

LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS UTILIZADOS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL AL FIJAR LAS REPARACIONES EN EL CASO *PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO*

Ramiro J. García Falconí

RESUMEN. Dentro de la sentencia dictada por la Corte Penal Internacional en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, se utiliza un estándar probatorio propio del procedimiento civil anglosajón para la fijación de reparaciones: el de *prevalencia de evidencia*. Este estándar difiere del usado en la misma sentencia para determinar la responsabilidad penal, que corresponde al denominado *beyond reasonable doubt*. Los diferentes niveles de certeza exigidos se justifican por la diferente naturaleza del objeto en cuestión, así como por la necesidad de minimizar el margen de error en los efectos civiles de la decisión judicial.

Palabras clave: estándar de prueba, prevalencia de evidencia, duda razonable, certeza, reparaciones, efectos civiles, probabilidad, error en la decisión judicial.

ABSTRACT. The judgment rendered by the International Criminal Court in the case against Thomas Lubanga Dyilo uses a standard of proof that comes from the Anglo-Saxon civil procedure for the purpose of awarding reparations: the predominance of evidence. This standard differs from the one used in the same judgment to determine criminal responsibility, which requires proof beyond reasonable doubt. The requirement of different levels of certainty is justified by the different nature of the object involved and also by the need of minimizing the margin of error in the civil consequences of the judgment.

Key words: standard of proof, predominance of evidence, reasonable doubt, certainty, reparations, civil consequences, probability, error in the judicial decision.

ZUSAMMENFASSUNG. In dem vom Internationalen Strafgerichtshof im Verfahren gegen Thomas Lubanga Dyilo erlassenen Urteil kommt ein für angelsächsische Zivilverfahren typischer Beweisstandard zur Anwendung: die Prävalenz der Beweismittel. Dieser Standard weicht von dem in demselben Urteil zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortung verwendeten Standard *beyond reasonable*

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

doubt ab. Der Unterschied hinsichtlich der erforderlichen Gewissheitsgrade lässt sich sowohl mit den Unterschieden hinsichtlich der behandelten Angelegenheiten als auch mit der Notwendigkeit einer Minimierung des Fehlerspielraums bei der zivilrechtlichen Wirkung der Gerichtsentscheidung begründen.

Schlagwörter: Beweisstandard, Prävalenz der Beweismittel, berechtigter Zweifel, Gewissheit, Wiedergutmachungen, zivilrechtliche Wirkungen, Wahrscheinlichkeit, Irrtum bei der Gerichtsentscheidung.

1. Introducción

El 10 de julio de 2013 la Corte Penal Internacional (en adelante, *la CPI*), específicamente la Primera Cámara de Juzgamiento (en adelante, *la Cámara*), emitió la primera sentencia en los casi quince años de historia de dicha entidad judicial, creada a través del Estatuto de Roma con el objetivo de juzgar los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.¹ Evidentemente una primera sentencia incluye una serie de aspectos novedosos, entre los que cabe destacar el de las reparaciones a las víctimas y los estándares probatorios utilizados por la CPI para el efecto.

El concepto de reparación no es nuevo y ya en el Código de Hammurabi encontramos obligaciones de resarcimiento pecuniario, así como disposiciones taliónicas como formas de reparación.² En cuanto a la prueba sobre la reparación, ya en el derecho romano, en las Doce Tablas, se establecía la obligación de resarcir, que comprendía incluso la posibilidad de que la víctima diera muerte a su ofensor, como en el caso del *furtum nocturnum* (robo en la noche) o en el *se telo defendit* (matar en lucha al ofensor para no ser capturado). En este último caso se establecía un procedimiento judicial en que la ofensa y el daño se exponen ante un magistrado (*endoploratio*), corroborados además por evidencia testimonial.³ Con la Ley Pretorial introducida en el siglo II a. C. se incorporó el concepto de resarcimiento moral adicional al material, así como al Estado como beneficiario de la reparación con el argumento de interés de la comunidad. Posteriormente

¹ Para una mejor comprensión de la naturaleza, actividades y fines de la CPI ver Kai Ambos, *El nuevo Derecho penal internacional*, Lima: ARA, 2004.

