

**INFORME DEL X ENCUENTRO DEL GRUPO
LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE
DERECHO PENAL INTERNACIONAL
SÃO PAULO, 21-24 DE OCTUBRE DE 2013**

María Laura Böhm

El X Encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional se llevó a cabo entre los días 21 y 24 de octubre de 2013 en la ciudad de São Paulo y tuvo por objeto la primera sentencia condenatoria de la Corte Penal Internacional, *Lubanga* (sentencia de fondo y sentencia de reparaciones).

El análisis de la sentencia se dividió en los siguientes cuatro bloques temáticos, que serán desarrollados a continuación: Derecho penal, Derecho procesal penal, Reparaciones y Sentencia (el orden de exposición y discusión fue modificado).

1. Reparaciones

1. Sobre el procedimiento de reparaciones (Lubanga, *Decision on reparations*, pp. 56 ss.) expuso *Jaime Martínez*, quien describió la complejidad del proceso y se detuvo en sus ocho etapas.

La primera etapa consiste en la *conformación de un equipo multidisciplinario* para prestar apoyo a la Corte, delegación con la que Martínez se manifestó de acuerdo.

La segunda etapa es la *definición de las formas de participación de las víctimas*, respecto a lo cual la Corte estableció que debe considerarse el grupo de víctimas más amplio posible. Martínez entendió que es una de las decisiones más avanzadas de la Sala, ya que realmente integra la problemática de las víctimas, pero que no deja de ser problemática porque, si se tiene en cuenta que cada etapa requiere la participación de las víctimas, la aplicación podría ser muy compleja y demorar la implementación de la medida.

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

La tercera etapa consiste en la *elaboración del plan de reparaciones colectivas*, cuya complejidad fue expuesta por Martínez en cinco subetapas, cada una de ellas con sus dificultades específicas: 1) definición de los lugares; 2) consulta con amplia participación; 3) cuantificación del daño causado a las víctimas; 4) debates públicos en las localidades y 5) recolección de las propuestas de reparaciones colectivas).

La cuarta etapa trata de la *revisión y aprobación del plan de reparaciones*. Si bien la Sala se reserva el control de lo presentado y su aprobación, no está claro el procedimiento por el cual serían hechas sus observaciones, criticó Martínez.

La quinta etapa del procedimiento de reparaciones consiste en la *decisión sobre las fuentes de financiamiento*, y es aquí donde se presenta el obstáculo importante de la limitación del Fondo Fiduciario, ya que este constaría de los aportes de los Estados sin que exista posibilidad —de acuerdo a lo sostenido por el propio Fondo— de obtener aportes extraordinarios.

La sexta etapa es la *implementación de las reparaciones*, ya una fase ejecutiva, al entender de Martínez, una vez que las fuentes están determinadas.

La séptima y la octava etapas consisten en la supervisión y vigilancia de la implementación (con audiencias en forma similar a las dispuestas en el procedimiento interamericano).

Martínez concluyó que, a pesar de la riqueza doctrinal de la sentencia sobre el procedimiento, no se establece ni una sola reparación concreta. Consideró que se tiene una resolución de alto vuelo y con criterios avanzados, pero que las reparaciones en concreto aún se hacen esperar. En definitiva, luego de la discusión en el Grupo se acepta que será cuestión del tiempo demostrar el alcance real de la sentencia.

2. *Ramiro García Falconí* se refirió al estándar de la prueba como problema específico sobre reparaciones (Lubanga, *Decision on reparations*, pp. 83 s.). En este caso, explicó, se trata de estándares de prueba en materia civil, y el estándar utilizado por la CPI es propio del sistema civil anglosajón (y no del continental). Esta decisión marca a su entender la perspectiva que tiene la CPI sobre el proceso.

Refirió que en el ámbito anglosajón existen tres estándares de prueba: el penal, el civil y un tercero que puede considerarse el más bajo en sus exigencias, conocido como *conjunto de reglas de Pensilvania* —un sistema de balanza básica—. Este último es el que habría sido utilizado por la CPI (sistema probabilístico y no de la íntima convicción, como viene siendo utilizado en el ámbito continental desde fines del siglo XVIII).

Esta decisión no sólo es criticable por no haber sido debidamente fundamentada, consideró García Falconí, sino también por el riesgo de que tribunales nacionales, sin la debida información ni contextualización —y sin el hábito judicial respecto de este modelo anglosajón— adopten este estándar para la evaluación de prueba no solo en el ámbito de las reparaciones, sino incluso en los procesos penales en sí. Se trataría de una “mala interpretación” del criterio adoptado por la CPI, ciertamente, pero el riesgo de que tal interpretación tenga lugar existe, por lo que es problemático. Un estándar de mayor exigencia habría sido preferible.

