



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL AL ESTABLECER LA
EDAD DE LA VÍCTIMA DEL CRIMEN DE GUERRA DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO O
UTILIZACIÓN DE NIÑOS SOLDADOS CONFORME AL ESTÁNDAR DE PRUEBA «MÁS ALLÁ
DE TODA DUDA RAZONABLE»**

Análisis crítico de los fallos y sentencias dictados en los casos *Lubanga*, *Katanga*,
Ntaganda y *Ongwen*

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RODRIGO A. BASTÍAS CROUDO

PROFESORA GUÍA: DRA. CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

SANTIAGO DE CHILE

DICIEMBRE de 2022

A mi familia, por todo.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, agradezco a quienes me apoyaron durante el largo proceso que derivó en este trabajo. Muy especialmente debo agradecer a Montserrat Cordero Rodríguez y Marcelo Molina Villalobos, por su valioso consejo en momentos de especial necesidad. Ello ciertamente que contribuyó a que el presente trabajo llegara a término.

En segundo lugar, debo un agradecimiento a todas aquellas personas que integran el estudio Horvitz & Compañía. En ellas encontré un equipo que me brindó estabilidad y motivación durante la ejecución de este trabajo. Más importante aún, ellas me transmitieron una comprensión acerca de lo genuinamente importante en el ejercicio de la profesión: el devenir de las personas en conflicto.

Por último, debo un especial agradecimiento a la Dra. Claudia Cárdenas Aravena. Su rigurosa, comprometida y comprensiva guía de esta memoria fue determinante en su planificación y ejecución. Muchos de los aciertos de este trabajo se deben a su guía y, por supuesto, ninguna de sus falencias.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Introducción | 1 |
| 1 Dificultades para establecer la circunstancia edad y el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»..... | 9 |
| 1.1 Dificultades para la determinación de la circunstancia edad que han enfrentado los tribunales penales internacionales | 9 |
| 1.1.1 Delimitación de los conceptos de «edad» y «niño soldado»..... | 9 |
| 1.1.2 Desafíos que plantea la estimación de edades | 12 |
| 1.1.2.1 Problemática general | 12 |
| 1.1.2.2 Prueba pericial..... | 13 |
| 1.1.2.3 Prueba de vídeo o foto | 15 |
| 1.1.2.4 Prueba testimonial..... | 17 |
| 1.1.2.5 Otra prueba documental..... | 18 |
| 1.2 El estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»..... | 19 |
| 1.2.1 Los estándares de prueba en la actividad probatoria..... | 19 |
| 1.2.1.1 Prueba y actividad probatoria | 19 |
| 1.2.1.2 Concepto y función de los estándares de prueba..... | 21 |
| 1.2.1.3 Requisitos para la formulación de los estándares de prueba | 23 |
| 1.2.2 Antecedentes y consagración del estándar de prueba para condenar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional..... | 24 |
| 1.2.2.1 Origen y evolución del estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»..... | 24 |
| 1.2.2.2 El estándar de prueba para condenar en los antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional..... | 27 |
| 1.2.2.3 Consagración del estándar de prueba para condenar en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional | 29 |
| 1.2.3 Críticas al estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»..... | 31 |
| 1.2.3.1 Críticas de la doctrina general..... | 32 |
| 1.2.3.2 Críticas desde la doctrina especializada en DPI..... | 33 |
| 1.3 Problemáticas que podrían suscitarse al establecer la edad «más allá de toda duda razonable»..... | 34 |
| 2 Comprensión del estándar de prueba «más allá de toda duda razonable» y consideraciones para establecer la circunstancia edad en los casos <i>Lubanga</i> , <i>Katanga</i> , <i>Ntaganda</i> y <i>Ongwen</i> | 37 |
| 2.1 Estructura del análisis | 37 |

| | | |
|---------|--|----|
| 2.2 | Caso Fiscalía c. Thomas Lubanga Dylio | 38 |
| 2.2.1 | Información general | 38 |
| 2.2.2 | Primera instancia | 39 |
| 2.2.2.1 | Comprensión del EdP declarada por la Sala..... | 39 |
| 2.2.2.2 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad | 41 |
| 2.2.3 | Segunda instancia | 44 |
| 2.2.3.1 | Comprensión del EdP declarada por la Sala..... | 44 |
| 2.2.3.2 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad | 45 |
| 2.3 | Caso Fiscalía c. Germain Katanga | 48 |
| 2.3.1 | Información general | 48 |
| 2.3.2 | Comprensión del EdP declarada por la Sala | 49 |
| 2.3.3 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad..... | 51 |
| 2.4 | Caso Fiscalía c. Bosco Ntaganda..... | 52 |
| 2.4.1 | Información general | 52 |
| 2.4.2 | Primera instancia | 53 |
| 2.4.2.1 | Comprensión del EdP declarada por la Sala..... | 53 |
| 2.4.2.2 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad | 54 |
| 2.4.3 | Segunda instancia | 59 |
| 2.4.3.1 | Comprensión del EdP declarada por la Sala..... | 59 |
| 2.4.3.2 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad | 61 |
| 2.5 | Caso Fiscalía c. Dominic Ongwen..... | 64 |
| 2.5.1 | Información general | 64 |
| 2.5.2 | Comprensión del EdP declarada por la Sala | 65 |
| 2.5.3 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad..... | 66 |
| 3 | Sistematización y análisis crítico de las consideraciones para establecer la circunstancia edad a la luz del estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»..... | 69 |
| 3.1 | Sistematización de los hallazgos..... | 69 |
| 3.1.1 | Primera instancia | 69 |
| 3.1.1.1 | Comprensión del EdP declarada..... | 69 |
| 3.1.1.2 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad | 71 |
| 3.1.2 | Segunda instancia | 73 |
| 3.1.2.1 | Comprensión del EdP declarada..... | 73 |
| 3.1.2.2 | Consideraciones relativas a la circunstancia edad | 74 |

| | | |
|-------|--|----|
| 3.2 | Análisis crítico..... | 75 |
| 3.2.1 | Entre un EdP objetivo y uno subjetivo..... | 76 |
| 3.2.2 | El enfoque cauteloso al establecer el elemento edad..... | 79 |
| 3.2.3 | Las problemáticas que plantea establecer la circunstancia edad «más allá de toda duda razonable»..... | 82 |
| 4 | Conclusiones..... | 87 |
| | Referencias bibliográficas..... | 91 |

RESUMEN

Este trabajo analiza las consideraciones de la Corte Penal Internacional (CPI) al momento de establecer la edad de la víctima del crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños soldados en aquellos casos en que ha dictado sentencia definitiva, desde la perspectiva de su suficiencia para satisfacer el estándar de prueba (EdP) «más allá de toda duda razonable» (MADR).

Para ello, la memoria se estructura en tres capítulos. El primero abarca teóricamente el objeto de estudio revisando, ciertas dificultades que han enfrentado los tribunales penales internacionales al establecer la edad de la presunta víctima y, luego, el EdP «más allá de toda duda razonable» en el ámbito de la CPI.

El segundo capítulo revisa las consideraciones de las respectivas salas para determinar si es que la circunstancia de minoría de quince años fue probada MADR en los casos *Lubanga*, *Katanga*, *Ntaganda* y *Ongwen*. De esos casos se revisan las sentencias dictadas conforme al artículo 74 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y las sentencias relativas a las apelaciones deducidas en su contra, cuando corresponda.

El tercer capítulo ofrece una sistematización y un análisis crítico de los hallazgos. Esto último se hace desde la perspectiva de la concepción racional de la prueba y se centra en dos puntos, a saber, la naturaleza objetiva o subjetiva del EdP y el llamado enfoque cauteloso que dice emplear la CPI al establecer la circunstancia concomitante en comento.

Se concluye que la CPI ha elaborado el estándar aplicable de forma subjetiva e indeterminada; que en el caso particular de la circunstancia edad se ha adoptado un enfoque que no clarifica mayormente el nivel de corroboración exigido; y, que el carácter indeterminado y subjetivo del MADR plantea diversas problemáticas al establecer la minoría de edad.

[Una muchedumbre lleva a una presunta bruja ante Sir Bedevere para que la juzgue. En el intertanto llega el Rey Arturo, quien pasa completamente desapercibido. Sir Bedevere tiene la prueba definitiva para determinar si la mujer es o no una bruja]

SIR BEDEVERE: Hay formas de saber si es que es una bruja.

CAMPESINO 1: ¿las hay? Pues bien, decidnoslas.

SIR BEDEVERE: decidme ¿qué hacéis con las brujas?

CAMPESINO 3: ¡quemarlas!

SIR BEDEVERE: y ¿qué quemáis, además de las brujas?

CAMPESINO 1: ¡más brujas!

CAMPESINO 2: ¡madera!

SIR BEDEVERE: Bien. Ahora ¿por qué arden las brujas?

CAMPESINO 3: porque... ¿están hechas de madera?

SIR BEDEVERE: Bien. Entonces ¿cómo podéis saber si es que ella está hecha de madera? [...]

SIR BEDEVERE: ¿acaso la madera se hunde en el agua? [...]

CAMPESINO 1: ¡No, no, flota! ¡flota! Tirémosla al estanque

SIR BEDEVERE: No, no. ¿Qué otra cosa flota en el agua? [...]

REY ARTURO: ¡un pato!

SIR BEDEVERE: ¡exacto! Entonces, lógicamente...

CAMPESINO 1: si es que pesa lo mismo que un pato... ¡está hecha de madera!

SIR BEDEVERE: y consecuentemente...

CAMPESINO 3: ¡es una bruja!¹

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal Internacional (DPI) busca proteger «la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad»² en tanto bienes jurídicos de la mayor importancia para la comunidad internacional.³

Entre los crímenes contra el derecho internacional se encuentra el crimen de guerra de utilizar, alistar o reclutar niños menores de quince años.

¹ Traducción del autor. En el original «SB: There are ways of telling whether she is a witch. P1: Are there? Oh well, tell us. SB: Tell me, what do you do with witches? P3: Burn them! SB: And what do you burn, apart from witches? P1: More witches! P2: Wood! SB: Good. Now, why do witches burn? P3: ...because they're made of... wood? SB: Good. So how do you tell whether she is made of wood? [...] SB: Does wood sink in water? [...] P1: No, no, it floats!... It floats! Throw her into the pond! SB: No, no. What else floats in water? [...] KA: A Duck! SB: Exactly! So, logically... P1: If she weighs the same as a duck... she's made of wood! SB: And therefore... P3: A witch!» Terry Gilliam y Terry Jones, *Monty Python and the Holy Grail* (Reino Unido: EMI Films, 1975).

² Preámbulo del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (1998).

³ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª ed. (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017), 88; Otto Triffterer y Kai Ambos, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3ª ed. (Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), 8.

Históricamente, la situación de los niños en los conflictos armados ha sido tildada de «preocupante».⁴ En el informe anual de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados relativo al año 2021 se señala que es el periodo informado «...se plantearon dificultades sin precedentes para la protección de los niños que viven en zonas de conflicto.»⁵ Por su parte, en el reporte relativo al año 2020 se informó que el periodo estuvo marcado por un elevado y sostenido número de violaciones graves. Las violaciones más numerosas fueron el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños en conflictos armados, contabilizándose 8.521 casos.⁶ La participación de niños, niñas y adolescentes (NNA) en conflictos armados produce en ellos traumas de particular gravedad, exacerbando su predisposición a la violencia e interrumpiendo su educación escolar.⁷

En los casos en que ha conocido de este crimen, la CPI ha enfrentado dificultades a la hora de establecer si es que las presuntas víctimas eran o no menores de quince años al momento de ser reclutadas, alistadas o utilizadas. Ello producto de limitaciones en los elementos de prueba disponibles, vaguedad de los testimonios ofrecidos, ausencia de registros fiables y, muy especialmente, la particular dificultad para estimar la edad de una persona sobre la base de observaciones generales de su apariencia.

Ante tales dificultades, podría plantearse como una solución posible relajar los estándares probatorios y así propiciar una condena. Tal es una decisión político-moral que debiese ser discutida y zanjada entre los Estados Partes. Con todo, el relajo de un EdP importa una serie de consecuencias en el proceso que podrían aminorar la efectividad de las garantías que asegura la legislación a la persona imputada. La consecución de los fines del DPI no es un objetivo absoluto, si no que está limitada por el respeto a los derechos humanos de la persona imputada.⁸ Uno de estos límites es la garantía de presunción de inocencia, principio general del derecho⁹ que exige, entre otras cosas, probar la culpabilidad de la persona imputada antes de condenarla.¹⁰

⁴ Julie McBride, *The war crime of child soldier recruitment* (La Haya: Asser Press, 2014), 2–4.

⁵ Consejo de Derechos Humanos, “Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados Resumen”, 2022, párr. 2.

⁶ “Annual Report of the Secretary-General on Children and armed conflict”, 2021, párr. 4.

⁷ Werle y Jessberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, párr. 1246.

⁸ Werle y Jessberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 120.

⁹ William Schabas y Yvonne McDermott, “Article 66: Presumption of Innocence”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, ed. Otto Triffterer y Kai Ambos, 3ª ed. (Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), párr. 2.

¹⁰ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2ª ed. (Nueva York: Oxford University Press, 2003), 390; Yvonne McDermott, *Fairness in International Criminal Trials*, Oxford Monographs In International Humanitarian and Criminal

La exigencia de probar la culpabilidad del imputado no solamente estriba en la estructura básica del silogismo práctico,¹¹ que exige corroborar los presupuestos de aplicación de una norma para tener por justificada la aplicación de su consecuencia.¹² Adicionalmente, el contexto jurídico actual exige que tanto el proceso para arribar a la decisión como la decisión misma respeten ciertos principios fundamentales de humanidad. Entre otras cosas, ello implica que antes de que el tribunal adopte su decisión debe comprobar que los hechos que satisfacen la condición de aplicación de la norma sean *verdaderos*. Es decir, que los enunciados fácticos formulados en el proceso judicial y sometidos a prueba se corresponden con lo sucedido en el mundo externo al proceso.¹³ Tal comprobación justifica la aplicación del derecho¹⁴ y materializa el respeto de los derechos humanos de los que es titular la persona imputada.

De lo dicho hasta ahora se sigue que no cualquier consideración es suficiente para que la Corte pueda establecer que la presunta víctima del crimen en comento era menor de quince años. Debe evaluarse el sustento que tales consideraciones hayan en el conjunto de elementos de prueba disponibles. La labor del tribunal no se agota al determinar cuáles son las normas jurídicas aplicables al caso concreto, sino que además implica verificar que sus condiciones de aplicación hayan sido corroboradas al punto tal de tenerlas por verdaderas.¹⁵

En este punto se debe hacer una brevísima alusión a la discusión acerca de qué es la verdad y cuándo debe adscribirse tal propiedad a un enunciado.¹⁶ Para el objeto de esta memoria basta con señalar que ella se inserta dentro del marco conceptual delimitado por la concepción

Law (Oxford: Oxford University Press, 2016), 44; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, vol. I (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996), 490.

¹¹ Jerzy Wróblewski, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie* 5, n° 1–2 (1974): 33–46; Jerzy Wróblewski, “Facts in Law”, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 59, n° 2 (1973): 161–78; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo (Lima: Palestra, 2007).

¹² Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, 2ª ed. (Madrid: Editorial Trotta, 2005), 67.

¹³ Jordi Ferrer Beltrán, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea.”, en *Filosofía del derecho privado*, ed. Diego Papayannis y Estéban Pereira Fredes (Madrid, 2018), 402; Taruffo, *La prueba de los hechos*, 165.

¹⁴ Diego Dei Vecchi y Juan Cumiz, *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 18.

¹⁵ Michele Taruffo, *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*, trad. Daniela Accatino (Madrid: Marcial Pons, 2010); Jonatan Valenzuela, “El juez y la prueba: sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria”, en *Pensando al juez*, ed. Manuel Vial-Dumas y David Martínez Zorrilla (Madrid: Marcial Pons, 2019), 179.

¹⁶ Aunque apasionante, tal cometido no solo escapa al propósito de esta memoria, sino que probablemente no tiene sentido pensar que puede ser zanjado. Se puede encontrar una completa revisión panorámica en Michael Glanzberg, ed., *The Oxford Handbook of Truth*, Oxford Handbooks (Oxford: Oxford University Press, 2018); Una revisión más acotada al razonamiento probatorio puede encontrarse en Taruffo, *La prueba de los hechos*, cap. I; y en Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, 3ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2010), cap. I.

racionalista¹⁷ o cognoscitivista¹⁸ de la prueba y adopta sus premisas centrales,¹⁹ una de las cuales dice relación con el concepto de verdad más apropiado para el razonamiento probatorio.

Desde la concepción racionalista de la prueba, el concepto más apropiado es el de verdad como correspondencia. Esto significa que solamente se tendrán por verdaderos aquellos enunciados fácticos formulados en el proceso que se correspondan con lo sucedido en el mundo.²⁰ Sin embargo, ciertas limitaciones epistémicas determinan que sea imposible alcanzar certeza racional acerca de la ocurrencia de un hecho por lo que nuestras decisiones siempre deben ser tomadas en contextos de incertidumbre.²¹ Consecuentemente, el razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico. En otras palabras «[d]ecir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel que habrá que determinar), dadas las pruebas disponibles.»²²

Acá entran en escena los estándares de prueba (EdP). Por ahora, basta con decir que son una clase de reglas que fijan criterios de suficiencia probatoria. Estos indican al tribunal cuándo un enunciado fáctico se encuentra suficientemente corroborado como para que esté justificado tenerlo por probado.²³ De no existir EdP, el ejercicio de aplicación del derecho quedaría trunco toda vez que faltaría una regla que permita transitar desde el momento de valoración de la prueba hacia el de la adopción de la decisión sobre la prueba.

Tal es una breve sinopsis del marco teórico del presente trabajo. Como se habrá podido apreciar, la tensión subyacente a este trabajo está determinada por la suficiencia de las consideraciones desarrolladas por la CPI al establecer que la circunstancia de edad de la víctima del crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños soldados MADR.

