

EL NEXO DE CAUSALIDAD EN SEDE DE REPARACIÓN EN EL CASO *THOMAS LUBANGA**

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. Este artículo analiza el tema de la causalidad entre el daño y el crimen internacional con fines de reparación en la Corte Penal Internacional, a partir de la decisión que establece los principios rectores para la reparación en el marco de la causa seguida en contra de Thomas Lubanga. El vínculo de causalidad para determinar la existencia, la extensión y el alcance de un daño producido como consecuencia de hechos atroces es un asunto variable en el derecho internacional, el cual depende de la clase de sede jurisdiccional, pero más específicamente de la calidad individual o colectiva de los sujetos activos y pasivos de las órdenes de reparación por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Con esa finalidad se establecen los paralelos entre los estándares utilizados en sedes de reparación respecto de los Estados por responsabilidad internacional, y los estándares de la responsabilidad civil por daños producidos entre personas naturales y en situaciones de normalidad que rigen en los sistemas jurídicos de derecho continental. Este artículo muestra cómo el derecho penal internacional, aun cuando se alimenta de ambas fuentes, busca resolver las tensiones a través de la adopción de fórmulas dogmáticas consistentes en materia de nexo de causalidad, en su función de decretar reparaciones a cargo de las personas responsables por la comisión de crímenes internacionales.

Palabras clave: nexo de causalidad, reparaciones, crímenes internacionales, Corte Penal Internacional, responsabilidad estatal, responsabilidad civil individual, reclutamiento ilícito de menores, daño directo.

* Agradezco de manera especial a mi asistente de investigación, Daniel Castellanos Guarín, el apoyo investigativo para la elaboración del presente trabajo y, sobre todo, sus aportes permanentes en discusión conjunta con el equipo de trabajo.

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

ABSTRACT. This paper analyzes the causal link between the harm and the international crime for the purpose of reparations by the International Criminal Court, based on the decision which establishes the principles to be applied to reparations in the case against Thomas Lubanga. International law provides different definitions of the causal link for determining the existence, extent and scope of the damage produced as a consequence of heinous acts. These vary according to the different venues but, more specifically, they depend on whether the reparations orders regarding serious violations of human rights and international humanitarian law are given against the convicted person or through a trust fund, and on whether the victims are of an individual or collective nature. We compare the standards used for reparations in the case of the international liability of States with the standards of civil liability for damages produced among natural persons in normal situations within the legal systems of continental law. This paper shows how international criminal law, while taking elements from both sources, attempts to resolve the tension through the adoption of dogmatic definitions of the causal link for the purpose of making reparations orders against the persons convicted for committing international crimes.

Key words: causal link, reparations, international crimes, International Criminal Court, State liability, individual civil liability, illegal recruitment of children, direct damages.

ZUSAMMENFASSUNG. Auf der Grundlage der Entscheidung, die im Rahmen des Verfahrens gegen Thomas Lubanga die Leitlinien für Wiedergutmachungen festlegt, befasst sich der Beitrag mit der Frage der Kausalität von Schaden und internationalem Verbrechen zum Zwecke der Wiedergutmachung durch den Internationalen Strafgerichtshof. Die Behandlung des Kausalitätszusammenhangs zur Feststellung des Vorliegens, des Umfangs und der Reichweite des Schadens infolge von Gräueltaten ist im Völkerrecht nicht einheitlich, und hängt von der Art des Gerichts, insbesondere aber davon ab, ob die aufgrund von schweren Verletzungen der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts zu Wiedergutmachungsleistungen berechtigten bzw. verpflichteten Subjekte individuellen oder kollektiven Charakter haben. Zu diesem Zweck werden Parallelen zu den Grundsätzen zur Wiedergutmachung aufgrund der internationalen Verantwortlichkeit von Staaten gezogen, sowie zu den Grundsätzen der zivilrechtlichen Haftung für Schäden, die zwischen natürlichen Personen und unter normalen Bedingungen entstanden sind, und die in den kontinentalen Rechtssystemen angewendet werden. Der Beitrag legt dar, wie das Völkerstrafrecht unter Berücksichtigung beider Grundsätze jenes Spannungsverhältnis mit Hilfe von rechtsdogmatischen Formeln zum Kausalitätszusammenhang kohärent zu lösen versucht, um die von den für Völkerrechtsverbrechen verantwortlichen Personen zu leistenden Wiedergutmachungen festzulegen.

Schlagwörter: Kausalitätszusammenhang, Wiedergutmachungen, internationale Verbrechen, Internationaler Strafgerichtshof, staatliche Haftung, individuelle

zivilrechtliche Haftung, gesetzwidrige Rekrutierung von Minderjährigen, unmittelbarer Schaden.

1. Introducción

Tal como lo reconoce una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, adoptada en el marco de la instrucción adelantada sobre la situación de Uganda, antes del fallo de reparaciones materia de estudio proferido por la Sala de Primera Instancia en contra de Thomas Lubanga, “la determinación de un nexo causal entre el crimen perpetrado y el daño o perjuicio ocasionado, es uno de los más complejos tópicos teóricos en el derecho penal”.¹ Ciertamente, esta conclusión es el punto de partida más adecuado para iniciar una aproximación al objeto de estudio del cual se ocupa este escrito, pero también constituye un punto de partida para la discusión del tema por parte no solo del autor, sino del Grupo.

De hecho, en el apartado correspondiente, página 82 de la providencia sobre reparaciones, se hace relación a un documento elaborado por expertos sobre el tema, el cual establece premisas fundamentales sobre el nexo de causalidad, ampliamente utilizado para la toma de posición respecto de este punto.² En conexión con lo anterior, otros estudios sobre el tema han enfatizado la ausencia de una comprensión consistente y su dificultad para adoptar un estándar apropiado en relación con el problema de la causalidad en jurisdicciones internacionales, con ocasión a las órdenes de reparación por graves violaciones a los derechos humanos.³ Se trata, incluso, de un problema relacionado con el lenguaje mismo, puesto que escuelas o posiciones diferentes parecen separarse, supuestamente, en meros matices. Es un tema que permanece abierto, por decirlo de esta manera.

Por ejemplo, respecto de la *causa próxima* como estándar de causalidad, se ha dicho que “generalmente puede ser concebida como un término relativo que significa ‘cercano’

¹ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in Uganda, Decision on Victim's Application for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*, 10 de agosto de 2007 (ICC-02/04-101), § 14.

² Cf. War Crimes Research Office, *The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court*, International Criminal Court, Legal Analysis and Edition Project, Washington College of Law, junio de 2010, pp. 3740.

³ Cf. Marc Henzelin, Veijo Heiskanen y Guénaél Mettraux, “Reparations to Victims before the ICC: Lessons from International Mass Claims Processes”, *Criminal Law Forum*, 17, n.º 3-4, Dordrecht, 2006, p. 325.