² R. Neil Snyder, "Natural Law and Equity", en Ralph A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Bruselas: Bruylant, 1973.

³ Arlette Lebrige, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, París: Presses Universitaires de France, 1967.

y como un paso insoslayable, la *Lex Aquilia de Damno* (Ley Aquiliana) desarrolló el concepto de reparación al enfocarla ya no en la retribución al ofensor, como forma de resarcimiento moral de la víctima, sino en la determinación y reparación del daño objetivamente causado por la infracción (*damnum injuria datum*).⁴ Adicionalmente a la determinación objetiva del daño, el ofensor podía ser condenado a una sanción adicional según la cláusula *status quo ante*, que incluía el pago de compensación por el daño material sufrido por la víctima o sus sucesores, de ser el caso.

En la historia reciente, la judicialización de los casos se ha enfocado más en la retribución del daño causado que en su resarcimiento. Los tribunales internacionales formados a fin de juzgar las graves violaciones de derechos humanos se han centrado en establecer la responsabilidad penal, más que en determinar una posible reparación a las víctimas de estos delitos. Incluso mecanismos como la Alien Tort Claims Act (ATCA) de los Estados Unidos —que tiene por objeto reclamar judicialmente las violaciones de derechos humanos cuando estas sean demandadas por un extranjero, mediante una acción civil, respecto de actos cometidos en violación de la ley de los Estados Unidos o de tratados internacionales de los que este es signatario—⁵ no ha efectivizado la gran mayoría de las indemnizaciones establecidas.⁶

La estructura de la sentencia contempla los principios y procedimientos que se usarán en el establecimiento de las reparaciones a las víctimas, entre los cuales se incluyen los estándares probatorios. Llama la atención desde el inicio la afirmación realizada por la Cámara en cuanto a la conveniencia de utilizar un estándar probatorio diferente de aquel usado para establecer la responsabilidad penal.⁷ Mientras en la sentencia principal —la que resuelve el tema de fondo y establece responsabilidad penal— se utilizan los estándares probatorios señalados en las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como en los Elementos de los Crímenes emitidos y utilizados por la CPI,⁸ en las reparaciones el estándar usado es de menor nivel de rigurosidad, específicamente el de *balance de probabilidades* como mecanismo suficiente para establecer los hechos relevantes que se aplican

⁴ Ilaria Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2004, p. 25.

⁵ Para una mejor comprensión de los casos litigados bajo el ATCA, consúltese Beth Stephens y Michael Ratner, *International Human Rights Litigation in US Courts*, Nueva York: Transnational, 1996.

⁶ Bottigliero, o. cit., p. 63.

⁷ Trial Chamber I, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, p. 83, § 251.

⁸ Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la CPI, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

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

para las reparaciones a cumplirse por la persona condenada.⁹ Estos aspectos deben analizarse con algún detenimiento a continuación.

En primer lugar, vemos que el estándar del *balance de probabilidades* o *prevalencia de evidencia* es propio del sistema procesal anglosajón y no se utiliza en los sistemas de tradición civil romanista. En Estados Unidos e Inglaterra el estándar de pruebas es probabilístico; las reclamaciones en el ámbito civil deben ser probadas por la vía de la preponderancia o prevalencia de evidencias, mientras que en los de tradición civil romanista el demandante debe convencer al juzgador de que sus aseveraciones son verdaderas.¹⁰ Así, en el proceso alemán, “el juez puede y debe siempre alcanzar un grado de certidumbre que sea apropiado para la vida práctica, uno que silencie la dudas sin que necesariamente elimine todas ellas”.¹¹

