

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DOCTORADO EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

***TRIBUNALES INTERNACIONALES,
MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS
Y JUSTICIA TRANSNACIONAL***

*Estudios de derecho comparado "del principio de Justicia Universal
a la Justicia Transnacional"*

Compiladores

***Enrique Ulate
Alonso Salazar***

2012

ISOLMA

341.481
T822t

Tribunales internacionales, mecanismos de solución de controversias y justicia transnacional: estudios de derecho comparado "del principio de la Justicia Universal a la Justicia Transnacional" / Enrique Napoleón Ulate Chacón, comp. ; Luis Alonso Salazar Rodríguez, comp. -1ª. ed. - San José, C.R.: ISOLMA, 2012. 668 p.; 26 x 20 cm.

ISBN 978-9968-591-38-6

1. Derecho internacional. 2. Tribunales internacionales. 3. Controversias internacionales. 4. Administración de justicia. I. Ulate Chacón, Enrique Napoleón, Comp. II. Salazar Rodríguez, Luis Alonso, comp. III. Título.

Consejo Editorial

Dr. Andrés Montejo Morales
Lic. Frank Álvarez Hernández
Lic. Hernán Esquivel Salas
Dr. Javier Llobet Rodríguez
Dr. Minor E. Salas Solís
Dr. Rafael González Ballar
Dr. Román Solís Zelaya

EDITORIAL
ISOLMA S.A.
jowasoma@gmail.com

Diseño y Diagramación
WALTER SOLANO MARÍN
CHRISTIAN LÓPEZ DELGADO

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	VII
TRIBUNALES INTERNACIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS	1
<i>CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE LA TUTELA CAUTELAR POR ISLA CALERO (José Álvaro López Camacho)</i>	3
<i>COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS BÁSICOS PARA ENFRENTAR CASOS POLÍTICO ELECTORALES (Arlette Bolaños Barquero)</i>	51
<i>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD (Diana Montero Montero)</i>	89
TRIBUNALES COMUNITARIOS Y REGIONALES	131
<i>COMENTARIOS SOBRE EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR Y LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR (José Roberto Garita Navarro)</i>	133
<i>UNA VISIÓN CONJUNTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE MERCOSUR (M. Belén Olmos Giupponi)</i>	181
<i>TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CARIBE (Manuel Hernández Casanova)</i>	205
<i>TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Alonso Salazar)</i>	243
<i>TRIBUNAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA (Ronald Hidalgo Cuadra)</i>	273
<i>EL SISTEMA JURISDICCIONAL CENTROAMERICANO (Enrique Napoleón Ulate Chacón)</i>	299

**EL PRIMER FALLO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
(PROSECUTOR V. LUBANGA): UN ANÁLISIS INTEGRAL DE LAS
CUESTIONES JURÍDICAS**

Kai Ambos*

Catedrático de la Universidad Georg-August de Gotinga y Juez de la
Corte de Distrito (Landgericht) en Gotinga, Alemania

Resumen

El 14 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia I (en adelante "la Sala") de la Corte Penal Internacional ("CPI" o "la Corte") dictó el muy ansiado primer fallo de la Corte ("el fallo"); el 10 de julio Lubanga fue condenado a 14 años de prisión. Este comentario se enfoca exclusivamente en las cuestiones jurídicas que fueron abordadas en el fallo pero pretende hacerlo de manera integral. Los siguientes cinco temas, junto con sus respectivas cuestiones jurídicas, serán abordados críticamente: la definición y participación de las víctimas; la presentación y valoración de las pruebas; la índole del conflicto armado; el crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años (artículo 8(2)(e)(vii) del Estatuto de la CPI); y por último, si bien no menos importante, la coautoría como modo de responsabilidad, incluyendo el elemento subjetivo (artículos 25, 30). A pesar de que este artículo sigue el orden del fallo para la conveniencia del lector y para mejor capturar la secuencia argumentativa del mismo, la extensión y profundidad del

* Nota del autor: Catedrático de la Universidad Georg-August de Gotinga y Juez de la Corte de Distrito (Landgericht) en Gotinga, Alemania.

La redacción y publicación oportuna de este artículo no hubiera sido posible sin los borradores preparados por la Dra. Stefanie Bock (sección 1) y Alexander Heinze (sección 2), ambos profesores adjuntos e investigadores principales en el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga. También agradezco a Sabine Klein, profesional en ejercicio y estudiante de doctorado del Instituto, por sus observaciones respecto de la sección 4 y a los estudiantes de derecho Stephanie Kern, Tanja Anina Timmermann y Franziska Wolf por su valiosa investigación y asistencia técnica. Finalmente, agradezco a Ximena Soley por la traducción del inglés al español (revisión del autor) y a los revisores anónimos de InDret por sus comentarios.

análisis que se haga de cada uno de los temas, así como de sus respectivas cuestiones jurídicas, dependerán de su importancia para la jurisprudencia futura de la Corte al igual que del convencimiento que genere el tratamiento que la Sala misma haga del asunto. Este artículo concluye con algunas observaciones generales sobre aspectos de redacción, presentación y sobre la citación de referencias.

Abstract

On 14 March Trial Chamber I (hereinafter 'the Chamber') of the International Criminal Court ('ICC' or 'the Court') delivered the long awaited first judgment of the Court ('the judgment'). This comment focuses exclusively on the legal issues dealt with in the judgment but pretends to do this comprehensively. It critically analyses the following five subject matters with the respective legal issues: definition and participation of victims; presentation and evaluation of evidence; nature of the armed conflict; war crime of recruitment and use of children under fifteen years (Article 8 (2)(e)(vii) ICC Statute); and, last but not least, co-perpetration as the relevant mode of responsibility, including the mental element (Article 25, 30). While this paper follows the order of the judgment for the reader's convenience and to better represent the judgment's argumentative sequence, the length and depth of the inquiry into each subject matter and the respective issues depend on their importance for the future case law of the Court and the persuasiveness of the Chamber's own treatment of the issue. The paper concludes with some general remarks on aspects of drafting, presentation and referencing.

Zusammenfassung

Am 14. März erließ die Verfahrenskammer I des Internationalen Strafgerichtshofs das lange erwartete erste Urteil des Gerichtshofs. Der folgende Aufsatz unterzieht die aufgeworfenen Rechtsfragen einer kritischen Analyse. Es handelt sich um fünf Problemkreise: Begriffsbestimmung und Beteiligung von Opfern; Beweisfragen, insbesondere die Beweiserhebung und die Beweiswürdigung; die Art des bewaffneten Konflikts; das Kriegsverbrechen der Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen oder ihre Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten (Art. 8 Abs. 2 (e) (vii) IStGH Statut); sowie die Beteiligungsform der Mittäterschaft in objektiver und subjektiver Hinsicht und das zugrundeliegende Beteiligungsmodell von Art. 25. Um die Argumentationsweise der Kammer besser nachvollziehen zu können, orientiert sich

dieser Beitrag an der Urteilsstruktur; Umfang bzw. Tiefgang der Analyse richten sich aber nach der Bedeutung der betreffenden Rechtsfrage für zukünftige Verfahren vor dem IStGH und der Überzeugungskraft des von der Kammer gewählten Lösungsansatzes. Der Aufsatz schließt mit allgemeinen Anmerkungen zur Urteils- und Argumentationsstruktur sowie zur Arbeitsmethode der Kammer.

Title: The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues
Titel: Das erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (*Prosecutor v. Lubanga*): eine kritische Analyse der Rechtsfragen

Palabras clave: Lubanga; víctimas; pruebas; conflicto armado; niños soldados; responsabilidad penal individual

Keywords: Lubanga; victims; evidence; armed conflict; child soldiers; individual criminal responsibility

Stichwörter: Lubanga; Opfer; Beweisrecht; bewaffneter Konflikt; Kindersoldaten; individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit

Sumario: 1. Víctimas: definición, participación y las víctimas-testigos. 1.1. Definición de víctimas. 1.2. Modalidades de participación de las víctimas. a) Representación legal. b) Acceso a los escritos. c) Presentación de pruebas. d) Solicitudes escritas adicionales. 1.3. Víctimas anónimas. 2. Presentación y valoración de las pruebas. 2.1. El rol de una sala de juicios. 2.2. Divulgación, confidencialidad y protección de las víctimas. a) Confidencialidad y protección de testigos. b) Sanciones por faltar al deber de divulgación. 3. Naturaleza del conflicto armado. 4. El crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años (artículo 8(2)(e)(vii)). 4.1. "Alistar" vs. "reclutar" y el problema del consentimiento. 4.2. La utilización de niños "para participar activamente en las hostilidades". 5. Forma de intervención (coautoría), incluyendo el elemento subjetivo (artículos 25 y 30). 5.1. Requisitos objetivos de la coautoría, dominio del hecho y el sistema del artículo 25(3). 5.2. El requisito subjetivo. 6. Comentarios finales

1. Víctimas: definición, participación y las víctimas-testigos

El trato tan generoso que las víctimas disfrutaban en virtud del Estatuto de Roma, de conformidad con el cual se les permite participar activamente en el proceso (artículo 68(3))¹ lo cual conlleva su reconocimiento como sujetos de derecho y personas jurídicas por derecho propio, no deja de ser controversial. La posible participación de miles de víctimas intensifica la complejidad del proceso, provoca demoras y hace surgir la duda de si los procesos penales (internacionales) son un foro apropiado para este otorgamiento de facultades o si más bien los costos asociados con el mismo son demasiado altos.² Además, la participación de la víctima en el proceso penal siempre entra en conflicto con el derecho del acusado a un juicio justo y expedito.³ Al menos el Estatuto de la CPI no ignora este problema ya que expresamente exige que la participación de la víctima no “redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos” (artículo 68(3)). Por ende, las Salas siempre tienen que lograr un equilibrio entre los derechos de la defensa y los intereses de las víctimas.⁴

1.1. Definición de víctimas

La participación de las víctimas tiene como base la definición de aquellas personas que deberían ser calificadas como tales. La Sala define a las víctimas de manera amplia y haciendo referencia al *soft law*⁵ como “toda persona que haya sufrido

¹ Cuando se mencione una disposición y no se indique su referencia, provienen del Rome Statute of the International Criminal Court, 17 de julio de 1998 (A/CONF.183/9) (disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm> (última visita: 21 de mayo de 2012)(en adelante Estatuto de Roma o de la CPI).

² Véase el comentario, bordeando en la herejía pero absolutamente apropiado de la magistrada van den Wyngaert en la “Concluding Conference” del “International Criminal Procedure Expert Framework”, La Haya, 27-28 de octubre de 2011; véase también van den Wyngaert, Case Western Reserve J. of Int.L. 44 (2011), 1 (13 ff.); SAFFERLING, «The Role of the Victim in the Criminal Process - A Paradigm Shift in National German and International Law?», *Int.Cr.L.Rev.*, 11, 2011, p. 215 (refiriéndose a los mecanismos alternativos de justicia de transición).

³ Véase únicamente SAFFERLING, *Int.Cr.L.Rev.*, 2011, p. 213.

⁴ Compárese con BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 464-5.

⁵ Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, as adopted and proclaimed by the General Assembly, 16 de diciembre de 2005, Resolution A/Res/60/147. (“someone who experienced personal harm, individually or collectively with others,

daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales”.⁶ Consecuentemente, la Sala no solo considera a los niños soldados que fueron reclutados como víctimas de los presuntos crímenes,⁷ sino también a sus padres o parientes⁸ (pero no así a las víctimas de los niños soldados).⁹ Si bien la inclusión de estas víctimas *indirectas* amplía el posible número de víctimas de manera significativa, y así también el número de participantes en el proceso, este es, en principio, el enfoque adecuado teniendo en cuenta el enorme impacto colateral que los crímenes internacionales tienen en los terceros y el inmenso sufrimiento emocional y psicológico que a menudo padecen.¹⁰ No obstante, un enfoque tan amplio requiere, claramente, de una estrategia integral con miras a limitar el número de víctimas-indirectas-participantes de una manera razonable para no perturbar o prolongar indefinidamente el proceso.¹¹ Desafortunadamente, la Sala no ha hecho ningún esfuerzo por desarrollar una estrategia de este tipo.

De conformidad con la regla 85 de las Reglas de procedimiento y prueba (en adelante “RPP”)¹² - las cuales deberían haber sido aplicadas con prioridad a cualquier *soft law*, ya que son fuente primaria del derecho aplicable por la CPI (artículo 21(1)), - las personas que hayan presentado una solicitud para participar en calidad de víctimas

directly or indirectly, in a variety of different ways such as physical or mental injury, emotional suffering or economic loss”).

⁶ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, de 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), para. 14 ii) (en adelante “Judgment”).

⁷ El mero hecho de que los niños soldados quizás también cometieron crímenes de guerra no es razón suficiente para denegarles la condición de víctima, véase BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 447-8.

⁸ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 17.

⁹ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted version of “Decision on ‘indirect victims’*, de 8 de abril de 2009 (ICC-01/04-01/06-1813), para. 52.

¹⁰ Véase en más detalle BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 158-64 para más referencias.

¹¹ Compárese con, por ejemplo, el enfoque de BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 446-7 quien aboga por tomar en cuenta la relación personal entre el solicitante y la víctima indirecta así como la magnitud del daño (emocional o psicológico) sufrido por la víctima indirecta.

¹² ICC, Rules of Procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3, Parte.II-A). (disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rules+of+Procedure+and+Evidence.htm>) (última visita: 21 de mayo de 2012)(en adelante “RPP”).

deben haber sufrido un daño como consecuencia de la comisión de los crímenes imputados, es decir, debe haber *causalidad* entre los crímenes que se imputan y los resultados dañosos. Consecuentemente, la estrategia del Fiscal, enfocada en el reclutamiento y utilización de niños soldados, y su decisión de no perseguir los crímenes sexuales,¹³ conllevó la exclusión de un gran número de víctimas de los crímenes que no fueron incluidos en la acusación.¹⁴ Este es un buen ejemplo de los efectos, quizás no deseados, de las facultades discrecionales del Fiscal.¹⁵

En concreto, cuando la Sala considera una solicitud de participación,¹⁶ esta examina, *prima facie*, si el solicitante puede ser calificado como víctima de conformidad con la regla 85 RPP.¹⁷ Este estándar probatorio menos exigente - en comparación con el estándar que exige un convencimiento "más allá de toda duda razonable" - se debe a que en esa etapa del proceso todavía no es claro si los presuntos crímenes han sido cometidos por el acusado.¹⁸ Sin embargo, en el momento en que la Sala se dé cuenta de que su evaluación *prima facie* es incorrecta, retira el derecho de los solicitantes a participar.¹⁹

Este procedimiento logra un balance adecuado entre una limitación indebida a la participación de las víctimas y los intereses de la defensa de no verse confrontada por "falsas" víctimas. No obstante, la aplicación práctica de este enfoque es cuestionable. Tal y como lo apuntó la magistrada Odio Benito en su opinión disidente, las

¹³ ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Prosecutor's Information on Further Investigations*, de 28 de junio de 2006 (ICC-01/04-01/06-170), para. 7. Sobre la no-imputación de crímenes sexuales véase *infra* nota 156.

¹⁴ *Judgment, supra* nota 6, para. 16.

¹⁵ Para un análisis crítico véase AMBOS/BOCK, «Procedural Regimes», en REYDAMS ET AL. (eds.), *International Prosecutors* (de próxima aparición 2012), p. 538.

¹⁶ Véase en más detalle sobre el complicado proceso de solicitud, BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 466-95; MCGONIGLE LEYH, *Procedural Justice? - Victim Participation in International Criminal Proceedings*, 2011, pp. 240-57.

¹⁷ *Judgment, supra* nota 6, para. 15.

¹⁸ Cómparese con ICC-P.-T.Ch. I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Decision on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, de 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101), paras. 97-8; en más detalle sobre el estándar probatorio y la carga de la prueba en los procesos de solicitud BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 444-6.

¹⁹ *Judgment, supra* nota 6, paras. 484 y 502.

inconsistencias en los testimonios de las víctimas-testigos²⁰ que condujeron a que la mayoría de la Sala las excluyera del proceso, no necesariamente significa que estas hayan mentado sobre su victimización. Después de la audiencia en cuestión, la duda surgió, únicamente en cuanto al hecho de si efectivamente habían sido víctimas de los crímenes imputados.²¹ En casos como estos, la Sala debería abstenerse de retirar la calidad de víctima ya que esto podría causar sufrimiento psicológico innecesario y conducir a una traumatización secundaria. Para los propósitos de la defensa y de la justicia, normalmente basta con excluir estos testimonios para efectos de la determinación de la responsabilidad penal del acusado.²²

1.2. Modalidades de participación de las víctimas

Los derechos procesales de las víctimas no se encuentran expresamente establecidos en ninguna parte; el artículo 68(3) deja a discreción de la Sala la determinación de las modalidades de participación de las víctimas.²³ Algunas consideraciones importantes de la Sala ameritan un análisis más detallado.

a) Representación legal

Según la regla 90(1) RPP, las víctimas tienen el derecho de elegir a un representante legal. La Sala dividió a las 129 víctimas participantes en dos grupos, cada uno de los cuales fue representado por un representante legal común.²⁴ Mientras que esta manera de actuar parece ser razonable para procurar un proceso justo y expedito,

²⁰ La condición dual (de víctima y testigo) siempre ha sido controversial, véase para una discusión BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 551-2; MCGONIGLE LEYH, *Procedural Justice? - Victim Participation in International Criminal Proceedings*, 2011, pp. 312-14.

²¹ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, de 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), paras. 22-35 (anexada al fallo) (en adelante "Odio Benito Dissent").

²² *Ibid.*, para. 23.

²³ ICC-T.Ch. II, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, de 22 de enero de 2010 (ICC-01/04-01/07-2288), para. 46; véase también BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, p. 442 para más referencias.

²⁴ *Judgment, supra* nota 6, paras. 14 ix), 20; compárese con el análisis de la jurisprudencia pertinente de MCGONIGLE LEYH, *Procedural Justice? - Victim Participation in International Criminal Proceedings*, 2011, pp. 326-9.

no se debe perder de vista que las víctimas son personas con intereses distintos que deberían ser tomados en cuenta cuando se les asigna a un grupo determinado.²⁵ Además, la Sala autorizó a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas (en adelante "OPDV")²⁶ para que representara a cuatro víctimas más.²⁷ Aunque este supuesto esté expresamente previsto en la norma 80(2) del Reglamento de la Corte, es discutible si conviene recurrir a esta disposición. La tarea principal de la OPDV es prestar apoyo y asistencia a los representantes legales de las víctimas y a las víctimas mismas (norma 81). En vista de los recursos tan limitados que tiene, la participación directa de la OPDV como parte en el proceso podría reducir sustancialmente su capacidad para ejercer adecuadamente la función de apoyo a las víctimas que le corresponde.²⁸

b) Acceso a los escritos

La Sala confirmó que las víctimas tienen el derecho de tener acceso al expediente (regla 131(2) RPP) pero restringe este derecho, en principio, a los escritos públicos.²⁹ Aunque esta manera de proceder es comprensible en aras de salvaguardar la información de carácter restringida, no toma en cuenta que las víctimas tienen un interés personal en el resultado del proceso, es decir, no deben ser comparadas con el público para quien, en principio, el resultado es indiferente.³⁰ Esta diferencia ha sido reconocida por la Sala misma cuando le otorgó a las víctimas el derecho de recibir "aquellos escritos de carácter confidencial que les conciernan (según la determinación de las partes), en la medida en que esto no vulnere las medidas de protección que hubiesen sido adoptadas".³¹ El problema con este enfoque es que deja la decisión respecto de qué le concierne a las víctimas en las manos de las partes, pero es cuestionable que éstas siempre sean capaces de evaluar los intereses de las víctimas. Un enfoque alternativo que salvaguarda la legitimación procesal de las víctimas, sería

²⁵ BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 497-8.

²⁶ En más detalle sobre el rol de la OPDV MASSIDA/PELLET, «Role and Mandate of the Office of Public Counsel for Victims», en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 690; BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 501-4.

²⁷ *Judgment*, supra nota 6, para. 20.

²⁸ BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 502-3.

²⁹ *Judgment*, supra nota 6, para. 14 vi).

³⁰ BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, p. 525.

³¹ *Judgment*, supra nota 6, para. 14 vi). ("those confidential filings which concern them (as identified by the parties), insofar as this does not breach any protective measures that are in place").

otorgarles acceso general a los escritos de carácter confidencial (incluyendo aquellos que sean *ex parte*³² o bien proveerlas con una versión completa no-expurgada del expediente lo cual les permitiría identificar ellas mismas los escritos de su incumbencia.³³

c) Presentación de pruebas

La Sala también le ha otorgado a las víctimas el derecho de solicitarle que ordene la presentación de pruebas adicionales así como el derecho de presentar pruebas.³⁴ De esta manera, la Sala reconoce implícitamente que las víctimas tienen un interés personal en establecer la verdad de su victimización.³⁵ En cuanto a este aspecto, es loable que la Sala haya hecho énfasis en el deber que le incumbe de garantizar que la participación activa de las víctimas no redunde en detrimento de los derechos del acusado.