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

o ‘no remoto’”; incluso, conceptos como “previsibilidad” y una “aproximación temporal” están incorporados para condicionar este estándar. Además, justamente y a manera de ejemplo, se ha afirmado que la teoría de los “daños o perjuicios directos” y el estándar, en voz inglesa difícil de traducir, conocido como *directness* han propiciado la producción de decisiones judiciales inconsistentes, en la cuales, partiendo de supuestos fácticos similares, los jueces han llegado a resultados completamente opuestos.⁴

El nexo de causalidad en sede de reparación en la CPI ha tenido un desarrollo a partir de las decisiones adoptadas por los jueces que componen Sala de Cuestiones Preliminares en la etapa de instrucción de diversos procesos, entre ellos, en el procedimiento de condena en contra de Thomas Lubanga. Si bien las alusiones a la causalidad tuvieron lugar en distintos escenarios dentro del procedimiento general seguido para llegar a la sentencia, estos obraron como antecedentes y herramientas utilizadas para resolver el problema directamente relacionado con la determinación y la extensión del daño a las víctimas —lo cual es una prerrogativa de la Sala de Primera Instancia, una vez que se ha proferido condena—. En todo caso, se notan tensiones en el desarrollo de toda la discusión procesal, tal como se reseñará en su momento.

2. Criterios para definir el nexo causal: un terreno movedizo

Una manera metafórica e ilustrativa de acercarse a la problemática del nexo de causalidad en sede de reparación de graves violaciones a los derechos humanos radica en la conocida fórmula utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada de manera reiterada en diversos documentos y estudios:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable.⁵

⁴ Ibídem, p. 39.

⁵ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia del 10 de septiembre de 1993, reparaciones y costas, Serie C, n.º 15, § 48. La frase en latín más propia sería “*Causa causae est causa causati*”, que en español se traduciría: “la causa de la causa es causa de lo causado”.

En el caso particular de Lubanga que ahora nos ocupa, tratándose de un delito de ejecución permanente, estas *ondas* que se esparcen en el lago se pueden expandir *ad-infinitum*, sin pretender exagerar; así, las innumerables conductas que se cometieron contra los menores reclutados, la mayoría de ellas mismas constitutivas de crímenes internacionales, genera una secuela de daños y perjuicios casi incalculables. En ese sentido, definir el límite representa un desafío extremo, en general, tanto más tratándose de la actuación de máquinas de guerra y de delitos de ejecución permanente perdurables y de carácter pluriofensivo.

La metáfora de las ondas que se generan sobre la superficie del agua y en el tiempo es un modo figurativo de ilustrar las formas de la causalidad en la naturaleza. Es importante aclarar que estas formas de la causalidad son desde luego diferentes a la causalidad en sentido jurídico-normativo. Los desarrollos sobre la causalidad, como las propuestas por la teoría de la imputación objetiva, son construcciones normativas sobre el nexo causal. Ello, en derecho penal, para establecer jurídicamente el nexo causal entre la acción y un resultado. De igual manera, en relación con el tema que nos atañe, las formas de la causalidad para la reparación son construcciones normativas que se dan a través de la formulación de estándares, cuyo uso y aplicación depende en buena parte de la filiación con las tradiciones legales del *common law* o del *civil law*. Así, se destacan las diferencias entre la causalidad en la naturaleza y la casualidad en derecho, que es preciso mantener, lo cual además se soporta con esta conclusión:

A los efectos que aquí interesan, urge solo recordar, sin necesidad de abordar en profundidad este complejo tema, que, en el ámbito de la causalidad, se distinguen dos dimensiones: la física o material y la jurídica. La primera atañe a la relación de causa y efecto, de acción y reacción, siempre en el marco de las leyes naturales; la segunda, en cambio, obedece a una abstracción que, sin dejar de considerar la causalidad material, introduce otros elementos —generalmente normativos— para determinar cuándo puede imputarse jurídicamente un resultado, del estilo, por ejemplo, de un daño supuestamente indemnizable.⁶

En cualquier caso, hay que advertir que, las mismas construcciones normativas, en diversas ocasiones, son en realidad fórmulas aquejadas por elementos empíricos y datos meramente objetivos, convertidos artificialmente en elementos con relevancia normativa. Es un tema para tener en cuenta, y de allí por qué, además, en este escrito se hace

⁶ Autores varios, *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, 2009, p. 304.

alusión a avances en el caso colombiano, en la definición de la causalidad que, más allá de comprobaciones empíricas, sí constituyen construcciones normativas, con efectos en el derecho. Por ejemplo, la desactivación de la ecuación cerrada entre hecho y daño, actor individualizado y víctima. Sobre ello se volverá en su momento.

3. El fallo de reparaciones: hacia una fundamentación del nexo causal

Lo primero que debe aclararse, y es de hecho el punto de partida de la decisión judicial que se estudia, es que no existe en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional una norma que se refiera expresamente al tema de la causalidad en términos de reparación. Además —y este es un asunto abordado por la doctrina—, las referencias que han existido, de manera general, en el derecho comparado se reducen a la reparación que se les impone a los Estados por casos de graves violaciones a los derechos humanos —por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)—.

En este sentido, uno de los temas más complejos de rastrear en esta jurisprudencia radica en determinar las pautas o los estándares utilizados por diferentes órganos para establecer el nexo causal entre el daño o perjuicio y el delito perpetrado por el agente. De forma general el Estatuto de Roma, en el artículo 75.2, prevé:

[La] Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

Por su parte, y de manera amplia, el Estatuto contempla reglas abiertas para establecer principios de reparación. Así, el artículo 75.1 dispone que la “Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación [...]”. No obstante, no existe una regla específica, ni en el Estatuto de Roma ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba, sobre el nexo de causalidad para la reparación, más allá de la sola exigencia del daño como consecuencia de la conducta punible. (Se trata, por supuesto, de una creación jurisprudencial; se subraya no la referencia directa a un estándar particular, sino la falta de referencia en general al tema de la causalidad.)

Se entenderá entonces que, en relación con aquellos perjuicios, pérdidas o daños —que han sido ventilados sobre todo en sede de responsabilidad estatal y que han

formado las bases del reclamo de las reparaciones—, tienen ahora que establecerse a partir de la responsabilidad penal individual (y, más allá, como se verá respecto del caso colombiano con relevancia para el derecho comparado, de la responsabilidad del grupo comprometido en la comisión de crímenes internacionales).

3.1. El nexo de causalidad en el caso *Lubanga*

En la decisión que establece los principios y procedimientos de las reparaciones en el caso *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia dispuso que cualquier daño y perjuicio que pretendiera ser alegado debió haber sido ocasionado como resultado del crimen de alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años y de haberlos utilizado activamente en las hostilidades. Esto último, en atención a lo dispuesto en la regla 85.a de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que define la víctima persona natural como aquella que “haya sufrido un daño como consecuencia [en inglés, “*as a result of*”] de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”.⁷

Antes de continuar, es importante aclarar que la definición de víctima contenida en las Reglas de Procedimiento y Prueba, antes citada, no establece explícitamente la distinción entre víctima directa y víctima indirecta.⁸ La Sala de Cuestiones Preliminares ha reconocido que, de conformidad con la tendencia internacional que gobierna la materia, la formulación genérica de víctima incluye también a los “familiares próximos o sus dependientes [...], siempre que hayan sufrido una daño directo vinculado con el crimen”, o a las personas que han sufrido un perjuicio por “intervenir en ayuda de las víctimas directas del caso o evitar la victimización de las mismas”.⁹

⁷ El inciso *b* de la Regla 85, completando la definición, establece: “Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

⁸ María Cristina Patiño González (ed.), *La intervención procesal de la víctima. Especial consideración a los sistemas procesales de la Ley 906/04, 975/05, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 187.