En la discusión de la temática, distintos miembros del Grupo coincidieron con la idea central del análisis presentado en cuanto a que la CPI no fundamentó la elección del estándar adoptado.

3. A continuación, *Pablo Galain Palermo* se refirió a las modalidades de reparación y adecuación al tipo de la víctima (*Lubanga, Decision on reparations*, pp. 75 ss.). Destacó la importancia de distinguir entre reparación y asistencia, así como entre un comportamiento voluntario posterior y los programas de rehabilitación impuestos por agendas internacionales.

Por otra parte, consideró la importancia de la distinción entre el Estado y los individuos del Estado que están siendo imputados y/o condenados. Por ejemplo, podría decirse que, si un Estado no apoya el Fondo Fiduciario para las Víctimas, este Estado sería responsable del no cumplimiento en caso de que no se pudiese reparar a las víctimas por no contar con los medios necesarios, y esto no lo considera correcto.

Como segundo eje de discusión Galain Palermo resaltó críticamente que en la sentencia la víctima termina siendo parte de una definición procesal (de acuerdo a tiempos, fondos, enfoque). Quedaron descuidadas las víctimas, especialmente de los delitos sexuales: no tuvieron la posibilidad de manifestarse, por lo que no hubo posibilidad de reconocimiento o efecto catártico. No se dispuso reparación respecto de ellas, sino sobre las víctimas/autores (niños reclutados), lo cual significa que se optó por las víctimas “menos víctimas”. Las víctimas mujeres, en cambio, no fueron consideradas: ni desde la reparación ni desde lo simbólico se las incorporó como víctimas en la sentencia.

Con respecto a la reparación, Galain Palermo consideró que la forma de tratamiento de este punto en la sentencia es problemática porque allí se sugiere considerar cuestiones de género, mientras que a las mujeres no se las consideró, lo cual es contradictorio. Y, por otro lado, se establece que la reparación debe ser “rápida”, lo que hace

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

pensar más bien en rehabilitación y no en reparación. Con respecto a la confusión entre reparación y rehabilitación, la CPI sigue a la CIDH y a la literatura en cuanto a la idea de la rehabilitación (necesidad de ayudar a superar el trauma vivido, de dar asistencia a las necesidades básicas en los ámbitos médico, vital, social), pero plantea por lo tanto un programa de ayuda (rehabilitación y desarrollo) que de ninguna manera puede serle exigido a un individuo como Lubanga.

En cuanto a la posibilidad o imposibilidad de cumplimiento y la responsabilidad del Estado, señaló Galain Palermo que la CPI especificó que el Estado no está eximido de responsabilidad, dado que tiene capacidad de contribuir al proceso de reparación mediante la voluntaria solicitud de disculpas a los grupos de víctimas, en forma pública o confidencial. Con respecto al Fondo Fiduciario, es de destacar, que si bien tiene una función subsidiaria en la práctica —debido a la “indigencia” del responsable de los daños—, la función del Fondo Fiduciario terminará siendo principal.

Por último destacó la posibilidad de imposición de medidas simbólicas que abarcan incluso a quienes no fueron parte en el procedimiento ante la CPI (quienes no fueron considerados víctimas en el proceso), lo cual hace de estas medidas simbólicas un “antídoto” ante la injusticia que genera la selectividad penal.

4. Continuando con los problemas específicos sobre las reparaciones hizo su intervención *Alejandro Aponte*, quien expuso sobre el nexo causal entre el daño y su perpetrador (Lubanga, *Decision on reparations*, pp. 82 s.). Aponte indicó que, mientras que en Lubanga la CPI se centró en el artículo 75.2 ECPI (relación restrictiva entre perpetrador y acto), en otros contextos, como el caso colombiano, la obligación de reparación es más abarcadora, por lo que su investigación es independiente de la investigación respecto de la imputación penal específica.