Las razones que justifican realizar un trabajo como este son de orden teórico y práctico. Dentro de las del primero, se debe decir que esta investigación permitirá determinar si es que existe, o no, una línea jurisprudencial en el análisis de las consideraciones estimadas al establecer la circunstancia edad. Asimismo, dará luces acerca de la comprensión de la CPI acerca de cuándo ha

¹⁷ Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 64–66.

¹⁸ Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, 45 y ss.

¹⁹ Esto se desarrollará más detalladamente en el primer capítulo.

²⁰ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 18.

²¹ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 18.

²² Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 18; Jordi Ferrer Beltrán, “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba”, *Filosofía del Derecho Privado*, 2018, 402.

²³ Una explicación más detallada de esto se puede leer en Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 19–21.

estimado satisfecho el EdP MADR para la circunstancia en estudio. De existir una línea, se cristalizará y analizará críticamente desde la perspectiva de la concepción racionalista de la prueba.

En el orden práctico hay dos razones. La primera es que una serie de factores, tales como el creciente desarrollo del DPI, el tiempo que ha transcurrido desde la celebración de la sesión inaugural de la Corte, el mayor número de fallos relevantes que se han dictado desde entonces y el estado actual de desarrollo de la literatura probatoria, determinan que este sea un momento auspicioso para una investigación como esta. La segunda razón práctica es la particular gravedad del crimen en estudio, lo que se sigue de lo dicho en los primeros párrafos de esta introducción.

También es pertinente transparentar desde ya las limitaciones de la presente investigación. Estas son de índole espacial y conceptual. En lo espacial, esta investigación se acota a lo resuelto por la CPI, por lo que no se revisarán, salvo menciones puntuales, resoluciones de otros tribunales. Por su parte, en lo conceptual, la investigación propuesta se avocará únicamente a las consideraciones relativas a la circunstancia edad en los casos en que se haya dictado fallo absolutorio o condenatorio conforme al artículo 74 del ECPI y los fallos de las apelaciones planteadas en contra de tales resoluciones de primera instancia, cuando corresponda. Consecuentemente, no se revisarán otros elementos de ese crimen, otros estándares de prueba que utiliza la CPI en otras fases del procedimiento, ni tampoco se revisará el mismo objeto en los casos en que el proceso haya terminado por sentencias naturaleza distinta a las señaladas. Así delimitado, el objeto de estudio está constituido por las referidas resoluciones dictadas en los casos *Lubanga*, *Katanga*, *Ntaganda* y *Ongwen*.

Antes referir a la metodología empleada, es necesario explicitar las razones por las cuales no se revisa el caso *Ngudjolo* que, en principio, cumpliría con los criterios señalados en el párrafo anterior para seleccionarlo para este trabajo. Si bien fue acusado, y absuelto, de la comisión del crimen en estudio, en el fallo la Sala de primera instancia decidió no hacer un análisis detallado del mismo por estimar que no había elementos de suficientes que permitieran establecer un vínculo entre los hechos relevantes y el Sr. Ngudjolo.²⁴ La Sala de Apelaciones tampoco se refirió a ello en el fallo relativo a la apelación de la Fiscalía.²⁵ En vista de lo anterior, resulta razonable descartar desde ya este caso.

²⁴ Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*. ICC-01/04-02/12-3. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (18 de diciembre de 2012). Par. 114.

²⁵ Corte Penal Internacional. 2015. Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*. ICC-01/04-02/12-271-Corr. Fallo relativo a la apelación de la Fiscalía en contra de la decisión de la Sala de Primera Instancia II titulada

Pasando a lo metodológico, se debe partir por señalar que el presente trabajo toma la forma de una investigación de tipo documental, toda vez que se centrará en la interpretación y análisis de la información consultada en los materiales referidos. La información recolectada se analiza conforme a la siguiente estructura. Para cada caso se entrega información general relevante y se indican específicamente las resoluciones estudiadas. Tras ello, se distingue entre aquellas dictadas por la Sala de Primera instancia y por la de Apelaciones, cuando corresponda. Luego, en el análisis concreto de lo dicho por cada sala, se revisa primero la comprensión del EdP que declaró adoptar la sala y luego se señala cómo es que se entendió satisfecho el EdP respecto de la circunstancia en estudio, aludiendo a las consideraciones tomadas en cuenta para ello. Concluido el análisis de los casos objeto de estudio, los hallazgos se sistematizan conforme a la misma estructura para luego ser sometidas a un análisis crítico desde la perspectiva de la comprensión racional de la prueba.

La presente memoria se divide en tres capítulos. El primero de ellos se titula «dificultades para establecer la circunstancia edad y el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”». Este sirve de antesala a la investigación propuesta, entregando una revisión de los conceptos teóricos y antecedentes históricos de las dos grandes problemáticas que cruzan este trabajo. Este marco permite comprender las dificultades que ha enfrentado la CPI al establecer esta circunstancia, así como evaluar críticamente el razonamiento relativo a la satisfacción del EdP MADR.

El segundo capítulo se titula «comprensión del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” y consideraciones para establecer la circunstancia edad en los casos *Lubanga*, *Katanga*, *Ntaganda* y *Ongwen*». Este se divide en cinco secciones. En la primera se traza y explica la estructura de análisis que se utilizará en lo sucesivo. En las cuatro siguientes se tratan los casos objeto de análisis.

En el tercer capítulo se presenta una sistematización de los hallazgos de la investigación conforme a la estructura de análisis ya introducida. Aquí se busca determinar si es que existe, o no, una línea jurisprudencial en las resoluciones revisadas. Tras constatar que existe tal línea, se la cristaliza y analiza críticamente conforme al marco conceptual desarrollado en el primer capítulo de la memoria.

«Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto». (1 de diciembre de 2014). (En adelante: *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*).

Se concluye que la CPI ha elaborado el estándar aplicable de forma subjetiva e indeterminada; que en el caso particular de la circunstancia edad se ha adoptado un enfoque que no clarifica mayormente el nivel de corroboración exigido; y, que el carácter indeterminado y subjetivo del MADR plantea diversas problemáticas al establecer la minoría de edad que afectan la justificación de la decisión probatoria, el eventual control de la decisión por parte de la Sala de Apelaciones y la distribución del riesgo de error.

1 DIFICULTADES PARA ESTABLECER LA CIRCUNSTANCIA EDAD Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA «MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE»

Para poder analizar críticamente las consideraciones de la CPI al momento de establecer la circunstancia edad es necesario hacer algunas precisiones en dos ámbitos. El primero dice relación con las dificultades que, en general, se han enfrentado los tribunales penales internacionales al establecer tal circunstancia. El segundo, por su parte, se refiere al EdP MADR. A ello se abocan las primeras dos secciones de este capítulo. La tercera, por su parte, identifica algunas problemáticas que podrían suscitarse al establecer la circunstancia edad MADR.

1.1 DIFICULTADES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA EDAD QUE HAN ENFRENTADO LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

En el caso particular del crimen de guerra de reclutar, alistar o utilizar niños soldados, una de las cuestiones que se debe probar para condenar a la persona imputada es la circunstancia de minoría de edad de la víctima. Conforme a lo dispuesto en los numerales pertinentes del artículo 8 del ECPI, el crimen de guerra en comento exige que la víctima sea menor de quince años al momento de ser reclutada, alistada o utilizada. Según se verá con mayor detención en el segundo capítulo, esta circunstancia concomitante es una de aquellas hipótesis que debe probarse MADR para que la CPI pueda condenar, justificadamente, a la persona imputada. Sin embargo, múltiples razones determinan que resulte problemático corroborar este elemento. A ello se abocan los párrafos siguientes.

1.1.1 Delimitación de los conceptos de «edad» y «niño soldado»

Sea ocupando roles de apoyo, sea interviniendo como combatientes, niños, niñas y adolescentes siempre han estado involucrados en los conflictos armados. Ejemplo de ello son los pajes medievales,²⁶ los cientos de adolescentes que combatieron en la guerra de independencia de

²⁶ Peter Warren Singer, *Children at War* (Nueva York: Penguin Random House, 2005), 12.

los Estados Unidos,²⁷ o los jóvenes integrantes de las resistencias que articularon el levantamiento del gueto de Varsovia,²⁸ entre muchos otros.

Progresivamente se fue forjando la idea de que niños y niñas integran un grupo que requiere especial protección²⁹ y que la infancia es una etapa fundamental en el desarrollo de una persona.³⁰ Asimismo, se fueron desarrollando normas jurídicas tendientes a brindar a ese y otros grupos vulnerables especial protección durante un conflicto armado.³¹ Con el paso del tiempo,³² ello sirvió de base para el desarrollo del crimen de reclutar, alistar o utilizar niños soldados.³³

Una cuestión central en el concepto de infancia es la edad. Sin embargo, existen múltiples enfoques desde los que puede comprenderse, dependiendo del aspecto vital que se use de referencia.³⁴ Uno es la edad cronológica, que consiste en contabilizar el tiempo transcurrido desde el día de nacimiento de una persona,³⁵ otro es el de la edad biológica, que se centra en la posición relativa de un individuo dentro de su expectativa de vida.³⁶ Una tercera mirada es la de edad social, que pone el foco en las relaciones socialmente construidas entre individuos en diferentes estadios de desarrollo físico³⁷ y que puede variar entre las distintas culturas. Un cuarto es el de la edad psicológica, que pone el énfasis en la autopercepción y comportamiento del individuo.³⁸ Algunos de estos enfoques pueden ser de mayor relevancia que la edad cronológica en sociedades no

²⁷ David M. Rosen, “Child Soldiers in Historical and Comparative Perspective: Creating a Space for Data-Driven Analysis”, en *Research Handbook on Child Soldiers*, ed. Mark A. Drumbl y Jastine C. Barrett (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), 152.

²⁸ Rachel L. Einwohner, “Opportunity, Honor, and Action in the Warsaw Ghetto Uprising of 1943”, *American Journal of Sociology* 109, n° 3 (2003): 662.

²⁹ Philippe Ariès, *Centuries of Childhood: a Social History of Family Life*, trad. Robert Baldick (Nueva York: Alfred A. Knopf, 1962), 32; Jason Hart, “The Politics of ‘Child Soldiers’”, *The Brown Journal of World Affairs* 13, n° 1 (2006): 220.

³⁰ Gertrud Lenzer, “Images toward the Emancipation of Children in Modern Western Culture”, en *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, ed. Jonathan Todres y Shani M. King (Nueva York: Oxford University Press, 2020), 14.

³¹ Myriam Denov y Anaïs Cadieux Van Vliet, “Child Soldiers”, en *The Oxford Handbook of Atrocity Crimes*, ed. Barbara Holá, Hollie Nyseth Nzitatira, y Maartje Weerdesteijn (Nueva York: Oxford University Press, 2022), 352.

³² Carolyn Hamilton y Tabatha Abu El-Haj, “Armed conflict: The protection of children under international law”, *The International Journal of Children’s Rights* 5, n° 1 (1997): 1–46.

³³ McBride, *The war crime of child soldier recruitment*, 18.

³⁴ Jennie Keith et al., *The Aging Experience: Diversity and Commonality Across Cultures* (Thousand Oaks: SAGE Publications, 1994), 320.

³⁵ Craig Cunningham, Louise Scheuer, y Sue Black, *Developmental Juvenile Osteology, Developmental Juvenile Osteology: Second Edition*, 2ª ed. (Londres: Academic Press, 2017), 7.

³⁶ Juulia Jylhävä, Nancy L. Pedersen, y Sara Hägg, “Biological Age Predictors”, *EBioMedicine* 21 (2017): 29–36.

³⁷ Christina Rose Clark-Kazak, “Towards a working definition and application of social age in international development studies”, *Journal of Development Studies* 45, n° 8 (2009): 1307–24.

³⁸ Douglas K. Symons, “Psychological Age”, en *Encyclopedia of Child Behavior and Development*, ed. Sam Goldstein y Jack A. Naglieri (Boston, MA: Springer US, 2011), 1180–1180.

occidentales.³⁹ Sin embargo, el ECPI y la generalidad de los instrumentos jurídicos occidentales adoptan una postura evidentemente cronológica a la hora de describir el tipo en comento.

Definir el término «niño soldado» también ha resultado complejo. Dos son los puntos controvertidos, a saber, la actividad ejecutada y la edad del individuo. Solo lo último resulta relevante para este trabajo. Una de las posiciones, tradicionalmente sostenida por organizaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario,⁴⁰ aboga por una comprensión estricta. Ella parte de la base de la comprensión de la infancia como un periodo que inicia con el nacimiento y acaba a los dieciocho años.⁴¹ Esta comprensión se asentó, al menos en el mundo occidental,⁴² con la Convención sobre los Derechos del Niño. A ella se contraponen otras posiciones que abogan por una comprensión de la infancia que se haga cargo de las distintas visiones tradicionales que pueden existir en las diversas culturas.⁴³ Ahora, específicamente en lo tocante al reclutamiento y utilización de niños soldados, la posición estricta es recogida en el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, y en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.⁴⁴ Por el contrario, el artículo 77 del Protocolo Adicional I y el artículo 4.3.c del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, así como los artículos 38.2 y 38.3 de la Convención Sobre Derechos del Niño (CDN), prohíben el reclutamiento y utilización solamente de personas menores de quince años. Así, no es claro que la posición estricta haya alcanzado el estatus de derecho internacional consuetudinario.⁴⁵ El ECPI adopta expresamente la última postura, restringiendo la competencia de la CPI a conductas cometidas en contra de personas menores de quince años. Tal determinación no estuvo exenta de críticas durante el proceso de redacción.⁴⁶

³⁹ Terry Smith y Laura Brownless, “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography” (Nueva York, 2011), 8.

⁴⁰ David M. Rosen, “Who is a Child? The Legal Conundrum of Child Soldiers”, *Connecticut Journal of International Law* 25, n° 81 (2009): 81–118; Mark A. Drumbl, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

⁴¹ Matthew Happold, “Child Soldiers: Victims or Perpetrators?”, *University of La Verne Law Review* 29 (2008): 70.

⁴² Hart, “The Politics of ‘Child Soldiers’”, 220.

⁴³ Chris Jenks, *Childhood: key ideas* (Londres: Routledge, 1996), 7; Smith y Brownless, “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography”, 2.

⁴⁴ Werle y Jessberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 759.

⁴⁵ Werle y Jessberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 760; Roman Graf, “The international criminal court and child soldiers”, *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 4 (2012): 953.

⁴⁶ Michael Cottier y Julia Grignon, “Paragraph 2(b)(xxvi): Conscription or enlistment of children and their participation in hostilities”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, ed. Otto Triffterer y Kai Ambos, 3ª ed. (Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), párr. 803.

Conforme a lo anterior, se tiene que lo relevante para los efectos del presente trabajo es la determinación de la edad cronológica específicamente acotada al rango comprendido entre el nacimiento y los quince años. Sin embargo, como se verá en la subsección siguiente, esclarecer si es que una persona se encuentra dentro de este rango no es una tarea simple.

1.1.2 Desafíos que plantea la estimación de edades

1.1.2.1 Problemática general

La estimación de la edad cronológica de una persona es una tarea particularmente difícil.⁴⁷ Las dificultades que se han planteado a la hora de estimar edades en procesos seguidos ante tribunales penales internacionales son de índoles tanto investigativas como evaluativas.⁴⁸ Es decir, no solamente plantea problemas durante la investigación conducida por la Fiscalía, sino que también los plantea en la evaluación de la prueba que debe hacer el tribunal. La labor de la CPI no es extraña a ello.⁴⁹

Comúnmente se ha sostenido que el proceso de estimación requiere de un enfoque holístico y multidisciplinario, que involucre técnicas tanto de las ciencias médicas como sociales.⁵⁰ Sin embargo, existen escasas guías internacionales que indiquen cómo evaluar conjuntamente los distintos enfoques, lo que ha implicado una preponderancia de aquellos que estriban en las

⁴⁷ Borgit Einzenberger, “Age Assessment”, en *Separated Children in Europe Programme: Workshop on Age Assessment and Identification* (Bucarest, 2006); Heaven Crawley, *When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process* (Londres: Immigration Law Practitioners Association, 2007), 36; Sarah Ellingham y Joe Adserias-Garriga, “Complexities and considerations of human age estimation”, en *Age Estimation: A Multidisciplinary Approach*, ed. Joe Adserias-Garriga (Londres: Academic Press, 2019), 12.

⁴⁸ Moa Lidén, «Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities», en *Quality Control in Criminal Investigation* (Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2020), 328.

⁴⁹ Rosen, “Who is a Child? The Legal Conundrum of Child Soldiers”, 102.

⁵⁰ Ros Levenson y Anna Sharma, *The Health of Refugee Children: Guidelines for Paediatricians* (Londres: Royal College of Paediatrics and Child Health, 1999), 14; Emilio Nuzzolese y Giancarlo Di Vella, “Legal background of age estimation for the dead and the living”, en *Age Estimation: A Multidisciplinary Approach*, ed. Joe Adserias-Garriga (Londres: Academic Press, 2019), 21; Crawley, *When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process*, 34; Daniel Franklin et al., “Forensic age estimation in living individuals: methodological considerations in the context of medico-legal practice”, *Research and Reports in Forensic Medical Science*, 2015, 63; A. Schmeling et al., “Age estimation”, *Forensic Science International* 165, nº 2–3 (2007): 179; Moa Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, en *Quality Control in Criminal Investigation*, ed. Xabier Agirre et al. (Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2020), 328.

ciencias médicas.⁵¹ Así, los elementos de prueba disponibles para el tribunal podrían resultar vagos o contradictorios.

LIDÉN propone analizar la problemática que plantea la estimación de edades en el presente contexto distinguiendo tres desafíos que podría plantear cada clase de medio de prueba.⁵² Aquellos se relacionan con la validez, fiabilidad y posibilidad de sesgos. El primero alude al alcance de las inferencias que se pueden hacer a partir de los elementos desde los que se deducirá la edad cronológica. Dado que en estos casos normalmente no se contará con registros fehacientes de la fecha de nacimiento, la edad cronológica deberá inferirse a partir de consideraciones relativas a las edades biológicas, aparentes y sociales de los individuos. Sin embargo, ello puede resultar problemático. El segundo desafío, fiabilidad entre evaluadores, está dado por la chance de que exista diferencia o contradicción en las conclusiones a las que arriben distintos expertos en un mismo ámbito tras analizar una misma muestra.⁵³ El tercer desafío, sesgos entre evaluadores, está dado por la chance que dos o más evaluadores de evidencia arriben a las mismas conclusiones tras analizar una misma muestra producto de influencias contextuales,⁵⁴ como podría ser la exposición a la teoría del caso de una de las partes.