⁹ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Applications for Participation in the Submission of VPRS 1 to VPRS 6*, 29 de junio de 2006 (ICC-01/04-01/06-172-tEN), pp. 7-8. Este ámbito de protección para las víctimas indirectas a nivel internacional ha sido establecido desde la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de la Criminalidad y a las Víctimas de Abuso de Poder, UN Doc. A/Res/40/34 de 1985, y más recientemente en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las

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

Este no es el lugar para debatir si en el marco de la noción de *víctima indirecta* está incluida aquella persona que resulta lesionada por prestar su asistencia en prevenir o ayudar posteriormente a la víctima (directa) de la comisión de un crimen; en tanto, en relación con los familiares y dependientes, pareciera que tal denominación es un asunto pacífico en la doctrina y la jurisprudencia.¹⁰ Para los efectos de este estudio, no obstante, es relevante resaltar cómo, al establecer las situaciones en las cuales una persona que ha sufrido un daño adquiere la condición de víctima —en el supuesto de aquel que presta su asistencia a la víctima “directa” antes o después de la comisión del crimen—, la causalidad específica que la legitimaría para la reclamación judicial del perjuicio aparece de antemano establecida, a la manera de una tarifa legal. (“Es víctima quien sufre un daño por asistir a otra víctima”). Sin embargo, en tales supuestos la causalidad está definida respecto a los eventos en los cuales pueden emerger víctimas, mas no en relación con la extensión, el alcance y la determinación del daño ocasionado (aun en tales situaciones).

De este modo, como se puede observar, ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento contienen disposiciones específicas que permitan establecer las condiciones, los requisitos o la caracterización del vínculo de causalidad que debe existir entre el crimen; en particular, para el caso del señor Lubanga, el reclutamiento, alistamiento y utilización activa en hostilidades y los daños causados a las víctimas, para los propósitos específicos de la reparación.

En el presente caso, la Sala de Primera Instancia (que adelanta la etapa de juicio final del proceso) reconoció que existe un vacío de regulación estatutaria sobre el asunto del nexo de causalidad entre el daño y el crimen en sede de reparación. Incluso, en una decisión anterior dentro del mismo proceso, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que, si bien no existe un estándar de causalidad establecido normativamente en los instrumentos de la Corte, la naturaleza del nexo causal podía ser establecida por la misma Corte en etapas posteriores del procedimiento; por ejemplo, en la etapa del juicio oral.¹¹

Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, UN Doc. A/Res/60/147 de 2005.

¹⁰ Cf. Claudia López Díaz (coord.), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, Proyecto ProFis, 2010, p. 40. En el mismo sentido, véase la sentencia de constitucionalidad de Colombia que analizó esta definición en la Ley de Justicia y Paz: Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

¹¹ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Situation in the Republic Democratic of Congo. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6*, 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101-EN-Corr), § 94.

Ello, en todo caso, no constituyó obstáculo para que la misma Sala de Cuestiones Preliminares, en la etapa de instrucción y en una decisión posterior a la antes referida, utilizara un estándar de causalidad específico para la admisión de víctimas en el proceso, con las consiguientes garantías de participación. En todo caso, por su importancia para demostrar el cambio en la opinión judicial sobre la materia, se exponen apartes argumentativos utilizados por la Sala de Cuestiones Preliminares en la parte motiva de la providencia:

En la etapa en la que cursa el presente caso, los solicitantes deben demostrar la existencia de un vínculo causal suficiente entre el daño sufrido y los crímenes por los cuales hay motivos razonables para creer que Thomas Lubanga es responsable y en relación con los cuales esta Sala emitió orden de arresto [...].

En líneas posteriores de esta decisión, a diferencia de la postura inicial de la Sala de Cuestiones Preliminares de no adoptar un criterio de causalidad en particular en la fase de instrucción, la posición judicial cambia, cuando se afirma:

[...] la Sala considera que el vínculo de causalidad exigido por la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba está cumplido cuando la víctima, o sus familiares cercanos o dependientes, aportan prueba suficiente para establecer que la víctima sufrió un daño directamente vinculado con los crímenes contenidos en la orden de arresto [...].¹²

Como se puede observar, para decidir las peticiones de reconocimiento del estatus de víctima, la Sala de Cuestiones Preliminares ha optado, no sin ambivalencia, por exigir la causalidad referida al “daño directo”. Previamente a la decisión antes reseñada, y en ausencia de un determinado nexo de causalidad establecido en los estatutos normativos y en la jurisprudencia, la Sala de Cuestiones Preliminares dio por satisfecho este requisito a través simples análisis de carácter pragmático basados en aproximaciones empíricas, sin adoptar un criterio dogmático explícito sino, antes bien, considerando la situación temporal y espacial en la que tuvieron lugar los daños alegados.¹³ Se trata de razonamientos

¹² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Applications for Participation in the Submission of VPRS 1 to VPRS 6*, cit., pp. 7-8.

¹³ Cf. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Situation in the Republic Democratic of Congo. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6*, 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101-TEN-Corr), § 14. Por su parte, la regla 94.c de las Reglas de Procedimiento y Prueba ordena que, para soportar la solicitud de reparación, las víctimas deberán describir, entre otros aspectos, “El lugar y la fecha en que haya ocurrido

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

que apuntan a la construcción de un vínculo de causalidad de naturaleza normativa, pero que en todo caso están muy ligados a aspectos puramente empíricos, casi físicos.

El nexo de causalidad entre el hecho ilícito —que puede ser una acción o una omisión— y el daño causado, para los efectos de la reparación y no para la admisión de víctimas dentro del proceso, es un tema confuso y abierto a discusión, y, tal como ha sido sostenido por algunos autores, está lejos de ser un punto pacífico en la jurisprudencia de diversos órganos que ordenan reparaciones desde distintos campos del derecho internacional público.¹⁴ Aquí debe tenerse en cuenta que, en relación con las reparaciones ordenadas por sedes jurisdiccionales de derecho internacional, lo usual es que una instancia judicial resuelva un asunto contencioso entre Estados, o entre Estados y sus ciudadanos o habitantes, particularmente en situaciones o casos que activan la protección de los sistemas universal y regional de derechos humanos.