En este sentido, consideró más avanzado el sistema colombiano que el de la CPI, la cual adoptó la teoría de la causa próxima, sin dar explicación respecto de su elección, y a pesar de que esta temática (determinación del nexo causal) es de alta complejidad y habría requerido mayor detenimiento. El fallo *Lubanga* en este punto puede resumirse en la frase: “La causa de la causa es causa de lo causado”. Pero, sostuvo Aponte, es imposible llegar a la causa (como ya lo indicó en su jurisprudencia la CIDH, la cual decidió adoptar la teoría de los efectos inmediatos). Sin embargo, incluso en esta otra idea sigue abierta la cuestión sobre dónde trazar la línea divisoria entre la inmediatez o mediatez de los efectos. En definitiva, se trata de una decisión eminentemente política.

Consideró que, en el caso concreto de Lubanga, todos los actos contra los reclutados tendrían que haber sido imputados. Si se sigue a la CPI y su requisito de “causa próxima”, la dificultad reside en su determinación (luego de un desplazamiento forzado que duró treinta años, por ejemplo, ¿cuál es la “causa próxima?”).

Según explicó Aponte, con respecto de la causalidad en la reparación, en la Ley de Justicia y Paz de Colombia se establece que, cuando no se haya podido individualizar al sujeto, pero el resultado esté relacionado con las actividades del grupo en cuestión, se considerará que hay causalidad y por lo tanto se tendrá derecho a hacer uso de las reparaciones del Fondo para las Víctimas (lo cual está en directa relación con la Ley de Víctimas, específicamente pensada para reparar). Por otro lado, en la misma ley se establece que pueden considerarse víctimas todas aquellas personas en esta condición de víctima en el conflicto armado, independientemente de cualquier proceso penal. De esta manera ya no es relevante la teoría que se siga; los requisitos serán, de todas formas, mínimos.

Otra discusión la planteó Aponte en relación con dos aspectos a considerarse en el ámbito de la causalidad: proyecto de vida y pérdida de oportunidad. No es igual la expectativa de vida de los jóvenes en tiempos de guerra que en tiempos de paz, ni son iguales las oportunidades que tienen en uno y otro contexto. Resaltó por lo tanto la dificultad de juzgar al respecto.

En la discusión el Grupo nuevamente estuvo de acuerdo en que la decisión de la CPI de optar por la teoría de la “causa próxima” fue arbitraria, así como que es importante en todo momento diferenciar las cuestiones de causalidad para la imputación de los hechos y las cuestiones de causalidad para la imposición de reparación.

2. Derecho procesal penal

5. En el bloque destinado al estudio del derecho procesal penal, *Alfredo Chirino* expuso el tema de la evaluación de pruebas (aspectos generales del sistema probatorio del ECPI) y el análisis del problema especial del uso de intermediarios en la obtención probatoria (Lubanga, *Judgment*, pp. 50 ss., 90 ss.). Señaló que en el DPI se ha establecido la tradición de los tribunales que tienden a no tener estrictas reglas de admisibilidad, sino que se basan en principios de libertad probatoria. La doctrina ha tratado de analizar la situación del DPI con base en la oposición inquisitorial/adversarial.

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

Con respecto a la sentencia, Chirino destacó el numeral 107, en que la sentencia menciona los artículos 69.3 ECPI (las partes pueden presentar todas las pruebas pertinentes para determinar la veracidad de los hechos) y 64.2 ECPI (obligación del tribunal de asegurar un juicio *fair* y rápido). La cuestión, indicó, es cómo se puede conseguir un juicio pronto sin ir en contra de la justicia. Se pone en evidencia la tensión con el principio de *fairness*.

Señaló luego Chirino que la decisión de la CPI de actuar a modo de árbitro es una limitación importante al derecho de defensa, porque la discusión de la idoneidad y protección de los derechos de defensa quedan supeditados al interés de averiguación de la verdad.

Los modelos puros de la doctrina, en la realidad, no existen. En el ámbito del DPI la doctrina por lo tanto insiste, sostuvo Chirino, en que el principio valorativo de la sana crítica es esencial. La propia CPI sostiene que el análisis debe ser *case by case*. Esto significa que el resultado dependerá del arbitrio del analista.

En cuanto al concepto de *prueba*, Chirino fue crítico al explicar que no es claro cuál utiliza la CPI. También se manifestó sobre la cuestión del uso de los intermediarios y las dificultades planteadas en el caso *Lubanga*: se trata de un país africano con víctimas que no llegan a la TPI a dar su testimonio. Intermediaria, entonces, es toda persona que facilita el contacto entre la CPI y los testigos, lo cual implica ventajas pero también problemas. Entre estos últimos destacó la forma en que operan, ya que habitualmente se trata de ONG y misiones con trabajo directo en la zona hace mucho tiempo (conocen a las víctimas desde antes, conocen el idioma, conocen el contexto real), por lo que su trabajo mismo los hace parciales.