Por otro lado, es algo desconcertante que la Sala haya afirmado que las víctimas deban cumplir "con sus deberes de divulgación".³⁶ Ni el Estatuto de la CPI ni las RPP le imponen ninguna obligación de divulgación a las víctimas. Por el contrario, si las víctimas desean presentar pruebas, es el deber de la Sala tomar todas las medidas

³² ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, de 13 de mayo de 2008 (ICC-01/04-01/07-474), paras. 105-12; compárese también con BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 525-7, 536-7.

³³ BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 512-3.

³⁴ *Judgment*, supra nota 6, para. 14 vii).

³⁵ Véase en más detalle sobre el criterio de interés personal ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, 2008, paras. 30-44; BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 448-52; VASILIEV, «Article 68 (3) and personal interests of victims in the emerging practice of the ICC», en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 635. En relación con el enfoque más restrictivo de la Fiscalía véase ICC-OTP, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Prosecution's Document in Support of Appeal against Trial Chamber I's 18 January 2008 Decision on Victims' Participation*, de 10 de marzo de 2008 (ICC-01/04-01/06-1219), paras. 20-1.

³⁶ *Judgment*, supra nota 6, para. 14 vii). ("with their disclosure obligations").

necesarias para salvaguardar los derechos del acusado³⁷ y en particular, para asegurarse de que las partes reciban las pruebas relevantes con suficiente antelación para poder prepararse para el juicio.³⁸

d) Solicitudes escritas adicionales

La Sala ha decidido sobre la procedencia de intervenciones concretas por parte de las víctimas basándose en "solicitudes escritas adicionales" en las cuales las víctimas que deseen participar deben "establecer...la índole y el detalle de la intervención propuesta".³⁹ Así, además de tener que cumplir con el procedimiento de solicitud general para ser admitidos como participantes (regla 89 RPP), se les impone el requisito de una segunda solicitud respecto de cada intervención individual. Esto parece ser superfluo e impone "una carga muy alta a las víctimas".⁴⁰ Además, este procedimiento de solicitud doble ignora la dinámica del proceso que en ocasión requiere de intervención inmediata. Asimismo y lo que es más importante, complica y alarga el juicio. Esto es particularmente cierto ya que tanto la fiscalía como la defensa tienen el derecho de presentar una respuesta a la solicitud (compárese con la norma 24(1) del Reglamento de la Corte). Sería mejor para todas las partes, y para los participantes, si la Sala decidiera sobre cualquier desacuerdo en cuanto a la amplitud y pertinencia de la participación de la víctima inmediatamente después de una breve discusión oral – si esto fuera apropiado para el caso en concreto.⁴¹

³⁷ ICC-A.Ch., *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on Victim's Participation of 18 January 2008*, de 11 de julio de 2008 (ICC-01/04-01/06-1432), para. 100.

³⁸ ICC-T.Ch. II, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, 2008, para. 107; compárese con BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 540-1 para más referencias.

³⁹ *Judgment, supra nota 6*, para. 14 v). ("discrete written application") ("set out ... the nature and the detail of the proposed intervention").

⁴⁰ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Victims' Participation, Separate and Dissenting Opinion of Judge René Blattmann*, de 18 de enero de 2008 (ICC-01/04-01/06-1119), para. 22. ("too high a burden on victims").

⁴¹ BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 542-3, 533-4.

1.3. Víctimas anónimas

Muchas víctimas temen represalias si su cooperación con la CPI se hiciera pública. Por esto no es sorprendente que la mayoría de ellas no quieran que su identidad sea divulgada a la defensa. En el caso *Lubanga*, 106 de 129 víctimas pidieron permanecer en el anonimato. La Sala acogió esta solicitud pero limitó los derechos de participación de las víctimas anónimas.⁴² Esta es una solución convincente. Por un lado, la lógica detrás del artículo 68(3) se vería seriamente comprometida si las víctimas estuvieran en la obligación de decidir entre su seguridad personal y sus derechos de participación. Por el otro, la defensa tiene el derecho de no ser confrontada con acusadores anónimos y mucho menos de tener que lidiar con un número indeterminado de ellos. Un derecho efectivo de defensa requiere que se divulgue la identidad de los participantes si estos quieren presentar pruebas.⁴³ En conclusión, el abordaje de esta cuestión por parte de la Sala es un buen ejemplo de como lograr un equilibrio adecuado entre los derechos de la defensa y los intereses de las víctimas.

2. Presentación y valoración de las pruebas

De las muchas cuestiones procesales que surgieron durante el proceso *Lubanga* que han recibido atención por parte de la academia,⁴⁴ dos de ellas merecen un análisis

⁴² *Judgment, supra nota 6*, paras. 14 xi), 18.

⁴³ En más detalle y con más referencias BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 523-4, 536.

⁴⁴ Véase, por ejemplo AMBOS, «Confidential Investigations (Art. 54(3)(e) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations», *New Criminal Law Review*, 12, 2009, p. 543; GALLMETZER, «The Trial Chamber's Discretionary Power to Devise the Proceedings Before it and its Exercise in the Trial of Thomas Lubanga Dyilo», en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 501-24; WHITING, «Lead Evidence and Discovery Before the International Criminal Court: The Lubanga Case», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14, 2009, p. 207 y siguientes; CIAMPI, «The International Criminal Court», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 5, 2006, p. 325 y siguientes.; ANOUSHIRVANI, «The Future of the International Criminal Court: The Long Road to Legitimacy Begins with the Trial of Thomas Lubanga Dyilo», *Pace International Law Rev.*, 22, 2010, p. 213 y siguientes; KATZMAN, «The Non-Disclosure of Confidential Exculpatory Evidence and the Lubanga Proceedings: How the ICC Defense System Affects the Accused's Right to a Fair Trial», *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8, 2009, p. 77 y siguientes; SCHABAS/STAHN, «Introductory Note: Legal Aspects of the Lubanga Case», *Criminal Law Forum*, 19, 2008, pp. 431-4.

más detallado, a saber, el rol de una sala de juicios particularmente en lo respectivo a los asuntos probatorios y al problema de divulgación y confidencialidad.

2.1. El rol de una sala de juicios

El fallo muestra las divergencias tan grandes que puede haber en la interpretación del rol de una sala de juicios. La Sala indica que las partes y los participantes son los "responsables de identificar" las pruebas pertinentes,⁴⁵ pero se reserva el derecho de intervenir cuando lo considere necesario.⁴⁶ Aunque este enfoque es legítimo a la luz del Estatuto y de las RPP,⁴⁷ esto podría no ser completamente adecuado desde un punto de vista práctico debido a la complejidad y duración de los juicios penales internacionales.⁴⁸ La división clásica que proviene del proceso de partes adversarial en donde se enfrenta el caso de la fiscalía al caso de la defensa⁴⁹ a veces pareciera que requiere demasiado tiempo. Las experiencias acumuladas hasta el momento indican que los jueces de los tribunales penales internacionales, a pesar de contar con un proceso que es, a grandes rasgos, de naturaleza adversarial, deberían tomar un rol más activo de dirección del proceso, más al estilo del derecho continental o civil.⁵⁰ Esto, sin

⁴⁵ *Judgment*, supra nota 6, para. 95 ("responsible for identifying"); véase también para. 96 (citando una decisión de 12 de abril de 2011: "For the documents that have been admitted into evidence without having been introduced during the examination of a witness (viz. the bar table documents) ("... the parties and participants are to identify the documents, or parts thereof, that are relied on, and to provide a sufficient explanation of relevance.")).

⁴⁶ Véase Audiencia de 1º de abril citada en *Judgment*, supra nota 6, para. 95 ("Now, it may be that the Bench will consider some of the evidence that you have not identified. That, of course, is a matter entirely for us if we choose to do so.")).

⁴⁷ Véase, por ejemplo Art. 64(6)(b), (d), (8)(b), y (9)(a); Reglas 140, 141 RPP.

⁴⁸ BOAS, *The Milošević Trial: Lessons for the Conduct of Complex International Proceedings*, 2007, p. 131 y siguientes. Vale la pena recordar que la Sala necesitó casi un año para preparar el comienzo del juicio (compárese con ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial*, de 9 de noviembre de 2007 (ICC-01/04-01/06-1019), para. 29 en donde se fija la fecha de inicio del juicio para el 31 de marzo de 2008).

⁴⁹ Compárese con AMBOS, «International Criminal Procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed?», *Int.Cr.L.Rev.*, 3, 2003, p. 4.

⁵⁰ Véase LANGER, «The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law», *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, pp. 835, 840; OHLIN, «A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14, 2009, p. 80; HEINSCH, «How to Achieve Fair and Expeditious Trial Proceedings before the ICC: Is it Time for a More Judge-Dominated Approach?», en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 479, 487.

embargo, no significa que la duración excesiva del juicio siempre se deba a la interpretación de árbitros pasivos que los magistrados le hayan dado a su rol. En el proceso *Lubanga*, el (ex) magistrado francés Claude Jorda, por ejemplo, ejerció sus facultades de manera amplia. En una audiencia ante la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante "SCP") I, que se llevó a cabo el 27 de noviembre de 2006, aludió a la función de búsqueda de la verdad de su SCP y al "objetivo de esta audiencia de confirmación de cargos (...) de suplir el debate adversarial entre las partes."⁵¹ Pese a que esto le pueda sonar extraño a los jueces de países del *common law*,⁵² es de notar que ellos también han reconocido la necesidad de tomar un rol más activo. Así, el magistrado Fulford, sin rodeos, se refiere "a la facultad que el Estatuto le otorga a la Sala para ordenar la presentación de cualesquiera pruebas sean necesarias para establecer la verdad..."⁵³ Por otra parte, con la celeridad en mente, solicita que los escritos sean breves.⁵⁴ Hay que reconocer que los jueces ingleses son de los más activos de los sistemas de *common law*, en cualquier caso, disponen de muchísimas más facultades para dirigir el proceso en comparación con - por ejemplo - un juez estadounidense.⁵⁵

En cualquier caso, a pesar de que tanto la estructura general del proceso y - aún más importante - el rol de los participantes en el proceso penal de Inglaterra y Gales se basa, en principio, en un juez más bien pasivo (en comparación con el juez del derecho

⁵¹ ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript*, de 27 de noviembre de 2006 (ICC-01/04-01/06-T-45-EN), p. 19 líneas 7-10 ("the objective of this confirmation hearing (...) to supplement the adversarial debate between the parties") (Comento que el magistrado Jorda planteó este asunto en su idioma materno que es el francés).

⁵² SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4ta. ed., 2011, p. 313.

⁵³ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the admissibility of four documents*, de 13 de junio 2008 (ICC-01/04-01/06-1399-Corr), (corrigendum de 20 de enero de 2011), para. 24 (también citada en el fallo *Judgment*, supra nota 6, para. 107) ("statutory authority to request any evidence that is necessary to determine the truth...").

⁵⁴ En la conferencia "The ICC's Emerging Practice: The Court at Five Years", La Haya, de 4 de octubre de 2007 (en donde Fulford formó parte del Panel 4 sobre "Fairness and expeditiousness of ICC proceedings"). Véase también HEINSCH, en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 481.

⁵⁵ VAN KESSEL, «Adversary Accesses in the American Criminal Trial», *Notre Dame Law Rev.*, 67, 1992, p. 403; SPENCER, «Introduction», en DELMAS-MARTY (ed.), *European Criminal Procedure*, 2002, pp. 1, 26; DORAN, «The Necessarily Expanding Role of the Criminal Trial Judge», en DORAN/JACKSON (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings*, 2000, pp. 3, 6.

continental o civil),⁵⁶ la estructura general del proceso ante la CPI, tomando también en cuenta el rol de los participantes, presupone un juez más activo. A pesar de lo anterior, el fallo no parece tomar este rol activo muy seriamente; más bien lo considera como una potestad que solo invoca en situaciones excepcionales, como lo demuestra su posición respecto del recabo de la prueba que se menciona anteriormente.⁵⁷ El hecho de que una perspectiva diferente - una que se incline por un deber activo de establecer la verdad en lugar de una que se limite a un derecho pasivo de intervención - podría en efecto influenciar el resultado del juicio, queda patente si se hace una lectura de la opinión disidente de la magistrada Odio Benito. Ella critica el que la Sala no haya tomado en cuenta cierto vídeo-metraje (adicional) que hubiera mostrado "que el acusado estaba involucrado en los eventos que resultaron...en el reclutamiento de niños menores de 15 años...".⁵⁸ Señala, además, que estas secuencias de los vídeos "demuestran que el acusado consideraba apropiado incluir a niños menores de 15 años cuando hablaba públicamente sobre los asuntos de incumbencia de la *Union des Patriotes Congolais* (en adelante "UPC"), incluyendo el reclutamiento."⁵⁹ Todo esto pareciera ser irrelevante a primera vista dado que la Sala igualmente quedó convencida de que Lubanga participaba "activamente en las campañas de movilización y reclutamiento que tenían como fin persuadir a las familias Hema a que enviaran a sus hijos a afiliarse a la *UPC/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (en adelante "FPLC").⁶⁰ La Sala también se basa en algunas secuencias de vídeo que fueron mencionadas por Odio Benito.⁶¹ Sin embargo, la diferencia está en el detalle: mientras que las pruebas de la Sala únicamente muestran que Lubanga estaba utilizando niños menores de 15 años o que de alguna manera estaba involucrado en su reclutamiento y movilización, no muestran que él mismo hubiera activamente reclutado o movilizó

⁵⁶ Compárese con SPENCER, en DELMAS-MARTY (ed.), *European Criminal Procedure*, 2002, pp. 25-26; PAKES, *Comparative Criminal Justice*, 2da. ed., 2010, p. 92; MERRYMAN/PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, 3era. ed., 2007, p. 128; HODGSON, *French Criminal Justice*, 2005, p. 72.

⁵⁷ Véase *supra* nota 45.

⁵⁸ *Odio Benito Dissent*, *supra* nota 21, para. 43. ("the accused was involved, in activities that resulted ... in the recruitment of children below the age of 15...").

⁵⁹ *Ibid.*, para. 41. ("demonstrates that the accused considered it appropriate to include children under the age of 15 when he spoke publicly about issues concerning the UPC, including recruitment...").

⁶⁰ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 1354. ("active in mobilisation and recruitment campaigns aimed at persuading Hema families to send their children to join the UPC/FPLC").

⁶¹ Véase *ibid.*, paras. 713, 1255-6.

niños.⁶² El meollo del argumento de Odio Benito es que esto hubiera podido ser inferido del vídeo-metraje que no fue admitido al acervo probatorio.⁶³ De esta manera, la prueba adicional hubiera revelado, por lo menos, más sobre la verdad de lo ocurrido.

2.2. Divulgación, confidencialidad y protección de las víctimas

En relación a la serie interminable de violaciones al *deber de divulgación* en el caso *Lubanga*, los magistrados se refirieron a dos tipos de violación: la divulgación incompleta y la divulgación tardía.⁶⁴ La divulgación incompleta se refiere esencialmente a las restricciones a la divulgación consagradas en el artículo 54(3)(e),⁶⁵ las cuales he analizado anteriormente.⁶⁶ La divulgación tardía fue abordada en otras ocasiones, por ejemplo, luego de la divulgación de documentos que eran pertinentes para interrogar a un testigo después de que este hubiera rendido testimonio.⁶⁷ Otro tipo (un tercero) de violación al deber de divulgación, que fue analizado en detalle en el fallo, es la divulgación de la identidad de ciertos intermediarios.⁶⁸ El fallo nos presenta una buena oportunidad para mirar más de cerca dos problemas generales del régimen

⁶² *Ibid.*, para. 1234 (A pesar de que la Sala estaba "persuaded" de que "Lubanga was actively involved in the exercise of finding recruits" esta "cannot determine...whether he was directly and personally involved in recruitment relating to individual children...").

⁶³ Sin embargo y lamentablemente, Odio Benito no explica claramente la diferencia que el vídeo-metraje adicional hubiera hecho en comparación con la determinación de hechos de la Sala.

⁶⁴ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 121.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ AMBOS, *New Criminal Law Review*, 2009, pp. 548-9.

⁶⁷ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 122.

⁶⁸ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 178-477. La Sala, correctamente, usa el término "non-disclosure" en lugar de "incomplete disclosure" (véase ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Annex A Decision on intermediaries*, de 31 de mayo de 2010 (ICC-01/04-01/06-2434-AnxA-Red2). La divulgación de la identidad de una víctima o de un informante conforma una categoría de propio derecho, que debe ser diferenciada de la divulgación de material exculpatório (véase Regla 81(4) RPP; compárese con KHAN/DIXON, *Archbold International Criminal Courts*, 3era. ed., 2009), § 7 nota marginal ("nm.") (338, 369, § 8 nm. 240). Mientras que no revelar la identidad de ciertas personas equivale a no divulgarla del todo, el material exculpatório puede, como ocurrió *in casu*, ser divulgado en parte, y la otra parte ser mantenida confidencial. En este caso es más apropiado hablar de "divulgación incompleta" (véase en cuanto a material exculpatório EPP, *Building on the Decade of Disclosure in Criminal Procedure*, 2001, p. 78). Por otra parte, es desconcertante que la cuestión de los intermediarios haya ocupado casi 300 (!) párrafos mientras que la no-divulgación de conformidad con el artículo 54(3) es analizada en dos párrafos, que a su vez también incluyen la historia del caso.

de divulgación de la CPI y de su práctica, problemas que suelen ser ignorados en razón de las más específicas violaciones al deber de divulgación: por un lado, la justificación de la no-divulgación debida a razones de confidencialidad o de protección de las víctimas y testigos así como, por el otro lado, la falta de sanciones efectivas en casos de no-divulgación.

a) Confidencialidad y protección de testigos

Respecto a la confidencialidad, la Sala se enfrentó con la difícil tarea de lograr un equilibrio adecuado entre los derechos de la defensa y aquellos de los testigos y víctimas, tanto en relación a (*inter alia*) las víctimas anónimas,⁶⁹ como en cuanto a una nueva causal de inadmisibilidad de la prueba si una parte no informa a los posibles testigos de sus intenciones de basarse en sus declaraciones,⁷⁰ o bien respecto de las medidas de protección para los testigos cuando se tema por su seguridad.⁷¹ La mayor parte de las cuestiones relacionadas con la confidencialidad surgieron debido a preocupaciones por la seguridad de los testigos o en el marco del artículo 54(3)(e) en donde los proveedores de información invocaron las seguridades que les habían sido extendidas.⁷² En las palabras de la Sala, "la información confidencial ha sido incluida en la mayor medida posible en este fallo y al mismo tiempo se ha intentado evitar crear problemas de seguridad, así en algunas ocasiones hemos citado los escritos de las partes y no de las transcripciones de las audiencias."⁷³ Las expurgaciones "fueron revisadas por la Sala y algunas fueron retiradas" hasta que no fuera posible divulgar más "bajo las circunstancias actuales".⁷⁴ Esta manera de proceder es conforme con la

⁶⁹ Véase el análisis que se hace *supra* en la sección 1.3. Víctimas anónimas.

⁷⁰ Véase AMBOS, «Commentary [on the Lubanga Confirmation Decision]», en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005-2007*, 2010, p. 736 (también publicado en KOTSALIS/COURAKIS/MYLONOPOULOS (eds.), *Essays in honour of Argyrios Karras*, 2010, p. 979; la primera versión es la que cito aquí).

⁷¹ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 115.

⁷² Véase en general CAIANIELLO, «Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?», *Int. Cr.L.Rev.*, 10, 2010, pp. 10 23, 31 y siguientes.

⁷³ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 116 ("confidential information has been included to the greatest extent possible in this Judgment, whilst avoiding creating any security risks, and in some instances it has been necessary to cite the parties' submissions rather than the relevant transcript references.").