A diferencia de otras ramas del derecho internacional público, la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales declarada por una jurisdicción penal internacional emerge como una nueva forma de responsabilidad destinada a sancionar —además de los valores colectivos de paz y seguridad global— la afectación a los derechos humanos e intereses fundamentales de la persona humana. En el derecho penal internacional existe una relación calificada entre los victimarios y las víctimas, constituida, de un lado, por aparatos y organizaciones macrocriminales y, de otro, por víctimas de atrocidades masivas o cometidas en desarrollo de un plan criminal, y cuyo ataque está determinado por su identificación con una colectividad (categoría que se concreta según si se trata de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra).¹⁵

Dada la innovación del Estatuto de Roma en disponer de reglas específicas para el reconocimiento, la participación y la reparación de víctimas en el derecho penal internacional —prerrogativas que brillaron por su ausencia en los tribunales *ad-hoc* de

el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por la lesión o los daños o perjuicios.

¹⁴ Cf. Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 325.

¹⁵ Esta es, una propuesta de interpretación sobre los crímenes, que aporta Kai Ambos. Así, Ambos, *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2013, pp. 90-98. Siguiendo a Fischer, Kai Ambos explica que el factor colectivo o “umbral asociativo” de los crímenes internacionales está dado por “el elemento de grupo u organizacional, en un doble sentido, a saber, la organización o el grupo político como agresor (‘organización política pervertida’) y/o como el objeto de la agresión en donde las víctimas pertenecen a la organización”. *Ibidem*, p. 49.

Núremberg, TPIY y TPIR—, la doctrina sostiene que su diseño y funcionamiento están apuntalados en los estatutos de protección a víctimas de los sistemas procesales-penales del derecho continental.¹⁶ En tal medida, y como más adelante se puede concebir para el fallo de reparación de la CPI, se entenderá cómo algunos presupuestos de la responsabilidad civil, así sea en el marco de un proceso penal, como el vínculo de causalidad y las fórmulas dogmáticas para la determinación del daño, son teorías apropiadas cuyo desarrollo corresponde a la tradición legal del *civil law*.¹⁷

Antes de continuar con esta reflexión en torno a los nuevos desafíos, específicamente de la responsabilidad civil dentro del derecho penal internacional y de sus implicaciones en particular sobre el vínculo de causalidad, es necesario indagar en diversos estándares de causalidad utilizados por diferentes órganos de derecho internacional.

3.2. El vínculo de causalidad en el derecho internacional

En relación con los sistemas de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado el criterio según el cual solo son reparables los “efectos inmediatos” de carácter lesivo que tuviesen los hechos o actos ilícitos imputables al Estado.¹⁸ El TEDH, por su parte, ha considerado que es necesario demostrar una “clara conexión causal” entre los daños y el hecho ilícito imputable al Estado, siempre que la pretensión reparadora se fundamente en la generación de daños pecuniarios.¹⁹ De otro lado, la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas

¹⁶ Cf. Frank Terrier, “Procedure before the Trail Chamber”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 1317.

¹⁷ Algunos autores van más allá e incluso sostienen que la reparación en el Estatuto de Roma es una medida especial del sistema de justicia penal internacional, y no solamente el resultado de un “procedimiento de adhesión” al trámite penal, concebido en exclusiva según el modelo clásico de indemnización de perjuicios del derecho continental. En este sentido, la reparación tiene una connotación que la distancia del significado atribuido desde el derecho civil y la direcciona hacia la consecución de los elementos constitutivos de una medida especial restaurativa —no de naturaleza sancionatoria— de derecho penal (internacional). Cf. Claus Kress y Göran Sluiter, “Fines and Forfeiture Orders”, en Cassese, Gaeta y Jones (eds.), o. cit., p. 1832.

¹⁸ Al respecto, la Corte IDH ha sostenido: “[...] obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo incommensurable [...]. La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero solo en la medida jurídicamente tutelada”. Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, cit., § 4849.

¹⁹ Cf. TEDH, *Cakici v. Turquía*, sentencia del 8 de julio de 1999, aplicación n.º 23657/94. Por ejemplo, en caso *Kallweit v. Alemania* el Tribunal sostuvo: “En cuanto a la reclamación del demandante relativa a los daños materiales sufridos

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

ha sostenido recurrentemente, y de conformidad con las órdenes del Consejo de Seguridad, que solo son indemnizables los “daños directos” acaecidos como consecuencia de la invasión y ocupación ilícita de Iraq a Kuwait.²⁰

De acuerdo con lo anterior, y tal como lo demuestran estudios sobre la responsabilidad internacional del Estado, el vínculo de causalidad comúnmente adoptado por los órganos que decretan reparaciones habría que deducirlo del “daño directo” o yace en aquel daño que tiene lugar como consecuencia inmediata de un hecho ilícito. Si bien la incorporación de este estándar hace parte de la práctica de las jurisdicciones internacionales, se ha afirmado que no es suficientemente preciso para determinar con rigurosidad la extensión de los daños que merecen ser compensados. En tal sentido, se ha sostenido que el concepto de *daño directo* ha sido utilizado históricamente más como una etiqueta o marca de la responsabilidad internacional de los Estados que como una auténtica herramienta razonable y consistente de trabajo judicial.²¹

En esta dirección, el entonces reportero especial de la Comisión de Derecho Internacional para la responsabilidad internacional del Estado, Gaetano Arangio-Ruiz, ha demostrado que el vínculo de causalidad determinado por el criterio del daño directo fue utilizado de manera recurrente por cortes arbitrales para justificar la no concesión de compensaciones de una clase particular de reclamaciones, sin importar el estándar específico de causalidad adoptado.²² Refiriéndose a aquellos casos en los cuales la cadena causal es compleja de definir por su extensión y vinculación con múltiples series causales, este autor cita a un experto en el tema arbitral, el cual afirma:

El árbitro es quien discrimina entre los tipos y clases de causas y efectos en una cadena causal [...]. En esta labor de selección, el árbitro depende de sus propias luces. Él es quien rompe la cadena de causalidad para incluir una categoría de actos y eventos, y excluir otros, guiado por su

[...] teniendo en cuenta el material probatorio disponible, se considera que no hay ‘clara conexión causal’ entre las violaciones al Convenio y la pérdida de la demandante de los ingresos. Por lo tanto, se rechaza la pretensión de la demandante a este respecto”. Cf. TEDH, *Kallweit v. Alemania*, sentencia del 13 enero de 2011, aplicación n.º 17792/07, § 87.

²⁰ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas declaró a Iraq responsable por los daños, pérdidas, y perjuicios directos resultantes de la invasión y ocupación ilícita en Kuwait. Cf. UN Doc. S/Res/687 (1991), parte operativa, num. 17.

²¹ Cf. Merrit B. Fox, “Imposing Liability for Losses from Aggressive War: An Economic Analysis of the UN Compensation Commission”, en *EJIL*, 13, 2002, p. 203.