La necesidad de intermediarios genera que la Corte tenga una actividad más inquisitorial, debiendo acudir y preguntar, pero, por otra parte, implica también que no pueda saber, a criterio de Chirino, cuándo un perpetrador tal vez podría estar siendo tratado como víctima y siendo protegido. En este sentido, entonces, como conclusión, Chirino entendió que el que se considere adversarial o inquisitorial la actuación de la CPI dependerá de cómo se considere a los intermediarios, qué atribuciones posea a su respecto la Fiscalía, qué acceso tengan las partes a los testimonios originales, etcétera.

En la discusión quedó planteada la cuestión acerca de cuáles son las limitaciones, la normativa, la doctrina y la realidad en la CPI en cuanto a la admisibilidad o no de las pruebas y la forma de ingreso en el proceso.

6. A continuación tomó la palabra *Alberto Nanzer*, quien expuso sus reflexiones sobre *disclosure* e integridad procesal a propósito del caso *Lubanga*. Explicó que se trata de una institución que por definición irrumpe en el proceso en la etapa previa del juicio oral: ante cuestiones preliminares y luego ante primera instancia. En concreto, consiste en la obligación de las partes de revelarse las pruebas que usarán en el debate.

Es una institución relativamente reciente (extraña al *civil law*), que tiende a moralizar el debate. La idea es que la revelación de las pruebas contribuya a convencer a la otra parte, poniendo desde el inicio toda la información a disposición. La igualdad de armas es el objetivo principal, para que las armas de la Fiscalía puedan verse equilibradas con contramedidas de la Defensoría.

Luego de esta introducción Nanzer presentó —con base en dos situaciones específicas sobre *disclosure* en el caso *Lubanga*, que tuvieron lugar en los años 2008 (problemática de la obligación o no de revelación de pruebas exculpatorias por parte de la Fiscalía) y 2010 (divulgación restringida por parte de la Fiscalía de lo dicho por un informante)— tres niveles de análisis respecto del *disclosure* en la CPI:

En primer lugar, una supuesta situación de tensión entre los artículos 54.3.e ECPI (obligación del fiscal de no divulgar información obtenida bajo confidencialidad con el fin de obtener nuevas pruebas) y 67.2 ECPI (derecho del acusado a la divulgación de las pruebas obtenidas por el fiscal). Nanzer explicó las dificultades de la situación y entendió que el artículo 54.3.e ECPI no puede ser una excepción al 67.2, que no prevé excepciones. La confidencialidad no puede ir más allá de pruebas mediatas (*springboard evidence*), que sirven de “plataforma de rebote” para pasar a otras pruebas.

Como segundo complejo de discusión, Nanzer explicó que hay una puja de sistemas, ya que el sistema de la CPI se reconoce como predominantemente adversarial, pero el sincretismo tomó los aspectos menos positivos de los dos sistemas principales (adversarial e inquisitorial).

En tercer y último lugar, desarrolló un aspecto de índole filosófica y se preguntó si es moralmente justificable tomar la noción de integridad procesal con tanta seriedad como para que eso lleve a la paralización del trámite (lo cual estuvo a punto de suceder en el año 2008). Explicó que fue una decisión tuitiva la de la integridad procesal, pero que a ella cabe contraponer la idea del carácter no instrumental del proceso internacional. El proceso internacional es un fin en sí mismo (simbólico, expresivo), dado que el proceso tiene tal vez incluso más peso que la pena. En el DPI la pena está al servicio del proceso, y no al revés. Dado que la noción de integridad procesal es consustancial a la

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

idea de expresividad, si no se respetan las reglas el proceso perdería fuerza vindicativa, por cuanto no puede afirmarse que se va a vencer la anarquía con el derecho si para eso se lleva adelante un proceso que viola el derecho.

En la discusión se plantearon y discutieron argumentos en favor y en contra de la tensión entre los artículos 67.2 ECPI y 54.3.e ECPI. Una de las conclusiones fue la dificultad que representa que no estén estipuladas sanciones para los casos de incumplimiento.

7. *Marcos Zilli* presentó la temática tratada por él junto con *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* y *Fabiola Girão Monteconrado*, relativa a la participación procesal de las víctimas. Explicó que el tema estuvo muy presente en las distintas instancias (documentado esto en más de 400 páginas a lo largo del proceso). Explicó que se advierte que los jueces más identificados con la protección de los derechos humanos tienen una visión más amplia en cuanto a las facultades procesales de la víctima, mientras que los jueces con una visión más tecnicista tienden a velar por el resguardo de la paridad de armas y sostienen por lo tanto una idea más restrictiva en cuanto a la participación de las víctimas en el proceso.