1.1.2.2 Prueba pericial

Existen múltiples métodos enfocados en estimar la edad cronológica de personas vivas. Sin embargo, resulta discutible que permitan determinarla de forma precisa.⁵⁵ Así ocurre con

⁵¹ Smith y Brownless, “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography”, 37.

⁵² Moa Lidén, «Child Soldier or Soldier? », 330.

⁵³ Itiel E. Dror, “A Hierarchy of Expert Performance”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 5, n° 2 (2016): 121.

⁵⁴ Saul M. Kassin, Itiel E. Dror, y Jeff Kukucka, “The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 2, n° 1 (2013): 43.

⁵⁵ Smith y Brownless, “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography”, 13; Nuzzolese y Di Vella, “Legal background of age estimation for the dead and the living”, 23.

métodos basados en la madurez ósea,⁵⁶ en el crecimiento de piezas dentales,⁵⁷ en la apreciación de la apariencia física,⁵⁸ o en una evaluación psicosocial.⁵⁹

Desde una perspectiva de validez, se puede señalar que la estimación de la edad cronológica de un individuo sobre la base de pruebas periciales como las señaladas resulta cuestionable. Ello por cuanto las guías que usan los distintos métodos para asociar ciertos marcadores físicos o psicológicos con edades determinadas pueden estar obsoletas o haber sido elaborados para grupos humanos distintos a los periciados.⁶⁰ De forma más general, este ejercicio resulta problemático por el simple hecho de que se está infiriendo la edad cronológica a partir de la edad biológica, lo que de por sí conlleva cierta incerteza.⁶¹ Con todo, esta problemática podría salvarse si es que solamente se requiriera establecer que la presunta víctima está definitivamente por debajo del rango de 15 años sin exigir establecer la edad exacta.⁶²

Desde una perspectiva de fiabilidad se puede decir que, particularmente aquellas pericias que se hagan sobre la base de imágenes de rayos X pueden llevar a resultados contradictorios. Ello podría producirse por variaciones en la precisión de las radiografías como consecuencia de la tecnología empleada,⁶³ por variaciones producto de antecedentes étnicos o socioeconómicos de los individuos, por falta de estándares específicos para distintos grupos de población o por la brecha temporal entre la época en que se elaboraron los métodos y la actualidad.⁶⁴

⁵⁶ European Council on Refugees and Exiles, “Detriment of Doubt: Age Assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking Children”, *Asylum Information Database*, Legal Briefing (Bruselas, 2015), 5; María Benito Sánchez, “El estudio de la edad para la identificación humana: estudio antropológico forense en el complejo articular del hombro y en el esternón para la estimación de la mayoría de edad legal y la edad de la muerte” (Universidad Complutense de Madrid, 2017), 31; Gregor Noll, “Junk Science? Four Arguments Against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum” (Lund, 2015), 14.

⁵⁷ Franklin et al., “Forensic age estimation in living individuals: methodological considerations in the context of medico-legal practice”, 59.

⁵⁸ Arlan L. Rosenbloom, “Inaccuracy of age assessment from images of postpubescent subjects in cases of alleged child pornography”, *International Journal of Legal Medicine* 127, n° 2 (2013): 470.

⁵⁹ Nuzzolese y Di Vella, “Legal background of age estimation for the dead and the living”, 21; Smith y Brownless, “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography”, 25.

⁶⁰ Ellingham y Adserias-Garriga, “Complexities and considerations of human age estimation”, 3; Cunningham, Scheuer, y Black, *Developmental Juvenile Osteology*, 14.

⁶¹ Francesco Introna y Carlo P. Campobasso, “Biological vs legal age of living individuals”, en *Forensic Anthropology and Medicine: Complementary Sciences From Recovery to Cause of Death*, ed. Aurore Schmitt, Eugénia Cunha, y João Pinheiro (Nueva Jersey: Humana Press, 2006), 70.

⁶² Moa Lidén, «Child Soldier or Soldier?», 372.

⁶³ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 376.

⁶⁴ Noll, “Junk Science? Four Arguments Against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum”.

Por último, desde una perspectiva de sesgo entre expertos, se debe decir que existe un riesgo de sesgo de confirmación forense.⁶⁵ Este está marcado tanto por la información contextual del caso en cuestión como por información de experiencias pasadas de casos diversos que puede haber contaminado el análisis pericial.⁶⁶

1.1.2.3 Prueba de vídeo o foto

La estimación de edad sobre la base de fotos o vídeos descansa en la asociación entre marcadores indicativos de la edad aparente con la edad cronológica del individuo.⁶⁷ Según se indicará, la CPI ha sostenido que desde una perspectiva estrictamente jurídica fotos y vídeos podrían servir para corroborar que un individuo es menor de quince años ya que nada en el ECPI ni en las RPP impiden acudir a estos medios de prueba ni exige corroboración adicional para confiar en ellos. Sin embargo, desde una perspectiva de suficiencia probatoria podría ocurrir que estos elementos sean insuficientes para establecer la minoría de edad MADR.

Acerca de la validez se puede señalar que, si bien existen intentos por desarrollar guías que permitan hacer tal asociación,⁶⁸ hay quienes afirman que la estimación de edades sobre la base de la apariencia de una persona no es una tarea confiable, a lo menos en personas postadolescentes.⁶⁹ Ello por cuanto las pocas guías que existen carecen de sustento científico⁷⁰ y porque, en algunos casos, se adoptan guías de otros ámbitos usándolas para fines que no fueron diseñadas.⁷¹ Existen estudios que han demostrado que es común que personas expertas e inexpertas por igual yerren al estimar la edad de otra sobre la base de fotos o vídeos.⁷²

Pasando a la fiabilidad, se debe señalar que diversos factores inciden en que una persona acierte con mayor o menor precisión al estimar la edad de otra. Así, existen estudios que indican

⁶⁵ Kassin, Dror, y Kukucka, “The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions”.

⁶⁶ Ellingham y Adserias-Garriga, “Complexities and considerations of human age estimation”, 10.

⁶⁷ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 387.

⁶⁸ F. Mayer et al., “Age estimation based on pictures and videos presumably showing child or youth pornography”, *International Journal of Legal Medicine* 128, n° 4 (2014): 649–52.

⁶⁹ Rosenbloom, “Inaccuracy of age assessment from images of postpubescent subjects in cases of alleged child pornography”, 469.

⁷⁰ Arlan L. Rosenbloom, “Age estimation based on pictures and videos presumably showing child or youth pornography”, *International Journal of Legal Medicine* 129, n° 3 (2015): 622.

⁷¹ Rosenbloom, “Inaccuracy of age assessment from images of postpubescent subjects in cases of alleged child pornography”, 468.

⁷² Roosa Norja et al., “How old was she? The accuracy of assessing the age of adolescents’ based on photos”, *Nordic Psychology* 74, n° 1 (2022): 82.

que las personas menores de 35 años tienden a hacer estimaciones más acertadas que las mayores⁷³ y que las estimaciones formuladas por personas en el mismo rango etario tienden a ser más acertadas.⁷⁴ También se ha señalado que las estimaciones hechas por personas respecto de otras pertenecientes a su mismo grupo étnico son más acertadas,⁷⁵ lo que podría estar relacionado con los llamados sesgos de raza.⁷⁶ Otra cuestión que aparentemente influiría en la precisión de la estimación es que la persona que estima tenga experiencia trabajando con múltiples adolescentes. En cambio, tener hijos o hermanos menores de 18 años no influiría en la precisión de la estimación respecto de otros individuos del mismo rango.⁷⁷

Por último, resulta pertinente detenerse en dos posibles sesgos que podrían afectar las decisiones basadas en medios de prueba de esta índole. El primero es un sesgo de posición serial que implica que la estimación de la edad de una persona se vea afectada por la estimación de la edad de otra que se haya hecho en forma inmediatamente anterior.⁷⁸ En otras palabras, se aprecia una tendencia a subestimar la edad de una persona cuando el rostro de la revisada en forma anterior era más joven y a sobrestimarla cuando el rostro de la anterior haya sido más viejo.⁷⁹ El segundo es un sesgo hacia las edades medianas, conforme al cual los rostros de personas más jóvenes se perciben como más viejos y los de personas más viejas se perciben más jóvenes.⁸⁰ A la luz de lo anterior, LIDÉN enfatiza que las estimaciones de edad basadas en la apariencia física son altamente dependientes del contexto.⁸¹

⁷³ A. Nkengne et al., “Influence of facial skin attributes on the perceived age of Caucasian women”, *Journal of the European Academy of Dermatology and Venereology* 22, n° 8 (2008): 987.

⁷⁴ Jeffrey S. Anastasi y Matthew G. Rhodes, “An own-age bias in face recognition for children and older adults”, *Psychonomic Bulletin & Review* 12, n° 6 (diciembre de 2005): 1043–47; Patrik Sörqvist, Linda Langeborg, y Mårten Eriksson, “Women assimilate across gender, men don’t: The role of gender to the own-anchor effect in age, height, and weight estimates”, *Journal of Applied Social Psychology* 41, n° 7 (2011): 1733–48; Jenny Vestlund et al., “Experts on age estimation: Cognition and neurosciences”, *Scandinavian Journal of Psychology* 50, n° 4 (2009): 301–7; Manuel C. Voelkle et al., “Let me guess how old you are: Effects of age, gender, and facial expression on perceptions of age”, *Psychology and Aging* 27, n° 2 (2012): 265–77.

⁷⁵ Hedwige Dehon y Serge Brédart, “An ‘other-race’ effect in age estimation from faces”, *Perception* 30, n° 9 (2001): 1107–13.

⁷⁶ Christian A. Meissner y John C. Brigham, “Thirty Years of Investigating the Own-Race Bias in Memory for Faces: A Meta-Analytic Review”, *Psychology, Public Policy, and Law* 7, n° 1 (2001): 3–35.

⁷⁷ Norja et al., “How old was she? The accuracy of assessing the age of adolescents’ based on photos”, 81.

⁷⁸ Colin W.G. Clifford, Tamara L. Watson, y David White, “Two sources of bias explain errors in facial age estimation”, *Royal Society Open Science* 5, n° 10 (2018): 5.

⁷⁹ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 399.

⁸⁰ Clifford, Watson, y White, “Two sources of bias explain errors in facial age estimation”, 8.

⁸¹ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 400.

1.1.2.4 Prueba testimonial

En tercer lugar, cabe referirse a los desafíos que plantean las declaraciones acerca de la edad, ya sea de sí mismas, en aquellos casos en que declaran las presuntas víctimas, o de terceras personas, en aquellos casos en que otras personas declaran acerca de la edad de las presuntas víctimas.

En lo tocante a la validez, LIDÉN propone tres pasos para evaluar la estimación en tanto indicación de una edad cronológica.⁸² Primero, se debe establecer la base en la que se funda la declaración. Así, puede sustentarse en una apreciación de la edad biológica (caso en el que se deben reiterar las aprensiones indicadas en la sección 1.1.2.2 más atrás), aparente (caso en el que se deben reiterar las aprensiones formuladas en la sección 1.1.2.3 más atrás), social (caso en que es pertinente tener en cuenta lo dicho en la sección 1.1.1 más atrás) o cronológica. Segundo, si es que el testigo aduce que al base de su declaración es la edad cronológica, entonces cabe preguntarse si es que estaba en condiciones de manejar tal información. En tercer lugar, cabe preguntarse si es que el testigo está en lo cierto, miente o simplemente está equivocado.

Desde una perspectiva de fiabilidad es posible distinguir entre fiabilidad entre interrogadores (*i.e.* fiscales y defensores) y fiabilidad entre evaluadores (*i.e.* jueces). En ambos casos, la calidad de la comunicación entre el interrogador/evaluador y el testigo puede verse afectada por un sin número de factores, tales como atributos personales del interrogador⁸³ o el apoyo social que haya demostrado.⁸⁴ Por otra parte, distintos evaluadores pueden estimar que un mismo testimonio es más o menos certero o, en palabras de decisión judicial, que tiene mayor o menor valor probatorio.

Por último, se debe decir que los potenciales sesgos también son numerosos. Así, un interrogador puede estar sesgado por su propia teoría del caso, dirigiendo las preguntas del interrogatorio solo con miras a confirmarla. Asimismo, la evaluación de la credibilidad y fiabilidad

⁸² Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 408.

⁸³ Gail S. Goodman et al., “Mother knows best: Effects of relationship status and interviewer bias on children’s memory”, *Journal of Experimental Child Psychology* 60, n° 1 (1995): 195–228; David F. Björklund et al., “Social Demand Characteristics in Children’s and Adults’ Eyewitness Memory and Suggestibility: The Effect of Different Interviewers on Free Recall and Recognition”, *Applied Cognitive Psychology* 14, n° 5 (2000): 421–33.

⁸⁴ Bette L. Bottoms, Jodi A. Quas, y Suzanne L. Davis, “The influence of interviewer-provided social support on children’s suggestibility, memory, and disclosures”, en *Child Sexual Abuse: Disclosure, Delay, and Denial*, ed. Margaret-Ellen Pipe et al. (Nueva York: Erlbaum, 2007), 135–58; Molly Carter Imhoff y Lynne Baker-Ward, “Preschoolers’ Suggestibility: Effects of Developmentally Appropriate Language and Interviewer Supportiveness”, *Journal of Applied Developmental Psychology* 20, n° 3 (1999): 407–29.

del testimonio puede verse afectada por la teoría del caso que le haga más sentido.⁸⁵ Fuera de lo anterior, también resulta relevante considerar que producto del trauma que pueden haber sufrido las presuntas víctimas, existe la chance de que su declaración este afectada por un sesgo emocional.⁸⁶

1.1.2.5 Otra prueba documental

Dentro de este conjunto se consideran un sin número de documentos escritos de los que podría inferirse la edad del individuo. Solo a modo ejemplar pueden mencionarse certificados y partidas de nacimiento, reportes escolares, certificados y registros electorales, nóminas o registros de conscriptos y reportes, cartas y otros documentos en los que se indica de forma general la edad de los individuos.

Antes que todo, se debe enfatizar la precariedad del registro de nacimientos a nivel mundial. A pesar de que el artículo 24 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 7 de la CDN reconocen el derecho de toda persona a que su nacimiento sea registrado, 1 de cada 4 niños menores de 5 años no lo están.⁸⁷ Particularmente en África subsahariana, solo está registrado el 46% de los niños menores de 5 años.⁸⁸ Ello ciertamente plantea una dificultad para la estimación de la edad de las personas provenientes de esos contextos.

Los desafíos de validez están dados, principalmente, por el antecedente que se hayan considerado al consignar la edad en el documento en cuestión.⁸⁹ En algunos países las autoridades han debido acudir a sistemas sociales, como calendarios de eventos nacionales o locales para intentar establecer la edad de ciertos individuos.⁹⁰ Sin embargo, ello no es del todo preciso.⁹¹

⁸⁵ Tamara Marksteiner et al., “Asymmetrical scepticism towards criminal evidence: The role of goal- and belief-consistency”, *Applied Cognitive Psychology* 25, n° 4 (julio de 2011): 541–47; Karl Ask y Laurence Alison, “Investigators’ decision-making”, en *Forensic Psychology in Context: Nordic and International Approaches*, ed. Pär Anders Granhag (Londres: Willan, 2010), 42.

⁸⁶ Moa Lidén, “Emotions and Cognition in International Criminal Justice: An Exploration from Cognitive Biases to Emotional Intelligence”, *Forensic Science International: Mind and Law* 1, n° September (2020): 4.

⁸⁷ UNICEF, “Birth registration”, 2022, <https://data.unicef.org/topic/child-protection/birth-registration/>.

⁸⁸ UNICEF, “Birth registration”.

⁸⁹ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 423.

⁹⁰ David A. Cleveland, “Developmental Stage Age Groups and African Population Structure: The Kusasi of the West African Savanna”, *American Anthropologist* 91, n° 2 (junio de 1989): 403.

⁹¹ Smith y Brownless, “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography”, 27.

En lo tocante a la fiabilidad y posibilidades de sesgos, basta con señalar que la naturaleza eminentemente abierta del examen forense de documentos ciertamente puede llevar a que distintos evaluadores arriben a conclusiones disímiles y que se vean afectados por ellos.⁹²

1.2 EL ESTÁNDAR DE PRUEBA «MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE»

Habiendo esbozado las dificultades que plantea estimar la edad de la víctima del crimen en comento, toca ahora referirse al EdP que se debe satisfacer para tener por probada tal circunstancia. En esta segunda sección se revisa la función de los EdP dentro de la actividad probatoria, los antecedentes históricos del estándar para condenar en el DPI, la consagración del MADR en el estatuto y las críticas que ha recibido este estándar.

1.2.1 Los estándares de prueba en la actividad probatoria

1.2.1.1 Prueba y actividad probatoria

Una cuestión esencial para la consecución de los fines del proceso penal es la determinación de los hechos acaecidos.⁹³ Para aplicar la norma a un caso concreto se debe demostrar que lo que se afirma por medio del enunciado fáctico efectivamente ha ocurrido.⁹⁴ En otras palabras, la justificación externa de la premisa menor del silogismo judicial requiere que el enunciado fáctico esté probado.

Ahora ¿qué cabe entender por *probado*? Sin ahondar en la polisemia del concepto,⁹⁵ para el objeto de este trabajo basta con indicar aquella acepción que lo entiende como resultado del proceso probatorio, o *prueba* en sentido estricto. Así, se define como «...el resultado que se

⁹² Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 426.

⁹³ Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law* (Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 1992), 131; Mirjan Damaška, “Truth in Adjudication”, *Hastings Law Journal* 49, n° 2 (1998): 289.

⁹⁴ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1971), 212; Wróblewski, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, 39; Dei Vecchi y Cumiz, *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, 28.