²² Cf. Andrea Gattini, “The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations”, en *EJIL*, 13, 2002, p. 172.

inteligencia y su sola perspicacia. Cuando el árbitro no encuentra nada útil en los antecedentes, su libertad de juzgamiento y de discrecionalidad se amplía.²³

En este contexto se entiende la opinión crítica de algunos autores, para quienes el estándar del *daño directo* o de los *efectos inmediatos* de los ilícitos carece de consistencia y rigidez, y se presenta de forma “inadecuada, imprecisa y ambigua”, lo cual ha permitido que, en aplicación de este criterio de causalidad, casos con un fundamento fáctico similar hayan resuelto la materia de la reparación en sentidos contrapuestos.²⁴

Al parecer, esta clase de consideraciones llevaron a que la Sala de Primera Instancia en el caso Lubanga, a diferencia de la Sala de Cuestiones Preliminares, abandonara el vínculo de causalidad establecido con base en los daños directos y los efectos inmediatos, y en su reemplazo incorporara explícitamente el concepto de “causa próxima” entre los principios utilizados para la adjudicación de las reparaciones.²⁵ De esta manera, a juicio de la Sala de Primera Instancia,

[...] la conclusión sobre la adopción de este estándar de causalidad es producto de un ejercicio de ponderación entre los derechos de las víctimas y los derechos del condenado, lo cual es una obligación legal de la Corte Penal Internacional. Así, como mínimo la Corte debe llegar al convencimiento de que existe una *conditio sine qua non* [*“but/for relationship”*, figura dogmática del *common law*] entre el crimen y el daño, pero en adición, debe cerciorarse de que el crimen por el cual hubo condena sea la “causa próxima” de las reparaciones que están siendo objeto de examen judicial.²⁶

²³ Gaetano Arangio-Ruiz, *Special Rapporteur “Second report on State responsibility”*, UN Doc. A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, publicado en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (1), 1989, p. 15.

²⁴ War Crimes Research Office, *The Case-Based Reparations Scheme at the International Criminal Court*, International Criminal Court, Legal Analysis and Edition Project, Washington College of Law, junio del 2010, p. 39.

²⁵ Así lo sostuvo la Sala de Primera Instancia: “[...] los daños producidos por el crimen de reclutar o alistar a menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, no pueden limitarse únicamente a los daños directos o a aquellos que fueron producidos por efecto inmediato del crimen. En consecuencia, para la Sala de Primera Instancia es necesario que el criterio de causalidad que sirve de base para establecer reparaciones sea la ‘causa próxima’”. Cf. CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, 7 de agosto de 2012 (ICC-01/04-01/06-2904), § 248.

²⁶ *Ibidem*, § 250.

3.3. La “causa próxima” dentro de la teoría de la causalidad

Ahora bien, si la Sala de Primera Instancia incorporó el criterio de causa próxima para cumplir la función de determinar la existencia, la extensión y el alcance del daño en sede de reparación, es necesario explorar el significado de este estándar en las teorías de la causalidad desarrolladas por la filosofía de las ciencias.

En primer lugar, se encuentra la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, la cual afirma que para que se configure una causa con relevancia jurídica se deben reunir y acumular una serie de condiciones necesarias —no en sí mismas suficientes si se las considera en forma individual—.²⁷ De este modo, Maximiliano von Buri ha sostenido que la causa es “la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de la naturaleza, que siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente”. En relación con esto último, Boffi Boggero complementa lo expuesto al explicar que la base de esta teoría radica en que no hay distinción entre las condiciones que conforman la causa; por el contrario, considera que todas tienen el “mismo valor en la producción del daño. Cada una de las condiciones es por sí misma ineficaz y la falta de una sola hace ineficaz el resto”.²⁸

Así, las condiciones son todas necesarias (*conditio sine que non*) y no es posible establecer cuál de ellas, aisladamente considerada, tuvo la potencialidad para producir el resultado dañoso.

La teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido juzgada como evidentemente excesiva, “pues arroja tal cantidad de causas que no sirve para discriminar realmente y averiguar qué acción ha sido la que ha causado el daño”.²⁹ Respecto de esta teoría y con razón, se ha criticado el hecho de que no todas las condiciones han desempeñado el mismo rol en la generación del daño. Así, según la teoría de la causa eficiente, postulada en cierta medida para evitar la rigidez de los dogmatismos y dar libertad al juzgador en el caso concreto, existe una condición que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado; según esta teoría, dentro de todas las condiciones necesarias para la ocurrencia del hecho, hubo una que definitivamente cumplió un papel más eficaz o

²⁷ Cf. Íñigo A. Navarro y Abel B. Veiga, *Derecho de daños*, Navarra: Civitas y Thomson Reuters, 2013, p. 189.

²⁸ Cf. Osvaldo Paludi, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*, Buenos Aires: Astrea, 1976, p. 24.

²⁹ Navarro y Veiga, o. cit., p. 190.

activo, lo cual puede ser medido en términos cuantitativos y cualitativos.³⁰ (Esa sería precisamente la condición *sine qua non*.)

Similarmente, la teoría de la causa adecuada busca determinar la causa que típicamente originó la consecuencia dañosa, con base en los criterios de la probabilidad y la razonabilidad, según lo define el curso natural y ordinario de las cosas.³¹ Esta teoría destaca como parámetro de evaluación de la causalidad la observancia de las reglas de la experiencia, el sentido común y la *lógica de lo razonable* —retoma esta última el concepto de Recasens Siches—. Esta es, de hecho, la teoría de la causalidad asumida por gran parte de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil acogida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por ejemplo.³²

Finalmente, y para profundizar el tema que ocupa el estudio, existe la noción o estándar de *causa próxima*, que se erige como el criterio de causalidad adoptado por la mayor parte de los sistemas jurídicos para distinguir entre daños indemnizables y no indemnizables por violaciones a gran escala de derechos humanos.³³ La causa próxima, a diferencia de la teoría de la causa eficiente y la causa adecuada, aboga por establecer la situación más cercana temporalmente al resultado, es decir, se asocia como la más próxima y no remota entre las diversas condiciones sucesivas dentro de la cadena causal que dieron lugar al daño. Asimismo, se ha afirmado que la causa próxima es el “antecedente o factor temporal inmediato de un resultado”, determinado además de acuerdo con el elemento fundamental de previsibilidad del daño.³⁴

Existen manifestaciones de la causa próxima en diversas legislaciones civiles; por ejemplo, la de Colombia, que comparte con ello tendencias que tienen lugar en otros países integrantes de la tradición de derecho continental, como Francia e Italia. Así, el artículo 1616 del Código Civil colombiano dispone que, en materia de responsabilidad civil contractual, si no es posible “imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron *consecuencia inmediata o directa* de no

³⁰ Según esta afirmación, “las condiciones necesarias no son todas equivalentes, sino al contrario, de eficacia distinta”. Paludi, o. cit., p. 26.

³¹ *Ibidem*, p. 27.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de septiembre de 2002, expediente n.º 6872, MP: Jorge Santos Ballesteros, pp. 16-18.

³³ War Crimes Research Office, o. cit., p. 39.

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.³⁵ De este modo se puede ver cómo el daño directo, en la legislación civil, está asociado al criterio de inmediatez que hace parte del estándar de la causa próxima.