⁷⁴ *Ibid.*, para. 117 ("were reviewed by the Chamber and some were lifted during the course of the trial" ("under the present circumstances").

jurisprudencia de la CPI que ha establecido tres principios generales en casos de no-divulgación: (1) las medidas de protección solo deben ser otorgadas después de haber agotado la posibilidad de emplear medidas menos drásticas (principio de necesidad); (2) deberán limitarse a lo estrictamente requerido por la situación (principio de proporcionalidad); y (3) no deben violar el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.⁷⁵

Claramente, cada decisión que favorezca la confidencialidad vulnera los derechos del acusado así que no se deben alegar peligros para la seguridad, debidos a la divulgación de información, a la ligera, o en razón de un supuesto riesgo general para los testigos (de la fiscalía) que rindan testimonio en contra del acusado. Si bien exageraríamos si llamáramos estos alegatos, tomando prestadas las palabras que pronunció una corte neoyorquina en 1968, "construcciones unilaterales basadas en folclor no probado"⁷⁶ dado el hecho de que existen reportes fehacientes que indican que una divulgación completa podría resultar en el asesinato de los testigos de la fiscalía por parte de personas asociadas al acusado,⁷⁷ no se debe olvidar que esas son las consecuencias nefastas de un régimen de divulgación amplio en un sistema en donde las transcripciones de los testimonios no son admitidas como pruebas al menos de que el testigo haya sido sometido a un interrogatorio cruzado ante un juez.⁷⁸

De esta manera, el riesgo de intimidar a un testigo es mucho menor en un sistema en donde se permita que el testimonio previo (normalmente tomado en sede policial) sea, en principio, admisible al acervo probatorio⁷⁹ ya que el asesinato o ataque de la víctima no necesariamente impiden que el testimonio sea conocido por la corte. El

⁷⁵ Compárese con KUSCHNIK, «International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC», *Int. Cr.L.Rev.*, 9, 2009, pp.157, 164.

⁷⁶ Véase United States District Court S. D. New York, *United States v. Irving Projansky et al.*, de 22 de mayo de 1968, 44 F.R.D., p. 556 ("built one-sidedly of untested folklore").

⁷⁷ Véase KOCIENIEWSKI, «Scared Silent: In Witness Killing, Prosecutors Point to a Lawyer», *New York Times*, 21 de diciembre de 2007 (reportando sobre el asesinato de un testigo clave en un caso de narcotráfico).
(disponible en: www.nytimes.com/2007/12/21/nyregion/21witness.html?pagewanted=all) (última visita: 21 de mayo de 2012).

⁷⁸ INGRAM, *Criminal Evidence*, 10ma. ed., 2009, p. 477 y siguientes.

⁷⁹ Pero vale destacar que los requisitos de admisibilidad son bastante estrictos en esas circunstancias, véase German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*), § 251(2). Véase igualmente TRÜG, *Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren*, 2003, pp. 360-1.

régimen de la CPI en cuanto al testimonio previo se sitúa entre estos dos extremos: la Sala lo puede admitir como prueba documental si ambas partes han tenido la oportunidad de interrogar al testigo mientras rinde su testimonio (no necesariamente ante un juez); además, valora todas las pruebas a su discreción y puede imponer requisitos adicionales tales y como la corroboración de la prueba en cuestión.⁸⁰ Así, desde un punto de vista estructural,⁸¹ los riesgos de intimidación de los testigos que conocemos de los sistemas estrictamente adversariales no pueden ser simplemente transferidos automáticamente al sistema de la CPI.

Otro problema de la no-divulgación en aras de guardar la confidencialidad es mucho más claro: presumir que el acusado va a intimidar a un testigo (o que ponga en marcha su intimidación) una vez que su identidad sea divulgada, convierte a la presunción de inocencia en una de culpabilidad.⁸² Por esta razón, las decisiones de no-divulgación deberían, no solo ser consideradas cuidadosamente caso por caso,⁸³ sino también ser justificadas de la manera más transparente y concreta posible. La fórmula vaga a la cual recurre la Sala: "no es posible divulgar más ... bajo las circunstancias

⁸⁰ COMBS, «Evidence», en SCHABAS/BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, 2011, pp. 323, 327; CALVO-GOLLER, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court*, 2006, p. 272.

⁸¹ No obstante, no se debe perder de vista que la capacidad de un "genocidal warlord" de procurar la intimidación de víctimas es mucho mayor a la de un presunto criminal en un caso de asesinato en la jurisdicción nacional, véase BIBAS/BURKE-WHITE, «International Idealism Meets Domestic-Criminal-Procedure Realism», *Duke Law Journal*, 53, 2010, pp. 637, 697.

⁸² Hasta se podría argumentar que, desde la perspectiva nacional, la protección de víctimas es una medida precautoria y por ende facultad de la policía, véase SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7ma. ed., 2011, § 1 nm. 9 y siguientes. En contraste, la función principal de un tribunal penal internacional es perseguir y castigar crímenes cometidos en el pasado, es decir, actúan de manera represiva y con miras al pasado (véase PIEROTH ET AL., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6ta. ed., 2010, § 2 nm. 7). Consecuentemente, las medidas precautorias de protección de testigos, por ejemplo por medio de la no-divulgación, no les incumben.

⁸³ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008*, de 13 de junio de 2008 (ICC-01/04-01/06-1401), para. 89 (en adelante "Decision on Non-disclosure") ("a thorough assessment will need to be made by the Pre-Trial Chamber of the potential relevance of the information to the Defence on a case by case basis"). Véase también KUSCHNIK, *Int.Cr.L.Rev.*, 2009, p. 165.

actuales"⁸⁴ no cumple con este estándar y no logra refutar la presunción de culpabilidad inherente a cada autorización de no-divulgación.

b) Sanciones por faltar al deber de divulgación

Dado que ni el Estatuto ni las RPP previeron sanciones por faltar al deber de divulgación,⁸⁵ la Sala no pudo hacer nada más que "tomar medidas durante el juicio para mitigar cualquier perjuicio que se le causara a la defensa, cuando estas inquietudes fueran expresadas (por esta)."⁸⁶ Respecto de las violaciones al deber de divulgación relacionadas con la identidad de ciertos intermediarios⁸⁷ y con el artículo 54(3)(e),⁸⁸ la Sala ordenó una suspensión del proceso. En cuanto a la divulgación tardía, la Sala otorgó, *inter alia*, el retiro del testigo.⁸⁹

Esta serie de respuestas distintas a violaciones diferentes, deja claro que un mecanismo efectivo de sanciones le haría la vida mucho más fácil a la Corte. La ausencia de un régimen de este tipo es un incentivo para que ambas partes y los participantes intenten esconder pruebas importantes los unos de los otros. Respecto de la investigación del Fiscal en el terreno, el fallo explicó las violaciones al deber de divulgación que derivaron de esta debido al "grado de presión, tanto nacional como

⁸⁴ Véase *supra* nota 74 y en el texto ("present circumstances" bajo las cuales "no further disclosure is possible").

⁸⁵ Véase en general CAIANIELLO, *Int.Cr.L.Rev.*, 2010, p. 36 y siguientes.

⁸⁶ *Judgment, supra* nota 6, para. 120 ("measures throughout the trial to mitigate any prejudice to the defence whenever these concerns were expressed").

⁸⁷ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU*, de 8 de julio de 2010 (ICC-01/04-01/06-2517-RED).

⁸⁸ *Decision on Non-disclosure, supra* nota 83. Véase también WHITING, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2009, p. 207 y siguientes; KATZMAN, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2009, p. 77 y siguientes; AMBOS, *New Criminal Law Review*, 2009, p. 543 y siguientes. - Además, la Sala informó al Fiscal, en relación con algunos intermediarios, de posibles delitos tipificados en el artículo 70, al persuadir, fomentar o asistir a los testigos a rendir falso testimonio (*Judgment, supra* nota 6, paras. 483, 1361).

⁸⁹ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript*, de 11 de octubre de 2009 (ICC-01/04-01/06-T-316), p. 9 líneas 13-19, p. 11 líneas 17-22; ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript*, de 17 de noviembre de 2010 (ICC-01/04-01/06-T-326-ENG), p. 3 línea 3 - p. 4 línea 5.

internacional, una vez que se hizo pública la presencia de funcionarios de la Corte en el país.⁹⁰ Si a esto se le agrega el hecho de que el público nacional e internacional, incluyendo, en particular, las víctimas y las organizaciones de la sociedad civil que las representan, juzgan a la CPI por el número de acusaciones que haga, y mejor aún por las sentencias condenatorias que emita, no es sorprendente que el enfoque principal del Fiscal haya sido la búsqueda de pruebas incriminantes. Si de por sí los investigadores nacionales muestran poco aprecio por el deber de divulgar pruebas exculpatorias en casos de asesinatos ordinarios,⁹¹ ¿cómo se puede esperar que los investigadores de un tribunal penal internacional actúen diferentemente cuando se vean enfrentados a asesinatos masivos y sistemáticos? Por esta razón, la consecuencia de no contar con un mecanismo efectivo de sanciones a las violaciones del deber de divulgación es que ambas partes simplemente “prueban su suerte” y esconden pruebas importantes o bien alegan constantemente que la otra parte está violando el deber de divulgación que le incumbe. La Sala, implícitamente, pone el dedo en la llaga de todo el sistema cuando afirma lo siguiente:

“En sus conclusiones, la defensa afirma que la Fiscalía incumplió sus deberes de divulgación así como su obligación de investigar las circunstancias eximentes, argumentando que estos incumplimientos ‘afectan la fiabilidad de toda la prueba presentada en el juicio por el Fiscal’ en tal medida que la Sala no puede determinar los hechos ‘más allá de toda duda razonable’. La Fiscalía alega que ha cumplido sus obligaciones investigativas y de divulgación, y sostiene que el proceso no ha sido viciado de la manera reclamada.”⁹²

⁹⁰ *Judgment*, supra nota 6, para. 142 (“degree of international and local pressure, once it was known that officials from the Court had arrived in the country”).

⁹¹ Véase sobre el régimen legal de divulgación en el Reino Unido QUIRK, «The Significance of Culture in Criminal Procedure Reform: Why the Revised Disclosure Scheme Cannot Work», *International Journal of Evidence and Proof*, 10, 2006, pp. 10, 42, 47, 53.

⁹² *Judgment*, supra nota 6, para. 119 (se omite la nota al pie de página del original). (“In its final submissions, the defence asserts that the prosecution failed to fulfil its obligations as regards disclosure and to investigate exculpatory circumstances, arguing that these suggested failures ‘impair the reliability of the entire body of evidence presented at trial by the Prosecution’ to such an extent that it cannot support findings ‘beyond all reasonable doubt’. The prosecution argues that it met its disclosure and investigative obligations, and it is submitted that the proceedings have not been vitiated in the manner complained of.”).

En conclusión, queda patente que las faltas al deber de divulgación implican demoras que son causadas por las medidas que la Sala tiene que tomar para suplir las deficiencias.⁹³ Estas demoras solo pueden ser evitadas por medio de reformas estructurales que apunten a una divulgación más transparente⁹⁴ y a un régimen efectivo de sanciones.⁹⁵

3. Naturaleza del conflicto armado

La naturaleza del conflicto armado, ya sea este internacional, no-internacional o mixto, durante el período relevante (desde inicios de setiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003),⁹⁶ fue un punto controversial desde la etapa de la confirmación de los

⁹³ La Sala de Primera Instancia tuvo que lidiar con supuestas violaciones al deber de divulgación en varias ocasiones, véase, por ejemplo *Decision on Non-disclosure*, supra nota 83; ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU*, de 8 de julio de 2010 (ICC-01/04-01/06-2517-RED); ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the scope of the prosecution's disclosure obligations as regards defence witnesses*, de 12 de noviembre de 2010 (ICC-01/04-01/06-2624); ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Public Redacted Decision on the Prosecution's Requests for Non-Disclosure of Information in Witness-Related Documents*, de 3 de diciembre de 2010 (ICC-01/04-01/06-2597-RED); ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the "Defence Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings"*, de 2 de marzo de 2011 (ICC-01/04-01/06-2690-Red).

⁹⁴ HEINSCH, en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 486, 488.

⁹⁵ Desafortunadamente, no existen modelos ideales que podrían ser transferidos automáticamente a la CPI. La formulación, algo general, de la Regla 68bis de las RPP del TPIY (“The pre-trial Judge or the Trial Chamber may decide *proprio motu*, or at the request of either party, on sanctions to be imposed on a party which fails to perform its disclosure obligations pursuant to the Rules”) no constituye un buen ejemplo. Igualmente, el derecho inglés y galés solo prevé sanciones por la falta a este deber por parte de la defensa. En el derecho estadounidense, que para estos efectos es mucho más rico, el mecanismo de sanciones está previsto para ambas partes pero solo ha sido adoptado por un par de estados (véase, por ejemplo Código Penal de California, artículo 1054.5(b)). Mucho más interesante es la propuesta de la senadora Lisa Murkowski (Republicana - Alabama) Fairness in Disclosure of Evidence Act 2012, el cual establece en su § 3014(h)(1)(B): “A remedy under this subsection may include (i) postponement or adjournment of the proceedings; (ii) exclusion or limitation of testimony or evidence; (iii) ordering a new trial; (iv) dismissal with or without prejudice; or (v) any other remedy determined appropriate by the court.”

⁹⁶ ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges*, de 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803), paras. 156-7 (en adelante “Confirmation Decision”) (también es citada en el fallo, *Judgment*, supra nota 6, para. 1 y las notas al pie de página 2 y 3 pero

cargos. Mientras que la Fiscalía calificó el conflicto como no-internacional,⁹⁷ la Sala de Cuestiones Preliminares optó por clasificar al conflicto como de índole internacional que luego se convirtió en uno de índole no-internacional, argumentando que el conflicto fue internacional mientras la región de Ituri estuvo ocupada por el ejército de Uganda (hasta el 2 de junio de 2003) y que después de ese momento se convirtió en no-internacional (hasta finales de diciembre de 2003).⁹⁸ En el fallo, la Sala, recurriendo a la norma 55 del Reglamento de la Corte⁹⁹ - cambia esta clasificación jurídica de la SCP, y califica al conflicto como de índole no-internacional durante todo el período de relevancia para la Corte.¹⁰⁰ La Sala parte de una presunción legal correcta, que aparentemente fue ignorada por la SCP, de que conflictos paralelos de distinta índole (jurídica) pueden llevarse a cabo simultáneamente y en el mismo territorio.¹⁰¹ Según la

citando los paras. 157-8). Este marco temporal es parte de los hechos "described in the charges", y son vinculantes para la Sala (artículo 74(2)).

⁹⁷ ICC-P.-T. Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Submission of the Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) and of the List of Evidence Pursuant to Rule 121(3)*, de 28 de agosto 2006 (ICC-01/04-01/06-356).

⁹⁸ Compárese con *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, paras. 205-26, especialmente el para. 220 (conflicto de índole internacional) v. 227-37, especialmente 236 (conflicto de índole no-internacional). Véase para una discusión y más referencias AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005-2007*, 2010, pp. 737-9.

⁹⁹ De conformidad con esta disposición, basada en el principio de *iura novit curia*, "the Chamber may change the legal characterization of facts..." (el énfasis es mío: compárese con AMBOS/MILLER, «Structure and function of the confirmation procedure before the ICC from a comparative perspective», *Int. Cr.L.Rev.*, 7, 2007, pp. 335, 358-60). La Sala le indicó a las partes sobre una posible reclasificación (*Judgment*, *supra* nota 6, para. 527) y estas no lo objetaron (para. 530).

¹⁰⁰ *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 523-67, especialmente los paras. 540, 542-3, 551, 566-7.

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 540 con más referencias en la nota al pie de pagina 1643-4, en particular a la Decisión de la Apelación Interlocutoria en el caso Tadic, paras. 72-7 y a la sentencia de la CIJ sobre el caso Nicaragua, para. 219. Esto también ha sido reconocido en la literatura académica véase PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, pp. 128-9; AMBOS, «Vorbemerkung zu §§ 8 ff. VStGB», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 6/2. *Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch*, 2009, § 620, nm. 33 e igualmente AMBOS, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, 2011, p. 83 ambos con más referencias. Véase también MILANOVIC/HADZI-VIDANOVIC, «A Taxonomy of Armed Conflict», en WHITE/HENDERSON (eds.), *Research Handbook of International Conflict and Security Law* (de próxima aparición 2012). (disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1988915) (última visita: 21 de mayo de 2012) (en donde se sostiene que "the fact a conflict erupts in an occupied territory between the occupying state and a non-state actor does not mean that this prima facie NIAC becomes

Sala, esta ha sido la situación fáctica en Ituri y las zonas aledañas durante el período relevante.¹⁰² Cuando se presenta una situación como esta de conflictos armados mixtos (simultáneos o paralelos), se debe aclarar en cual conflicto se lleva a cabo la presunta actividad criminal del acusado así como la clasificación jurídica de ese conflicto en particular.¹⁰³ *In casu*, la pregunta clave era si el conflicto armado en el cual el grupo armado de Lubanga, la UPC/FPLC, participó,¹⁰⁴ se internacionalizó debido a la participación de los países vecinos de la República democrática del Congo (en adelante "RDC"), Uganda y Ruanda,¹⁰⁵ es decir, si la UPC/FPLC, entre otros grupos armados, "fueron usados como agentes o 'proxies' para canalizar las hostilidades entre dos o más estados (a saber Uganda, Ruanda, y/o la RDC)."¹⁰⁶ La Sala responde esta pregunta negativamente, argumentando, en esencia, que ni la RDC ni Ruanda ni Uganda ejercieron control global (*overall control*)¹⁰⁷ sobre la UPC/FPLC.¹⁰⁸ En relación particular a Uganda, dada su intervención directa en el conflicto,¹⁰⁹ la Sala considera que esta intervención únicamente hubiera internacionalizado el conflicto entre los dos estados relevantes (la RDC y Uganda). Dado que el conflicto en el cual la UPC/FPLC participó no era "un diferendo entre dos estados" sino más bien violencia armada prolongada llevada a cabo por múltiples grupos armados no-estatales, el conflicto fue y

internationalized. [...] As with cases of mixed or parallel armed conflicts, IHL can allow for the possibility of the simultaneous existence of occupation and of a NIAC in occupied territory.").

¹⁰² *Judgment*, *supra* nota 6, para. 543 ("number of simultaneous armed conflicts").

¹⁰³ Compárese con PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, p. 129; AMBOS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 6/2. *Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch*, 2009, § 620, nm. 33.

¹⁰⁴ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 550 y en varios otros paras.

¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 551.

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 552. ("were used as agents or 'proxies' for fighting between two or more states (namely Uganda, Rwanda, or the DRC)").

¹⁰⁷ La Sala, al igual que la SCP (paras. 210-11), prefiere este test sobre el de la CIJ del control efectivo (*effective control*) (*Judgment*, *supra* nota 6, para. 540); compárese con AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005-2007*, 2010, pp. 737-8.

¹⁰⁸ *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 553, 561. Llegando a la misma conclusión PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, pp. 129-130 (La Sala se refiere a este estudio en otros pasajes pero olvidó mencionarlo aquí.).

¹⁰⁹ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 563 ("there is evidence of direct intervention on the part of Uganda").

siguió siendo de índole no-internacional a pesar de cualesquiera otros conflictos simultáneos entre Uganda y la RDC.¹¹⁰

El hecho de que el ejército ugandés ocupara ciertas zonas de Bunia, quizás instaurando una ocupación militar que convertiría el conflicto en uno de índole internacional,¹¹¹ es considerado irrelevante por la Sala ya que considera que esto no afecta el/los conflicto(s) entre la UPC/FPLC y los otros grupos armados.¹¹²

“Enfocándonos únicamente en las partes y el conflicto que es relevante para los cargos de este caso, la ocupación militar del aeropuerto de Bunia por parte de Uganda no modifica la índole jurídica del conflicto entre los grupos rebeldes UPC/FPLC, RCD-ML/APC y FRPI ya que este conflicto, tal y como lo analizamos anteriormente, no resultó en dos estados enfrentándose u oponiéndose el uno al otro, ya sea directa o indirectamente, durante el período de tiempo pertinente a los cargos. En cualquier caso, la existencia de un posible conflicto de ‘índole internacional’ entre la RDC y Uganda no afecta la clasificación jurídica del conflicto simultáneo de índole no-internacional que llevó a cabo la UPC/FPLC con las milicias APC y FRPI, el cual era parte del conflicto armado interno entre los grupos rebeldes.”¹¹³

¹¹⁰ *Ibid.*, para. 563. (“a difference arising between two states”).

¹¹¹ *Ibid.*, para. 542 refiriéndose a la nota al pie de página 34 de los Elements of Crimes (ICC-ASP/1/3(part II-B), (disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm>) (última visita: 21 de mayo de 2012) al artículo 8 (en adelante los “Elementos”) estipulando que “un international armed conflict” incluye una “military occupation.”; véase también *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, para. 205. De manera crítica en cuanto al “occupation argument” WEBER, «International oder nicht-international? – Die Frage der Konfliktqualifikation in der Lubanga-Entscheidung des IStGH», *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften*, 22, 2009, pp. 75, 78-82 (en donde sostiene que existe una distinción legal clara entre un conflicto armado internacional y una ocupación y la última no es una categoría especial de la primera pero sí está sujeta al régimen legal de las Convenciones de Ginebra; por ende, la nota al pie de página 34 de los Elementos no debería ser aplicada y el artículo 8(2)(b) - conflicto armado internacional - no es *per se* aplicable a una ocupación).

¹¹² *Judgment*, *supra* nota 6, para. 564 refiriéndose a los paras. 543-4 en donde la Sala se refiere a los conflictos de la UPC/FPLC con otros grupos.

¹¹³ *Ibid.*, para. 565. (“Focussing (sic) solely on the parties and the conflict relevant to the charges in this case, the Ugandan military occupation of Bunia airport does not change the legal nature of the conflict between the UPC/FPLC, RCD-ML/APC and FRPI rebel groups since this conflict, as analysed above, did not result in two states opposing each other, whether directly or indirectly, during

Aunque es difícil juzgar la valoración fáctica de la Sala sin estar familiarizado con todas las pruebas y la situación en el terreno, la presentación que esta hace de la determinación de los hechos¹¹⁴ hace que surjan algunas dudas. A pesar de que la Sala rechaza, tal y como lo mencionamos anteriormente,¹¹⁵ cualquier control global de la RDC, Ruanda o Uganda sobre la UPC/FPLC, sí encuentra “algunas pruebas” de que la RDC apoyaba a la APC¹¹⁶ (que luchó contra la UPC/FPLC)¹¹⁷ y que (inicialmente) Uganda¹¹⁸ y (luego también) Ruanda¹¹⁹ apoyaron a la UPC/FPLC. Esto es conforme con el testimonio de Gérard Prunier quien indicó que estos tres países “lucharon por medio de ‘proxies’”.¹²⁰ A la luz de esta determinación de hechos; no me convence plenamente el rechazo que hace la Sala de la conclusión de la SCP en cuanto a que hubo un conflicto internacional (o internacionalizado) (por lo menos) hasta el retiro de las fuerzas armadas ugandesas;¹²¹ de hecho, aún después de este retiro, la participación de Uganda no cesó completamente y mucho menos la de Ruanda.¹²²

the time period relevant to the charges. In any event, the existence of a possible conflict that was ‘international in character’ between the DRC and Uganda does not affect the legal characterisation of the UPC/FPLC’s concurrent non-international armed conflict with the APC and FRPI militias, which formed part of the internal armed conflict between the rebel groups.”)

¹¹⁴ *Ibid.*, paras. 543-67.

¹¹⁵ *Supra* nota 108 y en el texto.

¹¹⁶ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 553. (“some evidence”).

¹¹⁷ *Ibid.*, paras. 544, 561.

¹¹⁸ *Ibid.*, paras. 544, 558. Respecto de Uganda, sin embargo, este apoyo parece haber cesado debido a la alianza de la UPC con Ruanda (*Confirmation Decision*, *supra* nota 96, para. 221 al final); asimismo, algunos comandantes particulares de las fuerzas armadas de Uganda apoyaron al FRPI que luchó contra la UPC/FPLC (*Judgment*, *supra* nota 6, para. 559).

¹¹⁹ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 554; véase también *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, paras. 221-5.

¹²⁰ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 560. (“fought through ‘proxies’”).

¹²¹ *Ibid.*, 2012, para. 220; de manera concisa AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005-2007*, 2010, pp. 738. De acuerdo con la Sala en cuanto a este punto AKANDE, «ICC delivers its first judgment: The Lubanga case and classification of conflicts in situations of occupation», (disponible en: www.ejiltalk.org/icc-delivers-its-first-judgment-the-lubanga-case/) (última visita: 21 de mayo de 2012).

¹²² Phil Clark, un reconocido experto sobre la región de los Grandos Lagos, me dijo lo siguiente sobre el particular en un email de 22 de marzo de 2012: “Even after Uganda officially withdrew from Bunia in June 2003, some remnants of the Ugandan armed forces remained behind and continued assisting the UPC (mainly in Bunia but also elsewhere in Ituri). The Ugandan government also continued supporting the UPC from Kampala (with intelligence, finance, equipment etc.) thereafter, and it’s a

4. El crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años (artículo 8(2)(e)(vii))*

Los crímenes de guerra de reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años (artículo 8(2)(b)(xxvi) y (e)(vii)) no han sido particularmente relevantes en procesos penales internacionales hasta el momento.¹²³ En el presente caso, como resultado del cambio de la caracterización del conflicto que hace la Sala, a uno de índole no-internacional, el crimen de guerra del artículo 8(2)(b)(xxvi) ya no se aplica y así, el difícil asunto de si los grupos armados de tipo paramilitar como la UPC pueden ser considerados equivalentes a las "fuerzas armadas nacionales", lo cual fue afirmado poco convincentemente por la SCP,¹²⁴ perdió relevancia.¹²⁵ De hecho, el crimen de

problematic interpretation of the nature of the DRC conflict to ignore the international use of proxy forces on Congolese soil" (traducción del inglés).

* Nota de la traductora: en esta sección la traducción de la discusión sobre la superioridad del término "recruitment" ya que abarca tanto "conscription" como "enlistment" no deja de ser problemática ya que la versión en español del Estatuto de Roma de por sí habla de "reclutamiento" para únicamente para referirse a la conducta de "conscription" y no como término que abarca tanto "conscription" como "enlistment".

¹²³ Para casos de niños soldados en el TPIY y TPIR, compárese con KUPER, «Bridging the gap: Military Training and International Accountability Regarding Children», en ARTS/POPOVSKI (eds.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, 2006, pp. 155, 157 y siguientes. Además, y en particular, el Tribunal Especial para Sierra Leona ("TESL") conoció sobre asuntos relacionados, compárese con SMITH, «Child recruitment and the Special Court for Sierra Leone», *Journal Int. Crim. Just.*, 2, 2004, pp. 1141, 1148; NOVODRODSKI, «Litigating Child Recruitment before the Special Court for Sierra Leone», *San Diego International Law Journal*, 7, 2005-2006, p. 421; MCKNIGHT, «Child Soldiers in Africa: A Global Approach to Human Rights Protection, Enforcement and Post-Conflict Reintegration», *African Journal of International and Comparative Law*, 18, 2010, pp. 113, 122 y siguientes; SIVAKUMARAN, «War crimes before the Special Court for Sierra Leone», *Journal Int. Crim. Just.*, 8, 2010, p. 1009. En general sobre los niños soldados bajo el derecho internacional WEBSTER, «Babes with Arms: International Law and Child Soldiers», *George Washington International Law Review*, 19, 2007, p. 227.

¹²⁴ *Confirmation Decision*, supra nota 96, paras. 275-85 ("national armed forces"); críticamente AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005-2007*, 2010, pp. 740-2 (en donde sostengo que la interpretación tan amplia por parte de la SCP entra en conflicto con el principio de *nullum crimen*, especialmente la regla en contra de la formulación de analogías). A favor de una interpretación (demasiado) amplia de "national armed forces" (indiferente al principio *nullum crimen*) "as encompassing any type of armed group or force" véase *Odio Benito Dissent*, supra nota 21, paras. 13-14.

¹²⁵ La Opinión Disidente de Odio Benito (*Odio Benito Dissent*, supra nota 21, paras. 9-14) no es convincente en cuanto a este punto. El hecho de que un asunto legal en particular haya sido discutido

guerra que se aplica cuando el conflicto no es de índole internacional, artículo 8(2)(e)(vii), cubre de manera más amplia el reclutamiento ("reclutar o alistar")¹²⁶ de niños menores de 15 años "en las fuerzas armadas o grupos", es decir, claramente cubre a cualquier grupo armado de conformidad con el derecho internacional humanitario.

Además, el delito contiene tres formas alternativas de conducta, como bien lo expresan los verbos "reclutar", "alistar" y "utilizar". La Sala considera a estas tres formas de conducta como tres "delitos separados" pero esto confunde el concepto de delito (que consiste en diferentes elementos objetivos y subjetivos, incluyendo verbos que describen la conducta requerida) con el concepto de una conducta en particular que

en algún momento durante el proceso no lo hace un "live issue" (para. 12) y mucho menos si la disposición a la cual se refiere ya no es aplicable ante la Sala de Primera Instancia. Me referiré de nuevo a las exigencias excesivas de Odio Benito de la justicia penal en general y de un tribunal penal internacional en particular *infra*. en la nota al pie de página 248 y en el texto.

¹²⁶ "Recruitment" es el término superior ya que abarca tanto "conscription" como "enlistment". Además, ese es el término que se usa en las prohibiciones primarias del artículo 77 del *First Protocol Additional to the Geneva Conventions* (relating to the protection of victims of international armed conflicts, 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 3) y del artículo 4(3)(c) *Second Protocol Additional to the Geneva Conventions* (relating to the protection of victims of non-international armed conflicts, 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 609); véase también el artículo 38(2), (3) *Convention on the Rights of the Child*, 20 de noviembre de 1989, 1577 U.N.T.S. 3; compárese con *Confirmation Decision*, supra nota 96, paras. 242-6; y con *Judgment*, supra nota 6, paras. 604, 607. Durante las negociaciones que condujeron a la Conferencia de Roma la definición del crimen cambió en varias ocasiones, pero el término "recruiting" fue dominante hasta el momento de la Conferencia (compárese con UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute for the International Criminal Court, de 14 de abril de 1998 (U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1), p. 21. En Roma, se cambió a "conscription and enlistment", compárese con V. HEBEL/ROBINSON, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, 1999, pp. 79, 118 ("At the Conference, ... the word 'recruiting' was replaced with 'conscripting or enlisting'. This was primarily done to meet the concerns of the United States. Whereas 'recruiting' was understood to imply an active policy of the Government to have persons join the armed forces, the words 'conscripting or enlisting' have a more passive connotation and relate primarily to the administrative act of putting the name of a person on a list."). Véase para la historia de las negociaciones PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, pp. 110 y siguientes (historia), y 119 (abandono del término "recruiting"); COTTIER, «Article 8. War Crimes», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2da. ed., 2008, artículo 8 nm. 227; SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2010, artículo 8 p. 252 y siguientes.

se constituye en elemento (objetivo) requerido para la consumación del delito, de su *Tatbestand* o tipo.¹²⁷ En cualquier caso, y más importante, la estructura alternativa del delito, la cual es reflejada sin ambigüedades en su redacción disyuntiva con la conjunción (“o”),¹²⁸ deja muy claro que la realización de solo una de esas conductas es suficiente para la comisión del delito (siempre y cuando las víctimas sean menores de quince años, por supuesto); cada conducta es autónoma respecto de las otras. Por ende, la Sala obra correctamente cuando rechaza la causal de exclusión de responsabilidad (*defence*) planteada que sostenía que la conducta de “alistar” requiere que hubiere sido cometida con el fin especial de utilizar al niño alistado para su participación activa.¹²⁹ Otro aspecto peculiar y “dogmático” del delito es su *carácter continuado* o permanente que ya ha sido reconocido por la SCP y que ahora es confirmado por la Sala.¹³⁰ Esto significa que la comisión del delito continúa mientras el niño permanezca en el grupo armado o hasta que cumpla quince años. Como ya ha sido discutido en otras ocasiones,¹³¹ el problema con estos tipos penales, en particular respecto de la desaparición forzada de personas (artículo 7(1)(i)), es su posible efecto retroactivo que ciertamente es contrario a la voluntad de los redactores y quizás hasta contrario a los artículos 11 y 22.

Hay dos asuntos de interpretación que merecen un análisis más detallado. El primero, quizás el menos controvertido, se refiere a las definiciones de “alistar” y “reclutar” y la pregunta de si un niño de 15 años es capaz de actuar “por su propia voluntad”, es decir, dar “consentimiento”, en el contexto especial de un conflicto armado. El segundo se refiere a la interpretación correcta de la tercera conducta, la de “utilizar” niños “para participar activamente en las hostilidades.”

¹²⁷ Para un uso adecuado de la terminología véase *Odio Benito Dissent*, *supra* nota 21, para. 6 (“three criminal conducts”).

¹²⁸ No queda claro por qué la Sala considera esta disposición como “potentially ambiguous” (*Judgment*, *supra* nota 6, para. 609)

¹²⁹ *Ibid.*, para. 610.

¹³⁰ *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, para. 248; *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 618, 759.

¹³¹ AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, pp. 739-40; sobre la desaparición forzada véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3era ed., 2011, § 7 nm. 217 y las notas al pie de página 1013 y 1014; AMBOS/BÖHM, «La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo», en AMBOS (ed.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, 2009, pp. 195, 240-1, 250 (versión actualizada disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=novedades) (última visita: 21 de mayo de 2012).

4.1. “Alistar” vs. “reclutar” y el problema del consentimiento

La definición de “alistar” (“*enlist*”) como algo *voluntario* en contraste con la de “reclutar” (“*conscript*”) como algo *forzoso* ha sido aceptada ampliamente.¹³² Con la conducta de alistamiento, la decisión voluntaria de la víctima podría ser considerada un crimen de guerra,¹³³ ya que la decisión autónoma del niño (si es que tal decisión es posible del todo) es parte de la definición de la conducta y por ende del tipo. Si, en contraste, se actúa en contra de la voluntad del niño, se aplica la conducta de reclutamiento.¹³⁴ De este modo, la interacción entre alistamiento (voluntario) y reclutamiento (forzoso) evita cualquier laguna de punibilidad ya que, independientemente de la forma en la cual el niño llega a formar parte de un grupo armado (voluntaria o no), ésta es cubierta por el delito.¹³⁵ Con este trasfondo, no sorprende que la Sala trate las dos conductas de manera idéntica¹³⁶ y que postergue las deliberaciones sobre el asunto de la voluntariedad para la fase de determinación de la pena.¹³⁷ Desafortunadamente, la Sala confunde la cuestión de la existencia de los elementos típicos del delito con la pregunta, estructuralmente distinta, sobre el posible consentimiento del niño y sus efectos. Esta pregunta no afecta, en principio, al tipo objetivo al menos de que la definición de la conducta respectiva implique una violación

¹³² Compárese con *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, para. 246; *Judgment*, *supra* nota 6, para. 608; AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, p. 739.

¹³³ COTTIER, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2008, artículo 8 para. 231 (“the act [or omission] of not refusing voluntary enlistment”); ROBINSON, «War Crimes», en CRYER ET AL. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2da ed., 2010, p. 310; PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, pp. 140 (sosteniendo que la incorporación de “enlistment” clarifica que el delito se consuma independientemente del consentimiento); SMITH, *Journal Int. Crim. Just.*, 2004, p. 1148.

¹³⁴ Véase también la *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, paras. 246-47; SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeals Judgment*, de 28 de mayo de 2008 (SCSL-04-14-A), para. 140.

¹³⁵ De manera similar SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeals Judgment*, de 28 de mayo de 2008 (SCSL-04-14-A), para. 140; compárese con ROBINSON, en CRYER ET AL. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2010, p. 310.

¹³⁶ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 618 (“[...] the offences [sic] of conscripting and enlisting are committed at the moment a child under the age of 15 is enrolled into or joins an armed force or group, with or without compulsion.”; véase también el para. 759 en donde la Sala trata a ambas conductas de manera equivalente).

¹³⁷ *Ibid.*, para. 617.

a la autonomía de la posible víctima, este es el caso de los delitos cuya esencia misma consiste en la protección de la autonomía personal y la libertad de la voluntad. Como ejemplo podemos mencionar todos los delitos contra la libertad - de cualquier tipo (libertad de movimiento, libertad sexual, etc.). Estos requieren, por definición, que la conducta relevante sea violatoria de la voluntad (libre) de la posible víctima. Por ende, si la víctima da su consentimiento (en el sentido de un *Einverständnis*) para que se realice la conducta (por ejemplo, el dueño del apartamento que da su consentimiento para que su puerta sea cerrada desde afuera y así no pueda salir o la mujer que consiente a relaciones sexuales), faltaría un elemento definitorio del tipo objetivo (la falta de consentimiento) y de este modo no se consumaría el delito. En otras palabras, el consentimiento de la víctima en este tipo de delitos elimina un elemento que es necesario, por definición, para la consumación del mismo.¹³⁸ En los sistemas de *common law*, más orientados hacia el proceso, la ausencia de un elemento constitutivo del delito hace que la defensa de falta de prueba (*failure of proof*) pueda ser alegada pues la fiscalía no ha podido demostrar un elemento del tipo en cuestión.¹³⁹ En contraste, en todos los otros delitos, el consentimiento opera, como mucho, en el segundo nivel de la estructura del delito (después del análisis del tipo objetivo) como una defensa general (o *defence* en sentido estricto), es decir, como causal de exclusión de responsabilidad.¹⁴⁰

Si aplicáramos esta distinción a las conductas de reclutamiento y alistamiento, la primera permitiría, en principio, un consentimiento referente al tipo (la ausencia de consentimiento es parte de la definición de la conducta) mientras que la última

¹³⁸ ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, 1984, p. 72. En Alemania, la posición dominante todavía distingue entre "Einverständnis" (comparable al "failure of proof") y "Einwilligung" (defensa general), compárese con JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ta. ed., 1996, p. 371 y siguientes; contrariamente ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. t. I*, 4ta. ed., 2006, § 13 nm. 11.

¹³⁹ ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, 1984, p. 72.; Law Reform Commission, *Report on Defences in Criminal Law*, 2009, p. 13; CRYER, «Defences», en CRYER ET AL. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2010, p. 403; GÓMEZ-JARA DÍEZ/CHIESA, «Spain», en HELLER/DUBBER (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, 2011, p. 507.

¹⁴⁰ Aquí surge el problema de si el consentimiento (que siempre implica el derecho de disponer exclusivamente de los bienes jurídicos o intereses protegidos) es posible del todo, si los respectivos delitos - como es la regla general para los delitos del derecho penal internacional - también protegen intereses colectivos (seguridad, paz, etc.) que le pertenecen a la comunidad internacional como tal; para una discusión ver AMBOS, «Defences in international criminal law», en BROWN (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011, pp. 299, 328.

permitiría, como mucho, un consentimiento como causal de justificación. Pero esto hace que surja un problema de coherencia: si el alistamiento es "voluntario", requiere, por definición, el consentimiento del niño; en otras palabras, el consentimiento es parte del tipo y sin el ya está ausente la conducta al nivel típico. Sin embargo, si el niño da su consentimiento para unirse a un grupo armado y por ende se aplica la conducta de alistamiento, este mismo consentimiento operaría como una *causal de exclusión de responsabilidad* (causal de justificación) respecto del alistamiento. En otras palabras, en vista de que el alistamiento se basa en la libre voluntad (consentimiento), es lógicamente imposible que, tal y como lo establecieron tanto la SCP como la Sala, "el consentimiento del niño no es una *causal de exclusión de responsabilidad* válida al alistamiento".¹⁴¹ Lógicamente, ese enunciado solo sería correcto si reemplazáramos la palabra "alistamiento" por "reclutamiento" ya que únicamente esta última conducta presupone la ausencia de consentimiento y por ende excluye la posibilidad de un consentimiento posterior. Obviamente se podría, con buenas razones, sostener que un niño normalmente no está en condiciones de dar consentimiento genuino e informado en las circunstancias de un conflicto armado. De hecho, esta es la postura de la Sala cuando sostiene, basándose en las opiniones de dos expertos,¹⁴² que "a menudo es el caso que los niños y niñas menores de 15 años son incapaces de dar consentimiento genuino e informado cuando se alistan en grupos o fuerzas armadas."¹⁴³ No obstante, esta es una pregunta diferente, que se refiere a las circunstancias fácticas bajo las cuales se da un consentimiento y que deja sin solución el problema jurídico del alistamiento como conducta basada en la voluntad del niño. En resumen hay que distinguir en cuanto a las consecuencias de la "postura de no consentimiento" respecto de las dos conductas: solo tendría sentido respecto del "reclutamiento" y no respecto del "alistamiento" dado que este último se basa en la libre voluntad, es decir, en el consentimiento. Por ende, el término "alistamiento" en el enunciado de la Sala debería ser reemplazado con el de "reclutamiento".

¹⁴¹ *Judgment*, supra nota 6, paras. 616-17, apegándose a la *Confirmation Decision*, supra nota 96, para. 248 ("a child's consent, does not provide a valid defence to enlistment"). En el mismo sentido SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2010, p. 254 (el consentimiento como una *causal de exclusión de responsabilidad* no válida porque el alistamiento es un acto voluntario).

¹⁴² *Judgment*, supra nota 6, paras. 610-12.

¹⁴³ *Ibid.*, para. 613. ("it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in an armed group or force").

En cualquier caso, lo que la Sala realmente quiere decir es que un niño no puede dar su consentimiento válido para unirse a un grupo armado en las circunstancias de un conflicto armado. Pero, ¿es esto cierto? ¿Es realmente imposible pensar en una situación en donde un niño “voluntariamente” se une a un grupo armado? ¿Y si pensáramos en el caso de un niño que desesperadamente necesita el pago que podría recibir por su servicio militar para pagar el tratamiento médico de algún miembro de su familia? En estos casos, claramente, la pregunta es qué significa “voluntario”. Pero el hecho de que un término tenga fundamentos filosóficos no nos permite evadir su análisis. Además, esto hace que nos preguntemos porqué los redactores introdujeron dos términos con significados diferentes (en lugar de usar un término que englobara ambas conductas).¹⁴⁴ ¿No podría ser que introdujeron los dos términos ya que consideraban que podría haber casos en que un niño menor de 15 años estuviera en condición de dar su consentimiento libre e informado para unirse a un grupo armado?

4.2. La utilización de niños “para participar activamente en las hostilidades”

La gama de interpretaciones posibles del requisito de “participación activa” va desde una lectura estricta que entiende la participación como limitada exclusivamente a actividades de combate o relacionadas¹⁴⁵ hasta una lectura más amplia que incluye cualquier actividad o rol de apoyo.¹⁴⁶ Esta posición también es compartida por la Sala.¹⁴⁷ Lo que queda claro y lo que no ha causado mayor controversia es que, por una

¹⁴⁴ Según V. HEBEL/ROBINSON, en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, 1999, p. 118, el término “recruitment” era el preferido hasta que fue cambiado en la Conferencia de Roma debido a las preocupaciones de los Estados Unidos que ya mencioné en la nota *supra* 126.

¹⁴⁵ *Judgment, supra* nota 6, paras. 583-7 (Defensa: “participación directa” relacionada a “actos de guerra”, excluyendo a los guardaespaldas por ejemplo).

¹⁴⁶ A favor de incluir las actividades de apoyo con algunas diferencias Draft Statute for the International Criminal Court, p. 21 con la nota al pie de página 12 (“The words ‘using’ and ‘participate’ have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military check-points. ...use of children in a direct support function such as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, would be included within the terminology.”); SCSL-T.Ch. II, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kamu, Trial Judgment*, de 20 de junio de 2007 (SCSL-04-16-T), para. 737 (“Any labour or support that gives effect to, or helps maintain, operations in a conflict.”); *Judgment, supra* nota 6, paras. 576-8 (Fiscalía: “broad interpretation of [...] direct support”).

¹⁴⁷ *Judgment, supra* nota 6, paras. 621-8 (en los párrafos 624-6 se refiere esencialmente al TESL).

parte, las actividades que claramente no están relacionadas con las hostilidades, como por ejemplo, la entrega de comida¹⁴⁸ o el trabajo doméstico, quedan excluidas¹⁴⁹ y, por el otro, que la participación “directa en las hostilidades”, como lo requiere el artículo 77(2) del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra,¹⁵⁰ no es necesaria.¹⁵¹ Sin embargo, esta última interpretación no se deriva tan “claramente” como lo sugiere la Sala,¹⁵² de la diferencia aparente entre los términos “activo” y “directo” sino más bien del hecho de que el artículo 4(3)(c) del Protocolo II adicional se refiere a cualquier participación (directa o indirecta)¹⁵³ y, mucho más importantemente, de los fines de protección amplios de la criminalización del reclutamiento (o alistamiento) de niños soldados. Dado que los respectivos delitos tienen como objetivo proteger a los niños menores de 15 años, en su condición de grupo particularmente vulnerable, de los riesgos inherentes a los conflictos armados, incluyendo de aquellos peligros que se originan en el seno de sus propios grupos,¹⁵⁴ en principio, toda actividad (directa o indirecta) que exponga a los niños respectivos a estos “riesgos de los conflictos

¹⁴⁸ Clasificando la entrega de comida como “delicado”: QUÉNIVET, «Girl Soldiers and Participation in Hostilities», *African Journal of International and Comparative Law*, 16, 2008, pp. 219, 233.

¹⁴⁹ Draft Statute for the International Criminal Court, p. 21 con la nota al pie de página 12 (“It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in an officer’s married accommodation.”); concretamente *Confirmation Decision, supra* nota 96, para. 262; *Judgment, supra* nota 6, paras. 575 (Fiscalía), 621, 623 (la Sala citando al Comité Preparatorio y a la SCP).

¹⁵⁰ El artículo 77 (2) del *First Additional Protocol* establece:

“2. The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest.”

¹⁵¹ Refiriéndose a las cuestiones probatorias respecto de este asunto QUÉNIVET, *African Journal of International and Comparative Law*, 2008, pp. 148, 234.

¹⁵² *Judgment, supra* nota 6, para. 627.

¹⁵³ AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, p. 740.

¹⁵⁴ ROBINSON, en CRYER ET AL. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2010, p. 309 (“Primary purpose is to protect all children.”); PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, p. 168 (enfocándose en los peligros específicos); COTTIER, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2008, artículo 8 nm 228 (“protect children against their own authorities”).

armados" debería entenderse como "participación activa"¹⁵⁵ - por supuesto siempre que se respete el principio de *nullum crimen*.¹⁵⁶ En este sentido, es convincente que la Sala se enfoque en los riesgos a los cuales los niños están expuestos en su condición de miembros de un grupo armado:

"Todas estas actividades, que cubren tanto la participación directa como la indirecta, tienen una característica en común: el niño en cuestión es, como mínimo, un blanco potencial. Entonces, el factor decisivo para decidir si un

¹⁵⁵ PALOMO SUÁREZ, *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, 2009, pp. 121-2; v. SCHORLEMER, *Kindersoldaten und bewaffneter Konflikt. Nukleus eines umfassenden Schutzregimes der Vereinten Nationen*, 2009, p. 315.

¹⁵⁶ Esto significa, por ejemplo, que entender que la "sexual violence" esta incluida dentro de la conducta de utilización (*Odio Benito Dissent*, *supra* nota 21, paras. 15-21) es violatorio del requisito de interpretación estricta y además es una analogía prohibida (artículo 22(2)). Además, la "sexual violence" solo se refiere a un fenómeno criminal que pudo haber sido relevante en la situación fáctica en el terreno (véase, por ejemplo *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 890-6) pero los delitos están cubiertos, tal y como lo reconoce *Odio Benito* misma, por "distinct and separate crimes" (artículos 7 (1)(g), 8 (2) (b) (xxii), (e)(vi)). AMBOS, «Sexual offences in international criminal law», en BERGSMO ET AL. (eds.), *Understanding and Proving International Sex Crimes*. Sin embargo, la fiscalía no los incluyó en sus cargos (*Judgment*, *supra* nota 6, paras. 16, 630; Véase también *supra* nota 13) y por eso no pudieron ser tratados en el juicio (artículo 74 (2); *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 36, 630). Además, *Odio Benito* no ofrece las fuentes sobre las cuales se basa para sustentar su posición y ni siquiera menciona el principio *nullum crimen*. Por ende, parte de su opinión disidente parece ser un discurso dirigido a ciertos grupos dentro de la comunidad de las ONG en lugar de un análisis jurídico estricto y reaviva recuerdos desagradables del debate de neo-punitivismo en América Latina (compárese con PASTOR, «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», *Nueva Doctrina Penal*, 1, 2005, p. 73; MALARINO, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», AMBOS/MALARINO (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - t. I*, 2011, p. 25). Es importante notar, en cuanto a la estrategia de persecución penal, que la Fiscalía, en lugar de pedir una modificación de los cargos (*Judgment*, *supra* nota 6, para. 629), intentó incluir a los crímenes sexuales dentro de la conducta de utilización del artículo 8 (2)(e)(vii), y solicitando, con el apoyo de los representantes de las víctimas, una interpretación extensiva (*Judgment*, *supra* nota 6, paras. 575, 577, 589, 598). Lamentablemente, el fiscal y la fiscal adjunta (la fiscal electa Fatou Bensouda) omitieron mencionar el lado procesal del asunto de género en la conferencia de prensa que dieron el día después del fallo y en donde criticaron la decisión de la mayoría (disponible en: www.youtube.com/watch?v=eoj_qCwHePk) (Última visita: 21 de mayo de 2012). Este asunto podrá ser tratado de nuevo en la etapa de determinación de la pena y de reparaciones (*Judgment*, *supra* nota 6, para. 631).

rol 'indirecto' debe ser tratado como participación activa en las hostilidades es si el apoyo que el niño provee a los combatientes lo expone a él o ella al peligro real de ser un blanco potencial."¹⁵⁷

5. Forma de intervención (coautoría), incluyendo el elemento subjetivo (artículos 25 y 30)*

La Sala declaró a Lubanga responsable como coautor (artículo 25(3)(a) 2da alternativa) del reclutamiento y utilización de niños de conformidad con el artículo 8(2)(e)(vii).¹⁵⁸ Su evaluación de los hechos culminó en la siguiente conclusión general:

"El acusado y sus coautores se pusieron de acuerdo y participaron en un plan común para crear un ejército con el propósito de establecer y mantener control político y militar sobre Ituri. Esto resultó, según el curso ordinario de los eventos, en el reclutamiento y alistamiento de niños y niñas menores de 15 años y en su utilización para participar activamente en las hostilidades."¹⁵⁹

¹⁵⁷ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 628 (se omite la nota al pie de página). ("All of these activities, which cover either direct or indirect participation, have an underlying common feature: the child concerned is, at the very least, a potential target. The decisive factor, therefore, in deciding if an 'indirect' role is to be treated as active participation in hostilities is whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target.")

* Nota de la traductora: elemento subjetivo es la traducción que se ofrece del término "mental element". El autor mismo lo ha descrito como "el dolo, sin elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y sin conciencia de la antijuridicidad." (AMBOS, 2006, La parte general, p. 434).

¹⁵⁸ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 1358.

¹⁵⁹ *Ibid.*, para. 1351 ("The accused and his co-perpetrators agreed to, and participated in, a common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri. This resulted, in the ordinary course of events, in the conscription and enlistment of boys and girls under the age of 15, and their use to participate actively in hostilities."). La Sala también concluye que durante el período relevante (inicios de setiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003) "a significant number of high-ranking members of the UPC/ FPLC [Lubanga's organization] and other personnel conducted a large-scale recruitment exercise directed at young people, including children under the age of 15, whether voluntarily or by coercion" (para. 1354). Esto fue "the result of the implementation of the common plan to build an army" (para. 1355). Los niños fueron utilizados "to participate actively in hostilities, including during battles. They were also used, during the relevant period, as soldiers and as bodyguards for senior officials, including the accused" (para. 1355). Como presidente de la UPC/FPLC, Lubanga ejerció "an overall coordinating role" y estaba "closely involved" en las decisiones de reclutamiento y "personally used children [...] amongst his

La Sala confirmó la decisión de confirmación de cargos de la SCP;¹⁶⁰ el magistrado Fulford emitió una opinión disidente en cuanto a este aspecto¹⁶¹ pero la mayoría de la Sala (los magistrados Odio Benito y Blattmann), se apegaron a la interpretación de la SCP de la coautoría basada en la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaftslehre*).¹⁶² Dado que he analizado la posición de la SCP anteriormente¹⁶³ y que he dicho más que suficiente sobre la interpretación del artículo 25(3) y las teorías correspondientes en general,¹⁶⁴ no haré un relato de los argumentos de la Sala aquí sino que inmediatamente pasaré a aquellas consideraciones que encuentro particularmente problemáticas o relevantes para los casos futuros, tomando en cuenta, por supuesto, las interesantes consideraciones del magistrado Fulford. Me referiré, por un lado, a los requisitos objetivos de la coautoría y a las cuestiones teóricas y estructurales sobre las cuales se basa el sistema del artículo 25(3); por el otro, discutiré el elemento subjetivo en la coautoría.

5.1. Requisitos objetivos de la coautoría, dominio del hecho y el sistema del artículo 25(3)

Respecto de la naturaleza del plan común, es controversial si el plan mismo debe ser "intrínsecamente criminal"¹⁶⁵ o si basta si incluye un "elemento de criminalidad".¹⁶⁶

bodyguards", es decir, hizo "essential" contribuciones al plan común (para. 1356). Él "acted with the intent and knowledge necessary" en el sentido del artículo 30 (para. 1357).

¹⁶⁰ *Confirmation Decision*, supra nota 96, paras. 317-48 (responsabilidad penal, en particular coautoría) y paras. 349-67 (requisitos subjetivos); para una discusión véase AMBOS, en KLP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, pp. 744-8.

¹⁶¹ ICC-T.Ch. I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, de 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), paras. 22-35 (anexada al fallo)(en adelante "Fulford Dissent").

¹⁶² *Judgment*, supra nota 6, paras. 976-1018 (véase también paras. 918-33 en donde la Sala presenta el punto de vista de la SCP de manera sistemática).

¹⁶³ AMBOS, en KLP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, pp. 744-8.

¹⁶⁴ Véase en inglés AMBOS, «Article 25. Individual criminal responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2008, p. 743 y siguientes; en castellano véase, entre otras, mi *La parte general del derecho penal internacional*, 2da. ed., 2006, 169 ss..

¹⁶⁵ Esta fue la posición de la defensa. Véase *Judgment*, supra nota 6, paras. 955, 983 ("intrinsically criminal").

La Sala adoptó la última posición, básicamente siguiendo a la SCP, pero requiriendo "un elemento crítico de criminalidad" "como mínimo", es decir, la implementación del plan deberá incluir "un riesgo suficiente de que, si los acontecimientos siguen su curso normal, un crimen será cometido".¹⁶⁷ La Sala se basa en "una lectura conjunta de los artículos 25(3)(a) y 30"¹⁶⁸ para sustentar esta posición pero no queda claro exactamente lo que quiere decir con eso. Por un lado, la Sala pretende "establecer el alcance estatutorio" del requisito de contar con un plan, reflejándolo en el elemento subjetivo. Por el otro lado, la mencionada lectura conjunta "lleva a la conclusión de que la comisión del crimen en cuestión no tiene necesariamente que ser el objetivo último de los coautores."¹⁶⁹ Aunque estaría de acuerdo en que el plan, dado su estructura mixta (objetiva-subjetiva), siempre debe ser interpretado con un enfoque en la voluntad original de los coautores; es decir, en la decisión conjunta de cometer un crimen,¹⁷⁰ no veo como recurrir al elemento subjetivo ("la lectura conjunta") puede demostrar que el plan siempre contiene un objetivo superior que va más allá de la simple comisión del crimen. Ni siquiera estoy convencido de que un mero "elemento crítico de criminalidad" sea suficiente para un plan de coautores. Al fin y al cabo, no estamos hablando aquí de cualquier plan (como por ejemplo de ir de visita a Londres el próximo fin de semana) sino de un plan que forma la base de la comisión conjunta de un crimen y, como consecuencia, de la atribución mutua de las respectivas contribuciones de los coautores.¹⁷¹ Un plan como este no puede ser predominantemente no-criminal sino que al menos debe - eso sería mi "mínimo" - comprender más o menos los crímenes concretos que serán cometidos, sino no habría nada (en que se hayan puesto de

¹⁶⁶ *Confirmation Decision*, supra nota 96, para. 344 ("element of criminality"). Véase también ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges*, de 16 de diciembre de 2011 (ICC-01/04-01/10-465), para. 291 (en adelante "Mbarushimana Confirmation")(respecto del artículo 25 (3)(d)); ICC-P.-T.Ch. II, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali, Decision on the confirmation of charges*, de 23 de enero de 2012 (ICC-01/09-02/11-382-RED), para. 399 y ICC-P.-T.Ch. II *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang, Decision on the confirmation of charges*, de 23 de enero de 2012 (ICC-01/09-01/11-373), para. 301.

¹⁶⁷ *Judgment*, supra nota 6, paras. 984, 987 ("a critical element of criminality")("as a minimum")("a sufficient risk that, if events follow the ordinary course, a crime will be committed.").

¹⁶⁸ *Ibid.*, para. 985 ("combined reading of Articles 25(3)(a) and 30").

¹⁶⁹ *Ibid.* ("to the conclusion that committing the crime in question does not need to be the overarching goal of the co-perpetrators.").

¹⁷⁰ Compárese con AMBOS, «Critical issues in the Bemba confirmation decision», *LJIL*, 22, 2009, pp. 715, 721.

¹⁷¹ Sobre el elemento crucial de la atribución mutua en la coautoría véase *infra* nota 189, junto con el texto principal.

acuerdo) que podría ser atribuido mutuamente.¹⁷² Quizás se podría sostener que la Sala comparte este punto de vista, basándonos en su – algo complicado – enunciado que dice que “el requisito del elemento subjetivo que el *plan* incluía la comisión del crimen será satisfecho si los coautores estaban conscientes de que en el curso ordinario de los acontecimientos, la implementación del plan tendría ese resultado.”¹⁷³ En cualquier caso, creo que este punto debería ser aclarado en la jurisprudencia futura de la Corte.

En cuanto a la *naturaleza de la contribución*, la Sala confirma la jurisprudencia general en el sentido de que esta debe ser *esencial*.¹⁷⁴ Esto no merecería la pena mencionarlo si la Sala no hubiera intentado ofrecer un mejor razonamiento para esta posición. En esencia, la *mayoría* se basa en la *estructura jerárquica de los modos de participación* del párrafo 3 del artículo 25 que indica las formas de intervención punible en el subpárrafo (a), en términos del nivel de responsabilidad de los autores y de la reprochabilidad de su conducta, que hace que prevalezcan sobre los otros modos (secundarios) de participación (sub-párrafos (b) a (d)).¹⁷⁵ En opinión de la mayoría, el bajar el umbral de la contribución esencial necesaria para el subpárrafo (a) tendría el efecto de “privar a la noción de responsabilidad primaria de su capacidad de expresar la reprochabilidad de aquellas personas que son los máximos responsables de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.”¹⁷⁶ La mayoría

¹⁷² La teoría del derecho penal nacional da por sentado de que el plan deberá incluir (más o menos) delitos en concreto, para el derecho alemán véase ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. t. II*, 2003, § 25 mn. 196; similarmente SCHÜNEMANN, «§ 25 Täterschaft», en LAUFHÜTTE ET AL. (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. t. I*, 12va. ed., 2007, § 25 nm. 176; JOECKS, «§ 25 Täterschaft», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. t. I*, 2da. ed., 2011, § 25 nm. 237; para el derecho inglés véase: SIMESTER ET AL., *Simester and Sullivan's Criminal Law – Theory and Doctrine*, 4ta. ed., 2010, p. 234 (“There must be [...] an agreement, or reciprocal understanding, between S and P to pursue crime A”); ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13va. ed., 2011, p. 218 (“... in the case of joint enterprise based on joint principalship, ... it is necessary for there to be an agreement to commit crime X and for a shared common purpose to commit crime X”); CARD, *Card, Cross and Jones Criminal Law*, 19na. ed., 2010, p. 783 (“A joint criminal venture exists where two (or more) people engage together with the common purpose that an offence be committed.”) (italics in original, underlining added). (La bastardilla es del original, el énfasis es mío).

¹⁷³ *Judgment*, supra nota 6, para. 986 (La bastardilla es mía) (“the mental requirement that the common plan included the commission of a crime [sic!] will be satisfied if the co-perpetrators knew that, in the ordinary course of events, implementing the plan will lead to that result.”).

¹⁷⁴ *Ibid.*, paras. 999, 1006 (con referencias detalladas en la nota al pie de página 2705).

¹⁷⁵ *Ibid.*, para. 999.

¹⁷⁶ *Ibid.* (“deprive the notion of principal liability of its capacity to express the blameworthiness of those persons who are the most responsible for the most serious crimes of international concern.”).

encuentra fundamento concreto para su posición en la diferenciación implícita de la valoración de las diferentes formas de intervención, en particular en el requisito de contribución del subpárrafo (a) en contraste con el del (c)¹⁷⁷ y con el del (d);¹⁷⁸ en la limitación exclusiva de la responsabilidad por tentativa de acuerdo con el subpárrafo (f) a aquellas personas que “cometan” (es decir, a los autores de conformidad con el subpárrafo (a));¹⁷⁹ y en la dependencia (fáctica) en la que se encuentra la participación secundaria respecto de la participación primaria como se denota en la referencia a la tentativa de los subpárrafos (b) y (c).¹⁸⁰

El magistrado Fulford toma una posición radicalmente diferente, alegando que las diferentes formas de intervención punible del artículo 25(3) no se pueden distinguir claramente¹⁸¹ y que tampoco existe una jerarquía entre ellas.¹⁸² Además pone en duda que “las distinciones rígidas” sean de ayuda para la Corte, en particular porque no tienen ningún impacto en la determinación de la pena.¹⁸³ En cuanto al calificativo “esencial”, Fulford sostiene que este no tiene fundamento en la formulación del subpárrafo (a), en particular porque no hay requisito especial de causalidad.¹⁸⁴ Por ende, es suficiente “que la persona haya contribuido a la comisión del crimen cometiéndolo por sí sola o con otros”,¹⁸⁵ y que la contribución esté directa o

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 997 (“If accessories must have had ‘a substantial effect on the commission of the crime’ to be held liable, then co-perpetrators must have had, pursuant to a systematic reading of this provision, more than a substantial effect.” La nota al pie de página ha sido omitida).

¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 996 (“... systematic reading of these provisions leads to the conclusion that the contribution of the co-perpetrator who ‘commits’ a crime is necessarily of greater significance than that of an individual who ‘contributes in any other way to the commission’ of a crime...”).

¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 998 (“Only those individuals who attempt ‘to commit’ a crime, as opposed to those who participate in a crime committed by someone else, can be held liable under that provision.”).

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 998 (“The same conclusion is supported by the plain language of Articles 25(3)(b) and (c), which require for secondary liability that the perpetrator at least attempt to commit the crime. As such, secondary liability is dependent on whether the perpetrator acts.”) Lo mismo es cierto para el subsección (d) que se refiere “the commission or attempted commission of such a crime...”.

¹⁸¹ *Fulford Dissent*, supra nota 161, para. 7 (“... often be indistinguishable in their application vis-à-vis a particular situation, and by creating a clear degree of crossover between the various modes of liability, Article 25(3) covers all eventualities. ... not intended to be mutually exclusive.”).

¹⁸² *Ibid.*, para. 8 (refiriéndose en particular a las subsecciones (a) la tercera alternativa (“through another person”) versus (b) y las subsecciones (c) a (d)).

¹⁸³ *Ibid.*, para. 9 (“rigorous distinctions”).

¹⁸⁴ *Ibid.*, para. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.* (“that the individual contributed to the crime by committing it with another or others”).

indirectamente vinculada con el crimen.¹⁸⁶ Esto también “evita una investigación hipotética respecto de cómo los acontecimientos se hubieran desarrollado si el acusado no hubiera estado involucrado.”¹⁸⁷

Antes de tomar partido en esta controversia, vale la pena mencionar que existe acuerdo dentro de la Sala¹⁸⁸ y generalmente en la jurisprudencia y la doctrina¹⁸⁹ de que la comisión coordinada o colectiva de los coautores de un delito, de conformidad con un plan o acuerdo común, conlleva una *atribución mutua* de las respectivas contribuciones. Como consecuencia, un coautor *no necesita participar directa y personalmente* en la ejecución del crimen, en particular, *no necesita estar físicamente presente* en la escena del crimen; más bien, las contribuciones físicas de los otros coautores le podrán ser imputadas.¹⁹⁰ Sin embargo, aquí también hay una diferencia de fondo entre el abordaje de la mayoría y el del magistrado Fulford. Mientras que los argumentos y la interpretación de la mayoría respecto de la coautoría se basan en la *teoría del dominio del hecho*,¹⁹¹ Fulford la rechaza¹⁹² y hace su interpretación de conformidad con una lectura del sentido ordinario del texto del artículo 25(3)(a).¹⁹³ Por lo tanto, el desacuerdo entre la mayoría y Fulford en realidad va más allá de la mera interpretación de un elemento definitorio de un modo de responsabilidad (contribución)

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 16, letra c (“A contribution to the crime, which may be direct or indirect, provided either way there is a causal link between the individual’s contribution and the crime”).

¹⁸⁷ *Ibid.*, para. 17 (“avoids a hypothetical investigation as to how events might have unfolded without the accused’s involvement.”).

¹⁸⁸ *Judgment*, *supra* nota 6, para. 994 y *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, para. 16.

¹⁸⁹ Compárese con AMBOS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2008, nm. 8, 9a; AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, pp. 744-6 (comentando la decisión de la SCP), ambos con más referencias.

¹⁹⁰ *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 1003-5 y *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, paras. 12, 15. Contrariamente (“personal and direct participation”) la posición de la defensa *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 949, 1002.

¹⁹¹ *Judgment*, *supra* nota 6, 2012, paras. 1003-5. Más precisamente, la SCP se basó en la teoría de “functional control over the act” (funktionelle Tatherrschaft), véase *Confirmation Decision*, *supra* nota 96, paras. 330-4, 342; AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, p. 745.

¹⁹² *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, paras. 10-12.

¹⁹³ *Ibid.*, paras. 12 (“plain reading of Article 25(3)(a)”, “unnecessary to invoke the control of the crime theory”, para. 13 (“Court’s approach to this issue should be rooted in the plain text of the Statute”), para. 16.

y más bien se refiere a una *cuestión de principio*, a saber, ¿cuánta teoría jurídica puede aguantar el derecho penal internacional? (en este caso el derecho de la responsabilidad penal), o, dicho de manera más positiva, ¿cuánta necesita? Aparentemente, Fulford adopta una interpretación muy pragmática y, desde el punto de vista práctico, aparentemente razonable: esencialmente interpreta el derecho aplicable basado en el sentido ordinario del texto de las disposiciones y recurre a (cualquier) teoría jurídica únicamente como último recurso.¹⁹⁴ De hecho, Fulford no rechaza la teoría del dominio del hecho basado en una discusión sustantiva de sus méritos y deficiencias¹⁹⁵ (como en efecto lo hace una parte importante de la doctrina)¹⁹⁶ sino más bien, si se toman sus consideraciones al pie de la letra, la rechaza debido a sus orígenes alemanes y a la falta de fundamento de la misma en el Estatuto.¹⁹⁷ Ambos argumentos no son convincentes. El primero por la razón bastante evidente y ciertamente también compartida por Fulford, de que la validez de una posición moral o teórica no depende de su origen geográfico o autoría sino más bien de la valoración sustancial de sus factores normativos y prácticos¹⁹⁸ los cuales, como mencioné anteriormente, no son abordados por Fulford. Consecuentemente, y esto nos lleva a su segundo argumento (el cual está relacionado), una teoría no se limita por razones geográficas o culturales, su alcance

¹⁹⁴ Véase para un ejemplo, las citas *supra* nota 193.

¹⁹⁵ Hay un poco de debate sustancial en la nota al pie de página 20 (*Fulford Dissent*, *supra* nota 161, para. 10) en donde Fulford pretende haber descubierto una modificación por parte de la SCP de la teoría de Roxin. Sin embargo, primero que todo, Fulford solo cita aquí unas pocas páginas (280-5) de *Täterschaft und Tatherrschaft* de Claus Roxin, un libro de más de 820 páginas (en su 8va. ed. de 2006; Fulford cita la 6ta. ed. de 1994), y estas páginas sólo se refieren a la teoría del “functional control over the act”, es decir, a la teoría que está a la base del concepto de Roxin de coautoría (*Mittäterschaft*) y que a la vez se basa en la teoría “control over the act” que Fulford de hecho rechaza. Segundo, Fulford pasa por alto que el “frustration standard” aplicado (inter alia) por la SCP no es nada más que una consecuencia de la teoría del “functional control over the act” adoptada por la SCP (*supra* nota 191), y como tal un criterio clave del concepto de Roxin de la *Mittäterschaft* (véase únicamente ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. t. II*, 2003, § 25 nm. 188). Tercero, en cuanto a la aplicación o no del dolo eventual, Fulford ignora que Roxin solo aplica - al igual que la Sala y que el Fulford mismo - el dolo general del *Strafgesetzbuch* alemán (§ 16) - al igual que la Sala y Fulford aplican el artículo 30 - pero la redacción y la interpretación de estas dos disposiciones es diferente (en la página 285 de *Täterschaft*, citado por Fulford, Roxin solo habla del “gemeinsamen Tatenschluß” (decisión conjunta de cometer el hecho) pero no elemento subjetivo en general).

¹⁹⁶ Véase *infra* nota 209.

¹⁹⁷ *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, paras. 10-12.

¹⁹⁸ Compárese con MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2010, pp. 331, 340.

depende meramente de la fuerza y eficacia que tenga para convencer.¹⁹⁹ Si es lo suficientemente convincente, podrá ser acogida en varias jurisdicciones (como en efecto lo ha sido la teoría del dominio del hecho)²⁰⁰ y eventualmente también podría ser considerada como un principio general del derecho en el sentido del artículo 21(1)(c). En cualquier caso, observando más de cerca la esencia del argumento de Fulford, queda claro que su rechazo de la teoría proviene de una "lectura del sentido ordinario" del Estatuto, extremadamente positivista, que hace que cualquier teoría sea superflua para la interpretación del mismo. Fulford confía demasiado en el significado "ordinario" del texto legal. El derecho no es una ciencia natural que pueda ser abordada de una manera completamente empírica-naturalista. Los textos legales están repletos de términos altamente normativos y solo por esta razón es necesario entrar en consideraciones teóricas para dilucidar el significado más convincente y razonable.²⁰¹ Hablando en términos más concretos, Fulford considera la teoría del dominio del hecho (al igual que cualquier otra teoría) irrelevante porque rechaza las dos razones aducidas por la SCP a favor de la teoría, a saber, "la necesidad percibida de establecer una línea divisoria clara entre los varios modos de responsabilidad del artículo 25(3)(a)-(d)",²⁰² y la necesidad de establecer la responsabilidad primaria de aquellas personas que no están

¹⁹⁹ De hecho, nadie alegaría seriamente, por ejemplo, que la teoría de la relatividad de Einstein solo es aplicable en Suiza debido a que fue principalmente el fruto de los años de Einstein en Suiza.

²⁰⁰ Véase por ejemplo, sobre su influencia más allá de Alemania SCHÜNEMANN, «Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? - Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren», en HEINRICH ET AL. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, pp. 799-800; sobre la extensiva influencia de la *Organisationsherrschaftslehre*, en particular en el mundo de habla hispana y portuguesa véase MUÑOZ-CONDE/OLÁSULO, «The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain», *JICJ*, 9, 2011, pp. 113-135.

²⁰¹ Este punto metodológico fue hecho recientemente por el Tribunal Especial para el Líbano en su importante decisión en apelación sobre el crimen (internacional) de terrorismo, lamentablemente fue también la última decisión del magistrado Antonio Cassese (STL, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, de 16 de febrero de 2011 (STL-11-01/I/AC/R176bis), paras. 19-21, 29-30, 37); véase para una discusión con más referencias AMBOS, «Judicial creativity at the Special tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law», *LJIL*, 24, 2011, pp. 657-9). Sobre la doctrina como una "residual third source" del derecho, véase recientemente FLETCHER, «New Court, Old Dogmatik» *LJIL*, 9, 2011, p. 180 y en más detalle FLETCHER, «Truth in Codification», *University of California Davis Law Rev.*, 31, 1998, pp. 746, 750.

²⁰² *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, para. 6 ("the perceived necessity to establish a clear dividing line between the various forms of liability under Article 25(3)(a)-(d)").

presentes en la escena del crimen.²⁰³ Me parece, sin embargo, que en ambos casos la SCP y la mayoría de la Sala tienen razón.

Respecto de la *estructura jerárquica del artículo 25(3)*, Fulford ignora la decisión expresa de los redactores del Estatuto de abandonar el modelo unitario de autor, tal y como este es usado por los tribunales ad-hoc, a favor de un sistema más diferenciador el cual pretende, al menos conceptualmente, distinguir entre las distintas formas de intervención desde el nivel de distribución de responsabilidad (nivel de imputación).²⁰⁴ La diferenciación conlleva la necesidad - no solo "percibida", sino muy real - de desarrollar algunos lineamientos teóricos para delimitar los diferentes modos de participación del artículo 25(3). El hecho de que estos modos de participación podrían coincidir en parte²⁰⁵ es la razón por la cual la doctrina, en los sistemas jurídicos con un modelo diferenciador - y hasta en aquellos con un modelo unitario, como por ejemplo la jurisdicción inglesa²⁰⁶ - de la cual proviene el magistrado Fulford -, intenta desarrollar teorías de delimitación para evitar este traslape en la mayor medida posible. En otras palabras, la decisión de contar con un Estatuto que diferencia entre las formas de participación demanda alguna fundamentación teórica que justifique esta diferenciación. En este contexto, es importante mencionar que los esfuerzos constantes por mejorar las teorías existentes o para desarrollar teorías alternativas son guiados por la profunda convicción de que la diferenciación entre las diferentes formas de intervención desde el nivel de la imputación y la consiguiente elección de un modo

²⁰³ *Ibid.*, para. 12.

²⁰⁴ Compárese con AMBOS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2008, nm. 2. Por esta razón, no queda claro por qué DUBBER, «Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis», *JICJ*, 5, 2007, pp. 977, en la p. 1000 sostiene sin mayores argumentos, que "the American approach [on complicity] would appear to be a better fit" con el artículo 25(3).

²⁰⁵ Fulford, tal y como es citado *supra* nota 181. De paso agrego que Fulford (*supra* nota 161, para. 8) sólo compara las subsecciones (a) vs. (b) y (c) vs. (d), véase *supra* notas 177 y 178.

²⁰⁶ En el derecho penal inglés, la doctrina ha discutido por muchos años las diferentes formas de participación, distinguiendo, en particular, entre la responsabilidad primaria y secundaria/accesoria/derivada, véase por ejemplo WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, 1953, pp. 175-237 (responsabilidad primaria v. accesoria); ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 2011, pp. 184-245 (delincuente principal v. participación secundaria); ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 6ta. ed., 2009, pp. 403-36 (principales v. accesorios); CARD, *Card, Cross and Jones Criminal Law*, 2010, pp. 765-814 (autores v. cómplices); SIMESTER ET AL., *Simester and Sullivan's Criminal Law - Theory and Doctrine*, 2010, pp. 203-62 (p. 205 explicando los "modes of participation"); véase también WILSON, *Central issues in criminal theory*, 2002, pp. 95-223 (participación secundaria).

“correcto” de imputación contribuye a un sistema de justicia penal más justo, es decir, no están, como lo sugiere Fulford,²⁰⁷ meramente orientados a la determinación de la pena.²⁰⁸ Todo esto, por supuesto, no significa que la teoría del control del dominio del hecho deba ser adoptada. De hecho, esta teoría ha sido ampliamente criticado en su país de origen y se han desarrollado teorías alternativas a la misma.²⁰⁹ Por esta razón, la única manera de avanzar dentro del marco del Estatuto de la CPI es con un debate informado sobre estas teorías (alternativas) en lugar de con un rechazo completo de la única teoría existente hasta el momento. De hecho, el abordaje de Fulford implica el abandono del sistema diferenciador del Estatuto y el regreso a un sistema unitario puro. Aunque esto ciertamente podría ser propuesto en obras de índole académica *de lege ferenda* (como lo demuestra recientemente Stewart),²¹⁰ una propuesta de este tipo no es

del dominio de los magistrados de la Corte sino que debe ser decidida por los estados partes.

La ventaja de contar con la teoría del dominio del hecho (u otra teoría) en lugar de recurrir únicamente a la “lectura del sentido ordinario” del Estatuto es, como lo demuestra la segunda justificación ofrecida por la SCP, que logra explicar convincentemente porqué la *presencia física* en la escena del crimen no es necesaria.²¹¹ Para Fulford, esto se deriva, sin más, del texto del Estatuto “ya que el verbo ‘cometer’ requiere una contribución y no se indica en ninguna parte del Estatuto que esta ‘contribución’ tiene que consistir en la intervención directa y física en la fase ejecutoria del crimen...”.²¹² Ciertamente esta interpretación es convincente, pero del sentido ordinario del texto, como normalmente suele ser el caso con las leyes penales, no se puede concluir de forma concluyente el significado de la palabra “cometer” en el contexto del subpárrafo (a), y mucho menos la naturaleza de la contribución. En realidad, el término “contribución” ni siquiera aparece en el texto (solo en el subpárrafo (d)) y su reconocimiento como un elemento de la coautoría es, por sí mismo, el producto de un ejercicio teórico, es decir, está basado en teorías de interpretación que van más allá del sentido ordinario. Por lo tanto, a la luz del “sentido ordinario” del texto del Estatuto, no es sorprendente que la interpretación de Fulford no alcance explicar porqué la contribución de la persona ausente es suficiente para establecer su responsabilidad penal en condición de coautor. Se necesita una teoría para poder explicar esto y la teoría del dominio del hecho otorga una explicación convincente, o por lo menos plausible.²¹³ Esta teoría propone un concepto normativo de control que ofrece diferentes explicaciones de cómo se puede ejercer control aún en ausencia de un

²⁰⁷ Fulford Dissent, *supra* nota 161, paras. 9, 11. De paso agrego que el relato que Fulford hace del sistema alemán (para. 11 con la nota al pie de página 21) es erróneo ya que únicamente en cuanto a “aiding” a la comisión del crimen (Strafgesetzbuch, Beihilfe, § 27; una traducción al inglés elaborada por Michael Bohlander se encuentra disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html) (última visita: 21 de mayo de 2012) se dispone que la atenuación de la pena depende de la forma de participación, es decir, los límites superiores e inferiores de la pena no se determinan, generalmente y como es sugerido por Fulford, por el modo de participación. La razón de esto es que el derecho penal alemán, como se explica en el texto, aplica una diferenciación desde el nivel de la imputación, por razones de principio.

²⁰⁸ Véase Regla 145(1) RPP.

²⁰⁹ Véase, por ejemplo, recientemente VEST, *Völkerrechtsverbrecher Verfolgen*, 2011, pp. 351, 359 prefiriendo el concepto de *Tatmacht* (poder sobre el hecho) en lugar de *Tatherrschaft* (dominio del hecho); véase también la referencias en AMBOS, «The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus», *JICJ*, 9, 2011, pp. 147-8 y las notas al pie de página 59, 60 (con un enfoque sobre el dominio del hecho en virtud de un aparato de poder organizado); SCHÜNEMANN, en HEINRICH ET AL. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, p. 802 observa una pérdida de influencia de la teoría alemana; análisis crítico reciente sobre la *Organisationsherrschaftslehre* WEIGEND, «Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept», *JICJ*, 9, 2011, pp. 100-1.

²¹⁰ STEWART, «The End of “Modes of Liability” for International Crimes», *Leiden J. Int'l L.*, 2:5, 2012, p. 165 (argumentando, sin embargo, basado en algunas suposiciones incorrectas o imprecisas [la más importante la suposición de “Hitler-as-accomplice”, p. 167, la cual permea todo el artículo], tomando como ejemplo el sistema austríaco como su modelo de un sistema unitario [p. 205; aparentemente, a pesar de la nota al pie de página 194, sin aprehender completamente su orientación funcional unitaria similar a la del artículo 25] y lo más importante, sin tampoco ofrecer un análisis del artículo 25 [aparentemente suponiendo que se basa en un sistema diferenciador] ni desarrollar en más detalle su “teoría” [alternativa]).

²¹¹ Véase *supra* nota 190.

²¹² Fulford Dissent, *supra* nota 161, para. 15 (“the verb ‘commits’ requires a contribution’ and it is nowhere said in the Statute that this ‘contribution must involve direct, physical participation at the execution stage of the crime ...”).

²¹³ Esta es la razón por la cual el requisito de no-presencia no causa prácticamente ninguna controversia en Alemania (JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, p. 680; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. t. II*, 2003, § 25 mn. 184), pero no así en Inglaterra. Ahí, normalmente se requiere que los dos coautores “together...satisfy the definition of the substantive offence”, “each of them by his own act” contribuyan “to the causation of the conduct element of the offence, if all their acts together fulfill all the conduct elements...” (ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2009, p. 404) o “each with the relevant mens rea does distinct acts which together constitute the sufficient act for the actus reus of an offence” (CARD, *Card, Cross and Jones Criminal Law*, 2010, p. 766). Por ende, la pregunta es si el respectivo cumplimiento de los elementos del tipo requiere presencia. De conformidad con Card, en la obra citada, eso parece ser un requisito bajo el derecho australiano.

potencial coautor, por ejemplo, al dirigir la ejecución del crimen a distancia con medio técnicos o manteniendo el control como dueño de un plan criminal que es ejecutado meticulosamente. En otras palabras, la ausencia física de un coautor puede ser suplida por su contribución psicológica o intelectual superior que incluso puede ser previa a la comisión misma del crimen.²¹⁴

La posición (correcta) de que el artículo 25(3) establece un sistema jerárquico de tipos de intervención punible y, en particular, de que el autor en el sentido del subpárrafo (a) carga con una responsabilidad y reprochabilidad especial,²¹⁵ prueba que la contribución de un autor tiene que ser mayor a la contribución de un partícipe secundario de conformidad con los subpárrafos (b)-(d). Esto es menos evidente respecto del subpárrafo (b) - aquí Fulford tiene razón²¹⁶ - especialmente en cuanto a que "ordenar", según mi punto de vista, pertenece estructural y sistemáticamente al subpárrafo (a),²¹⁷ pero sí lo es respecto de las formas clásicas de intervención punible de los subpárrafos (c) y (d). Como consecuencia, se debe encontrar algún calificativo que exprese, sin ambigüedades, el mayor peso de la contribución del autor, en comparación con la del partícipe secundario (*accessory*); más concretamente, la contribución tiene que ser más que "sustancial" en vista de que este calificativo ya ha sido usado por los tribunales ad-hoc para la contribución del cómplice (*aider and abettor*).²¹⁸ No puedo pensar en un mejor calificativo que "esencial" el cual, por supuesto, tendrá que ser refinado por medio de la jurisprudencia. En cualquier caso, la fórmula de Fulford, que meramente requiere una contribución "al crimen" y un "vínculo causal entre la contribución del individuo y el crimen"²¹⁹ es demasiado amplia

²¹⁴ Sin embargo, esto es controversial en la teoría nacional, véase ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I*, 2003, § 25 nn. 198-218; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, p. 680; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6ta. ed., 2011, § 12 nn. 90-4.

²¹⁵ Véase *supra* nota 175 y en el texto.

²¹⁶ *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, para. 8 y *supra* en la nota 205. Fulford, *ibid.*, tiene un buen punto cuando cuestiona la diferencia sustancial entre los subpárrafos (c) y (d) (véase respecto de este asunto mi comentario (de próxima aparición) al artículo 25, nm. 25, en la nueva edición de Triffterer en cuanto al nuevo estándar introducido por la Decisión de confirmación de Mbarushimana, *Mbarushimana Confirmation*, *supra* nota 166, para. 283), pero eso no viene al caso respecto de la comparación pertinente que se hace entre los subpárrafos (a) respecto de (b) y (d).

²¹⁷ AMBOS, «Article 25. Individual criminal responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2008, nm. 14.

²¹⁸ *Ibid.*, nm. 17; ICC-T.Ch. I, *Judgment*, *supra* nota 6, para. 997.

²¹⁹ Véase la citas *supra* en las notas 185 y 186 y en el texto ("to the crime")("causal link between the individual's contribution and the crime").

(se extiende fácilmente a la responsabilidad de los partícipes) y, además, poco precisa. Las fórmulas tan amplias de este tipo son difíciles de conciliar con el estándar alto de justicia y equidad que ha sido debidamente mantenido por Fulford en el proceso *Lubanga*.²²⁰ Por último pero no menos importante, Fulford no es coherente respecto del requisito de *causalidad*: por un lado, lo rechaza en relación con el estándar de "esencialidad" de la contribución²²¹ pero del otro, lo exige (como lo acabo de citar) como un vínculo causal general entre la contribución y el delito.²²² La última de estas dos posiciones en cuanto a la causalidad es evidentemente la correcta (la causalidad es un requisito básico e implícito de cualquier delito de resultado),²²³ pero Fulford interpreta a la causalidad como parte del estándar de esencialidad, pasando por alto que esta es otro producto de la estructura jerárquica del artículo 25(3) y de la resultante necesidad de graduar las diferentes formas de intervención.

5.2. El requisito subjetivo

La Sala propone el siguiente estándar:

- "(i) el acusado y al menos otro coautor tenían la intención de reclutar, alistar o usar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades o tenían conocimiento de que al implementar su plan común, esta consecuencia 'ocurriría en el curso ordinario de los acontecimientos'; y
- (ii) el acusado tenía conocimiento de que estaba proveyendo una contribución esencial a la implementación del plan común."²²⁴

²²⁰ Aparte de su abordaje estricto del artículo 54(3)(e) y el resultante asunto de la divulgación (*supra* nota 88 y en varias otros) el magistrado Fulford también invoca razones de justicia para no aplicar su estándar diferenciado al acusado (*Fulford Dissent*, *supra* nota 161, paras. 2, 19-21).

²²¹ *Fulford Dissent*, *supra* nota 161, para. 15.

²²² *Ibid.*, para. 16.

²²³ Compárese con FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 59-73.

²²⁴ *Ibid.*, para. 1013 ("(i) the accused and at least one other perpetrator meant to conscript, enlist or use children under the age of 15 to participate actively in hostilities or they were aware that in implementing their common plan this consequence 'will occur in the ordinary course of events'; and (ii) the accused was aware that he provided an essential contribution to the implementation of the common plan. ").

De conformidad con este estándar propuesto, la Sala, incluyendo a Fulford,²²⁵ solo aplica el artículo 30 al modo de coautoría²²⁶ y al crimen de guerra pertinente del artículo 8(2)(e)(vii). Además, abandona el requisito (por cierto controvertido) de “conocimiento sobre las circunstancias fácticas del dominio conjunto” (“awareness as to the factual circumstances of the joint control”).²²⁷ Estoy de acuerdo con esta manera de proceder en general y en particular respecto de este requisito tan controversial. Como he sostenido en otro lugar,²²⁸ este requisito exige demasiado del coautor, el cual (en contraste con el autor mediato), solo ejerce control sobre el crimen junto con los otros coautores, es decir, solo hay una forma horizontal (y no vertical) de control. No obstante, en cuanto a la aplicación general del artículo 30, en principio buena, el estándar propuesto por la Sala no deja claro cuáles partes de esta disposición se están aplicando en concreto. El artículo 30 distingue entre diferentes objetos de referencia (conducta, consecuencia y circunstancia) y define el elemento subjetivo de acuerdo a estos.²²⁹ Por esta razón, la Sala debería haber indicado cuáles objetos de referencia tenía en mente. Del texto del estándar, solo se puede inferir el término “consecuencia”, en la *segunda parte de la sección (i)*, el cual probablemente se refiere al artículo 30(2)(b) 2da. alternativa. No queda claro si la *primera parte de esta sección* (“tenían la intención de reclutar...”) es una aplicación del artículo 30(2)(a) o (b) 1era alternativa. Dado que se refiere a la conducta del artículo 8(2)(e)(vii), mi primera impresión es que

²²⁵ Fulford Dissent, *supra* nota 161, para. 17 letra d. (“Intent and knowledge as defined in Article 30 [...]”).

²²⁶ Véase también Judgment, *supra* nota 6, para. 1357 (“Lubanga acted with the intent and knowledge [...] required by Article 30”); véase *supra* nota 159.

²²⁷ Este requisito fue introducido por la SCP de Lubanga (Judgment, *supra* nota 6, para. 366), adoptado por la SCP de Bemba (ICC-P-T. Ch. II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, de 15 de junio de 2009 (ICC-01/05-01/08-424), para. 351; en adelante “Bemba Confirmation”), pero implícitamente rechazado por la SCP de Katanga/Chui (ICC-P-T. Ch. I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges, de 30 de setiembre de 2008 (ICC-01/04-01/07-717), paras. 534-5). El Judgment, *supra* nota 6, solamente lo cita en el para. 1008.

²²⁸ AMBOS, LJIL, 2009, pp. 719-20 (en español en Revista Penal, España, t. 25, enero 2010, pp. 12-21).

²²⁹ Véase la importante obra al respecto CLARK, «The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences», CLF, 12, 2001, pp. 291, especialmente. 305-7; véase también AMBOS, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2da. ed., 2004, pp. 762-72; el mismo, La parte general del derecho penal internacional, 2da. ed., 2006, pp. 389-99. Para una aplicación concreta de los crímenes véase AMBOS, «Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes», en VOHRAH ET AL. (eds.), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese, 2003, p. 11.

se refiere al artículo 30(2)(a) pero esta interpretación entra en conflicto con la conjunción disyuntiva “o” que únicamente aparece en el artículo 30(2)(b). Puesto diferentemente, una lectura alternativa de la sección (i), como se infiere tácitamente por la conjunción “o”, hace imposible una aplicación del artículo 30(2)(a) ya que los subpárrafos (a) y (b) son requisitos acumulativos para los respectivos objetos de referencia. Otro estándar alternativo (“o”) es ofrecido por el artículo 30(3) pero se refiere, respectivamente, a la circunstancia o a la consecuencia, es decir, no puede ser aplicado a la conducta. Tampoco queda claro a cuál parte del artículo 30 se refiere la sección (ii) dado que utiliza un estándar de conocimiento que solo es aplicable a la consecuencia (artículo 30(2)(b) 2da. alternativa) o a la circunstancia (artículo 30(3) 1era. alternativa). Pero, ¿no pertenece la contribución del coautor al plan común a la descripción de la conducta de la coautoría? Ciertamente no es ni una consecuencia (resultado)²³⁰ ni una circunstancia (hechos pertinentes que conciernen la definición del delito,²³¹ como por ejemplo la edad del niño soldado, la cual abordaré en un momento).

La Sala correctamente excluye el dolo eventual²³² siguiendo a la SCP en el caso Bemba.²³³ Le agrega peso a esta posición al no solo referirse a los travaux sino también al inferirlo de la formulación del artículo 30(2)(b) que dispone “se producirá” y no únicamente “se podría producir”.²³⁴ Para la Sala, este estándar de conocimiento²³⁵ se fundamenta, en mis propias palabras,²³⁶ en un diagnóstico de riesgo del respectivo

²³⁰ Compárese con CLARK, CLF, 2001, p. 291.

²³¹ Véase por ejemplo WILLIAMS, Textbook of Criminal Law, 2da. ed., 1983, p. 115.

²³² Judgment, *supra* nota 6, para. 1011.

²³³ Bemba Confirmation, *supra* nota ;Error! Marcador no definido., paras. 364-9.

²³⁴ Judgment, *supra* nota 6, para. 1011. De paso anoto que ya formulé este argumento en (AMBOS, «General Principles of Law in the Rome Statute», CLF, 10, 1999, pp. 21-22, sin embargo, tomó mucho tiempo hasta que la Corte tomara conciencia del mismo (la Sala cita un estudio muy útil de 2010 de la Oficina de Investigaciones de Crímenes de Guerra (War Crimes Research Office) de American University en la nota al pie de página 2723, el cual, por su parte, se basa en otras fuentes, véase p. 70 con la nota al pie de página 227).

²³⁵ Artículo 30(2)(b) 2da. alternativa: “person [...] is aware that it [the consequence] will occur in the ordinary course of events”. La cita de la Sala en el para. 1012 del fallo (Judgment, *supra* nota 6) es imprecisa.

²³⁶ Sin embargo, la redacción de la Sala es poco elegante: “means that the participants anticipate, based on their knowledge of how events ordinarily develop, that the consequence will occur in the future” (Judgment, *supra* nota 6, para. 1012). Además, si “risk” es definido refiriéndose a “danger”, este último no es un estándar diferente como fue sugerido por la Sala (“inherent to the notions of ‘risk’ and ‘danger’”).

autor o participe de que su conducta podría conllevar ciertos efectos dañosos que resulten “del curso ordinario de los acontecimientos”: “en el momento en que los coautores se pongan de acuerdo en un plan común y durante su implementación, deberán tener conocimiento del riesgo de que la consecuencia se produzca.”²³⁷ El riesgo que se anticipa “debe incluir como un mínimo, el conocimiento” de que la consecuencia dañosa podría producirse, es decir, un “bajo riesgo no será suficiente.”²³⁸ El magistrado Fulford, aquí también, considera este cuestionamiento (teórico) en cuanto al significado del estándar de conocimiento como “poco útil” dado que “las palabras son sencillas y fáciles de entender, y es potencialmente confuso reformular o interpretar este test usando otras palabras.”²³⁹ De nuevo estoy en desacuerdo con Fulford. Hay que admitir que la primera parte de la explicación de este estándar por parte de la Sala no es muy claro y que podría dar pie a confusión²⁴⁰ pero, en principio, la explicación de estándares legales abstractos es necesaria y útil si se hace adecuadamente (el/la lector(a) podrá juzgar por él o ella misma si la reformulación de la explicación de la Sala le ayuda a comprender mejor el estándar pertinente). De nuevo, Fulford confía demasiado en el sentido “ordinario” del texto legal.²⁴¹

Por último, pero no menos importante, la Sala se refiere al asunto del estándar de conocimiento respecto del *requisito de edad* (niño menor de quince años) del artículo 8(2)(e)(vii).²⁴² Dado que, tal y como lo mencioné anteriormente, la edad de la víctima es una circunstancia en el sentido del artículo 30(3) 1era alternativa, el acusado deberá actuar con conocimiento, es decir, deberá saber la edad de la víctima sin lugar a dudas. No obstante, para el artículo 8(2)(e)(vii), los Elementos de los Crímenes permite un estándar menor “debería haber tenido conocimiento”²⁴³ y así hace surgir la duda de si,

²³⁷ *Judgment, supra* nota 6, para. 1012 (“in the ordinary course of events”)(“At the time the co-perpetrators agree on a common plan and throughout its implementation, they must know the existence of a risk that the consequence will occur.”).

²³⁸ *Ibid.* (“must be no less than awareness”)(“low risk will not be sufficient”).

²³⁹ *Fulford Dissent, supra* nota 161, para. 15 (“unhelpful”)(“ the words are plain and readily understandable, and it is potentially confusing to reformulate or to interpret this test using other words.”).

²⁴⁰ Véase *supra* nota 236.

²⁴¹ Véase *supra* nota 201 y en el texto.

²⁴² *Judgment, supra* nota 6, paras. 1014-5.

²⁴³ Elements of Crimes (ICC-ASP/1/3(part II-B), (disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm>) (última visita: 21 de mayo de 2012) (“should have known”).

primero, los Elementos pueden alterar la definición de un delito del Estatuto y, si así es, segundo, ¿qué significa “debería haber tenido conocimiento” en este contexto? La Sala no contesta estas preguntas ya que las partes (incluyendo la Fiscalía)²⁴⁴ solicitaron la aplicación del estándar más alto. Por ende, en la opinión de la Sala, “no es necesario abordar el caso de ninguna otra perspectiva y sería inapropiado decidir sobre estos asuntos en abstracto.”²⁴⁵ Este punto de vista no me convence. Primero que todo, bajo el régimen procesal del Estatuto de Roma, como lo expliqué anteriormente (*supra* 2.1. El rol de una sala de juicios), una Sala no queda obligada por las solicitudes de las partes. Aunque una Sala puede dejar la responsabilidad de la presentación de las pruebas en las manos de las partes, como efectivamente lo ha hecho esta,²⁴⁶ no está obligada a hacerlo ya que el procedimiento de la Corte no es puramente adversarial. En efecto, la Sala tiene amplios poderes en materia probatoria²⁴⁷ y puede, sin lugar a dudas, decidir cuestiones de derecho cuando lo considere apropiado. Hay que admitir que hay límites prácticos a esto y ciertamente no iría tan lejos como la magistrada Odio Benito que le solicita a la Sala que decida todas las otras cuestiones jurídicas relevantes “independientemente de la valoración de la prueba” y de los cargos concretos, en particular en vista de los intereses de las víctimas,²⁴⁸ ya que a la larga esto produciría una carga muy onerosa para una corte penal que, al fin y al cabo, no es ni una corte de derechos humanos ni una comisión de la verdad. Sin embargo, creo que la Sala debería haber decidido sobre *este* asunto por la simple razón de que la SCP lo había decidido en detrimento del acusado al invocar el estándar que reza “debería haber tenido conocimiento” de los Elementos y al argumentar que esto constituye una modificación permitida del artículo 30 a la luz de la formulación del mismo que indica “salvo disposición en contrario”.²⁴⁹ De este modo, la pregunta que debe ser contestada es la siguiente: ¿es una modificación del estándar del artículo 30 basada en una fuente ajena al Estatuto de Roma, en particular los Elementos, posible? La SCP decidió en la

²⁴⁴ *Judgment, supra* nota 6, paras. 942-4.

²⁴⁵ *Ibid.*, para. 1015; *Fulford Dissent, supra* nota 161, para. 16 (letra d) también quiere aplicar el estándar de conocimiento por razones de justicia. *In casu*, la Sala concluye que Lubanga estaba “fully aware” de la edad de los niños (*Judgment, supra* nota 6, paras. 1347-8) (“it is unnecessary to approach the case on any other basis, and it would be inappropriate to rule on these substantive issues in the abstract”).

²⁴⁶ Véase *supra* nota 45 y en el texto.

²⁴⁷ Véase *supra* nota 47 y en el *Judgment, supra* nota 6, para. 95 y en la nota al pie de página 224 como es citada *supra* nota 46.

²⁴⁸ *Odio Benito Dissent, supra* nota 21, paras. 6-8(6) (“independently of the evaluation of the evidence”).

²⁴⁹ *Confirmation Decision, supra* nota 96, paras. 330-4 (“unless otherwise provided”).

afirmativa sin entrar en análisis, es decir, evitó la pregunta (como lo hace ahora la Sala) de cómo el artículo 9(3), que clasifica a los Elementos como una fuente subsidiaria del derecho con rango inferior al Estatuto,²⁵⁰ y el artículo 21 (1)(a), que coloca al Estatuto, a los Elementos y a las Reglas en igualdad, pueden ser conciliados.²⁵¹ Dado que la SCP de Al-Bashir propuso un test de “contradicción irreconciliable” de conformidad con el cual el Estatuto prevalece sobre los Elementos o Reglas únicamente si existe una “contradicción irreconciliable” entre las respectivas normas²⁵² - una posición que, a mi parecer, no es compatible con el requisito de “compatibilidad” del artículo 9(3) - la Sala debería haber aprovechado la oportunidad para aclarar este asunto candente.

6. Comentarios finales

Aparte de los asuntos legales sustantivos que analicé en las secciones precedentes, el fallo tiene otras características que merecen unos breves comentarios. Primero que todo, llama la atención la medida en la cual la Sala se basa en gran parte en la decisión de confirmación de cargos de la SCP, va desde una citación extensiva de la misma, hasta la completa adopción del punto de vista de la SCP. Esto muestra que, por lo menos en este caso, el trabajo que se hace en la fase de confirmación no es en vano y que la decisión de confirmación no funciona únicamente como un filtro²⁵³ sino que también contribuye a la decisión final en cuanto a los cargos que confirma.

Un segundo comentario se refiere a la redacción y citación de las referencias de la Sala. En cuanto al primer asunto, ya he criticada arriba que la redacción en ocasiones es confusa.²⁵⁴ En otras secciones del fallo, la Sala parece ser poco sistemática y poco profunda y, en cuanto a la aplicación del derecho a los hechos, no siempre es completamente convincente. Como lo discutí anteriormente (*supra* 3. Naturaleza del conflicto armado), en particular no me convenció el tratamiento que la Sala hizo del

²⁵⁰ Compárese con AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 6 nm. 30 con más referencias.

²⁵¹ Críticamente AMBOS, en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, *The International Criminal Court 2005- 2007*, 2010, p. 747.

²⁵² ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Al Bashir*, de 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09-3), paras. 127-8 (“irreconcilable contradiction”).

²⁵³ Compárese con AMBOS/MILLER, *Int. Cr.L.Rev.*, 2007, pp. 347-8.

²⁵⁴ Véase, por ejemplo, *supra* nota 236.

derecho de los conflictos armados²⁵⁵ y de su valoración fáctica al rechazar, a mi parecer demasiado a la ligera, la existencia de un conflicto internacional/internacionalizado. Por otro lado, la manera tan transparente en que la Sala presenta las pruebas controversiales para que el lector se haga una idea de la complejidad del proceso de toma de decisiones *dentro* de la Sala respecto de este punto en particular, puede ser uno de los más grandes méritos del fallo. Para ser más claros: cualquiera que haya trabajado o que trabaje con un juez conoce por experiencia propia que el conjunto de pruebas y hechos rara vez produce una imagen clara de lo que realmente sucedió. Por esta razón, los jueces siempre quedan con algunas dudas. Es el mérito de la Sala haber compartido esta inseguridad con el lector, en lugar de, como suelen hacer muchas cortes, en especial las importantes, haber intentado esconderla. Con esto, el fallo contribuye a la transparencia²⁵⁶ y por lo menos en cuanto a este aspecto puede servir de modelo para fallos futuros.

Desafortunadamente, una justificación o explicación similar no puede ser dada para el pobre estándar de *citación de referencias* de la Sala. Aunque un fallo no sea un ejercicio académico, debe cumplir con ciertos estándares mínimos al citar las referencias. Por ejemplo, una regla básica que fue continuamente irrespetada por la Sala es que las obras colectivas (en especial el comentario de la CPI de Otto Triffterer) deben ser citadas haciendo referencia al autor responsable de la respectiva sección o artículo y no solo al editor(es) general(es).²⁵⁷ Otra regla es que las páginas relevantes de los artículos a los cuales se hace referencia deben ser indicados.²⁵⁸ Por último, pero no menos importante, las obras académicas deberían ser citadas en su idioma

²⁵⁵ *Judgment*, *supra* nota 6, paras. 523-42. La discusión es poco profunda y sistemática, en particular respecto del asunto crucial del impacto de la ocupación en la índole del conflicto armado y posible internacionalización del mismo debido a la participación de Uganda y Ruanda.

²⁵⁶ Véase también en cuanto a la inclusión de información confidencial “en la medida de lo posible” (“to the greatest extent possible”) *supra* nota 73 y en el texto.

²⁵⁷ Como sí lo hace, por ejemplo, respecto del comentario de Triffterer y de la colección de Lee sobre la CPI (véase, por ejemplo, las notas al pie de página 1628, 1635). Para ser justos, también se debe acotar que en la nota al pie de página 1646 sí cita correctamente a Jelena Pejić como autora en una colección editada por Elisabeth Wilmshurst.

²⁵⁸ La Sala, por ejemplo, ni siquiera cita la página inicial de los artículos de James Stewart, W. Michael Reisman y James Silk en la nota al pie de página 1640. Además, por error convierte el segundo nombre de Hans Peter Gasser a “Pieter” (aunque esto probablemente sea un simple error de ortografía).

original.²⁵⁹ De paso menciono que estos estándares deben ser observados de conformidad con el conocido "Libro de Autoridades" que se le provee a las partes en los procesos ante el TPIY. La Sala también podría aprender del TPIY y anexar una lista de las abreviaciones importantes al fallo. Para evitar malos entendidos: cumplir con ciertos estándares de redacción y citación de referencias no es un fin en sí mismo. La precisión en estas cuestiones de forma, la cual se refleja claramente en el trabajo y redacción académicos,²⁶⁰ normalmente corresponde a la precisión en las cuestiones de fondo. Lo contrario es igualmente cierto: la falta de precisión en las cuestiones de forma podrían reflejar imprecisiones en las cuestiones de fondo. Para evitar hasta la más mínima duda en cuanto a este aspecto, las Salas de la CPI deberán trabajar con mayor precisión.

Bibliografía citada

Dapo AKANDE (2012), "ICC delivers its first judgment: The Lubanga case and classification of conflicts in situations of occupation", *EJIL: Talk!* (disponible en: www.ejiltalk.org/icc-delivers-its-first-judgment-the-lubanga-case/).

Kai AMBOS (1999), "General Principles of Law in the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, 10, 1999, págs. 1-32. En español en *Actualidad Penal (España) 2000 (No. 44)*, 925-948.

- (2003), "International Criminal Procedure: 'adversarial', 'inquisitorial' or mixed?", *International Criminal Law Review*, 3, 2003, págs. 1-37. En español en *Revista General de Derecho Procesal IUSTEL*, núm.3 (2004), <http://www.iustel.com/revistas>.

²⁵⁹ Un problema que la Corte ciertamente no tiene es una carencia de capacidad en idiomas. Además de tener intérpretes, tiene letrados que provienen de una amplia gama de países diferentes, de sistemas legales distintos, y que dominan diferentes idiomas. Como lo muestra su jurisprudencia - y esto es algo positivo - la Corte no tiene problemas en citar fuentes escritas en los idiomas de los principales sistemas legales. Por eso, me pregunto por qué cita la traducción al español de mi obra sobre la parte general del derecho penal internacional en lugar de la versión original en idioma alemán (nota al pie de página 2706), en vista de que cita en otras partes del fallo una variedad de fuentes alemanas.

²⁶⁰ En donde el no citar ciertas las fuentes de donde se origina una idea podría resultar en un reproche de plagio.

- (2003), "Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes", en Lai C. VOHRAH ET AL. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, La Haya, págs. 11-40.
- (2004), *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2da. ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- (2006), *La parte general del derecho penal internacional*, 2da. ed., Fundación Konrad Adenauer/Temis, Montevideo/Bogotá (traducción E. Malarino).
- (2009), "Confidential Investigations (Art. 54(3)(e) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations", *New Criminal Law Review*, 12, 2009, págs. 543-568. En español en *Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho)*, 3era Época, no. 3 (2010), 179-208.
- (2009), "Critical issues in the Bemba confirmation decision", *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, págs. 715-726. En español en *Revista Penal (España) 25 (enero 2010)*, 12-21.
- (2009), "Vorbemerkung zu §§ 8 ff. VStGB", en Wolfgang JOECKS/Klaus MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 6/2. Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch, Beck, München, págs 620-649.
- (2010), "Commentary [on the Lubanga Confirmation Decision]", en André KLIP/ Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, t. 23, The International Criminal Court 2005- 2007, Intersentia, Amberes et al., págs. 736-748.
- (2011), "Defences in international criminal law", en Bartram S. BROWN (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Elgar, Cheltenham, págs. 299-332.
- (2011), "The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *Journal of International Criminal Justice*, 9, págs. 137-158. En

español en *Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho)*. 3era Época, no. 5 (2011), 229-272.

- (2011), *Internationales Strafrecht*, 3era ed., Beck, München.
- (2011), "Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law", *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, págs. 655-675. En español en *Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho)*. 3era Época, no. 7 (2012), 145-176.
- (2012), "Sexual offences in international criminal law", en Morten BERGSMO ET AL. (eds.), *Understanding and Proving International Sex Crimes*, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Oslo, págs. 291-314. En español en *Cuadernos de Política Criminal no. 107* (2012).

Kai AMBOS/Stefanie BOCK (2012), "Procedural Regimes", en Luc REYDAMS ET AL. (eds.), *International Prosecutors*, Oxford University Press, Oxford., págs. 488-541.

Kai AMBOS/María Laura BÖHM (2009), "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo", en Kai AMBOS (ed.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, GTZ, Bogotá, págs. 195-255.

Kai AMBOS/Dennis MILLER (2007), "Structure and function of the confirmation procedure before the ICC from a comparative perspective", *International Criminal Law Review*, 7, 2007, págs. 335-360.

Sara ANOUSHIRVANI (2010), "The Future of the International Criminal Court: The Long Road to Legitimacy Begins with the Trial of Thomas Lubanga Dyilo", *Pace International Law Review*, 22, 2010, págs. 213-239.

ASAMBLEA GENERAL, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 16 de diciembre de 2005, Resolución A/Res/60/147.

Andrew ASHWORTH (2009), *Principles of Criminal Law*, 6ta. ed., Oxford University Press, Oxford.

Stephanos BIBAS/William W. BURKE-WHITE (2010), "International Idealism Meets Domestic-Criminal-Procedure Realism", *Duke Law Journal*, 53, 2010, págs. 637-704.

Gideon BOAS (2007), *The Milošević Trial: Lessons for the Conduct of Complex International Proceedings*, Cambridge University Press, Cambridge.

Stefanie BOCK (2010), *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Duncker & Humboldt, Berlin.

Karin A. CALVO-GOLLER (2006), *The Trial Proceedings of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden.

Michele CAIANIELLO (2010), "Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?", *International Criminal Law Review*, 10, 2010, págs. 23-42.

Michael CARD (2010), *Card, Cross and Jones Criminal Law*, 19na. ed., Oxford University Press, Oxford.

Annalisa CIAMPI (2006), "The International Criminal Court", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 5, 2006, págs. 325-353.

Roger S. CLARK (2001), "The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences", *Criminal Law Forum*, 12, págs. 291-334.

Nancy A. COMBS (2011), "Evidence", en William A. SCHABAS/Nadia BERNAZ (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, págs. 323-334.

COMENTARIO DEL MAGISTRADO FULFORD, *The ICC's Emerging Practice: The Court at Five Years, Panel on Fairness and expeditiousness of ICC proceedings*, La Haya, 4 de octubre de 2007.

COMENTARIO DE LA MAGISTRADA VAN DER WYNGAERT, *Concluding Conference of the International Criminal Procedure Expert Framework, La Haya, 27-28 de octubre de 2011.*

Michael COTTIER (2008), "Article 8. War Crimes", en Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2da. ed., Beck et al. München et al.*

Sean DORAN (2000), "The Necessarily Expanding Role of the Criminal Trial Judge", en Sean DORAN/ John JACKSON (eds.), *The Judicial Role in Criminal Proceedings, Hart, Oxford, págs. 3-18.*

Markus D. DUBBER (2007), "Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis", *Journal of International Criminal Justice, 5, 2007, págs. 977-1001.*

John A. EPP (2001), *Building on the Decade of Disclosure in Criminal Procedure, Cavendish, Londres.*

George P. FLETCHER (1998), *Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, Oxford.*

– (1998), "Truth in Codification", *University of California Davis Law Review, 31, 1998, págs. 745-764.*

– (2011), "New Court, Old Dogmatik", *Leiden Journal of International Law, 9, 2011, págs. 179-190.*

Reinhold GALLMETZER (2009), "The Trial Chamber's Discretionary Power to Devise the Proceedings Before it and its Exercise in the Trial of Thomas Lubanga Dyilo", Carsten STAHN/Göran SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court, Nijhoff, Leiden, págs. 501-524.*

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ/ Luis CHIESA (2011), "Spain", en Kevin J. HELLER/ Markus D. DUBBER (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford Law Books, Stanford, págs. 488-530.*

Herman VON HEBEL/ Darryl ROBINSON (1999), "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en Roy S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results, 1999, Kluwer Law International, La Haya, págs. 79-126.*

Robert HEINSCH (2009), "How to Achieve Fair and Expeditious Trial Proceedings before the ICC: Is it Time for a More Judge-Dominated Approach?", en Carsten STAHN/Göran SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court, Nijhoff, Leiden, págs. 479-500.*

Jacqueline HODGSON (2005), *French Criminal Justice, Hart, Oxford.*

Jefferson L. INGRAM (2009), *Criminal Evidence, 10ma. ed., Anderson.*

Hans-Heinrich JESCHECK/ Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ta. ed., Duncker & Humblot, Berlin.*

Wolfgang JOECKS (2011), "§ 25 Täterschaft", en Wolfgang JOECKS/Klaus MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. t. I, 2da. ed., Beck, München, págs. 1138-1216.*

Rachel KATZMAN (2009), "The Non-Disclosure of Confidential Exculpatory Evidence and the Lubanga Proceedings: How the ICC Defense System Affects the Accused's Right to a Fair Trial", *Northwestern Journal of International Human Rights, 8, 2009, págs. 77-101.*

Karim A. A. KHAN/ Rodney DIXON (2009), *Archbold International Criminal Courts, 3era. ed., Sweet & Maxwell, Londres.*

David KOCIENIEWSKI (2007), "Scared Silent: In Witness Killing, Prosecutors Point to a Lawyer", *New York Times, 21 de diciembre de 2007, (disponible en: www.nytimes.com/2007/12/21/nyregion/21witness.html?pagewanted=all).*

Jenny KUPER (2006), "Bridging the gap: Military Training and International Accountability Regarding Children", en Karin ARTS/Vesselin POPOVSKI (eds.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children, Hague Academic Press, La Haya, págs. 155-166.*

Bernhard KUSCHNIK (2009), "International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC", *International Criminal Law Review*, 9, 2009, págs. 157-185.

Maximo LANGER (2005), "The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law", *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, págs. 835-909.

Paolina MASSIDA/Sarah PELLET (2009), "Role and Mandate of the Office of Public Counsel for Victims", en Carsten STAHN/Göran SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden, págs. 691-706.

Brianne MCGONIGLE LEYH (2011), Procedural Justice? – Victim Participation in International Criminal Proceedings, *Intersentia, Amberes et al.*

Janet MCKNIGHT (2010), "Child Soldiers in Africa: A Global Approach to Human Rights Protection, Enforcement and Post-Conflict Reintegration", *African Journal of International and Comparative Law*, 18, 2010, págs. 113-142.

John H. MERRYMAN/Rogelio PÉREZ-PERDOMO (2007), *The Civil Law Tradition*, 3era. ed., Stanford University Press, Stanford.

LAW REFORM COMMISSION (2009), *Report on Defences in Criminal Law*.

Matthias MAHLMANN (2012), *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2nda ed., Nomos, Baden-Baden.

Ezequiel MALARINO (2011), "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai AMBOS/ Ezequiel MALARINO (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional – t. I*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, págs. 25-62.

Marko MILANOVIC/Vidan HADZI-VIDANOVIC (de próxima aparición 2012), "A Taxonomy of Armed Conflict", en Nigel WHITE/Christian HENDERSON (eds.), *Research Handbook of International Conflict and Security Law*. (disponible en ssrn.com/abstract=1988915).

Francisco MUÑOZ-CONDE/ Héctor OLÁSULO (2011), "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", *Journal of International Criminal Law*, 9, 2011, págs. 113-135.

Noah B. NOVOGRODSKI (2005-2006), "Litigating Child Recruitment before the Special Court for Sierra Leone", *San Diego International Law Journal*, 7, 2005-2006, págs. 421-426.

Daniel PASTOR (2005), "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal*, 1, 2005, págs. 73-114.

OFFICE OF THE PROSECUTOR (2008), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Document in Support of Appeal against Trial Chamber I's 18 January Decision on Victim's Participation, Role of the Victim in the Criminal Process*, ICC-01/04-01/06-1219.

Jens D. OHLIN (2009), "A Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14, 2009, págs. 77-120.

David ORMEROD (2011), *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13va. ed., Oxford University Press, Oxford.

Francis PAKES (2010), *Comparative Criminal Justice*, 2da. ed., Willan Publishing, Cullompton.

Gregoria PALOMO SUÁREZ (2009), *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berliner Wissenschaftlicher Verlag, Berlin.

Bodo PIEROTH ET AL. (2010), *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6ta. ed., Beck, München.

Noëlle QUÉNIVET (2008), "Girl Soldiers and Participation in Hostilities", *African Journal of International and Comparative Law*, 16, págs. 219-235.

Hannah QUIRK (2006), "The Significance of Culture in Criminal Procedure Reform: Why the Revised Disclosure Scheme Cannot Work", *International Journal of Evidence and Proof*, 2006, págs. 42-59.

Darryl ROBINSON (2010), "War Crimes", en Robert CRYER ET AL. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2da ed., Cambridge University Press, Cambridge, págs. 267-311.

Paul H. ROBINSON (1984), *Criminal Law Defenses*, West Publishing Company, St. Paul.

Claus ROXIN (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil. t. II*, Beck, München.

- (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil. t. I*, 4ta. ed., Beck, München.

Cristoph SAFFERLING (2011), "The Role of the Victim in the Criminal Process - A Paradigm Shift in National German and International Law?", *International Criminal Law Review*, 11, 2011, págs. 183-215.

William SCHABAS (2010), *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford.

- (2011), *An Introduction to the International Criminal Court*, 4ta. ed., Cambridge University Press, Cambridge.

William SCHABAS/Carsten STAHN (2008), "Introductory Note: Legal Aspects of the Lubanga Case", *Criminal Law Forum*, 19, 2008, págs. 431-434.

Wolf-Rüdiger SCHENKE (2011), *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7ma. ed., Müller, Heidelberg.

Sabine VON SCHORLEMER (2009), *Kindersoldaten und bewaffneter Konflikt. Nukleus eines umfassenden Schutzregimes der Vereinten Nationen*, Lang, Fráncfort del Meno.

Bernd SCHÜNEMANN (2007), "§ 25 Täterschaft", en Heinrich W. LAUFHÜTTE ET AL. (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. t. I*, 12va. ed., De Gruyter, Berlin, págs. 1844-1964.

- (2011), "Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? - Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren", en Manfred HEINRICH ET AL. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, págs. 799-818.

Andrew P. SIMESTER ET AL. (2010), *Simester and Sullivan's Criminal Law - Theory and Doctrine*, 4ta. ed., Hart, Oxford.

Sandesh SIVAKUMARAN (2010), "War crimes before the Special Court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, págs. 1009-1034.

Allison SMITH (2004), "Child recruitment and the Special Court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, págs. 1141-1153.

John R. SPENCER (2002), "Introduction", en Mireille DELMAS-MARTY (ed.), *European Criminal Procedure*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 1-80.

James G. STEWART (2012), "The End of 'Modes of Liability' for International Crimes", *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, págs. 165-219.

Günter STRATENWERTH/ Lothar KUHLEN (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6ta. ed., Vahlen, München.

Gerson TRÜG (2003), *Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Gordon VAN KESSEL (1992), "Adversary Excesses in the American Criminal Trial", *Notre Dame Law Review*, 67, 1992, págs. 403-551.

Segei VASILIEV (2009), "Article 68 (3) and personal interests of victims in the emerging practice of the ICC", en Carsten STAHN/Göran SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Nijhoff, Leiden, págs. 635-690.

Hans VEST (2011), *Völkerrechtsverbrecher Verfolgen*, Stämpfli, Berna.

Stephan WEBER (2009), "International oder nicht-international? – Die Frage der Konfliktqualifikation in der Lubanga-Entscheidung des IStGH", *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften*, 22, 2009, págs. 75-84.

Timothy WEBSTER (2007), "Babes with Arms: International Law and Child Soldiers", *George Washington International Law Review*, 19, 2007, págs. 227-254.

Thomas WEIGEND (2011), "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, págs. 91-111.

Alex WHITING (2009), "Lead Evidence and Discovery Before the International Criminal Court: The Lubanga Case", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14, 2009, págs. 207-233.

Glanville WILLIAMS (1953), *Criminal Law. The General Part*, Stevens, Londres.

– (1983), *Textbook of Criminal Law, 2da. ed.*, Stevens, Londres.

William WILSON (2002), *Central issues in criminal theory*, Hart, Oxford.

Jurisprudencia citada

Corte Penal Internacional

Caso	Fecha	Referencia
ICC-P.-T.Ch. I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, <i>Decision on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6</i>	17 de enero de 2006	(ICC-01/04-101)
ICC-P.-T. Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, <i>Submission of the Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(3)(a) and of the List of Evidence Pursuant to Rule 121(3)</i>	28 de agosto 2006	(ICC-01/04-01/06-356)
ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, <i>Transcript</i>	27 de noviembre de 2006	(ICC-01/04-01/06-T-45-EN)
ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, <i>Prosecutor's Information on Further Investigations</i>	28 de junio de 2006	(ICC-01/04-01/06-170)
ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, <i>Decision on the confirmation of charges</i>	29 de enero de 2007	(ICC-01/04-01/06-803)
ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, <i>Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial</i>	9 de noviembre de 2007	(ICC-01/04-01/06-1019)
ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, <i>Decision on Victims' Participation, Separate and Dissenting Opinion of Judge René Blattmann</i>	18 de enero de 2008	(ICC-01/04-01/06-1119)
	13 de mayo de 2008	(ICC-01/04-01/07-474)

El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas

Caso	Fecha	Referencia
<i>ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case</i>		
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008</i>	13 de junio de 2008	(ICC-01/04-01/06-1401)
<i>ICC-A.Ch., Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on Victim's Participation of 18 January 2008</i>	11 de julio de 2008	(ICC-01/04-01/06-1432)
<i>ICC-P-T. Ch. I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges</i>	30 de setiembre de 2008	(ICC-01/04-01/07-717)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted version of "Decision on 'indirect victims'"</i>	8 de abril de 2009	(ICC-01/04-01/06-1813)
<i>ICC-P-T. Ch. II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges</i>	15 de junio de 2009	(ICC-01/05-01/08-424)
<i>ICC-T.Ch. II, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial</i>	22 de enero de 2010	(ICC-01/04-01/07-2288)

Kai Ambos

Caso	Fecha	Referencia
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Annex A Decision on intermediaries</i>	31 de mayo de 2010	(ICC-01/04-01/06-2434-AnxA-Red2)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU</i>	8 de julio de 2010	(ICC-01/04-01/06-2517-RED)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript</i>	11 de octubre de 2009	(ICC-01/04-01/06-T-316)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the scope of the prosecution's disclosure obligations as regards defence witnesses</i>	12 de noviembre de 2010	(ICC-01/04-01/06-2624)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript</i>	17 de noviembre de 2010	(ICC-01/04-01/06-T-326-ENG)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Public Redacted Decision on the Prosecution's Requests for Non-Disclosure of Information in Witness-Related Documents</i>	3 de diciembre de 2010	(ICC-01/04-01/06-2597-RED)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the "Defence Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings"</i>	2 de marzo de 2011	(ICC-01/04-01/06-2690-Red)
<i>ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges</i>	16 de diciembre de 2011	(ICC-01/04-01/10-465)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali, Decision on the confirmation of charges</i>	23 de enero de 2012	(ICC-01/09-02/11-382-RED)

El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas

Caso	Fecha	Referencia
<i>ICC-P.-T.Ch. II Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang, Decision on the confirmation of charges</i>	23 de enero de 2012	(ICC-01/09-01/11-373)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute</i>	14 de marzo de 2012	(ICC-01/04-01/06-2842)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford</i>	14 de marzo de 2012	(ICC-01/04-01/06-2842)
<i>ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito</i>	14 de marzo de 2012	(ICC-01/04-01/06-2842)

Decisiones de otros tribunales internacionales

Caso	Fecha	Referencia
<i>United States District Court S. D. New York, United States v. Irving Projansky et al.</i>	22 de mayo de 1968	44 F.R.D
<i>SCSL-T.Ch. II, Prosecutor v. Brima, Kamara and Kamu, Trial Judgment</i>	20 de junio de 2007	(SCSL-04-16-T)

Kai Ambos

<i>SCSL-A.Ch., Prosecutor v. Fofana and Kondewa, Appeals Judgment</i>	28 de mayo de 2008	(SCSL-04-14-A)
<i>STL, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging</i>	16 de febrero de 2011	(STL-11-01/II/AC/R176bis)