⁹⁵ Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, 76; Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2005), 27.

obtiene a partir de los medios de prueba, o sea el conocimiento ya obtenido del hecho controvertido o el enunciado fáctico verificado que lo describe.»⁹⁶

El objetivo del procedimiento probatorio se realiza infiriendo un enunciado acerca de si ciertos hechos del pasado ocurrieron a partir de otro enunciado acerca de otros hechos.⁹⁷ Los primeros son los *hechos a probar* mientras que los segundos son los *hechos probatorios*. Las particularidades de este tipo de razonamiento se explican más claramente recurriendo a la teoría de la argumentación de TOULMIN.⁹⁸ Sin ahondar en ello, es relevante destacar acá que, por la forma del razonamiento probatorio, la conclusión de una inferencia probatoria solo puede llegar a ser probablemente verdadera, no absolutamente verdadera.

A pesar de que las conclusiones a las que se arribará solo pueden ser probablemente verdaderas, así y todo se espera que el tribunal tome una serie de decisiones a lo largo del proceso y que ellas estén debidamente justificadas, tanto interna como externamente. En el caso del procedimiento reglado por el ECPI, por ejemplo, se puede apreciar que el tribunal podría tener que llegar a decidir si es que emitir una orden de detención o no, si es que confirmar o no los cargos formulados en contra de la persona imputada y si es que condenarla o no. Tales decisiones ocurrirían en momentos distintos del procedimiento probatorio, en los que se espera contar cada vez con mayor y mejor información que al adoptar la decisión anterior.⁹⁹ Además, tales decisiones tendrían efectos diversos, potencial y progresivamente más gravosos para la persona imputada. Así, se hace necesario saber el grado de corroboración suficiente para adoptar justificadamente las diversas decisiones.

Una herramienta de análisis que resulta útil para poder comprender la función de los EdP en el proceso consiste en distinguir diversos momentos en la actividad probatoria.¹⁰⁰ Tales

⁹⁶ Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, 78.

⁹⁷ Daniel González Lagier, “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces para la democracia* 47 (2003): 35.

⁹⁸ González Lagier, “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, 35; Terrence Anderson, David Schum, y William Twining, *Analysis of Evidence*, 2ª ed. (Nueva York: Cambridge University Press, 2005), 62; Sobre la teoría misma puede revisarse Stephen E. Toulmin, Richard Rieke, y Allan Janik, *An introduction to reasoning*, 3ª ed. (Nueva York: Macmillan Publishing Company, 1984); Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, 4ª ed. (Lima: Palestra, 2016), 135; La relación entre todos estas fuentes la debo a Santiago Eyherabide, “El estándar de prueba en el sistema penal” (Universitat de Girona, 2020), 5.

⁹⁹ Mark Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, International Criminal Law Series (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 131.

¹⁰⁰ Otras personas también se han valido de esta herramienta. Así, Coloma, con un propósito diverso y una mirada más amplia, señala tres etapas que son grosso modo similares a las señaladas por Ferrer. Coloma distingue entre una etapa de preparación de la actividad probatoria, una segunda de producción de la prueba y argumentos y una tercera de decisión y justificación de hechos probados o no probados. Estos momentos tienen un alcance mayor a los que

momentos, aunque puedan darse entremezclados en la toma de decisiones, son lógicamente distintos y sucesivos. Siguiendo a FERRER pueden identificarse tres. En el primero se produce la integración de un conjunto de elementos de juicio que serán usados para apoyar o refutar las distintas hipótesis.¹⁰¹ El segundo momento es el de valoración de los elementos de juicio. Aquí se busca determinar el apoyo empírico que cada elemento de prueba aporta a la hipótesis.¹⁰² La forma en que esto se hará dependerá del modelo de valoración de la prueba establecido por el ordenamiento jurídico. Tras la valoración de la prueba solamente se alcanzará un grado de probabilidad de que una determinada hipótesis sea verdadera dados los elementos de juicio disponibles.¹⁰³ Por ello, todavía no se está en condiciones de decidir acerca de si un hecho *está o no probado*. Así se llega al momento de decisión sobre los hechos probados. Durante él se determina si es que el grado de corroboración aportado por los elementos de prueba a la hipótesis es suficiente como para tener esta última por probada.¹⁰⁴ El grado de probabilidad suficiente lo fijan los EdP.

1.2.1.2 Concepto y función de los estándares de prueba

Los EdP corresponden a reglas que determinan «el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión (y así poder usarla como tal en nuestro razonamiento).»¹⁰⁵ Otra definición concordante es la que la plantea GASCÓN, para quien los EdP son aquellos «...criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe.»¹⁰⁶

identifica Ferrer, lo que se explica en el propósito del trabajo de Coloma. No obstante, las diferencias son de amplitud; al revisar el contenido de cada uno de ellos se aprecia que son, dentro de todo, similares. Rodrigo Coloma Correa, “Conceptos y razonamientos probatorios”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 30, n° 2 (2017): 36; Accatino, a su turno, se limita a señalar dos momentos de lo que normalmente se designa como valoración de la prueba. Uno, de valoración en sentido estricto y otro de decisión sobre la prueba. Daniela Accatino Scagliotti, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 37 (2011): 485.

¹⁰¹ Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 41.

¹⁰² Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 45.

¹⁰³ Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 139.

¹⁰⁴ Accatino Scagliotti, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 486.

¹⁰⁵ Ferrer Beltrán, “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba”, 403.

¹⁰⁶ Marina Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28, n° 28 (2005): 127–39.

Pueden identificarse múltiples funciones para los EdP.¹⁰⁷ La primera es la de aportar criterios de justificación de las decisiones probatorias.¹⁰⁸ En el momento de decisión acerca de la prueba, ello implica la justificación de la decisión podrá hacerse cargo de los elementos de concurrencia del estándar.¹⁰⁹ Luego, en el eventual control de la decisión que podría hacer un tribunal de segunda instancia, los EdP indican los criterios conforme a los cuales se evaluará la corrección del razonamiento seguido por el tribunal de primera instancia.¹¹⁰

En segundo lugar, FERRER destaca que los EdP cumplen una función de garantía para las partes, por cuanto la claridad acerca del criterio de suficiencia probatoria les permitirá corroborar la satisfacción del EdP y evaluar si es que es conveniente o no recurrir en contra de la resolución. Al conocerse claramente las exigencias que impone el estándar, la parte agraviada puede justificar su impugnación en la insuficiente corroboración de la hipótesis que se tuvo por probada y le resulta gravosa.¹¹¹

La tercera función de los EdP es la distribución del riesgo de error entre las partes.¹¹² Habida cuenta de que la decisión el tribunal debe ser tomada en un contexto de incertidumbre, la posibilidad de que el tribunal tome una decisión fácticamente errada es inescapable. De entre esos errores, LAUDAN estima que son particularmente relevantes aquellos que producen falsos positivos (una decisión en que se declara probada una hipótesis siendo esta falsa) o falsos negativos (una decisión en que se declara no probada una hipótesis siendo esta verdadera).¹¹³ En otras palabras, ocurrirá un falso positivo cuando se declare culpable a una persona materialmente inocente y un falso negativo cuando se declare inocente a una persona materialmente culpable.¹¹⁴

¹⁰⁷ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 109–38; Otros autores han señalado otros múltiples usos. Tal es el caso de Coloma, que identifica múltiples usos y los agrupa en tres macro usos. Tales son los siguientes. Primeramente, el de determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación. El segundo es el de distribución del riesgo de error entre las partes. El tercero dice relación con la forma que adoptarán los hechos probados, influyendo en la clase de razonamiento probatorio que usarán los intervinientes así como en concepción misma acerca de los hechos probados. Rodrigo Coloma Correa, “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, *Discusiones* 18, n° 2 (2016): 44 y ss.

¹⁰⁸ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 109–12.

¹⁰⁹ Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, 138.

¹¹⁰ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 111.

¹¹¹ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 112–14.

¹¹² Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 115–38.

¹¹³ Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 69.

¹¹⁴ Laudan distingue entre dos tipos de inocencia y culpabilidad, a saber, probatoria y material. Esta distinción puede revisarse en Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*, 96.

Junto con otros mecanismos,¹¹⁵ los EdP contribuyen a distribuir el riesgo de error. Tal contribución opera de la siguiente forma. La racionalidad exige un grado mínimo de probabilidad para dar por probada una hipótesis.¹¹⁶ Conforme a un estándar mínimamente exigente, se tendría por probada aquella hipótesis que se encuentre relativamente más corroborada por las pruebas disponibles en comparación a las restantes hipótesis incompatibles que hayan sido planteadas en el proceso o, al menos, en comparación con la negación de la hipótesis probada.¹¹⁷ Normalmente este estándar corresponde al de preponderancia de prueba.¹¹⁸ Sin embargo por razones político-morales se puede preferir un EdP más exigente para ciertas situaciones. Esto implica exigir mayor corroboración para que se tenga por probada una hipótesis. Al elevar el nivel de suficiencia probatoria que se exige para tener por probada una hipótesis fáctica se disminuye el riesgo de tener por probada una hipótesis que no se corresponde con lo ocurrido.¹¹⁹ Correlativamente, se aumenta el riesgo de no tener por probada una hipótesis que sí se corresponde con lo ocurrido, pero que no ha sido suficientemente corroborada en el proceso.¹²⁰

1.2.1.3 Requisitos para la formulación de los estándares de prueba

Para que un EdP pueda cumplir con las funciones trazadas debe formularse con arreglo a múltiples requerimientos. Algunos de ellos versan sobre la adecuada formulación epistemológica del estándar. Para los efectos de esta memoria solo interesa detenerse en dos de estos requisitos de índole metodológica, pues más adelante se usarán como herramientas de análisis.¹²¹

El primer requisito es que el EdP debe «apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan.»¹²² Esto implica que el EdP no debe utilizar criterios subjetivos de quien decide, si no criterios objetivos que permitan que la decisión sea intersubjetivamente controlable. Así, se excluyen aquellas

¹¹⁵ Al respecto puede revisarse Ronald J. Allen y Craig R. Callen, “The Juridical Management of Factual Uncertainty”, *International Journal of Evidence and Proof* 7 (2003): 1–30.

¹¹⁶ Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”; Michele Taruffo, *La Prueba*, trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2008).

¹¹⁷ Accatino Scagliotti, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 486.

¹¹⁸ Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”.

¹¹⁹ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 116.

¹²⁰ Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*, 66; Eyherabide, “El estándar de prueba en el sistema penal”, 7.

¹²¹ Los requisitos que no se desarrollan dicen relación con la alusión a criterios de probabilidad inductiva y con la necesidad de contar con distintos y progresivos EdP en un mismo procedimiento. Todo lo anterior puede revisarse en detalle en Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*.

¹²² Ferrer Beltrán, “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba”, 405; Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 29–33.

formulaciones en que la decisión dependa del estado mental o psicológico del juzgador. Un EdP formulado en términos puramente subjetivos no es un verdadero estándar pues no sirve para indicar al tribunal cuando está autorizado a considerar algo como probado.¹²³

En segundo lugar, FERRER señala que los criterios que se utilicen en el EdP deben cumplir la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria.¹²⁴ Así, no basta con referencias al sistema de valoración de la prueba o con estándares que se limiten a exigir que las premisas estén inductivamente justificadas.¹²⁵ Por el contrario, los criterios contenidos en el EdP deben propender a la máxima reducción de la vaguedad ínsita en todo criterio no matemático.¹²⁶

1.2.2 Antecedentes y consagración del estándar de prueba para condenar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

1.2.2.1 Origen y evolución del estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»

Ahora corresponde una breve referencia al MADR en términos generales. Existe un intenso debate en al menos tres aspectos. Primero, sobre el origen mismo del MADR. En segundo lugar sobre su contenido e, incluso, sobre la necesidad de formularlo. Por último, sobre su capacidad para operar como un EdP. Como se verá, todas estas pugnas se trasladaron al DPI cuando fue adoptado como el EdP aplicable para condenar. Por lo mismo, han influido en las decisiones de la CPI que se revisan en el segundo capítulo.

El origen del MADR debe buscarse en la tradición jurídica del *common law*. Al respecto, normalmente se han sostenido dos posturas. La primera lo vincula con la teología cristiana premoderna,¹²⁷ mientras que la segunda con la comprensión sobre el conocimiento que se desarrolló tras la ilustración.¹²⁸ Sin ahondar en los postulados de cada una, para este trabajo basta con destacar algunos aspectos que han influido en la actual comprensión del MADR.

¹²³ Larry Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 104.

¹²⁴ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 33–65.

¹²⁵ Ferrer Beltrán, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea.”, 406.

¹²⁶ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 33.

¹²⁷ James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological roots of the Criminal Trial* (New Haven & London: Yale University Press, 2008), 2.

¹²⁸ Barbara Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence* (Berkeley: University of California Press, 1991), cap. 1.

Primeramente, siguiendo lo dicho por WHITMAN, se puede concluir que el MADR habría surgido en un contexto y con un propósito muy diversos a los actuales. Ello debe llevar a cuestionar si es que es la regla más apropiada para los sistemas penales contemporáneas, sean nacionales o internacionales. En segundo lugar, siguiendo a SHAPIRO, se puede apreciar que el MADR tendría cierto vínculo con la idea de que en ciertas áreas del quehacer humano no es dable propugnar verdades absolutas. En tercer lugar, en ambas posturas se puede apreciar una estrecha conexión entre el MADR y el estado mental de quien debe decidir, evidenciando el carácter subjetivo del MADR. Por último, en ambas posturas se aprecia también que no es del todo claro cuál es el contenido del estándar. Estas particularidades han acompañado al MADR desde su origen en las distintas jurisdicciones del *common law* hasta la actualidad a pesar de la evolución que ha ocurrido con el paso del tiempo.

En los EE. UU. se utilizaba ampliamente el EdP MADR fundándose en la costumbre y el precedente existentes.¹²⁹ Esto se consagró cuando en 1970 la Corte Suprema falló el caso *In Re Winship*. Allí declaró que la Constitución exigía que todos los jurados en casos penales fueran instruidos acerca de que el MADR era el estándar requerido para condenar.¹³⁰ Poco después de ello, dictó otro fallo en que descartó la extendida definición del MADR como prueba hasta una certeza moral,¹³¹ abriendo la puerta para que proliferaran otras definiciones. Así, siguiendo una sistematización presentada por LAUDAN,¹³² se ha conceptualizado el MADR como «certeza apropiada para adoptar las decisiones importantes en la vida»,¹³³ duda razonable como «duda que llevaría a una persona prudente a la hesitación para la acción»,¹³⁴ MADR como una «convicción duradera de culpabilidad»,¹³⁵ duda razonable como una «duda para la que se puede dar una razón»¹³⁶ y, más recientemente, MADR como «alta probabilidad».¹³⁷ Todas estas formulaciones han sido criticadas, dando lugar a apelaciones y revocaciones. Esta situación ha llevado a que algunas cortes Estatales y Federales de los EE. UU. insistan en que los jueces no deben instruir a los jurados acerca del contenido del MADR.¹³⁸ Tal posición se sustenta alegando que la

¹²⁹ Larry Laudan, “Is reasonable doubt reasonable?”, *Legal Theory* 9, n° 4 (2003): 299.

¹³⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos. 1970. *In re Winship*. 397 U.S. 358. (31 de marzo de 1970).

¹³¹ Laudan, “Is reasonable doubt reasonable?”, 300.

¹³² Laudan, “Is reasonable doubt reasonable?”

¹³³ *Security of belief appropriate to important decisions in one's life*. Traducción propia.

¹³⁴ *The sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*. Traducción propia.

¹³⁵ *Abiding conviction of guilt*. Traducción propia

¹³⁶ *A doubt for which a reason could be given*. Traducción propia.

¹³⁷ *High probability*. Traducción propia.

¹³⁸ Un argumento en favor de esta postura puede leerse en Notes, “Reasonable doubt: An argument against definition”, *Harvard Law Review* 108, n° 8 (junio de 1995): 1955–72.

comprensión de que el MADR se trataría de una noción que habla por sí misma,¹³⁹ fácilmente comprensible para el común de las personas.¹⁴⁰ Otras razones que se han dado para mantener el concepto en la indefinición son que ello permitiría imbuir al procedimiento de la sabiduría colectiva de la comunidad¹⁴¹ y que cualquier definición privaría al concepto de su inherente vaguedad.¹⁴² Todo lo anterior parece mostrar no solo que el MADR es un EdP que elude la definición, sino que elude también cualquier intento por delimitar el umbral mínimo de suficiencia probatoria que exige.¹⁴³

En Irlanda e Inglaterra ha ocurrido algo similar, aunque más recientemente. En el primero, se requiere que los jueces entreguen al jurado cierta guía acerca de cómo deben aplicar el MADR, aunque la omisión de tal guía no siempre ha sido considerada grave.¹⁴⁴ No existe una única formulación para explicar el MADR, aunque sí algunas más reputadas que otras.¹⁴⁵ Tal es el caso de la entregada en *Kiely*¹⁴⁶ donde, *grosso modo*, se brinda una explicación en términos sencillos que señala que la certeza con la que se debe contar para decidir que alguien es culpable MADR es equiparable a la que se tiene para tomar las decisiones importantes en la vida. Con todo, es común que los tribunales de primera instancia opten por no apartarse mucho de las formulaciones que ya han sido aceptadas por los tribunales de alzada.¹⁴⁷ En Inglaterra se ha seguido una postura igualmente cautelosa, sin que exista una fórmula unívoca para definir el estándar e incluso con pronunciamientos de tribunales de alzada que instan a los tribunales de primera instancia a dejar de intentar explicar lo inexplicable.¹⁴⁸

¹³⁹ María Soledad Krause Muñoz, “Razones para la duda. Una necesaria reelaboración del estándar probatorio de más allá de toda duda razonable en el derecho chileno”, en *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI.*, ed. Laura Mayer Lux y Tatiana Vargas Pinto (Santiago: Thomson Reuters, 2020), 479–504.

¹⁴⁰ Laudan, “Is reasonable doubt reasonable?”, 314.

¹⁴¹ Notes, “Reasonable doubt: An argument against definition”, 1972.

¹⁴² Notes, “Reasonable doubt: An argument against definition”, 1968.