3.4. Responsabilidad del Estado y responsabilidad individual en la comisión de crímenes internacionales

Como se ha podido evidenciar, el estándar de la causalidad comúnmente aceptado por las jurisdicciones internacionales, en particular por los sistemas de protección de derechos humanos, es el *daño directo* o los daños que se producen como consecuencia inmediata de los hechos ilícitos juzgados. Tal “flexibilidad” del nexo causal en parte se puede explicar por el hecho de que estas jurisdicciones resuelven condenas en contra del Estado infractor impartiendo una serie de órdenes de reparación en beneficio de los ciudadanos afectados, que en un buen número de casos resultan ser víctimas de atrocidades cometidas a gran escala. En cambio, la responsabilidad civil individual, creada y dispuesta para regular las relaciones intersubjetivas en situaciones de normalidad y previsibilidad —y aquí añadiríamos en una situación de paz, por oposición a una situación de conflicto armado—, protegiendo los intereses y las expectativas legítimas de las personas en el tráfico jurídico, ha sido enfática en postular fórmulas de causalidad más acuciosas, consistentes y precisas para determinar la real extensión del daño ocasionado por un hecho ilícito. Son desde luego consideraciones que se presentan para la discusión.

En medio de estas tensiones se ubica la decisión de la Sala de Primera Instancia de incorporar el estándar de causa próxima para decidir los asuntos de reparación y, por supuesto, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares que incluye el criterio del daño directo como parámetro para evaluar la petición de reconocimiento de víctimas en la etapa de instrucción del proceso. Puede suponerse que la Sala de Cuestiones Preliminares busca superar las críticas en torno a la ambigüedad e indeterminabilidad del nexo de causalidad para los efectos de la determinación, la extensión y el alcance real del daño —restringiendo los espacios de discrecionalidad del juzgador, asunto que tiene mayor amplitud cuando se trata de Estados condenados por violaciones a los derechos humanos o incluso de peticiones de admisión al proceso en calidad de víctima—, y disponer

³⁵ Cursivas añadidas.

de herramientas más consistentes desde el punto de vista dogmático para decidir las reparaciones por crímenes internacionales que lleguen a su conocimiento.

Se trata de una jurisdicción penal internacional encargada de resolver asuntos de responsabilidad civil individual por crímenes de derecho penal internacional, en circunstancias inéditas en las cuales un juez internacional, cuyo poder punitivo no emana propiamente de la soberanía de un supra-Estado, decide casos de reparación individual por la comisión masiva de crímenes internacionales.

4. Aportes del derecho comparado: experiencias actuales de transición

Sobre este aspecto es interesante saber que, desde el punto de vista del derecho comparado, justo tratándose de casos de responsabilidad penal individual y de investigación y sanción de crímenes internacionales, hay casos en que existen regulaciones o reglas desde las cuales se puede partir para valorar la causalidad. No se establece una forma o estándar para deducir el nexo causal, pero se avanza en determinar por lo menos una consecuencia general para el nexo causal. En el caso de la denominada Ley de Justicia y Paz, en Colombia, dentro del capítulo 9, correspondiente al “derecho a la reparación de las víctimas”, el artículo 42, hoy derogado por el artículo 41 de la ley 1592 de 2012, establece:

Artículo 42. Derogado por la Ley 1592 de 2012, artículo 41. Deber general de reparar. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación.

Se parte de la base de la individualización del sujeto activo o perpetrador, para establecer el nexo causal entre la acción del perpetrador y el daño causado; pero, además, cuando no se individualice el perpetrador pero se verifique el nexo causal entre el daño y las actividades del grupo, se deberá reparar. (Se trata de una reparación que asume un fondo previsto para ello; no se asume de manera particular en cabeza de un individuo.)

En desarrollo de este proceso especial, debe comprobarse entonces que la causa del daño —en el caso colombiano ha prevalecido la noción de *daño*— tiene como fuente el ilícito de carácter penal, que debió ser ocasionado por personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley y con ocasión de su vinculación con dicho grupo. Los tres elementos o supuestos que deben existir, en sede de reparación, serían entonces: la existencia de un hecho ilícito —incluso más allá de la individualización del actor—, la producción o generación de un daño y la constatación o verificación de un nexo causal entre ambos.

5. Sobre la reparación individual y colectiva y la relación de causalidad

En el caso *Lubanga*, en sede de reparación, se ventiló una discusión relacionada con la reparación individual y colectiva. Es un tema que puede exceder la materia concreta que nos ocupa, pero que sí se relaciona específicamente con el nexo causal y que puede ser ventilado. Además, desde el punto de vista del derecho comparado, es interesante esta referencia porque, en el debate en la sentencia del caso *Lubanga*, el ICTJ, como interviniente, hace relación al caso colombiano, a través de la providencia dictada, en el proceso especial de Justicia y Paz contra *el Alemán*, jefe paramilitar, en un caso específico de reclutamiento masivo. Es decir que se ventiló exactamente el mismo delito, para dar cuenta de la discusión acerca de la reparación de carácter individual y colectivo.

En este sentido, hay que reseñar, desde un principio, que a lo largo de diversos acápitales de la providencia se hace relación a la noción de *pérdida de oportunidad* como una manifestación de las consecuencias que puede producir una conducta, tanto más una conducta que constituye crimen internacional. Es importante hacer alusión a este tema, sobre todo a partir de las consideraciones de la defensa, que en el caso que se estudia son relevantes respecto de este hecho particular. Se trata del problema planteado, además, en el contexto de la reparación colectiva.

En este contexto tiene lugar la intervención de la Office of Public Counsel for Victims / Oficina de Consejo Público para las Víctimas (OPCV), la cual considera que las reparaciones colectivas deben extenderse a aquellas personas que no han aplicado para reparaciones individuales. Seguidamente, Pieter de Baan, director ejecutivo del Trust Found for Victims / Fondo para las Víctimas (TFV), argumenta que las reparaciones colectivas pueden ser beneficiosas en la medida en que restablecen la solidaridad social

entre las comunidades, pues se ha demostrado que las reparaciones grupales son más significativas porque alivian el daño que se le hace a una comunidad por el delito de reclutamiento, alistamiento y uso de menores. La Fiscalía coincide y agrega que de esta manera es más probable una rehabilitación de las víctimas y una distribución más justa de acuerdo con los recursos limitados; considera que el conflicto étnico puede ser mermando de alguna forma, en la medida en que se toma al grupo victimizado como un todo.

La defensa solicita diferenciar los términos *compensación colectiva* y *compensación a la comunidad*, pues la primera hace referencia a reparar sobre una base colectiva los daños causados individualmente, mientras que la segunda se refiere a la comunidad tratada como una sola, sin identificación de víctimas particulares. La defensa considera que conceder reparaciones colectivas a la comunidad sería contrario a la competencia que se le dio a la CPI, según la cual ella solo puede limitarse a los cargos en contra del acusado; por ende, si va a adelantar una reparación colectiva, debe identificarse plenamente a las víctimas. De esta forma, la defensa está acotando al máximo aquel presupuesto, ciertamente amplio, del artículo 76.2, que establece que la “Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado”. Se extrema al máximo este supuesto que, como se ha dicho, es la fuente de gran parte de la discusión en torno al nexo causal.