Según esta diferenciación se advierten a lo largo del proceso dos modelos: en el modelo de protagonismo la víctima asume la acusación, mientras que en el modelo cooperativo la víctima actúa (con mayor o menor participación) como coadyuvante. De esta observación se desprenden, de acuerdo a los miembros brasileños del grupo, las siguientes conclusiones:

- a. El derecho de participación es un derecho procesal, por lo que la CPI tiene el deber de asegurar ese derecho, oponible al tribunal.
- b. Se trata asimismo de un derecho de participación, por lo que necesariamente supone una postura coadyuvante, y no de protagonismo procesal.

Su ejercicio no es automático, sino que existen condiciones: una debida legitimación para participar (regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI [RPP]), sumada al interés procesal que supone la idea de necesidad (artículo 68.3 ECPI).

Zilli explicó los dos aspectos contenidos en la legitimación, esto es, la vinculación entre víctima y lesión y la vinculación entre lesión y crimen. El concepto de *crimen* no es de derecho penal sino procesal, lo que implica que se va modificando a medida que el proceso avanza, y esto sucede por lo tanto también con el concepto de *víctima*, que se va definiendo a lo largo del proceso (en similar idea a la expuesta antes por Galain

Palermo). Al momento de establecerse una situación el concepto de víctima es más amplio; se reduce cuando se avanza hacia una orden de prisión y finalmente es mucho más restringido al confirmarse la acusación, y las víctimas quedan delimitadas por el hecho procesal descrito en la acusación.

La reparación, finalmente, estará delimitada por la víctima considerada en la condena. No basta por lo tanto con demostrar expectativa como víctima, sino que debe haber definición procesal. Para ello proponen entonces un test de tres etapas, que abarque en primer término la legitimación, que contemple el interés procesal y que finalmente responda al paradigma de *fair trial*. La cuestión reside entonces en determinar cuál es el régimen punitivo del DPI, qué preocupación se tiene por los intereses de la víctima. La respuesta a estas preguntas debe verse reflejada en el proceso ante la CPI.

3. Derecho penal

8. A continuación se discutieron las cuestiones de índole penal. Inició este bloque *César Alfonso* con el análisis del artículo 8.2.e.vii ECPI, de reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años y de uso de menores de 15 años (Lubanga, *Judgment*, pp. 261 ss.). Explicó que la Sala optó en la sentencia por la idea de reclutamiento como concepto general, y de conscripción y alistamiento como subespecies. Consideró que esto no es coherente, dada la irrelevancia de esta distinción tanto en lo legal como en lo práctico (si la voluntariedad es parte del tipo penal, no es de esperar que un niño pueda dar un consentimiento genuino e informado).

Por este motivo consideró que el consentimiento debería excluir el tipo. Consideró además que no se trata de “delitos separados” (entre utilización y reclutamiento), sino de variantes. Hay cierta ambigüedad en lo establecido por la Sala (por ejemplo, si el alistamiento incluye o no la intención). Por otro lado, los criterios adoptados por la Sala respecto de la puesta en riesgo o no de las víctimas tampoco son precisos.

En la discusión de estos aspectos se destacó la problemática del consentimiento, así como que de todas formas el “reclutamiento voluntario” también es delito. La decisión, en definitiva, es de política criminal, se concluyó.

9. Como invitado especial participó a continuación el presidente de la Comissão Nacional da Verdade, *Jose Carlos Dias*, quien explicó el funcionamiento, los desafíos y logros de la comisión que preside.

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

10. Continuando con los aspectos penales de la sentencia *Lubanga, Carlos Caro Coria* se refirió al tratamiento que esta hizo del tipo subjetivo. Señaló que la sentencia se distanció de lo antes establecido en el caso *Bemba*, en el que se consideró que el artículo 30 ECPI solo aceptaba la posibilidad del dolo directo. En la sentencia de Lubanga, en cambio, se habría ampliado la interpretación del artículo 30 ECPI, dado que para su interpretación se recurrió a los Elementos de los Crímenes. Esto iría en contra del artículo 22 ECPI, que exige una interpretación estricta del Estatuto. En la regla 3 de los Elementos se establece una disminución en el nivel de exigencia subjetiva, ya que se acepta la posibilidad del “hubiera debido saber”. Lo mismo sucede con la regla 5, donde se contempla la posibilidad de que “el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho”.