¹⁴³ Laudan, “Is reasonable doubt reasonable?”, 313; Krause Muñoz, “Razones para la duda. Una necesaria reelaboración del estándar probatorio de más allá de toda duda razonable en el derecho chileno”, 488.

¹⁴⁴ Glen Rogers, “The Chaos of Reasonable Doubt”, *Trinity College Law Review* 182 (2014): 189.

¹⁴⁵ Rogers, “The Chaos of Reasonable Doubt”, 190.

¹⁴⁶ Corte de Apelaciones de Irlanda. 2016. DPP v. Kiely. 246/15. Fallo. (16 de julio de 2016), 18-19.

¹⁴⁷ Rogers, “The Chaos of Reasonable Doubt”, 190.

¹⁴⁸ Rogers, “The Chaos of Reasonable Doubt”, 191.

1.2.2.2 El estándar de prueba para condenar en los antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional

Esta revisión necesariamente debe partir por aludir al estándar de prueba en el Tribunal Militar Internacional (TMI), el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMILO) y los procesos sucesivos al juicio de Núremberg.

Desde la perspectiva de las fuentes codificadas se debe decir que ni el estatuto del TMI ni el del TMILO señalan en forma expresa el EdP para condenar aplicable.¹⁴⁹ Además, dado que el procedimiento establecido para la formulación y confirmación de la acusación no involucraba a los jueces, los respectivos estatutos tampoco contienen reglas sobre EdP las decisiones propias de la fase anterior al juicio.¹⁵⁰

Sin embargo, dada la influencia de la tradición del *common law* en esos tribunales, ambos adoptaron como EdP para condenar el MADR.¹⁵¹ Ello puede apreciarse tanto en las absoluciones de Schacht y von Papen pronunciadas por el TMI como en la declaración de Webbs, presidente del TMILO, quien señaló expresamente que el EdP aplicable sería el MADR.¹⁵²

Respecto del contenido del MADR se puede decir que su incertidumbre intrínseca también estuvo presente en estos procesos.¹⁵³ En efecto, en *Pohl et al.* se entendió el MADR como «...una duda tal que, tras la completa consideración de toda la evidencia, dejaría a una persona imparcial y reflexiva a la que se le ha confiado la responsabilidad de la decisión, en un estado mental tal que no podría decir que sintió una convicción permanente equivalente a una certeza moral acerca de la veracidad de los cargos.»¹⁵⁴

En el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) existen dos EdP progresivamente más elevados.¹⁵⁵ El primero de ellos está establecido para la confirmación de una acusación y exige que el tribunal

¹⁴⁹ Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, 132; Fergal Gaynor et al., “Law of evidence”, en *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, ed. Göran Sluiter et al. (Oxford: Oxford University Press, 2013), 1140.

¹⁵⁰ Gaynor et al., “Law of evidence”, 1130.

¹⁵¹ Gaynor et al., “Law of evidence”, 1139.

¹⁵² Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, 132.

¹⁵³ Kai Ambos, “Evidence and Disclosure”, en *Treatise on International Criminal Law*, vol. III (Oxford: Oxford University Press, 2016), 463.

¹⁵⁴ Traducción propia. En el original «...it is such a doubt as, after full consideration of all the evidence, would leave an unbiased, reflective person charged with the responsibility of decision, in such a state of mind that he could not say that he felt an abiding conviction amounting to a moral certainty of the truth of the charge.». Tribunal Militar de los EE. UU. en Nuremberg, 1947. Tribunal Militar II. U.S.A. v. Pohl et al. Fallo. (3 de noviembre de 1947) Pag. 965.

¹⁵⁵ Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, 132.

debe estar «satisfecho de que el fiscal ha establecido un caso *prima facie*»¹⁵⁶ El segundo es el EdP para condenar, que exige prueba MADR.¹⁵⁷

Una sala de juicio del TPIY falló que la regla 87.A de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, que establece el MADR como el EdP para condenar, consagra un principio general de derecho.¹⁵⁸ Sin embargo, tal afirmación no es del todo obvia dada la raigambre anglosajona del MADR y el carácter internacional del tribunal.¹⁵⁹ Con todo, tanto en la jurisprudencia del TPIY como del TPIR se puede apreciar claramente que el EdP aplicable para condena es efectivamente el MADR.¹⁶⁰

Respecto del contenido mismo del MADR, en *Tadić* el TPIY falló que este EdP exige la exclusión de cualquier otra hipótesis racional que pueda inferirse de la evidencia salvo por la culpabilidad de la persona imputada.¹⁶¹ En *Mrkšić et al.* la Sala de Apelaciones citó y adoptó la posición tomada en *Tadić*. Allí falló que:

«El test para establecer prueba más allá de toda duda razonable es que la “prueba sea de tal entidad como para excluir no cualquier hipótesis o posibilidad de inocencia, sino cualquier hipótesis justa o racional que pueda derivarse de la evidencia, salvo por la de culpabilidad. El estándar de prueba más allá de toda duda razonable requiere que el encargado de dilucidar los hechos esté satisfecho de que no hay ninguna otra explicación razonable de la evidencia fuera de la culpabilidad del acusado.»¹⁶²

¹⁵⁶ Traducción propia. En el original se lee «...satisfied that a prima facie case has been established by the Prosecutor...». Art. 19.1 del Estatuto del TPIY y artículo 18 del Estatuto del TPIR.

¹⁵⁷ Art. 87.A de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIY y Art. 87.A de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del TPIR.

¹⁵⁸ Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2001. Sala de Primera Instancia. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zuran Vukovic. IT-96-23 & 23/1. Fallo. (22 de febrero de 2001). Par. 559.

¹⁵⁹ Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, 135.

¹⁶⁰ Schabas y McDermott, “Article 66: Presumption of Innocence”, 1643 Las resoluciones relevantes están citadas en la nota 70.

¹⁶¹ Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 1999. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Duško Tadić. IT-94-1-A. Fallo apelación. (15 de julio de 1999). Par. 183.

¹⁶² Traducción del autor. En el original «[t]he test for establishing proof beyond reasonable doubt is that “the proof must be such as to exclude not every hypothesis or possibility of innocence, but every fair or rational hypothesis which may be derived from the evidence, except that of guilt”. The standard of proof beyond reasonable doubt requires a finder of fact to be satisfied that there is no reasonable explanation of the evidence other than the guilt of the accused. » Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2009. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Mile Mrkšić y Veselin Šljivančanin. IT-95-13/1-A. Fallo apelación. (5 de mayo de 2009). Par. 220.

En *Martić*, la Sala de Apelaciones falló que era innecesario intentar explicar el EdP, bastando decir que este exigía que el tribunal estuviera satisfecho de que, a partir de la evidencia, no hay ninguna otra explicación razonable fuera de la culpabilidad de la persona imputada.¹⁶³

Por otra parte, puede decirse que la jurisprudencia asentada del TPIY solo exige que se prueben MADR los hechos esenciales para establecer los elementos del crimen imputado y de la forma de participación.¹⁶⁴ En otras palabras, solo deben probarse MADR aquellos hechos de los que depende la decisión de condena.¹⁶⁵ Según señala KLAMBERG este mismo principio ha sido aplicado en múltiples otros casos durante la vigencia de los tribunales *ad hoc*.¹⁶⁶

1.2.2.3 Consagración del estándar de prueba para condenar en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

En el ECPI se pueden identificar tres EdP progresivamente más altos. Ellos son los establecidos para emitir una orden de detención, para la confirmación de cargos y para condenar¹⁶⁷ y corresponden a «motivo razonable para creer»¹⁶⁸, «motivos fundados para creer»¹⁶⁹ y «más allá de toda duda razonable»,¹⁷⁰ respectivamente.

¹⁶³ Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2008. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Milan Martić*. IT-95-11-A. Fallo apelación. (8 de octubre 2008). Par. 109.

¹⁶⁴ Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2009. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Mile Mrkšić y Veselin Šljivančanin*. IT-95-13/1-A. Fallo apelación. (5 de mayo de 2009). Par. 220; Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2007. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić*. IT-02-60-A. Fallo apelación. (9 de mayo de 2007). Par. 226.; Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2008. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Milan Martić*. IT-95-11-A. Fallo apelación. (8 de octubre 2008). Par. 55; Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2006. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Milomir Stakić*. IT-97-24-A. Fallo apelación. (22 de marzo de 2006). Par. 219.

¹⁶⁵ Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2009. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Dragomir Milošević*. IT-98-29/1-A. Fallo apelación. (12 de noviembre de 2009). Par. 20; Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 1998. Sala de Primera Instancia. *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo*. IT-96-21-T. Sentencia. (16 de noviembre de 1998), par. 601; Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2007. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Sefer Halilović*. IT-01-48-A. Fallo apelación. (16 de octubre de 2007), par. 109; Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2005. Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać*. IT-98-30/1-A. Fallo apelación. (28 de febrero de 2005). Par. 23.

¹⁶⁶ Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, n. 348.

¹⁶⁷ Klamberg, *Evidence in International Criminal Trials*, 136.

¹⁶⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Art. 58.1.a.

¹⁶⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Art. 61.5.

¹⁷⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Art. 66.3.

El EdP para condenar está regulado en el tercer párrafo del artículo 66 del ECPI, titulado «presunción de inocencia». Este está ubicado en la sexta parte del Estatuto denominada «del juicio». Sin perjuicio de ello, se ha entendido esa garantía aplica durante todo el proceso.¹⁷¹

Desde el borrador de 1994 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional que la regla que hoy se encuentra en el artículo 66 establece el MADR como el EdP para condenar.¹⁷² El comentario que acompaña al artículo 40 del borrador nada dice acerca de las razones para adoptar este EdP ni de su correcta comprensión. Si bien la oración relativa al MADR no estaba en el borrador de 1993, el comentario que acompañaba al entonces artículo 43 aludía expresamente a él.¹⁷³

En la sesión de marzo-abril de 1996 el Comité Preparatorio agregó una sección al borrador titulada «Principios Generales de Derecho Penal».¹⁷⁴ Uno de los artículos allí contenidos trataba la presunción de inocencia y establecía el MADR como EdP para condenar.¹⁷⁵ Esto se mantuvo la decisión adoptada por el Comité Preparatorio en su sesión celebrada entre el 4 y el 15 de agosto de 1997.¹⁷⁶ Así, el EdP quedó regulado en esta ubicación.¹⁷⁷

En el borrador de Zutphen de 1998 solamente se eliminó la redundancia que se produjo tras la inclusión de la disposición sobre la presunción de inocencia en las secciones relativas a principios generales y en las relativas al juicio, optando por dejarlo en esta última sección.¹⁷⁸ En el artículo mismo se agregó una nota al pie indicando que se expresaron reservas en relación con la frase «más allá de toda duda razonable».¹⁷⁹

En la Conferencia de Roma el texto fue reformulado por el Grupo de Trabajo sobre Materias Procedimentales, quedando con una estructura similar a la versión que actualmente

¹⁷¹ Karol Nowak, “Article 66”, ed. Mark Klamburg y Jonas Nilsson, *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute*, 2020, <https://cilrap-lexsitus.org/clicc/66/66>.

¹⁷² Art. 40 International Law Commission, “Draft Statute for an International Criminal Court with commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1994.

¹⁷³ International Law Commission, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session”, 1993, 119. UN DOC A/48/10

¹⁷⁴ William Schabas, “Art . 66 Presumption of innocence”, en *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, ed. William Schabas, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2016), párr. 5.

¹⁷⁵ M. Cherif Bassiouni y William A. Schabas, eds., *The Legislative History of the International Criminal Court*, 2ª ed. (Leiden: Brill | Nijhoff, 2016), 586.

¹⁷⁶ Bassiouni y Schabas, *The Legislative History of the International Criminal Court*, 586.

¹⁷⁷ Schabas y McDermott, “Article 66: Presumption of Innocence”, párr. 3.

¹⁷⁸ Schabas y McDermott, “Article 66: Presumption of Innocence”, párr. 7.

¹⁷⁹ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, “Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, The Netherlands”, 1998, n. 199.

puede leerse en el artículo 66 del ECPI.¹⁸⁰ En este borrador se eliminó la nota al pie relativa a las reservas expresadas ante el MADR. Tras ello, la comisión preparatoria hizo los últimos cambios en la redacción del texto que finalmente fue aprobado.

En el texto adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 la redacción del artículo relevante, ahora 66, es la siguiente:

«Presunción de inocencia

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.»¹⁸¹

Con todo, durante el proceso de elaboración cierta parte de la academia expresó preocupación ante la ambigüedad ínsita del EdP MADR, llegando incluso a sugerir que el ECPI clarificara el contenido del estándar.¹⁸² A pesar de la crítica de la academia, y de las ya señaladas reservas, tal clarificación no se hizo. Tampoco las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI salvaron este punto,¹⁸³ ni se ha adoptado un texto oficial que resuelva esta ambigüedad.

1.2.3 Críticas al estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»

Según se explicará en los párrafos siguientes, el MADR no se ajusta del todo a los requisitos indicados en la subsección 1.2.1.2 más atrás. En efecto, su particular situación de indeterminación y subjetividad han servido de fundamento para duras críticas. Además, desde la doctrina especializada en DPI se ha criticado que la formulación y comprensión de dicho EdP ha planteado dificultades en el razonamiento probatorio de los tribunales penales internacionales. Como se señaló precedentemente, al adoptar MADR como el EdP para condenar del ECPI se introdujeron varias de las falencias de dicho estándar que ya habían sido identificadas por la

¹⁸⁰ Schabas y McDermott, “Article 66: Presumption of Innocence”, párr. 8.

¹⁸¹ ECPI art. 66.

¹⁸² Christopher L. Blakesley, “Commentary & Critique of Parts 5 and 6 (Protections for the Accused in the Investigation, Prosecution, & Trial) of the Zutphen Draft”, en *Observations on the consolidated ICC text before the final session of the preparatory committee*, ed. Leila Sadat y M. Cherif Bassiouni, Nouvelles études pénales (Toulouse: Erès, 1998), 87.

¹⁸³ Schabas y McDermott, “Article 66: Presumption of Innocence”, párr. 23.

doctrina general. Por lo mismo, resulta del todo lógico comenzar la revisión de las críticas por aquellas formuladas fuera del DPI para luego enfocarse en esa rama del derecho.

1.2.3.1 Críticas de la doctrina general

Una parada obligada en la crítica del MADR es la obra de LAUDAN. El núcleo de su crítica puede leerse en su ensayo publicado en 2003 bajo el título *Is reasonable doubt reasonable?*¹⁸⁴ Estas críticas fueron desarrolladas posteriormente en el ensayo *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*.¹⁸⁵ La crítica de LAUDAN puede resumirse de la siguiente forma

«...*BARD* [MADR por sus siglas en inglés] es una fórmula vacua tanto en términos de cuantificación epistémica de la suficiencia probatoria cuanto (consecuentemente) en términos de ratio expresiva y realizativa de un concreto juicio moral distributivo del error. Esto es así, en particular, por el subjetivismo incontrolable al que conduce.»¹⁸⁶

En otras palabras, para LAUDAN el MADR es incapaz de guiar a quien debe determinar si es que los hechos están probados o no puesto que no contiene una formulación clara acerca de cuánta corroboración es suficiente para tener algo por probado ni es claro a la hora de establecer la preferencia político moral del sistema acerca de la distribución del riesgo de error entre los intervinientes.¹⁸⁷

Otros autores también han criticado la vaguedad del MADR y su consecuente inutilidad para servir como en EdP.¹⁸⁸ Tal vaguedad puede apreciarse en diversos estudios que han intentado conocer cómo es que jueces y jurados interpretan y aplican el MADR. En efecto, a pesar de que el MADR suele señalarse como un EdP que exige un elevado grado de corroboración, ciertos estudios sugieren que jurados de los EE. UU. habitualmente condenan con arreglo a niveles mucho menores al supuestamente aplicable.¹⁸⁹ Otros estudios incluso han llegado

¹⁸⁴ Laudan, “Is reasonable doubt reasonable?”

¹⁸⁵ Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*.

¹⁸⁶ Diego Dei Vecchi, “Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 43 (2020): 403.

¹⁸⁷ En las siguientes fuentes se puede encontrar una revisión sintética de las críticas de Laudan Dei Vecchi, “Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan”; Eyherabide, “El estándar de prueba en el sistema penal”.

¹⁸⁸ Rogers, “The Chaos of Reasonable Doubt”; Harry D. Saunders, “Quantifying Reasonable Doubt: a Proposed Solution to an Equal Protection Problem”, *BE Press Legal Series*, BE Press Legal Series (Berkeley, 2005).

¹⁸⁹ Rita James Simon, “Beyond a Reasonable Doubt—An Experimental Attempt at Quantification”, *The Journal of Applied Behavioral Science* 6, n° 2 (26 de junio de 1970): 203–9; Francis C. Dane, “In search of reasonable doubt - A

a concluir que es común que los jurados no entiendan, si quiera, qué significa el MADR¹⁹⁰ o que es tan vago que ha devenido irrelevante.¹⁹¹

1.2.3.2 Críticas desde la doctrina especializada en DPI

Muchas de las críticas que se han planteado contra el MADR en general también pueden dirigirse en contra del estándar en el ámbito del DPI. Pasando a aquellas que se han planteado específicamente desde el ámbito del DPI, resulta pertinente detenerse en aquellas relativas a controversias de índole epistemológico que influyen en la determinación judicial de los hechos del caso.¹⁹² KLAMBERG ha señalado que en el razonamiento probatorio que se da en el DPI pueden identificarse cinco de estas controversias.¹⁹³ Algunas de ellas se relacionan más con el momento de valoración de la prueba, mientras que otras con el de decisión acerca de la prueba. Acá solamente resulta relevante detenerse en dos de ellas. Se aludirá a ambas controversias en cada una de las dos subsecciones del análisis crítico que se plantea en el tercer capítulo.