No obstante, algunas ONG indican que, aunque ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento y Prueba definen las reparaciones colectivas, estas son una opción viable por cuanto las reparaciones colectivas no deben solo limitarse al daño colectivo o a un derecho colectivo a la reparación, sino que deben ser otorgadas en respuesta a una violación colectiva en que los beneficiados son individualizados. Asimismo, UNICEF considera que las reparaciones colectivas van a beneficiar a la sociedad en su totalidad, de tal forma que aquellas víctimas que no fueron contactadas o que no tuvieron acceso a la demanda por uno u otro motivo serían en todo caso beneficiadas.

Finalmente, como se ha anotado, el ICTJ interviene haciendo referencia a un caso colombiano, *El Alemán*, hecho que está descrito directamente en la sentencia de la siguiente manera:

El ICTJ menciona que hay dos partes de la sentencia de *El Alemán* que merecen especial atención. El Tribunal de Bogotá no concedió la reparación colectiva material a las víctimas del reclutamiento forzado porque ese reclutamiento en el mismo grupo paramilitar no justificaba tratarlos como una “colectividad”. El Tribunal determinó que sus experiencias individuales y el impacto sobre ellas no fue el mismo. Sin embargo, se sugirió que la exigencia del Tribunal de Bogotá al Estado Colombiano de reparar y dar garantías de no repetición estaba encaminada a

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

beneficiar a las comunidades de donde las víctimas fueron reclutadas. Ello fue descrito como una reparación inherente a la comunidad.³⁶

En efecto, el tribunal colombiano no dispuso reparaciones colectivas materiales por causa del reclutamiento forzoso, pues consideró que no se debe tratar a los niños reclutados como parte de un grupo, debido a que las experiencias individuales y el impacto en cada una de las personas no son los mismos, son personales. Sin embargo, sugirió que las reparaciones y garantías de no repetición debían beneficiar a las comunidades de donde las víctimas fueron reclutadas. Es decir, el tema se llevó, con razón y lógica, al terreno de la no repetición, tanto más si se tiene en cuenta que un cometido de la justicia transicional es reconstruir el tejido social.³⁷

6. Discusión en torno a la noción de *pérdida de oportunidad*

De igual forma que con el tema anterior, se deja planteado el presente, que puede exceder de manera estricta el tema asignado, pero que es muy interesante concebir y recalcar, no solo por las implicaciones generales que tienen lugar en temas de transición sino también en el análisis de la causalidad. Se trata de la noción de *pérdida de oportunidad*. Esta noción, ligada a la reparación de hechos causados sobre todo por Estados que son hallados responsables por violaciones de derechos humanos, es revisada en la sentencia que se estudia, al lado de nociones como *plan de vida* y *proyecto de vida*.

La Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, en la *Decisión para establecer los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones* —proferida a propósito del caso de Thomas Lubanga—, señala que en las *Observaciones sobre cuestiones relativas a las reparaciones* (documento expedido con antelación por la OPCV) se reconocen dos fórmulas relevantes que permiten establecer una noción integral de reparación, las cuales

³⁶ *Ibíd.*, § 66.

³⁷ De esta manera concluye la providencia colombiana: “881. Así, no puede construirse un sujeto colectivo, titular de un derecho fundamental a la reparación integral, con el solo criterio de la suma aritmética de personas con una característica homogénea: la edad. Considerar que los menores son un colectivo, y por lo tanto portador de una identidad propia y diferenciada de otros grupos, podría llevar a cometer errores frente a la reparación, ya que podrían darse casos en los que se decreten medidas de restablecimientos de derechos para el colectivo y que, una vez implementado detecten que no tienen nada en común, además de la edad, los menores no se sientan reparados, y hubiesen preferido que todos los recursos se destinaran a la reparación individual”.

son: 1) el concepto de *proyecto de vida* desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y 2) el criterio de *pérdida de oportunidad* establecido por el TEDH.³⁸

En principio, la Corte Penal Internacional afirma que el concepto de *proyecto de vida* resulta ser el más apropiado para determinar la indemnización integral de los soldados menores, por cuanto “ninguna de las modalidades existentes de compensación logra la completa e integral reparación del menor soldado por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de su niñez”.³⁹

En esta dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue la primera en desarrollar la noción de *proyecto de vida*, en el pronunciamiento relativo al caso *Loyaza Tamayo*, en el cual se determinó que las nociones de *daño emergente* y *lucro cesante*, constitutivas del daño material, no abordaban la totalidad de afectaciones que podrían derivarse de las conductas antijurídicas. Mientras que estas últimas nociones hacen referencia a pérdidas materiales, ergo cuantificables, el denominado *proyecto de vida* atiende más a una serie de características y circunstancias por naturaleza inmateriales y no conmensurables.⁴⁰ Afirmó entonces la Corte Interamericana:

[El proyecto de vida] atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.⁴¹

En cuanto al segundo criterio, señalado como la *pérdida de oportunidad*, las *Observaciones sobre cuestiones relativas a las reparaciones* señalan que en decisiones del TEDH se hizo reconocimiento expreso de la posibilidad de dar reparación por la mencionada

³⁸ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, cit., § 86.

³⁹ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Observations on issues concerning reparations*, 18 de abril del 2012, (ICC-01/04-01/06-2863), § 47.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Loyaza Tomayo v. Peru*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, reparación y costas, § 147.

⁴¹ *Ibidem*, § 147148.

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

pérdida.⁴² De esta forma, el Tribunal Europeo, específicamente en el caso *Campbell Cosans contra el Reino Unido*, encontró que la violación en cuestión había privado a la víctima de “cierta oportunidad de desarrollar su potencial intelectual”.⁴³ En la misma vía, en el caso de *Thlimmenos contra Grecia*, el Tribunal afirmó que la violación sufrida por la víctima había lesionado “la posibilidad de acceder a una profesión, la cual es un elemento central para moldear la vida de alguien”.⁴⁴

7. La defensa: la pérdida de oportunidades se debe medir en circunstancias de guerra civil

Ahora bien, en relación con la pérdida de oportunidad y su impacto sobre la reparación, la defensa en *Lubanga* advierte que, según su criterio, para dar contenido a esta noción de pérdida de oportunidad se deben tener en cuenta criterios como el daño “real” causado, que sea este actual y cierto, y el hecho de que las víctimas no hayan sido reparadas previamente. De la misma forma, insiste en el hecho fundamental que ha dirigido toda la discusión sobre reparación: los daños deben estar relacionados con los cargos formulados.