La idea central planteada por Caro Coria fue que la sentencia tiene un defecto importante, dado que no realizó una clara distinción entre los objetos de referencia para definir a cuál iba a aplicar la exigencia subjetiva. Cuando se habla de “conducta” en la sentencia debería tenerse presente el alistamiento, el reclutamiento, etcétera, de los niños. Cuando se habla de “consecuencia”, en cambio, no se está hablando de conductas, como erradamente afirma la Sala, sino que las consecuencias hacen referencia, por ejemplo, a la acogida y existencia de los niños en el grupo. Las “circunstancias”, por su parte, son tanto el conflicto armado como la edad de los reclutados. La Sala debió señalar cuál era el estándar subjetivo en relación con cada uno de los elementos, tal como lo exige el artículo 30 ECPI.

Caro Coria señaló que a esta deficiencia se aduna un problema de carácter práctico, dado que el estándar aplicado por la Sala es bastante bajo, por lo que se dan por probados hechos que exigían un estándar subjetivo más elevado. A modo de ejemplo se refirió a la intervención de Lubanga en el campo de Rompala, en el cual alentó a los niños a unirse al ejército, como guardaespaldas. Estos hechos la Sala los dio por probados aunque a su respecto se hubiera exigido un estándar subjetivo más exigente por tratarse de un resultado y no de la conducta en sí misma.

En definitiva, la poca claridad de los estándares aplicados y su dificultad práctica fueron el centro de la crítica a la sentencia, así como la gravedad de que la interpretación del artículo 30 ECPI no deje en claro si se acepta o no el dolo eventual en los casos juzgados antes la CPI, y el hecho de que para paliar tal poca claridad se recurra a los Elementos de los Crímenes como si se tratase de una extensión del Estatuto, lo que significa una violación al principio de legalidad.

11. *Elizabeth Santalla Vargas* desarrolló seguidamente el tema del elemento contextual. Explicó que la Sala de Cuestiones Preliminares en la misma causa había recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), lo cual únicamente sirvió para establecer ciertos elementos del contexto general (conflicto armado, conciencia sobre esta circunstancia).

La consideración del elemento contextual es importante a la luz del artículo 8.1 ECPI, dado que establece la competencia de la CPI solo para los casos en que los crímenes sean parte de un plan o política, o como parte de su comisión a gran escala. La pregunta es cómo debe interpretarse esta limitación. Tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial, explicó Santalla Vargas, existiría cierto consenso sobre el concepto de conflicto armado internacional, mas no así sobre el concepto de conflicto armado *no* internacional.

Para responder a esto la Sala recurrió entonces a la jurisprudencia del TPIY, donde se perfilan factores que sirven para categorizar el conflicto armado no internacional: la intensidad y la organización del grupo. La jurisprudencia a la que recurre la Sala en la sentencia *Lubanga*, sin embargo, es a criterio de Santalla Vargas insuficiente y no sistemática. Del mismo modo consideró criticable que se haya recurrido a esta jurisprudencia en forma automática, sin fundamentar esta decisión, dado que, de acuerdo al artículo 21.1.b ECPI, puede acudir a otras fuentes solo en casos en que el Estatuto y los Elementos no sean suficientemente enunciativos.

También en lo que respecta al elemento de “control” se siguió en *Lubanga* —sin dar explicación de ello— al TPIY, el cual se ha pronunciado en forma distinta a otros tribunales (como la CIJ en el caso de Nicaragua, por ejemplo). En *Lubanga* la CPI optó por no entrar en el análisis y mantuvo la posición de que el test del control global es suficientemente apropiado (mientras que el test de control efectivo sería demasiado alto). Las dificultades de interpretación y deficiencias de fundamentación ameritarían una pregunta esencial: ¿Debían considerarse distintos tests (tema de la fragmentación) en distintos ámbitos/contextos?

Finalmente, con respecto al elemento del grupo armado nacional, criticó que, por haber dejado la CPI sin tratar la categorización del grupo armado internacional, no haya habido ocasión de tratar esta temática. Quedó abierta entonces la pregunta de cómo deberían considerarse los tests y las diferenciaciones en el ámbito del DPI.