La primera controversia relevante dice relación con la comprensión del estándar para condenar como uno objetivo o subjetivo. Según se señaló precedentemente, parte de la doctrina sostiene que los EdP deben estar formulados en términos objetivos. KLAMBERG, reconociendo la tensión entre las posturas objetivas y subjetivas, sostiene que las diferencias no son de una magnitud tal que no permitan ser superadas.¹⁹⁴ Dicho eso, concluye que el EdP para condenar usado por los tribunales internacionales es objetivo, en el sentido de que se debe poder practicar un control intersubjetivo de su aplicación.¹⁹⁵

systematic examination of selected quantification approaches”, *Law and Human Behavior* 9, n° 2 (1985): 141–58; David U. Strawn y Raymond W. Buchanan, “Jury Confusion: A Threat to Justice”, *Judicature* 59, n° 10 (1976): 478–83.

¹⁹⁰ Yvette Tinsley, “Juror Decision-Making: A Look Inside the Jury Room”, en *The British Criminology Conference*, ed. Roger Tarling, vol. 4 (Leicester, 2001).

¹⁹¹ Saunders, “Quantifying Reasonable Doubt: a Proposed Solution to an Equal Protection Problem”.

¹⁹² Se debe advertir que estos párrafos no tienen pretensión de exhaustividad. En efecto, se han planteado críticas de diversas índoles. Al respecto, puede revisarse Mirjan Damaška, “What is the point of international criminal justice?”, *Chicago-Kent Law Review* 83, n° 1 (2008): 329–65; Fergal Gaynor, “Uneasy partners-evidence, truth and history in international trials”, *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 5 (2012): 1257–75; Leora Bilsky, “The Right to Truth in International Criminal Law”, en *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, ed. Kevin Heller et al. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 473–93.

¹⁹³ Mark Klamberg, “Epistemological Controversies and Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”, en *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, ed. Kevin Jon Heller et al., Stockhol Faculty of Law Research Paper Series (Oxford: Oxford University Press, 2020), 451–72.

¹⁹⁴ Klamberg, “Epistemological Controversies and Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”.

¹⁹⁵ Klamberg, “Epistemological Controversies and Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”.

La segunda controversia relevante se enfoca en la producción de la prueba. KLAMBERG se detiene en las críticas que se han dirigido al proceso de producción de evidencia ante los tribunales penales internacionales. Acá, el autor identifica una tendencia en el DPI que adoptaría un giro hacia el empirismo legal. En ello, toma nota de las críticas dirigidas por COMBS en contra de los tribunales penales internacionales y su capacidad para conocer los hechos del caso.¹⁹⁶ En *Fact Finding Without Facts* esta última autora identifica una serie de dificultades para la obtención de elementos de juicio confiables en los procesos penales internacionales. Una de las propuestas de COMBS para enfrentar tales deficiencias es reconceptualizando el MADR como un EdP variable según el caso y ciertamente menos exigente.¹⁹⁷ Tanto el trabajo de COMBS como su propuesta no han estado exentas de críticas.¹⁹⁸ A las dificultades señaladas por COMBS se pueden agregar otras derivadas del volumen de evidencia, de la falta de claridad acerca del rol del tribunal en el procedimiento probatorio y del carácter colegiado de los tribunales.¹⁹⁹

1.3 PROBLEMÁTICAS QUE PODRÍAN SUSCITARSE AL ESTABLECER LA EDAD «MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE»

Tras formular las precisiones precedentes, se pueden identificar algunas problemáticas que podría enfrentar la Corte al intentar establecer la minoría de edad de la víctima MADR. Ellas están relacionadas con las funciones que deberían cumplir los EdP según fueron explicadas en la subsección 1.2.1.2 más atrás.

En primer lugar, se puede señalar que el carácter indeterminado y subjetivo del MADR podría dificultar la justificación de la decisión probatoria acerca de la minoría de edad. Como se señaló precedentemente, una de las funciones de los EdP es proveer criterios para la fundamentación de tal clase de decisiones. Al explicitar los elementos que los componen, permiten al tribunal desarrollar una fundamentación que se haga cargo de todos ellos.²⁰⁰ Empero, si el EdP no indica claramente los elementos que determinan su concurrencia, entonces no puede cumplir cabalmente este fin. Ahora, considerando que la estimación de edades es una tarea

¹⁹⁶ Nancy Amoury Combs, *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions* (Nueva York: Cambridge University Press, 2010).

¹⁹⁷ Combs, *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*, cap. 10.

¹⁹⁸ Klamberg, “Epistemological Controversies and Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”.

¹⁹⁹ Yvonne McDermott, “Strengthening the Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”, *International Criminal Law Review* 17, n° 4 (2017): 692–96.

²⁰⁰ Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, 138.

particularmente compleja y que las distintas clases de elementos de prueba disponibles pueden plantear una serie de desafíos, la ausencia de tales criterios podría dificultar aún más la justificación de una decisión de por sí complicada. A su turno, esto podría abrir flancos para eventuales impugnaciones dirigidas en contra de la sentencia definitiva de primera instancia.

En segundo lugar, el MADR podría implicar ciertas dificultades para el control del fallo que eventualmente ejercería la Sala de Apelaciones. Una cuestión ligada a la función señalada en el párrafo anterior es que el EdP también debe proveer los criterios conforme a los cuales se revisará la corrección del razonamiento probatorio. Sin embargo, el carácter indeterminado y subjetivo del MADR impide aquello ya que relega la suficiencia probatoria al estado mental del decisor. En lo particularmente relevante para la determinación de la edad, esta problemática podría implicar que se asiente una decisión sobre los hechos adoptada en un contexto en que potencialmente existe mayor riesgo de error dadas las dificultades ínsitas a la estimación de edades.

En tercer lugar, se puede identificar una problemática relacionada con la distribución del riesgo del error. Al cumplir esta función, el EdP haría efectiva la decisión político-moral adoptada por los Estados Partes durante la redacción del ECPI. Sin embargo, la particular situación del MADR podría implicar que en el momento de la decisión acerca de los hechos se aplique un umbral más o menos exigente. De ocurrir aquello, se modificaría la distribución del riesgo del error que los Estados Partes pretendieron establecer. Esto último podría amplificar los efectos de los desafíos probatorios que plantea la estimación de edades. En abstracto, el MADR es un estándar que pretende exigir un elevado nivel de corroboración y minimizar el riesgo de condenar a una persona materialmente inocente. Sin embargo, los especiales desafíos probatorios que plantea la determinación de la edad pueden implicar mayor grado de incertidumbre al estimarla. Por lo mismo, una alteración en la distribución del riesgo de error tiene el potencial de amplificar los efectos de aquella incertidumbre.

Con todo, es menester reconocer que las problemáticas identificadas en modo alguno están circunscritas a la estimación de edades. En rigor, ellas aquejarían a cualquier proceso en que la decisión acerca de los hechos estuviera regida por un estándar como el MADR. Sin embargo, como se indicó precedentemente, al conjugarlas con los particulares desafíos que plantea la estimación de edades se exacerban sus efectos. En el tercer capítulo se volverá sobre las problemáticas identificadas con tal de evaluar si es que efectivamente se presentaron en los casos revisados y señalar el impacto que podrían haber tenido.

2 COMPRESIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA «MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE» Y CONSIDERACIONES PARA ESTABLECER LA CIRCUNSTANCIA EDAD EN LOS CASOS *LUBANGA, KATANGA, NTAGANDA Y ONGWEN*

En este capítulo se presenta una revisión detallada de las consideraciones de la CPI para establecer el elemento edad en las resoluciones objeto de estudio. Para lo anterior, el capítulo se divide en cinco secciones. En la primera se señala y explica la estructura del análisis que se planteará para cada caso. En las restantes se presenta el análisis correspondiente a cada uno de los casos estudiados.

2.1 ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS

Las cuatro secciones siguientes están avocadas a la revisión de las consideraciones para establecer el elemento edad en los casos en los que la CPI ha dictado una sentencia condenatoria por la comisión del crimen de guerra de reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. Tales casos son *Lubanga, Katanga, Ntaganda* y *Ongwen*. En concreto, se revisarán las sentencias dictadas conforme al artículo 74 del ECPI y las sentencias relativas a las apelaciones planteadas en contra de las resoluciones de primera instancia ya señaladas, cuando corresponda.

El análisis de cada caso se estructura de la siguiente forma. Primero se entrega información general relevante y se indican específicamente las resoluciones estudiadas. Tras ello, se distingue entre aquellas dictadas por la Sala de Primera instancia y las dictadas por la Sala de Apelaciones. El análisis concreto de lo dicho por cada sala se detiene en dos puntos. Primero, se indica la comprensión del EdP declarada por la misma. Luego, se señalan las consideraciones relativas al establecimiento de la circunstancia edad. En forma de esquema, la estructura del para cada caso analizado sería así:

- A. Información general
- B. Primera instancia
 - I. Comprensión del EdP declarada por la Sala
 - II. Consideraciones relativas a la circunstancia edad
- C. Segunda instancia
 - I. Comprensión del EdP declarada por la Sala

II. Consideraciones relativas a la circunstancia edad

La decisión de partir revisando la comprensión del EdP declarado por la Sala y luego pasar a las consideraciones relativas a la circunstancia edad se explica por las siguientes razones. Según se señaló en el capítulo anterior, existen una serie de controversias respecto de la comprensión del EdP MADR. La postura que diga adoptar la Sala respectiva en principio debiese resultar determinante en la tarea posterior de evaluar si es que se alcanzó, o no, el nivel de corroboración exigible. Por ello, se parte por indicar la comprensión que la Sala declara adoptar y luego se pasa a las consideraciones estimadas al establecer la circunstancia edad. Lo anterior sin perjuicio de que tal comprensión efectivamente se aplique al momento de determinar si es que las presuntas víctimas eran o no menores de quince años.

2.2 CASO FISCALÍA C. THOMAS LUBANGA DYLIO

2.2.1 Información general

Thomas Lubanga es ex presidente de la *Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (UPC/FPLC). Él fue acusado y posteriormente declarado culpable como autor del crimen de guerra previsto en el artículo 8.2.e.vii del ECPI.

El 14 de marzo de 2012 la Sala de Primera Instancia I pronunció el primer fallo de la CPI.²⁰¹ Allí condenó a Thomas Lubanga Dylio como coautor del crimen de guerra consistente en reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. A esta decisión se acompañó una opinión separada del Juez Adrian Fulford y la opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito. Con todo, la decisión de condenar fue adoptada en forma unánime. El 10 de julio de 2012, la misma Sala pronunció su decisión relativa a la pena.²⁰² A tal decisión también se adjuntó una opinión disidente pronunciada por la jueza Odio Benito.

²⁰¹ Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (14 de marzo de 2012). (En adelante: *Fallo Lubanga*)

²⁰² Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2901. Fallo en virtud del artículo 76 del Estatuto. (13 de julio de 2012). (En adelante: *Decisión sobre la pena Lubanga*)

En contra de ambas decisiones se dedujeron recursos de apelación. El 1 de diciembre de 2014 la Sala de Apelaciones pronunció su fallo relativo a la apelación del Sr. Lubanga en contra de su condena,²⁰³ decisión que fue adoptada por mayoría con la disidencia parcial del juez Song y la disidencia de la jueza Ušacka. En la misma fecha, la Sala de Apelaciones pronunció su fallo relativo a la apelación de la Fiscalía y del Sr. Lubanga en contra de la decisión relativa a la pena,²⁰⁴ decisión que fue adoptada en los mismos términos que la anterior. Para el presente análisis se revisaron las cuatro decisiones citadas y las opiniones disidentes de las juezas Odio Benito y Ušacka.

2.2.2 Primera instancia

2.2.2.1 Comprensión del EdP declarada por la Sala

En el fallo, la Sala de Primera Instancia dedicó una sección completa a tratar en abstracto lo relativo a la prueba.²⁰⁵ Esta sección, sin embargo, no contiene una definición de lo que entiende por MADR. Por ello, la comprensión de la Sala solamente puede ser inferida acerca de sus aseveraciones.

Primero, en lo tocante a la carga y objeto de la prueba, la Sala de Primera Instancia parte por señalar que la carga de la prueba está en la Fiscalía y que «para condenar, cada elemento del crimen en específico que ha sido imputado debe establecerse “más allá de duda razonable”».²⁰⁶ Aunque no se señala expresamente, ello ciertamente que comprende la circunstancia de minoría de edad.

En otro orden de ideas, la Sala de Primera Instancia reafirmó que la regla 63.3 de las Reglas Sobre Procedimiento y Prueba le prohíbe exigir corroboración para determinar que una

²⁰³ Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3121-Red. Fallo relativo a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo respecto de su condena. (1 de diciembre de 2014). (En adelante: *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*).

²⁰⁴ Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3122. Fallo relativo a la apelación de la Fiscalía y el Sr. Thomas Lubanga Dyilo en contra de la «decisión relativa a la pena conforme al artículo 7 del Estatuto». (1 de diciembre de 2014). (En adelante: *Apelación decisión sobre la pena Lubanga*)

²⁰⁵ *Fallo Lubanga* par. 92-123.

²⁰⁶ Traducción del autor. En el original: «For a conviction, each element of the particular offence charged must be established “beyond reasonable doubt”. » *Fallo Lubanga*; par. 92.

determinada hipótesis fue probada.²⁰⁷ Particularmente sobre la suficiencia probatoria se señala que «[l]a medida en la que un elemento de prueba, por sí solo, es suficiente para probar un hecho controvertido depende totalmente de la controversia en cuestión y de la fuerza de las pruebas. Así, una vez más la Sala ha adoptado un enfoque caso a caso».²⁰⁸

Otra aseveración relevante se encuentra en el párrafo relativo a la evidencia circunstancial. Aquí se indica que «[c]uando, sobre la base de las pruebas, sólo puede extraerse una conclusión razonable de determinados hechos, la Sala ha concluido que ellos han sido establecidos más allá de toda duda razonable.»²⁰⁹ Con ello, se especifica el umbral de suficiencia probatoria al menos en lo relativo a la prueba circunstancial.

Dado que la Sala de Primera Instancia no hizo ninguna aclaración expresa acerca de su comprensión del EdP, para dilucidar si es que entiende el EdP MADR en forma objetiva o subjetiva se debe recurrir al proceso de evaluación de la evidencia plasmado en el fallo.²¹⁰ De ello se puede inferir que la Sala de Primera Instancia interpreta el EdP MADR como uno subjetivo. Las razones en las que se funda tal inferencia son dos. La primera dice relación con la ausencia de cualquier explicación acerca de la satisfacción del estándar que podría permitir el control intersubjetivo por el tribunal de alzada. La segunda, dice relación con el lenguaje que usa la Sala al indicar si es que se alcanzó o no el estándar. El lenguaje usado por la Sala para dar cuenta de la suficiencia probatoria consistentemente contiene a expresiones como «persuadida», «satisfecha» o «segura» acerca de la corroboración de la hipótesis relevante. Tales expresiones aluden a un estado mental interno del tribunal, lo que es propio de comprensiones subjetivas. Si bien en ciertas ocasiones la Sala hace explícito el razonamiento seguido para determinar si es que una hipótesis recibió o no suficiente corroboración, todavía está ausente un paso de contrastar el caso particular contra el EdP a efectos de determinar si es que se alcanzó o no.

²⁰⁷ Aquí parece haber un error de referencia en el fallo, ya que el párrafo que señala aquello es el 63.4 de las Reglas Sobre Procedimiento y Prueba.

²⁰⁸ Traducción del autor. En el original «[t]he extent to which a piece of evidence, standing alone, is sufficient to prove a fact at issue is entirely dependent on the issue in question and the strength of the evidence. Accordingly, once again the Chamber has adopted a case-by-case approach. Fallo Lubanga, par. 110.

²⁰⁹ Traducción del autor. En el original «[w]hen, based on the evidence, there is only one reasonable conclusion to be drawn from particular facts, the Chamber has concluded that they have been established beyond reasonable doubt. » Fallo Lubanga; par. 111.

²¹⁰ Aunque con fines diversos, esta misma técnica se usa en Rosalyn C. E. Roberts, “The Lubanga Trial Chamber’s Assessment of Evidence in Light of the Accused’s Right to the Presumption of Innocence”, *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 4 (1 de septiembre de 2012): 930.

En suma, la Sala solo entrega una definición para el MADR en lo relativo a la prueba circunstancial. Conforme a ella, la prueba MADR exige excluir cualquier hipótesis alternativa que sea razonable. Por otra parte, la Sala parece adoptar una comprensión subjetiva del estándar.

2.2.2.2 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

El grueso del análisis relativo a la circunstancia edad puede encontrarse en dos partes del fallo. Primero, en la sección relativa al uso de intermediarios²¹¹ y, luego, en la subsección relativa a los hechos concernientes al crimen imputado.²¹²

En la sección relativa al uso de intermediarios la Sala analiza, entre otras cuestiones, si es que los nueve individuos que presuntamente formaron parte del UPC/FPLC eran o no menores de quince años al momento de ser alistados o reclutados. Al respecto existía prueba pericial, testimonial, documental y, en un caso, de vídeo.

Acerca de la prueba pericial, en todos los casos esta consistió en la estimación de la edad sobre la base de la evaluación de radiografías de manos, muñecas y piezas dentales. En general, la Sala fue cautelosa al valorar esta prueba siguiendo la recomendación de los mismos peritos, quienes señalaron que solo podían entregar estimaciones aproximadas.²¹³ Como se indicará a continuación, tal cautela puede apreciarse en el análisis particular acerca de la edad de los individuos que hizo la Sala. A pesar de que para ocho de ellos la prueba pericial indicaba que serían menores de quince años, la Sala la estimó insuficiente como para probar tal hipótesis MADR. Así lo indicó expresamente en el caso de P-0297²¹⁴ y se puede inferir de lo dicho para P-0010.²¹⁵ De hecho, incluso en el caso en que estimó que la prueba pericial indicaba que el individuo sería mayor de quince años, señaló expresamente que el valor de este elemento de prueba era limitado.²¹⁶

En lo tocante a la prueba testimonial y documental, la Sala de Primera Instancia no expresó sus consideraciones acerca de la circunstancia edad. El análisis de la Sala se concentró,

²¹¹ *Fallo Lubanga*, par. 178-502.

²¹² *Fallo Lubanga*, par. 632-916.

²¹³ *Fallo Lubanga*, par. 176.

²¹⁴ *Fallo Lubanga*, par. 423.

²¹⁵ *Fallo Lubanga*, par. 264.