Pero además —y esto es especialmente importante— la defensa considera que esta noción de pérdida de oportunidad debe ser evaluada desde el escenario concreto de la República Democrática del Congo en el momento del reclutamiento imputado al señor Lubanga, teniendo en cuenta que en medio de una guerra civil las oportunidades se reducen y que la guerra genéricamente no puede ser imputada al condenado. Así lo establece literalmente el Tribunal:

Se argumenta que cuando se está alegando que ha habido una imposibilidad de estudiar, o la pérdida de la oportunidad de ejercer una profesión querida, ello debe ser evaluado teniendo en cuenta las circunstancias existentes en la República Democrática del Congo (DRC) al momento de las acusaciones, considerando las disputas ocasionadas por una guerra civil que no puede ser atribuida al Señor Lubanga.⁴⁵

⁴² CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Observations on issues concerning reparations*, o. cit., § 51.

⁴³ TEDH, *Campbell Cosans v. United Kingdom*, sentencia del 22 de marzo de 1983, justa reparación, § 26.

⁴⁴ TEDH, *Thlimmenos v. Greece*, sentencia del 6 abril de 2000, fundamentos de la decisión, § 70.

⁴⁵ CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Observations on issues concerning reparations*, o. cit., § 91.

Este hecho, que puede parecer una mera argucia argumentativa de la defensa, es muy interesante e induce a la siguiente pregunta: ¿Se puede, desde un escenario de paz posterior a hechos constitutivos de crímenes internacionales, evaluar en sede de reparación y en general hechos ocurridos en un escenario de guerra? Es una pregunta de fondo y que ha tenido lugar desde siempre en lógica transicional: ¿Hasta dónde se puede evaluar y juzgar, desde la paz, una situación anterior de guerra? Una situación como la del Congo ¿se puede evaluar *a posteriori* para establecer fórmulas de reparación, teniendo en cuenta proyectos de vida desde la paz, cuando estos se quebrantaron en la excepción? Es una pregunta fundamental y, como se dice, cruza el debate mismo transicional. Por lo menos desde el punto de vista penal, punitivo, ello podría llevar a conclusiones trágicas: cuanto más degradado haya sido un conflicto, menor será quizá la posibilidad de sancionar duramente. Tanto más si, de una forma u otra, todos han sido responsables.

Pero es menester, del mismo modo, ser muy cautelosos con el argumento y la pregunta, porque ante todo, si bien es posible que niños africanos, en escenarios especialmente humildes y degradados, puedan, por ejemplo, adquirir en su vida cotidiana la enfermedad del sida o el VIH, otra cosa es que esos mismos niños, una vez reclutados, puedan ser infectados cuando se abuse de ellos. Es decir, una cosa es un destino trágico en universos sin oportunidades y otra cosa es justificar el crimen sobre la base de que en todo caso hay un destino que será trágico e inevitable.

Para citar un caso de derecho comparado, en el caso colombiano de los *Niños del Alemán* también se discutió el hecho de que muchos menores se habían unido a las filas de manera “voluntaria” y que ello significaba incluso una mejora de vida para ellos, en todo caso sin oportunidades en lugares aquejados por la pobreza o la misma guerra. El argumento se torna perverso, pero es un hecho sensible: muchos niños reclutados han considerado a sus reclutadores como sus padres, como una especie de benefactores, precisamente por provenir de escenarios degradados y con falta de oportunidades.

8. Tránsitos en el derecho comparado: de nociones estrechas de víctima y daño a construcciones normativas más complejas e incluyentes

Es importante anotar, como referencia interesante desde el derecho comparado, que en el caso colombiano ha tenido lugar un tránsito con implicaciones profundas. Estas también tienen lugar en relación con el nexo causal estudiado. Se trata de una evolución que, como un *continuum*, ha tenido lugar respecto de la noción de víctima.

La noción estrecha y acotada de sujeto pasivo, que daba lugar a la antigua acción civil impetrada por la parte civil, hacia los años noventa y entrado el nuevo siglo fue superada por la noción de *perjudicado* y hoy existe la noción de *víctima*. Esta, a su vez, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, es comprensiva y cubre el espectro de víctimas directas e indirectas. Así, la ley 906 de 2004, en su artículo 132, dispone:

Artículo 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño *directo* como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

La expresión *directo* fue declarada inexecutable, sobre el supuesto de que también son víctimas las víctimas indirectas. Es interesante observar el concepto del juez constitucional en algunos apartes referidos a la decisión de inexecutable:

En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de “directo” para el solo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado.⁴⁶

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007, MP: Jaime Córdoba, considerando 3.4.2.

Agrega la Corte a manera de conclusión: “La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo”. Además, y como se ha reseñado, en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, en casos en los cuales no se individualicen los autores materiales, para que haya lugar a la reparación basta la demostración del nexo entre la pertenencia del autor al grupo al margen de la ley y el daño.⁴⁷

Todo este recuento tiene lugar en función del daño ocasionado por una conducta prevista como delictiva; es decir, en sede penal. Pero, más allá de ello, hoy, en la actual ley 1448 de 2011, denominada Ley de Víctimas y de Reparación, para efectos de reparación tan solo se debe demostrar, y muy sumariamente, la condición de víctima de conflicto armado interno. Dice así el artículo 3 en su primera parte:

Artículo 3º. Víctimas. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno [...].⁴⁸

De esta forma, independientemente del destino de cualquier proceso penal que ventile la responsabilidad del sujeto activo de las conductas que le produjeron daño, la persona es reparada. Es decir, en este caso, la relación de causalidad entre el daño y la condición de víctima se abre completamente, se flexibiliza al máximo, dejando incluso de manera residual el papel del derecho penal (sin que ello implique, desde luego, que no se investigue ni se castigue a los responsables). Así, en temas de causalidad, más allá de las escuelas, teorías, estándares, lo importante es la decisión política que se adopte. La mayor o menor flexibilidad, en términos del nexo causal y de la causalidad en general, depende de la decisión política.

⁴⁷ La Corte Constitucional, al revisar varias normas que han regulado este aspecto, estableció al respecto lo siguiente: “Lo anterior conduce a señalar que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasionados individual o colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas”.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MM. PP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros, § 6.2.4.4.7.

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

A manera de conclusión, se puede decir, finalmente, lo siguiente: así como el derecho penal está viviendo una transformación profunda, en el contexto de la investigación y el juzgamiento de crímenes internacionales, el derecho administrativo, el derecho civil, la noción de reparación en general, también experimenta profundos cambios. En el caso concreto que ha ocupado este trabajo, se puede decir que hoy es cada vez menor la exigencia de probar de manera rigurosa el nexo causal entre el daño y la conducta delictiva; más flexible aún, entre el daño y el perpetrador directamente. Es cada vez menos exigente la prueba que acredite la condición de víctima; es cada vez mayor la presunción de serlo. De allí se derivan múltiples derechos. Es un desarrollo importante y necesario: un Estado, sus instituciones, deben compensar lo que en derecho penal no es posible hacer, menos aún en lógicas punitivas vengativas, abriendo lo posible el marco de la reparación. Como se ha dicho, empero, es siempre una decisión política a la cual se ajustan los estándares que, en el fondo, son contingentes.