12. *José Luis Guzmán Dalbora* se refirió a dos problemas generales de la responsabilidad penal individual (*Lubanga*, *Judgment*, pp. 400 ss.). Un primer problema es la

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

identificación o diferenciación entre autor y partícipe. Consideró que de los derechos nacionales no surge en forma segura una preferencia por la diferenciación o por el concepto unitario de autor. Hay distintas tendencias (unificadoras unas, diversificadoras otras) con metas poco definidas, pero tienen en uno y otro caso rasgos más o menos precisos; por ejemplo, el que se admita o no la tentativa de participación, el que se acepten o no formas ampliadas de participación o el modo de determinación de la pena en caso de participación. El rasgo más interesante sería el carácter accesorio o no de la participación.

No obstante las consideraciones teóricas, sin embargo, la adopción de una u otra posición es una cuestión política. Mientras más apegado a la idea liberal sea un sistema (así parecería ser la orientación), mayor valor se dará a la distinción. En la sentencia de *Lubanga*, explicó Guzmán Dalbora, si bien el voto mayoritario opta por la diferenciación, lo hace sin utilizar un método lógico, y se centra únicamente en el artículo 25 ECPI. El juez Fulford, en cambio, en su voto minoritario, utilizó un método sistemático al recurrir a la regla 145 RPP y al gramatical, para concluir que del artículo 25 ECPI no surge diferenciación cualitativa de las intervenciones. Guzmán Dalbora consideró, por su parte, que sí existe la diferenciación personal, de culpabilidad y de accesoriedad.

En cuanto al concepto de autor —segundo problema tratado por Guzmán—, la sentencia se inclina por la teoría del dominio del hecho. El voto minoritario no analiza la idea objetivo-formal, por cuanto sostiene que el ECPI no exige distinguir entre autores y partícipes, sino que la importancia residiría en el aporte que debe repercutir en el resultado, y la pena que se imponga depende del tipo de aporte de que se trate. Guzmán Dalbora consideró que no consta en sitio alguno que deba ser la teoría del dominio del hecho la escogida por la CPI. Consideró, en cambio, que el concepto de autor habría que reconstruirlo de los núcleos típicos de la parte especial.

Dado que en la sentencia de *Lubanga* hay conceptos preformados en el ámbito militar (autor es quien organiza el reclutamiento, es quien manda), no cree que la determinación entre autor y partícipe tenga que darse por el carácter esencial o no del aporte. La noción de los núcleos de los tipos en la teoría del dominio del hecho —criticó— no es tan legalista como la objetivo-formal, porque trata los núcleos típicos de forma más amplia. Entendió que sobre esta cuestión hay un problema metodológico por tratar.

13. En especial sobre la responsabilidad penal individual y la coautoría hizo su presentación *Alicia Gil Gil*. Explicó que la sentencia adopta la doctrina de la autoría

por dominio del hecho, pero que los elementos allí presentados están en verdad desdibujados. Se admite la autoría directa por dominio del hecho, la coautoría por dominio del hecho, así como la idea de dominio de organización para la autoría mediata. Se prescinde, sin embargo, del requisito de la desvinculación de la organización al derecho. Se trata más bien de una combinación de las dos teorías: la coautoría por dominio funcional y la coautoría mediata, lo cual provoca que quien al inicio interviene en fase preparatoria termine teniendo responsabilidad por lo hecho por otros, sobre lo que no tiene mando alguno.

Si bien la sentencia pretende seguir los elementos planteados por la Sala de Cuestiones Preliminares, la realidad es que los elementos se encuentran tergiversados. Y esto ocurre tanto respecto del concepto del plan común como respecto del elemento subjetivo. No es claro por qué la CPI opta por la dogmática romanogermánica —opinó Gil Gil— en lugar de haber hecho un estudio comparado buscando una solución sistemática y teleológica más cercana al ECPI. La sentencia escogió las formas más expansivas de la categoría de la autoría, sin justificar esta decisión.

En cuanto a la diferenciación entre autor y partícipe, la sentencia desliga la cuestión de la contribución esencial para definir al autor por dominio funcional, descuidando el hecho de que sin contribución no se tendría autor. Gil Gil entendió, además, que la distinción entre partícipes esenciales y accesorios debería llevar a la distinción en el ámbito de la tentativa.

Por este motivo consideró que los conceptos tratados por la Sala Preliminar quedan irreconocibles en la sentencia, debido a la tergiversación sufrida. Parecería que la idea de la CPI es dar un mensaje simbólico, expresivo, en cuanto al rechazo a la conducta de líderes políticos —afirmó—.