²¹⁶ *Fallo Lubanga*, par. 464.

primordialmente, en las inconsistencias que existían entre los diversos elementos de prueba. Aunque interesante, ello escapa al objeto de este trabajo.

Por otra parte, el único caso en que se alude a prueba de vídeo en esta subsección es el de P-0010.²¹⁷ Sin embargo, fuera de hacer un recuento de lo dicho por ese individuo, en esta sección la Sala de Primera Instancia no expresó consideraciones relevantes acerca del vídeo en cuestión. Ellas están más adelante en el fallo y se revisan en los párrafos siguientes.

Pasando ahora a la subsección relativa a los hechos concernientes al crimen imputado, lo relevante se encuentra en dos acápite, que a grandes rasgos tratan con la estimación de edad sobre la base de la prueba testimonial y con aquellos individuos reclutados y alistados entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003. A continuación se revisa lo dicho bajo cada uno de esos encabezados.

Acerca de la estimación de la edad sobre la base de prueba testimonial, la Sala de Primera Instancia es clara al afirmar que, utilizando un amplio margen de error, los testigos inexpertos son capaces de distinguir entre individuos indubitadamente menores de quince años e individuos indubitadamente mayores de esa edad.²¹⁸ En seguida, añade que también descansó en prueba de vídeo solo en la medida en la que en ellos se apreciaban individuos claramente menores de quince años.²¹⁹ Hecho lo anterior, la Sala de Primera Instancia valora la credibilidad que le merece cada uno de los testigos. En ello, la Sala hace algunas menciones tangenciales de las consideraciones de los testigos para estimar la edad de los individuos. Entre las consideraciones de aquellos testigos que la Sala encontró confiables, se señala la apariencia física de los individuos,²²⁰ su desarrollo físico y psicológico,²²¹ su comportamiento infantil,²²² o la comparación de otros individuos cuya edad se pretendía estimar consigo mismos.²²³

Acerca de la edad de los individuos reclutados y alistados entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, las conclusiones de la Sala de Primera Instancia se sustentan en elementos de prueba tales como vídeos, testimonios y otra prueba documental.

²¹⁷ *Fallo Lubanga*, par. 254.

²¹⁸ *Fallo Lubanga*, par. 643.

²¹⁹ *Fallo Lubanga*, par. 644.

²²⁰ *Fallo Lubanga*, par. 680, 688, 698, 708, 717

²²¹ *Fallo Lubanga* par. 680 y 708

²²² *Fallo Lubanga*, par. 687.

²²³ *Fallo Lubanga*, par. 688

Respecto de los vídeos, cuando la Sala concluye que los individuos que aparecen son menores de quince años expresa haber usado un amplio margen de error. No solo acá, sino también a lo largo del fallo, la Sala usa expresiones tales como «claramente menores»,²²⁴ «significativamente menores»,²²⁵ «bastante menores»²²⁶ o «evidentemente menores»²²⁷ entre otras. Sin embargo, no siempre justifica esas expresiones. Cuando lo hace, alude al tamaño y a su apariencia general en comparación a otros individuos que se aprecian en el mismo vídeo²²⁸ o a su comportamiento.²²⁹

Ahora, sobre algunos individuos respecto de los cuales la Sala concluye que son menores de quince años sobre la base de los vídeos, existe evidencia testimonial o documental que indicaría que no lo eran.²³⁰ En otros casos, el único elemento de prueba disponible era el fragmento de vídeo. Sin embargo, así y todo la Sala concluyó que se probó MADR la circunstancia edad. Lo anterior resulta contradictorio con una de las conclusiones de la Sala acerca de la presencia de individuos menores de quince años en el campamento *Kilo*. Al respecto, un testigo señaló que en una ocasión una mujer se habría presentado en el campamento para reclamar que le devolvieran a su hijo de tan solo 12 años. El testigo indicó que este niño habría sido el más joven que vio en el campamento.²³¹ Sin embargo, la Sala concluyó que era «...incapaz de concluir sobre la base de ese único incidente que niños menores de 15 años fueron entrenados en Kilo.»²³²

De todo lo anterior se pueden extraer dos conclusiones preliminares. La primera, es que en casos de contradicción entre distintos elementos de prueba, la Sala prefirió su propia apreciación formada sobre la base de fragmentos de vídeos.²³³ La segunda, que va en línea con lo dicho en general acerca de la prueba, es que en ciertos casos la Sala encontró suficiente su sola apreciación

²²⁴ Traducción del autor. En el original «*clearly under*». Así ocurre, por ejemplo, en *Fallo Lubanga*, par. 713, 792, 854, 858 y 862.

²²⁵ Traducción del autor. En el original «*significantly below*». Así ocurre, por ejemplo, en *Fallo Lubanga*, par. 1249, 1251 y 1252.

²²⁶ Traducción del autor. En el original «*well below*». Así ocurre, por ejemplo, en *Fallo Lubanga*, par. 1256 y 1335.

²²⁷ Traducción del autor. En el original «*evidently under*». Así ocurre, por ejemplo, en *Fallo Lubanga*, par. 861 y 1254.

²²⁸ *Fallo Lubanga*, par. 862, 1249, 1251 y 1256.

²²⁹ *Fallo Lubanga*, par. 1254.

²³⁰ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 365.

²³¹ *Fallo Lubanga*, par. 818.

²³² Traducción del autor. En el original «...*unable to conclude on the basis of this single incident that children under the age of 15 were trained at Kilo*». *Fallo Lubanga*, par. 818.

²³³ Lidén, “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”, 366.

de los vídeos, aún si no contaba con evidencia adicional. En cambio, en otros como el del individuo que supuestamente habría estado en *Kilo*, no bastó con un único testimonio.

2.2.3 Segunda instancia

2.2.3.1 Comprensión del EdP declarada por la Sala

La Sala de Apelaciones se refiere, en abstracto, al EdP en la tercera sección del fallo. Sin embargo, ni en esta sección, ni en ninguna otra, la Sala entrega una definición para MADR. Por lo anterior, su comprensión debe inferirse de lo dicho acerca de otras cuestiones vinculadas. En el caso particular, estas corresponden a lo dicho acerca del estándar de revisión, para las conclusiones fácticas a las que arribó la Sala de Primera Instancia.²³⁴

Dentro del primer punto, la Sala de Apelaciones parte por acotar que el EdP del artículo 66.3 ECPI solamente debe aplicarse a los hechos constitutivos del crimen y de la forma punible de participación aplicables. Ello estaría en línea con la jurisprudencia de los tribunales predecesores²³⁵ y con lo dicho en el fallo impugnado.

Luego, señala que una revisión de las conclusiones fácticas a las que arribó la Sala de Primera Instancia solamente es procedente en aquellos casos en que esta haya «...cometido un claro error, a saber, errónea apreciación de los hechos, consideración de hechos irrelevantes o no haber tenido en cuenta hechos relevantes.»²³⁶ Luego, clarifica que en la situación particular de una errónea apreciación de los hechos, la intervención solamente se justifica «...en aquellos casos en que [la Sala de Apelaciones] no pueda discernir cómo es que la Sala podría haber llegado, razonablemente, a su conclusión sobre la base de la evidencia de la que disponía.»²³⁷

Volviendo sobre el estándar de revisión, la Sala de Apelaciones señala que, al revisar la decisión de la Sala de primera instancia, debe aplicar un estándar de «razonabilidad en la

²³⁴ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 16-34

²³⁵ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 22.

²³⁶ Traducción del autor. En el original «committed a clear error, namely, misappreciated the facts, took into account irrelevant facts, or failed to take into account relevant facts». *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 21.

²³⁷ Traducción del autor. En el original «... in the case where it cannot discern how the chamber's conclusion could have reasonably been reached from the evidence before it.». *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 21.

revisión».²³⁸ Ello estaría en línea con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*²³⁹ y con su propia jurisprudencia establecida al conocer de apelaciones deducidas conforme al artículo 82 ECPI.²⁴⁰

En suma, la Sala de Apelaciones considera que «...cuando se alega un error fáctico, la Sala de Apelaciones determinará si es que una Sala de Primera Instancia razonable podría haber estado satisfecha más allá de toda duda razonable acerca de la conclusión en cuestión.»²⁴¹ Luego, aclara que no evaluará nuevamente la evidencia con miras a determinar si es que ella también habría arribado a las mismas conclusiones fácticas que la Sala de Primera Instancia.

Antes de pasar a la revisión de las consideraciones para establecer la circunstancia edad, resulta relevante detenerse brevemente en lo dicho por la Jueza Ušacka en su opinión disidente. Según ella, la sentencia debe permitir que tanto el condenado como la Sala de Apelaciones entienda cómo es que la Sala de Primera Instancia llegó a sus conclusiones sobre la base de la evidencia rendida, permitiendo así que la persona condenada ejerza su derecho a recurrir y que la Sala de Apelaciones haga una revisión significativa.²⁴² En otras palabras, la sentencia debe permitir el control intersubjetivo. Más adelante, refiriéndose al EdP aplicable, señala que este implica que «...la condena no debe producirse a menos que todas las hipótesis razonables basadas en la prueba presentada indiquen la culpabilidad.»²⁴³ Cierra criticando que la Sala de Primera Instancia no hubiese elaborado acerca de su interpretación del estándar, lo que estima especialmente grave considerando que, en realidad, habría usado uno mucho menos exigente.²⁴⁴

2.2.3.2 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

La Sala de Apelaciones se pronuncia acerca de la circunstancia edad en el primer apartado de la sección relativa a los supuestos errores de hecho y de derecho en que habría incurrido la Sala de Primera Instancia al determinar la responsabilidad de Lubanga.²⁴⁵ Específicamente sobre la circunstancia edad, la defensa alega una serie de errores que se engloban bajo la falta de

²³⁸ Traducción del autor. En el original «*reasonableness in reviewing*». *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 24.

²³⁹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 24-26.

²⁴⁰ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 24.

²⁴¹ Traducción del autor. En el original «...*when a factual error is alleged, the Appeals Chamber will determine whether a reasonable Trial Chamber could have been satisfied beyond reasonable doubt as to the finding in question.*». *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 27.

²⁴² *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 26.

²⁴³ Traducción del autor. En el original «... *conviction should not occur unless all reasonable hypotheses based on the evidence presented indicate guilt...* » *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 27.

²⁴⁴ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 32.

²⁴⁵ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 186-265.

razonabilidad de la Sala de Primera Instancia a la hora de arribar a sus conclusiones.²⁴⁶ La Sala de Apelaciones organizó las alegaciones de la defensa bajo ocho acápite, de los cuales tres resultan relevantes para este trabajo.

El primero dice relación con que la evidencia no sería lo suficientemente específica como para establecer la culpabilidad de Lubanga MADR.²⁴⁷ Según la defensa, en vista de que la evidencia central del caso fue excluida y que la subsistente no era lo suficientemente específica acerca de la identidad y edad de las presuntas víctimas, la Sala de Primera Instancia erró al concluir MADR que eran menores de quince años.²⁴⁸ Sin embargo, la Sala de Apelaciones desestimó tal argumento pues consideró que no era *per se* impermissible concluir que una persona era menor de quince años aún sin conocer su identidad.²⁴⁹ Por el contrario, basta para satisfacer el tipo que la edad de la persona se encuentre dentro del rango inferior a quince años. La Sala de Apelaciones agrega que determinar si es que se puede arribar a esta conclusión desconociendo la identidad o la fecha de nacimiento de la persona es una cuestión de hecho que debe ser analizada caso a caso.²⁵⁰

El segundo dice relación con la alegación de la defensa relativa a la falta de razonabilidad del enfoque de la Sala de Primera Instancia al estimar la edad sobre la base de extractos de videos.²⁵¹ El análisis de la Sala de Apelaciones se estructura respondiendo a dos preguntas. La primera cuestiona si, en abstracto, es legalmente admisible establecer la circunstancia edad sobre la base de videos. La Sala de Apelaciones responde en la afirmativa, sosteniendo que dependiendo de las circunstancias un solo elemento de prueba, tal como un fragmento de video, puede ser suficiente. Ello está en línea con la regla 63.4 de la RPP.²⁵² La segunda cuestiona si es que es posible establecer la edad de una persona MADR sobre la base de un video.²⁵³ La Sala de Apelaciones responde que esa es una cuestión de hecho, por lo que debe ser establecida por el tribunal de primera instancia, y que uno de los factores relevantes al revisar las conclusiones fácticas de este último es la cautela con que haya estimado la edad de la persona.²⁵⁴ Así, entrando de lleno en la revisión de la decisión apelada, la Sala de Apelaciones señala que el enfoque no fue

²⁴⁶ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 186; esquemáticamente en par. 192.

²⁴⁷ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 194-199.

²⁴⁸ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 195.

²⁴⁹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 197.

²⁵⁰ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 198.

²⁵¹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 216-223.

²⁵² *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 218.

²⁵³ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 219.

²⁵⁴ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 221.

irrazonable²⁵⁵ toda vez que la Sala de Primera instancia estaba al tanto de las limitaciones que existían a la hora de determinar la edad de una persona basada en su apariencia física y ejerció el cuidado debido en su análisis, aplicando un amplio margen de error solamente concluyendo que un individuo era menor de quince años cuando ello aparecía «claramente».²⁵⁶ No especificó lo que entendió por ello.

El tercero dice relación con los supuestos errores en la evaluación de ciertos videos.²⁵⁷ Solamente es relevante detenerse en lo dicho acerca de tres de estos. Sobre el primero, la defensa critica que la Sala de Primera Instancia erró al identificar el género de una de las presuntas víctimas, indicándola como masculino en circunstancias que era femenino. La Sala de Apelaciones señala que, si bien es efectivo que la Sala de Primera Instancia identificó erróneamente el género, un error de esta entidad no obsta a la razonabilidad de la conclusión de la Sala de Primera Instancia conforme a la cual la individuo era claramente menor de quince años.²⁵⁸ Sobre el segundo y tercer vídeo relevantes, la defensa critica que no serían distinguibles los rasgos faciales de las personas en cuestión.²⁵⁹ La Sala de Apelaciones desestimó esta crítica puesto que, si bien reconoce que la Sala de Primera Instancia no aludió a los rasgos faciales de los individuos en cuestión, sí entregó sus razones para estimar que eran menores de quince años, las que se enfocaban en su tamaño y apariencia general. Luego agregó que «...considera que el tamaño de un individuo, cuando se compara con el de otros individuos presentes en el fragmento de vídeo, puede ser un factor determinante para concluir que una persona es menor de quince años, si es que se considera en conjunto con su apariencia general.»²⁶⁰

Habiendo agotado las consideraciones de la Sala de Apelaciones acerca de la circunstancia en estudio, solo resta hacer una breve mención a lo dicho por la jueza Ušacka en su opinión disidente. Una de las críticas planteadas es que el enfoque cauteloso que dijo aplicar la Sala de Primera Instancia no debió limitarse a la evaluación de la evidencia, sino que también debió implicar la adhesión a un estándar más alto de razonamiento para demostrar que efectivamente se

²⁵⁵ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 223.

²⁵⁶ Traducción del autor. En el original «clearly». *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 222.

²⁵⁷ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 224-230.

²⁵⁸ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 225.

²⁵⁹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 228.

²⁶⁰ Traducción del autor. En el original «...considers that the size of an individual, when compared to the other individuals present in the video excerpt, can be a determining factor for finding that the person is under the age of fifteen years, if considered in connection with their general appearance. » *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 229.

adoptó aquel enfoque.²⁶¹ En su opinión, la Sala de Primera Instancia no aplicó el enfoque que ella misma se impuso.²⁶² Adicionalmente, Ušacka plantea críticas que apuntan específicamente a la insuficiencia de los elementos de prueba utilizados para establecer la circunstancia edad. En lo tocante a la prueba de vídeo, critica la entidad de los factores considerados y desarrolla una revisión *de novo* sobre la base de factores objetivos, tales como la calidad del fragmento y la apariencia de la persona, incluyendo sus rasgos faciales y tamaño relativo al de otras presentes.²⁶³ De ella concluye que no fue razonable que la Sala de Primera Instancia se fundara en los extractos analizados, que en ninguno de ellos se aprecian personas manifiestamente menores de quince años y que, por consiguiente, no se cumplió con el enfoque cauteloso articulado por la Sala. En lo tocante a los testimonios, critica que hayan sido considerados a pesar de haber estimado la edad de forma inespecífica y, frecuentemente, en relación con personas cuya edad era cercana a los quince.²⁶⁴ También critica que se haya considerado testimonios que estimaron la edad empleando criterios que no permitían distinguir claramente el rango etario de las personas, tales como los juegos que jugaban, su comportamiento, su tamaño y su grado de desarrollo.²⁶⁵ Por último, critica que se haya descansado en testimonios que simplemente afirmaban la presencia de «niños» o «*kadogos*» sin otra indicación específica acerca de la edad.²⁶⁶

2.3 CASO FISCALÍA C. GERMAIN KATANGA

2.3.1 Información general

Germain Katanga es un comandante de la *Forve de Résistance Patriotique en Ituri* (FRPI). Se le acusó de haber cometido juntamente con Methieu Ngudjolo, por sí o a través de otras personas, el crimen de lesa humanidad de asesinato, esclavitud sexual y violación; y los crímenes de guerra de homicidio, dirigir ataques contra una población civil, destrucción de bienes, saqueo, uso de niños soldados, esclavitud sexual y violación.

²⁶¹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 42.

²⁶² *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 44.

²⁶³ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 52.

²⁶⁴ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 69.

²⁶⁵ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 70.

²⁶⁶ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 71.

El 7 de marzo de 2014, fue condenado por la Sala de Primera Instancia II como cómplice de un cargo de crimen de lesa humanidad, asesinato; y cuatro cargos de crímenes de guerra, a saber, homicidio, dirigir ataques contra una población civil, destrucción de bienes, y saqueo.²⁶⁷ Todos ellos cometidos el 24 de febrero de 2003 durante el ataque a la aldea de Bogoro, en el distrito de Ituri, en la República Democrática del Congo. En ese mismo fallo fue absuelto del crimen de guerra de reclutar, alistar o utilizar niños soldados. La Jueza Van den Wyngaert dictó una opinión parcialmente disidente, mientras que los jueces Diarra y Cotte dictaron una concurrente. Si bien la Fiscalía apeló el fallo de 7 de marzo, posteriormente se desistió de su recurso, quedando firme la resolución impugnada.