Estas diferencias entre los estándares utilizados en el ámbito anglosajón y aquellos usados en los de tradición civil romanista no solamente tienen una gran importancia práctica, sino que sugieren una actitud diferente frente al proceso, lo cual resulta importante destacar, pues al utilizar la CPI un estándar de prueba determinado, privativo del esquema anglosajón, también asume una actitud determinada frente al concepto mismo de proceso, que puede chocar con la visión continental romanista. Debe recordarse que, cuando en el ámbito anglosajón se habla de estándares de prueba, se hace referencia al grado de persuasión necesaria, diferente del principio románico de la sana crítica del juez para evaluar la prueba, que retornó al continente europeo con la Revolución Francesa, en remplazo de la teoría formal de la prueba o *preuve légale* propia del proceso inquisitivo, que asignaba pesos específicos a las diferentes clases de prueba, como confesiones o juramentos, así como a algunos de estos el carácter de prueba plena.¹² El debate entre juristas de tradición civil y anglosajona respecto de la conveniencia del principio de la sana crítica frente a las reglas de exclusión de prueba propias del *common law* es una buena muestra de los diferentes puntos de vista sobre el tema.¹³

⁹ Trial Chamber I, *Decision...*, cit. (nota 7), § 252 y 253.

¹⁰ Kevin Clermont y Emily Sherwin, “A Comparative View of Standards of Proof”, *American Journal of Comparative Law*, 2002, p. 243.

¹¹ Arthur Von Mehren, “Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules”, *Notre Dame Law Review*, 609, 1988.

¹² Clermont y Sherwin, o. cit., p. 245.

¹³ Por todos Mirjan R. Damaška, *Free Proof and its Detractors*, Yale: Yale Law School, Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 1578.

En el sistema procesal alemán, por ejemplo, en contraste con el sistema norteamericano, se evitan los diferentes estándares probatorios pues el juez debe convencerse más allá de la duda razonable, independientemente de que se trate de un caso civil, penal o de derecho público (administrativo o constitucional). Solo será inaplicable el estándar de la duda razonable en casos específicamente señalados por la ley.¹⁴ En los casos civiles, con alguna excepción, se aplica el estándar de la certeza, al igual que en otros países continentales europeos, lo cual difiere en mucho de lo que pasa en el ámbito anglosajón. Como señala Nagel:

[...] en el derecho continental europeo no se realiza distinción alguna entre los casos civiles y penales en lo que se refiere a los estándares de prueba. En ambas jurisdicciones es requerido un alto nivel de probabilidad, a un grado que sea posible en la experiencia ordinaria de la vida misma excluir las dudas y esta probabilidad se aproxime a la certeza.¹⁵

El nivel de certeza requerido en el derecho penal continental romanista es el llamado de *une intime conviction*, esto es, de la convicción interior, profunda y personal del juez, el cual es exigido también en el ámbito civil, a diferencia del estándar utilizado en el ámbito anglosajón, el de la preponderancia o prevalencia de prueba, que es el usado por la Corte Penal Internacional como estándar para el establecimiento y prueba de las reparaciones.

Vale señalar que la diferenciación de los estándares de prueba en los ámbitos continental y anglosajón tiene raíces históricas, pues en el siglo XVIII regía la teoría de la probabilidad de la prueba, en uno y otro ámbito. Sin embargo, en el sistema civil romanista se expresaba a través del esquema de *preuve légale* mediante el ajuste de los pesos asignados a cada clase de evidencia. La exigencia legal de la “prueba plena” evitaba la necesidad de diferenciar estándares probatorios entre el ámbito civil y el penal. Como se señaló, la Revolución Francesa reemplazó el sistema legal y tasado de prueba por el de la libre evaluación o sana crítica, con lo que se instauró el principio de la íntima convicción, tanto en lo civil como en lo penal.¹⁶ La teoría de las probabilidades de alguna forma fue dejada de lado, junto con la teoría de los pesos de las evidencias, y la discusión sobre estándares

¹⁴ Juliane Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, La Haya: Kluwer Law International, 1998, p. 18.

¹⁵ Heinrich Nagel, “Evidence”, en *Encyclopædia Britannica*, Macropedia, 1974.

¹⁶ Damaška, o. cit. p. 78.

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

probatorios se relegó a otras disciplinas.¹⁷ Así René David explica desde la doctrina que la idea de la *intime conviction* permitió al ordenamiento ignorar estos aspectos.¹⁸

La separación del derecho continental de la teoría de la probabilidad de la prueba se produjo mientras en el derecho anglosajón evolucionan otros estándares que difieren del *beyond reasonable doubt* propio del proceso penal, con exigencias probabilísticas menores, a ser aplicados en el procedimiento civil.¹⁹ El desarrollo de la teoría probabilística en el ámbito anglosajón se explica, entre otros factores, por la correlación de esta con un jurado civil,²⁰ que sin los fundamentos jurídicos del juez continental debe basar su decisión en las evidencias que se someten a su análisis. Lo cierto es que la decisión de aplicar uno de los estándares de la teoría de las probabilidades no es algo meramente casual, sino que conlleva la adhesión a un sistema procesal, con todo lo que esto implica.

2. Diferenciación de estándares de prueba en el ámbito anglosajón

En el ámbito jurídico anglosajón se establecen fundamentalmente tres estándares diferenciados de prueba: el de la prueba más allá de toda duda razonable (*proof beyond reasonable doubt*), el de la evidencia clara y convincente como estándar intermedio (*clear and convincing evidence* o *much-more-likely-than-not*) y finalmente el de preponderancia o prevalencia de evidencia (*preponderance of evidence* o *more-likely-than-not*), que es el de menor intensidad y el escogido por la CPI para la prueba de las reparaciones. La estructura de los estándares mencionados, como ya se señaló, es probabilística, pues, a criterio sobre todo del derecho estadounidense, es racional y deseable reconocer que la búsqueda de la verdad de los hechos es una cuestión de probabilidades, por lo que el sistema procesal debe buscar los mecanismos para optimizar los estándares probabilísticos de prueba.²¹

¹⁷ Barbara Shapiro, *Beyond "reasonable doubt" and "probable cause": historical perspectives on the Anglo-American law of evidence*, Berkeley: University of California Press, 1991, p. 253.

¹⁸ René David, *French Law: its structure, sources, and methodology*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1972, p. 147.

¹⁹ Charles McCormick y otros: *McCormick on Evidence*, St. Paul: West Group, 1999.

²⁰ Neil Vidmar, *World jury systems*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

²¹ Richard D. Friedman, "Anchors and Flotsam: Is Evidence a Law 'Adrift'? Review of Evidence Law Adrift by M. R. Damaska", *Yale Law Journal*, 107, n.º 6, 1998, pp. 1921-67.

3. La prueba más allá de la duda razonable

Esta fórmula se aplica desde hace mucho en los tribunales anglosajones, e incluso fue propuesta en el ámbito continental por algunos autores italianos.²² Conlleva algunos problemas el definir este estándar, que más que en un cálculo matemático se fundamenta en la opción ética según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos frente al peligro de condenar a un inocente. Más allá de los intentos casi siempre fallidos de definir este estándar con exactitud, lo cierto es que se refiere sin duda a la exigencia de que la culpabilidad del procesado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, que equivalga prácticamente a la certeza.²³

El estándar de *beyond reasonable doubt* aplica sobre todos los enunciados que operan sobre el nexo causal, pues obliga a que se demuestre, más allá de toda duda razonable,

[...] no solo la afirmación relativa al hecho indicado como causa y la relativa al hecho indicado como efecto, sino también la existencia de una ley de cobertura idónea para fundamentar la inferencia por medio de la cual se afirma la existencia del nexo causal específico. En consecuencia, no solo no es suficiente que el juez conjeture o invente la ley de cobertura, sino que es necesario que su existencia sea demostrada más allá de toda duda razonable.²⁴

4. El balance de probabilidades o preponderancia de evidencia

Conforme se ha señalado, las Cortes anglosajonas exigen tres niveles o intensidades de prueba en el proceso, según la materia de que se trate. Así, en la mayor parte de los procesos civiles las cortes comúnmente señalan que quien tiene la carga de la prueba debe probar la existencia de hechos en los que se fundamenta bajo preponderancia o prevalencia de evidencia.²⁵ De igual forma, en ciertos casos civiles se requiere un estándar más alto de prueba, esto es, la prueba limpia y clara (*clean and clear evidence*).²⁶ En los casos penales se utiliza comúnmente la fórmula de que la acusación debe probar sus

²² Federico Stella, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán: Giuffrè, 2003, p. 116; Benito Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milán: Giuffrè, 2002, p. 121.

²³ Michelle Taruffo, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 273.

²⁴ *Ibidem*, p. 274.

²⁵ David Berstein y otros, *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence*, Aspen Publishers, 2011, § 2498.

²⁶ *Ibidem*, § 2497.

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

afirmaciones más allá de toda duda razonable, sobre todos los elementos del delito de que se acuse, lo cual ya fue suficientemente analizado.²⁷ Nos corresponde establecer lo que debe considerarse como *preponderancia o prevalencia de evidencia*, para lo cual vale citar las *Instrucciones sugeridas para los jurados del estado de Pensilvania*, en las que se señala:

[...] preponderancia de evidencia significa “parece más verdad que no” (*more likely true than not*) [...] piensen en una balanza tradicional con una bandeja en cada extremo. Pongan toda la evidencia del demandante en una bandeja y la favorable al demandado en otra. Si la balanza se inclina aún ligeramente al lado del demandante, entonces ustedes deben resolver en favor del demandante.²⁸

Esta perspectiva probabilística choca, como se señaló en líneas anteriores, con la perspectiva continental no probabilística. En Alemania, por ejemplo, su Tribunal Supremo ha afirmado categóricamente que el juez no puede darse por satisfecho con un mero cálculo de probabilidades, y ni siquiera es suficiente un alto nivel de probabilidades, pues una duda inicial es aceptable, pero al final el juez debe haberla superado. Esto no significa dejar la decisión a la discreción judicial, pero sí a la intuición judicial.²⁹ Como señala Schulz, el estándar es empírico y el aspecto fundamental radica en que se “asuma psicológicamente un hecho como cierto”, mediante un test basado primordialmente en los “*ethos*, experiencia e intuición”.³⁰

En los sistemas en los que se aplica la teoría de la “prevalencia de evidencia”, el juez actúa en la misma forma que un estadístico.³¹ Tanto uno como otro hacen inferencias desde la evidencia que se les presenta, y se satisfacen cuando la probabilidad de error de la inferencia es suficientemente pequeña, para lo cual comparan la hipótesis sometida a análisis o la nula hipótesis con otra hipótesis alternativa.³²

En los casos civiles ordinarios, no es suficiente instruir a un jurado respecto a que quien tiene la carga de la prueba debe hacerlo dentro del estándar de “prevalencia o

²⁷ Véase el punto anterior en este trabajo.

²⁸ *Pensilvania Suggested Standard Civil Jury Instructions*, 3.ª ed., 2005, § 1.42.

²⁹ *Bundesgerichtshof (BGH), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 1970, p. 245.

³⁰ Joachim Schulz, *Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie: Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung*, Köln: Heymann, 1992, pp. 42 ss.

³¹ David Kaye, “The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, en *Evidence, proof and facts: a book of sources*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 7.

³² William Hays, *Statistics*, 4.ª ed., Nueva York: Holt, Rinehart & Winston, 1988, p. 282.

preponderancia de evidencia”;³³ incluso se le comunica que “preponderancia de evidencia” no significa mayor número de testigos o cantidad de evidencia producida, sino que la evidencia tenga mayor peso o poder de convencimiento que la evidencia propuesta por el otro lado. El jurado instruido de esta forma no es informado sobre el peso que debe asignar a cada evidencia ni la credibilidad de una u otra parte, especialmente de la parte que tiene la carga de la prueba. La instrucción comúnmente realizada por el juez al jurado enfatiza en el peso de la evidencia y no dirige la atención al grado de credibilidad que el proponente debe producir en sus mentes antes de que estos fallen en su favor. El nivel de credibilidad debe existir antes de concluir que una aseveración o hecho es verdad y que este o estos son los elementos en que los que debe fundarse la decisión.³⁴

Las cortes anglosajonas, al utilizar el estándar de prevalencia de evidencia, asumen como premisa mayor de su silogismo que la certeza no puede ser alcanzada, razón por la cual señalábamos en puntos anteriores que no conlleva simplemente asumir un estándar probatorio, sino una actitud frente al proceso en general. Cuando el equilibrio de la prueba es destruido y la balanza se inclina hacia un lado, aun ligeramente, habrá satisfecho los requerimientos legales en un proceso civil y así debe ser señalado en el veredicto; no importa si la diferencia se basa “en el peso de una pluma”.³⁵ Este estándar probatorio, como se señaló, difiere del utilizado en los procesos penales anglosajones (*proof beyond reasonable doubt*) o de aquel usado también por las cortes estadounidenses en ámbitos específicos (*clear and convincing evidence*). La aplicación de este método pretende obtener como resultado la reducción de los veredictos erróneos al mínimo y no conlleva serios retos matemáticos en su aplicación.³⁶ Parte de un rango de cero a uno, donde la probabilidad de una proposición que iguale a cero definirá a esta como definitivamente falsa y si es uno será definitivamente verdadera. Afirmar en el veredicto que una proposición es verdadera implica simplemente asumir que la probabilidad de que esto sea así $P(X)$ es mayor que lo contrario $P(\text{no } X)$. Al ser ambas proposiciones mutuamente excluyentes, pues no pueden al mismo tiempo ser verdaderas y falsas, $P(X)$ sumado a $P(\text{no } X)$ debe ser igual a uno.

$$P(X) + P(\text{no } X) = 1$$

³³ J. P. McBaine, “Burden of Proof: Degrees of Belief”, *California Law Review*, Berkeley, 1944, p. 246.

³⁴ *Ibidem*, p. 247.

³⁵ *Livanovitch v. Livanovitch*, 99Vt. 327 131A. 799, 1926.

³⁶ James Brook, “Inevitable Errors: The preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation”, *Tulsa Law Journal* vol. 18, n.º 79, 1982, p. 80.

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

La fórmula anterior requiere por tanto que la afirmación de que X es más probable que no X es equivalente a señalar que $P(X)$ es mayor de 0,5. ¿Cómo y según qué parámetros debe entenderse y aplicarse este estándar? En primer lugar, debe tomarse en cuenta la frecuencia relativa, esto es, la proporción de veces que una proposición es verdadera en una larga serie de experimentos e investigaciones idénticos, como, por ejemplo, será razonable asumir que en cualquier circunstancia uno de cada ocho estudiantes sea zurdo.³⁷ Sobre este punto se ha argumentado la imposibilidad de conceptualizar una larga serie de situaciones idénticas, pues en lo jurídico cada evento en sus características e interpretación pueden ser únicos e irrepetibles.³⁸

Un aspecto que debe tomarse en cuenta radica en que el cálculo de probabilidades no se aplica solamente para eventos futuros, sino también para el pasado, lo cual resulta fundamental en el caso de las reparaciones civiles a las víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra. Este aspecto ha sido declarado expresamente por la Corte de Apelaciones de Nueva York, para la cual “el hecho establecido en el presente caso no es la probabilidad de un evento futuro, sino si se ha producido un hecho afirmado”.³⁹

Dada la dificultad de establecer series idénticas de eventos, se han planteado otras teorías de aplicación de la prevalencia de evidencia, como la de la probabilidad subjetiva, en la cual se requiere que quien toma la decisión final asigne a priori y con base a consideraciones subjetivas un porcentaje de certeza (siempre entre cero y uno) del cual partirá y al que añadirá o sustraerá, dependiendo de las pruebas presentadas.⁴⁰

Como podemos observar más allá de los problemas que puede presentar la aplicación de este estándar de prueba, la CPI escogió uno propio del proceso civil para establecer las reparaciones. Esta decisión no solo responde a que el tema de las reparaciones es de menor importancia que el de la responsabilidad del procesado, en el que se exige el estándar de *beyond reasonable doubt*, sino que se debe también a la relación de igualdad entre las partes del procedimiento civil, lo cual es incompatible en el proceso penal, en el que la acusación debe comprobar sus alegaciones y someterlas a estándares de prueba

³⁷ Brook, o. cit., p. 82.