En definitiva, a pesar de todo el análisis, la sentencia concluye con un concepto normativo de autor que infringe el principio de legalidad, ya que este concepto no está previsto en el artículo 25 ECPI, así como se infringe el principio de culpabilidad al condenar al autor por hechos ajenos.

Consideró que la CPI debería replantearse su doctrina sobre la autoría, escoger una y ser fiel a ella. A su criterio, esta decisión no debería ser en favor de la doctrina de Claus Roxin por la dificultad que presenta la definición de sus elementos. Por otra parte, en caso de falta de evidencia para la autoría, la CPI debería evaluar la aplicación del artículo 28 y de todas las otras formas que suponen una intervención de menor reproche.

4. Sentencia

14. En el último bloque del encuentro del Grupo, dedicado a la sentencia propiamente dicha, *Javier Dondé Matute* explicó algunas consideraciones generales. En primer término destacó que en la imposición de la pena había cuestiones importantes que considerar en primer término (como la voluntad de las personas menores o la violencia sexual), pero que sin embargo se abordó directamente la sentencia de condena. En ella se dice que esos factores mencionados fueron considerados para evaluar el monto de la pena, pero esto no es claro, ya que la exposición es aislada y sin motivación. De la sentencia no se desprende su consideración —entendió Dondé Matute—, como tampoco la evaluación de la cooperación con la CPI como atenuante (que es mencionada pero no vinculada con la imposición de la pena). En resumen, la sentencia carece de claridad en cuanto a la motivación de la pena impuesta.

Otra crítica merece la poca importancia brindada a la audiencia para la discusión de agravantes y atenuantes. Tampoco se abordó debidamente la cuestión de la gravedad de los crímenes de guerra (su mayor o menor gravedad respecto de otros crímenes nucleares). Teniendo en cuenta que se trata de la primera sentencia condenatoria de la CPI, esto habría sido deseable. De la sentencia parece desprenderse como fin la prevención general, aunque no queda claro de la lectura misma del ECPI si la prevención general es objetivo del Estatuto o de la pena. Si bien uno de los fines es la resocialización, esto no es mencionado por la CPI.

No se encuentra un análisis sobre el bien jurídico protegido, ni sobre la culpabilidad. El resultado del análisis deja en claro que la pena impuesta no fue satisfactoriamente fundada.

15. A continuación, *Juan Luis Modolell* se refirió a problemas específicos de la sentencia (establecimiento de gravedad del delito, agravantes y atenuantes, concurso de delito y *sentencing*).

La primera cuestión planteada se relacionó con la problemática de evaluar la imposición de agravantes en el contexto de coautoría de un coautor que no concurrió a la ejecución material del hecho. Un primer criterio son las agravantes presentes en el curso ordinario del crimen, pero esto no se da en este caso, ya que Lubanga no era ajeno al maltrato ejercido. La Corte dice “nada induce a pensar que promovió u ordenó”, aunque esto contradice lo dicho antes por la misma CPI sobre la autoría.

Un segundo criterio es la agravante de “violencia sexual”, sobre la que la Sala dice que no hay pruebas. Lamentó Modolell que la sentencia no se pronuncie sobre el plan común o la orden expresa, ya que esto dificulta la imputación de la agravante, dado que el autor no habría concurrido a la ejecución de esa agravante.

Un tercer criterio se relaciona con la “víctima indefensa o vulnerable”, cuya aplicación la CPI considera que no corresponde, dado que los elementos del tipo no pueden ser agravantes. Respecto de un cuarto criterio, los “motivos discriminatorios” (género), la Sala no los imputa por falta de evidencia de la discriminación deliberada.

En cuanto a las atenuantes, continúa Modolell, la CPI no consideró la “conducta posterior” porque el alistamiento se siguió cometiendo y Lubanga mantuvo su presencia en la organización. Es decir, si él hubiese dejado de reclutar sí se habría dado esta atenuante. Modolell consideró que la colaboración con la CPI fue efectivamente considerada como atenuante. Específicamente sobre el cálculo de la pena y el concurso, entendió que la Sala arribó a una conclusión errónea porque se aplicó pena por cada delito distinto y solo después, por absorción, se definió la pena total. La pena individualizada, en definitiva, fue muy reducida.

Respecto de la imposición concreta de la pena, durante la discusión del Grupo se concluyó que la sentencia carece de claridad e incluso presenta confusión conceptual (circunstancias agravantes y hechos independientes, por ejemplo) y falta de análisis teórico (por ejemplo, respecto de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes).