luis Modolell, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas: Livrosca, 2001, pp. 300 ss.

³⁶ *Ibidem*, p. 301.

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

importancia fundamental del principio de legalidad, que obliga a la fijación previa de la materia de prohibición.³⁷

En todo caso, aun cuando el Estatuto no establezca el tipo de pena ni su cuantía, toda sentencia debe fundamentar por qué atribuye determinado lapso de sanción al crimen respectivo. En la sentencia analizada, la decisión no fundamenta el castigo de 13 y 14 años para los crímenes de Lubanga. En modo alguno hace referencia a la proporcionalidad de la pena o a sus fines.³⁸

3.3. La solución anterior plantea el problema de si el artículo 8.2.e.vii del Estatuto contempla varios delitos o prevé un solo delito con diversas modalidades de conducta. Si se trata del primer caso, estaríamos ante un supuesto de concurso de delitos, por la concurrencia de injustos distintos. En cambio, si se concluye que se está en presencia de un único delito, cuya tipificación prevé distintas formas de ejecución, la realización de una sola de ellas configuraría el crimen.³⁹

La distinción acerca de si en un mismo artículo se tipifican varios delitos o se contempla un delito con varias modalidades de conducta⁴⁰ debe hacerse fundamentalmente mediante el análisis del bien jurídico protegido.⁴¹ Así, en el tipo penal en estudio las acciones de reclutamiento, alistamiento y uso de menores de quince años lesionan el mismo bien jurídico, a saber: el sano desarrollo psíquico, físico y moral de personas

³⁷ Expresa claramente Perron que del supuesto de hecho tipificado (norma de sanción) se deriva la prohibición (norma de conducta). Según dicho autor, la norma se desdobra en dos pasos: primero, la formación de las normas de conducta, dirigidas a los ciudadanos como destinatarios, a quienes ordena de qué modo comportarse unos con otros; segundo, la formación de la norma de sanción, la cual está dirigida al juez, funcionario del Estado y por ende aplicador del derecho (*Rechtsanwender*). A él ordena que debe aplicar una sanción contra alguien que ha lesionado determinada norma de conducta. Según Perron, en la práctica son muy raros los casos de disposición legales penales que sean normas de conducta aisladas; el legislador solo dicta típicamente normas de sanción, en especial en la forma de tipos penales (*Straftatbeständen*), las cuales contienen todo lo necesario para el aplicador del Derecho. Y concluye Perron: la norma de conducta fundamental podría entonces ser descubierta ulteriormente, y solo mediatamente, de esa norma de sanción ("*Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen*", en Alvin Eser y Haruo Nishihara, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Friburgo, 1995, p. 75).

³⁸ En este sentido, Ambos, *Treatise...*, o. cit. (nota 18), pp. 285 ss; 302 ss. Sobre los pasos para fundamentar adecuadamente la pena, *ibidem*, p. 307.

³⁹ Este último caso sería un tipo alternativo, en el cual la ejecución de cualquiera de las modalidades descritas bastaría para la consumación (véase Mir Puig, o. cit. [nota 21], p. 236 [34]; Jescheck y Weigend, o. cit. [nota 15], p. 266).

⁴⁰ Aceptan la posibilidad de que en una misma descripción legal puedan existir varios tipos penales, M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, *Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 405.

⁴¹ Este criterio, entre otros, se utiliza en el caso *Akayesu* para determinar la existencia de varios (dos) crímenes (ICTR, Sala I, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, caso 96-4-T, 2 de septiembre de 1998, § 468.

especialmente vulnerables en razón de su edad.⁴² Por lo tanto, estamos ante un único crimen, con formas distintas de conducta.

Incluso, desde mi punto de vista, las dos primeras modalidades de acciones alternativas (alistamiento y reclutamiento) constituyen presupuestos de la más grave: uso de menores de quince años en las hostilidades. En consecuencia, si se ejecuta esta última forma de conducta, ella abarcaría alguna de las dos anteriores, lo que plantearía un supuesto de concusión, según el cual la conducta más grave absorbe a las demás.⁴³ En este último supuesto, si se comete más de una de las modalidades previstas, solo sería relevante la que abarque a las anteriores o la que pudiera considerarse más grave, precisamente por tratarse de un solo crimen con posibilidades distintas de conducta.

No obstante, la Corte entiende que el artículo 8.2.e.vii del Estatuto contempla varios crímenes;⁴⁴ de allí que aplique la pena a cada uno por separado. Como expresé, por tratarse de un mismo bien jurídico y un mismo artículo, es claro que no se trata de varios delitos, sino de un único crimen con distintas modalidades de conducta.⁴⁵ Bastaba condenar a Lubanga con la pena del delito de uso de menores de quince años en las hostilidades.

3.4. La Corte, partiendo del supuesto de que se trata de varios crímenes, recurre al *sistema de absorción* para calcular el *quántum* total de la pena, método usual del concurso ideal de delitos caracterizado por el hecho de que la pena del delito mayor prevalece (absorbe) al resto de las sanciones. En tal sentido, la sentencia comentada aplica la pena del delito más grave (14 años). Cabe aclarar que, para los casos de concurso, el Estatuto no toma partido por este sistema, aunque erróneamente así lo crea la Corte. En efecto, el artículo 78.3 expresa que la pena final no puede ser menor que la mayor aplicada a alguno de los delitos. En modo alguno establece que *necesariamente* deba condenarse con la mayor pena asignada a uno de los crímenes. Dicho de otra forma, la pena mayor de los crímenes considerados será el límite mínimo para la fijación de la pena total.

Por otra parte, si la Corte consideró que el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños menores de quince años en las hostilidades son hechos distintos, pudo

⁴² *Judgment* (nota 1), § 605 ss.

⁴³ Mir Puig, o. cit. (nota 21), pp. 666 ss. [75 y ss.].

⁴⁴ *Judgment* (nota 1), § 609. Críticamente, Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", *In Dret*, julio de 2012, p. 20.

⁴⁵ Así, Ambos, para quien se trata de tres formas de conducta alternativas (Ambos, *Treatise...*, o. cit. [nota 18], p. 279, nota 263).

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

recurrir entonces a uno de los clásicos sistemas para calcular la pena en el concurso real: el de *acumulación matemática* o la *acumulación jurídica*.⁴⁶ Según el primero, la pena total aplicable sería resultante de la suma de la pena de cada delito, caso en el cual Lubanga pudo haber sido condenado a 30 años de prisión, como consecuencia de que la adición de 12, 13 y 14 años de prisión excede ese límite máximo legal. La sentencia pudo optar por aplicar el *sistema de acumulación jurídica*, mediante el cual a la pena más grave de los delitos realizados (14 años, en este caso) se le aumentará una cuota parte de la pena de cada uno del resto de los crímenes. En cualquier caso, la privación de libertad habría sido mayor de 14 años, lo cual sería acorde con la letra del Estatuto, cuya norma del artículo 78.3 alude al mínimo de pena, no a su máximo.

⁴⁶ Al respecto, Mir Puig, o. cit. (nota 21), pp. 660 ss. [56 ss.].