³⁸ Ibidem, p. 83.

³⁹ *People v. Riskey*, 214, N. Y. 75, 86, 108 N. E. 200, 203 (1915).

⁴⁰ Gudmund R. Iversen, “Operationalizing the Concept of Probability in Legal-Social Science Research”, *Law & Society Review*, vol. 5, n.º 3, 1971, pp. 331-334; John Kaplan, “Decision Theory and the Factfinding Process”, *Stanford Law Review*, n.º 20, 1968, p. 1065.

que lindan con la certeza.⁴¹ El establecimiento de reparaciones civiles con un estándar de prueba como el utilizado por la CPI ubica a las partes en este ámbito específico, en una relación equitativa, lo cual se justifica teniendo en cuenta la naturaleza del objeto de discusión y que la responsabilidad penal ya ha sido debidamente establecida.

Más allá de la crítica que dentro del propio sistema anglosajón se ha formulado respecto de la utilización del estándar de prueba *prevalence of evidence*, resulta claro que, tratándose de un ámbito civil en que lo que se discute son aspectos de naturaleza patrimonial y restitutiva, no resulta incompatible con la materia de análisis. Dentro de esta materia se establece una relación igualitaria entre las partes y sobre todo se pretende minimizar el margen de error en la toma de decisiones judiciales.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, *El nuevo Derecho penal internacional*, Lima: ARA, 2004.
- BERSTEIN, David y otros, *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence*, Aspen, 2011.
- BOTTIGLIERO, Ilaria, *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.
- BUNDESGERICHTSHOF (BGH), *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* febrero de 1970.
- CLERMONT, Kevin, y Emily SHERWIN, “A Comparative View of Standards of Proof”, en *American Journal of Comparative Law*, 2002.
- DAMAŠKA, Mirjan R., “Free Proof and its Detractors”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Yale Law School, Paper 1578.
- DAVID, René, *French Law; its structure, sources, and methodology*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1972.
- FRIEDMAN, Richard D., “Anchors and Flotsam: Is Evidence a Law ‘Adrift’? Review of Evidence Law Adrift by M. R. Damaska”, *Yale Law Journal*, 107, n.º 6, 1998.
- FROSINI, Benito, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milán: Giuffré, 2002.
- HAYS, William, *Statistics* 4ta. Ed., Holt, Rinehart and Winston, Nueva York, 1988.
- KAYE, David, “The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, en *Evidence, proof and facts: a book of sources*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

⁴¹ Brook, o. cit. p. 86.

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

- KOKOTT, Juliane, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, La Haya: Kluwer Law International, 1998.
- LEBRIGE, Arlette, *Quelques Aspects*
- MCBAINE, J. P., "Burden of Proof: Degrees of Belief", *California Law Review*, Berkeley, 1944.
- MCCORMICK, Charles y otros, *McCormick on Evidence*, St. Paul: West Group, 1999.
- NAGEL, Heinrich, "Evidence", en *Encyclopaedia Britannica: Macropedia*, 1974.
- Pensilvania Suggested Standard Civil Jury Instructions*, 3,^a ed., 2005.
- SCHULZ, Joachim, *Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie: Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung*, Köln: Heymann, 1992.
- SHAPIRO, Barbara, "Beyond reasonable doubt" and "probable cause": *historical perspectives on the Anglo-American law of evidence*, Berkeley: University of California Press, 1991.
- SNYDER, R. Neil, "Natural Law and Equity", en Ralph A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Bruselas: Bruylant, 1973.
- STELLA, Federico, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, Milán, 2003.
- STEPHENS, Beth, y Michael RATNER, *International Human Rights Litigation in US Courts*, Nueva York: Transnational, 1996.
- TARUFFO, Michelle, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- VIDMAR, Neil, *World jury systems*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- VON MEHREN, Arthur, "Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", *Notre Dame Law Review* 609, 1988.