Tal como se hizo en el análisis del caso *Lubanga*, el presente se detiene tanto en la resolución dictada por la Sala de Primera Instancia, como la opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert. Esto por cuanto es la única que contiene elementos relevantes para el objeto de estudio.

2.3.2 Comprensión del EdP declarada por la Sala

La Sala de Primera Instancia se refiere en términos generales a cuestiones sobre la prueba en la cuarta sección del fallo.²⁶⁸ Ni allí, ni en ninguna otra parte del fallo, la Sala entrega una definición de lo que entiende por MADR. En cambio, sí se señala lo que debe probarse,²⁶⁹ la forma de valorar la prueba²⁷⁰ y ciertas indicaciones particulares acerca de cómo valoró determinadas clases de elementos de prueba,²⁷¹ entre otras cuestiones. Su comprensión del MADR solamente puede inferirse de lo dicho en aquellos pasajes.

Lo primero a lo que se debe aludir es que la Sala señala que el EdP MADR debe aplicarse para establecer todos los «...hechos indispensables para dictar una sentencia condenatoria.»²⁷² Como se verá más adelante, la Sala entiende que la minoría de edad es uno de esos hechos y, por consiguiente, sujeta la prueba a ese estándar.

²⁶⁷ Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Germain Katanga*. ICC-01/04-01/07-3436. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (7 de marzo de 2014). (En adelante *Fallo Katanga*).

²⁶⁸ *Fallo Katanga* par. 58-110.

²⁶⁹ *Fallo Katanga* par. 69.

²⁷⁰ *Fallo Katanga* par. 77-81.

²⁷¹ *Fallo Katanga* par. 82-109.

²⁷² Traducción del autor. En el original «...facts indispensable for entering a conviction.» *Fallo Katanga*, par. 69.

En seguida, la Sala aclara que el que concluya que una alegación no haya sido probada MADR no necesariamente implica que niegue que el hecho asociado haya ocurrido, sino solamente que no existen «...pruebas fiables suficientes para establecer la veracidad del hecho en cuestión conforme al estándar de prueba.»²⁷³

Luego, refiriéndose a la prueba circunstancial,²⁷⁴ la Sala señala que se puede alcanzar el estándar MADR «[c]uando, a la luz de la evidencia, solo hay una conclusión razonable a la que se pueda arribar a partir de ciertos hechos en particular...»²⁷⁵ Ello está en línea con línea con lo señalado en *Lubanga*.

En seguida, la Sala se refiere a la prohibición de requerir corroboración conforme a lo prescrito en la regla 63(4) de las RPP de la Corte. Allí señala que «[l]a medida en que un solo elemento de prueba es suficiente para demostrar un hecho controvertido depende totalmente del asunto en cuestión y del peso de la evidencia en consideración.»²⁷⁶ Así, la Sala dice adoptar un enfoque caso a caso.

De la evaluación de la evidencia plasmada en el fallo se puede inferir que la Sala de Primera Instancia interpreta el EdP MADR como uno subjetivo. Ello se aprecia en el lenguaje que usa la Sala, el que descansa en expresiones alusivas a un estado mental interno del tribunal al sustentar la suficiencia probatoria.

La opinión disidente de la jueza Van den Wyngaert es particularmente crítica de la aplicación del EdP que hizo la mayoría. En su opinión, MADR exigía de la Sala explicar convincentemente por qué consideró que las explicaciones alternativas no eran razonables.²⁷⁷ La jueza hace una certera apreciación acerca de la comprensión del EdP que tendría la mayoría «[s]ea lo que sea que mis colegas crean en su íntima convicción, me temo que no puede hacer frente al estándar de prueba requerido y al rigor imparcial que exige.»²⁷⁸

²⁷³ Traducción del autor. En el original «...insufficient reliable evidence to adjudge the veracity of the alleged fact in the light of the standard of proof.» *Fallo Katanga*, par. 70.

²⁷⁴ *Fallo Katanga*, par. 109.

²⁷⁵ Traducción del autor. En el original «[w]here, in the light of the evidence, there is only one reasonable finding to be made from particular facts...» *Fallo Katanga*, par. 109.

²⁷⁶ Traducción del autor. En el original «[t]he extent to which a single piece of evidence suffices to prove a fact at issue is entirely dependent on the issue in question and the strength of the evidence under consideration» *Fallo Katanga*, par. 110.

²⁷⁷ *Fallo Katanga*. Opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert. Par. 145.

²⁷⁸ Traducción del autor. En el original « [w]hatsoever my colleagues may believe in their intime conviction, I fear it cannot stand up against the required standard of proof and the dispassionate rigour it demands. » *Fallo Katanga*. Opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert. par. 172.

Conforme a lo dicho en los párrafos precedentes, se aprecia que el fallo no contendría una definición del MADR fuera de la indicada para la prueba circunstancial. Esa formulación es consistente con la expuesta en *Lubanga*. Además, el lenguaje empleado da cuenta de una comprensión subjetiva del EdP.

2.3.3 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

Lo relevante se encuentra en la quinta subsección del título relativo a los crímenes cometidos durante el ataque a Bogoro de 24 de febrero de 2003.²⁷⁹ Allí la Sala concluye que, si bien había niños presentes entre los combatientes que atacaron Bogoro,²⁸⁰ no pudo establecer un nexo directo entre Katanga y tales niños.²⁸¹ Por ello, que la sentencia sea absolutoria en nada obsta a la posibilidad de que se haya corroborado la presencia de niños soldados. De hecho, ocurre todo lo contrario.

Las consideraciones de la Sala al momento de establecer la edad de las presuntas víctimas son particularmente escuetas. Al establecer la edad, la Sala descansó en prueba documental y testimonial. Acerca de los elementos del primer tipo, como un elemento de contexto, la Sala señala haber considerado un informe elaborado por la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUSCO) que indicaba la proporción de niños soldados presentes en las fuerzas que combatían en la región de Ituri en el período relevante.²⁸² Adicionalmente, tuvo a la vista una fotografía de una presunta víctima que habría sido parte de la escolta de Ntaganda. Al apreciar este último documento, la Sala estimó la edad de la persona sobre la base de su apariencia física.²⁸³

En lo tocante a la prueba testimonial, la Sala señala que diversos testigos habrían declarado acerca de la edad de las presuntas víctimas. En uno de estos casos, destaca que un testigo habría afirmado «...sin hesitación, sobre la base de su apariencia física – específicamente, su tamaño y sus rasgos faciales – que los atacantes, que ella habría visto y estimado que serían “niños

²⁷⁹ *Fallo Katanga*, par. 1024-1088.

²⁸⁰ *Fallo Katanga*, par. 1084.

²⁸¹ *Fallo Katanga*, par. 1085.

²⁸² *Fallo Katanga*, par. 1052.

²⁸³ *Fallo Katanga*, par. 1079.

pequeños”, tenían, en su opinión, entre 10 y 13 años...»²⁸⁴ En la mayoría de los casos, a la Sala le basta con indicar que diversos testigos señalaron que los atacantes eran menores de quince sin detenerse en las consideraciones sobre las que asentaban tal estimación.²⁸⁵

Respecto de si es que había niños menores de quince años entre los escoltas de Katanga, la Sala estimó que no podía concluir aquello. Basándose en el testimonio de una testigo que comparó las edades de los escoltas con la suya propia, la Sala logró establecer que había personas menores de diecisiete años, mas no menores de quince. Luego, basándose en un testigo que declaró que había menores de quince años entre los guardias de un campamento, la Sala concluye que si bien había niños, el testimonio resulta insuficiente para establecer si es que eran menores de quince.²⁸⁶ No se explican mayormente las razones de tal insuficiencia. Por último, se debe decir que la Sala también señala haber tenido en consideración el que se aludiera a las presuntas víctimas como *kadogos*, expresión local utilizada para referirse a niños pequeños o jóvenes.²⁸⁷

2.4 CASO FISCALÍA C. BOSCO NTAGANDA

2.4.1 Información general

Bosco Ntaganda es un ex jefe de Estado Mayor y comandante de operaciones de las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC). Se le acusó por 13 cargos de crímenes de guerra y 5 cargos de crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en 2002-2003 en el distrito de Ituri en la República Democrática del Congo.

El 8 de julio de 2019 fue declarado culpable de todos los cargos por la Sala de Primera Instancia VI.²⁸⁸ Entre ellos se encontraban los cargos 14, 15 y 16, relativos a la utilización, reclutamiento y alistamiento de niños soldados. Posteriormente, el 7 de noviembre de 2019, la

²⁸⁴ Traducción del autor. En el original «... *without hesitation, on the basis of their physical appearance – specifically, their size and facial features – that the attackers, whom she had seen and estimated to be “small children”, were, in her view, from 10 to 13 years old...*» *Fallo Katanga*, par. 1062.

²⁸⁵ *Fallo Katanga*, par. 1063.

²⁸⁶ *Fallo Katanga*, par. 1073.

²⁸⁷ *Fallo Katanga*, par. 1061, 1084.

²⁸⁸ Corte Penal Internacional. 2019. Sala de Primera Instancia VI. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2359. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (8 de julio de 2019). (En Adelante *Fallo Ntaganda*)

misma Sala dictó su decisión relativa a la pena.²⁸⁹ Allí Ntaganda fue condenado a un total de 30 años de prisión.

Tanto la Fiscalía como la defensa dedujeron recursos de apelación en contra de ambas decisiones. Estos fueron fallados por la Sala de Apelaciones el 30 de marzo de 2021,²⁹⁰ decidiendo confirmar las decisiones apeladas. En particular respecto de la apelación del fallo, los jueces Ibáñez Carranza, Morrison, Hofmánski, Balungi Bossa y Eboe-Osuji emitieron opiniones separadas.

En el presente solamente se revisaron las cuatro decisiones citadas, sin aludir a las opiniones separadas por no contener pronunciamientos relevantes para el objeto de estudio.

2.4.2 Primera instancia

2.4.2.1 Comprensión del EdP declarada por la Sala

La Sala de Primera Instancia se refiere de forma general a las cuestiones sobre la prueba en la tercera sección del fallo.²⁹¹ Si bien no entrega una definición del MADR, sí señala qué es lo que debe ser probado,²⁹² el sistema de valoración de la prueba que estima debe seguirse²⁹³ y la forma el que asignó el valor probatorio a ciertas clases de elementos de prueba.²⁹⁴ Es en aquellos pasajes donde pueden encontrarse ciertas luces acerca de cómo es que la Sala comprende el EdP.

Primeramente, se debe decir que la Sala estima que cada uno de los elementos de del crimen imputado y la forma de participación deben ser probados MADR.²⁹⁵ Luego, señala que para determinar si es que el EdP ha sido alcanzado, debe llevar a cabo una valoración holista de la

²⁸⁹ Corte Penal Internacional. 2019. Sala de Primera Instancia VI. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2442. Fallo relativo a la pena. (7 de noviembre de 2019). (En Adelante *Decisión sobre la pena Ntaganda*).

²⁹⁰ Corte Penal Internacional. 2021. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2666-Red. Fallo relativo a la apelación del Sr. Bosco Ntaganda y la Fiscalía en contra de la decisión de la Sala de Primera Instancia VI de 8 de julio de 2019 titulada «fallo». (30 de marzo de 2021).; (En adelante *Decisión sobre la apelación Fallo Ntaganda*); y Corte Penal Internacional. 2021. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2667-Red. Fallo relativo a la apelación del Sr. Bosco Ntaganda en contra de la decisión de la Sala de Primera Instancia VI de 7 de noviembre de 2019 titulada «fallo relativo a la pena». (30 de marzo de 2021). (en adelante *Decisión sobre la apelación de la pena Ntaganda*)

²⁹¹ *Fallo Ntaganda* par. 44-76.

²⁹² *Fallo Ntaganda* par. 44, 46-47

²⁹³ *Fallo Ntaganda* par. 45

²⁹⁴ *Fallo Ntaganda* par. 53-76

²⁹⁵ *Fallo Ntaganda*, par. 44.

prueba.²⁹⁶ Al igual como en los casos revisados hasta ahora, de esto se sigue que la minoría de edad es uno de aquellos elementos que debe probarse MADR. Adicionalmente, llama la atención la exigencia de valorar holísticamente la prueba para satisfacer el EdP.

Más adelante, refiriéndose a la posibilidad de fallar sobre la base de evidencia circunstancial,²⁹⁷ la Sala señala que se puede alcanzar el estándar MADR «[c]uando, basándose en evidencia circunstancial, solo una conclusión razonable puede ser extraída de ciertos hechos en particular...»²⁹⁸ Esta es la primera indicación que se hace en el fallo acerca del nivel de corroboración exigido para alcanzar el EdP.

Luego, refiriéndose a la prohibición de requerir corroboración establecida en la regla 63(4) de las RPP de la Corte, la Sala señala cuándo estima que un solo elemento de prueba puede ser suficiente para alcanzar el EdP. Al respecto se indica que ello debe ser determinado caso a caso considerando las circunstancias de las hipótesis que deben ser probadas y la evidencia presentada. Así, mientras que en algunas situaciones basta con este único elemento, en otras la Sala determinó la satisfacción del EdP sobre la base de múltiples elementos de prueba.²⁹⁹

En el fallo no se hace aclaración alguna acerca de si la Sala entiende el EdP en forma objetiva o subjetiva. Sin embargo, tal como se ha hecho en los fallos precedentes, ello puede inferirse del lenguaje que emplea la Sala en sus decisiones probatorias. Así, puede afirmarse que la Sala entiende el estándar en forma subjetiva, toda vez que alude a su propio estado mental al indicar que una hipótesis se tuvo por probada.³⁰⁰

2.4.2.2 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

Lo relevante para el presente análisis se encuentra, principalmente, en dos secciones del fallo. Primero, en aquella relativa a la evaluación individual de la credibilidad de ciertos testigos³⁰¹ y, luego, en aquella en que se tratan derechamente las conclusiones fácticas.³⁰²

²⁹⁶ *Fallo Ntaganda*, par. 45.

²⁹⁷ *Fallo Ntaganda*, par. 69.

²⁹⁸ Traducción del autor. En el original «[w]hen, based on circumstantial evidence, only one reasonable conclusion can be drawn from particular facts...» *Fallo Ntaganda*, par. 70.

²⁹⁹ *Fallo Ntaganda*, par. 76.

³⁰⁰ *Fallo Ntaganda*, par. 235, 387 y 388.

³⁰¹ *Fallo Ntaganda*, par. 89-262.

³⁰² *Fallo Ntaganda*, par. 285-658.

En la primera de estas secciones la Sala evalúa la credibilidad de distintos testigos que fueron presentados durante el juicio. Siete de ellos declararon acerca de la edad de sí mismo o de otros individuos. Con motivo de ello, la Sala se pronuncia acerca de la suficiencia de las consideraciones de los testigos para la estimación de edad. Fuera de la prueba testimonial, también se analizaron elementos de prueba documental, fotográficos y de vídeo. Los elementos de prueba documental evaluados para la Sala correspondían, principalmente, a partidas de nacimiento, certificados de nacimiento, certificados de ciudadanía, tarjetas de votantes y registros escolares, entre otros.

En cuatro casos en los que existía prueba documental además de testimonial la Sala estimó que no se podía concluir MADR que los individuos eran menores de quince años. Así ocurrió en el caso de P-0010, quien declaró tener 13 años al momento de su secuestro. Sin embargo, los elementos de prueba documental indicaban cinco fechas distintas para su nacimiento, algunas de las cuales implicarían que sería mayor de quince para el momento del secuestro.³⁰³ Algo similar ocurrió en el caso de P-0888.³⁰⁴ Por otra parte, en el caso de P-0758 la Sala concluyó que los documentos disponibles (dos certificados de nacimiento y una tarjeta votante, entre otros) eran de limitado valor probatorio toda vez la fecha de nacimiento que indicaban había sido informada por la misma testigo al momento de elaborarse el documento.³⁰⁵ Si bien esta testigo fue descartada como víctima, la Sala se reservó la posibilidad de descansar en su testimonio para la corroboración de otras hipótesis.³⁰⁶ El cuarto caso, en cambio, corresponde al de un testigo que habría trabajado en la administración de los campamentos de entrenamiento de Mandro, Rwampara y Lingo. Según su declaración, los campamentos no admitían reclutas menores de 18 años. Ello supuestamente se vería corroborado por unas listas de ingreso de reclutas supuestamente preparadas en Mandro que él habría recuperado. Sin embargo, una serie de inconsistencias tanto internas como con el resto de los elementos de prueba llevaron a la Sala a concluir que el testigo no era confiable e, incluso, a dudar de la autenticidad de las listas.³⁰⁷

En dos casos la Sala concluyó que se trataba de individuos menores de quince años al momento de su reclutamiento. En el caso de P-0883, la Sala concluyó que era menor de quince

³⁰³ *Fallo Ntaganda*, par. 94.

³⁰⁴ *Fallo Ntaganda*, par. 196.

³⁰⁵ *Fallo Ntaganda*, par. 153.

³⁰⁶ *Fallo Ntaganda*, par. 160.

³⁰⁷ *Fallo Ntaganda*, par. 235.

años al momento de su secuestro principalmente sobre la base de su propio testimonio.³⁰⁸ Se valoró positivamente que la testigo haya declarado consistentemente la fecha de su nacimiento en distintas oportunidades del interrogatorio.³⁰⁹ Por el contrario, la Sala no asignó mayor valor probatorio a una tarjeta electoral y dos certificados de nacimiento emitidos uno por el hospital en que nació y otro por el registro civil. Ello por cuanto el segundo de estos certificados fue emitido sobre la base del primero y ambos se emitieron en 2016.³¹⁰ En el caso de P-0898, la Sala determinó sin mayores miramientos la minoría descansando en la consistencia entre lo declarado por el testigo y los documentos disponibles.³¹¹ Además, la Sala determinó que las estimaciones acerca de la edad de otros individuos hechas por este testigo eran generalmente confiables, especialmente considerando que se trataba de individuos de su mismo rango etario. Tales estimaciones se basaron en el tamaño y otros rasgos físicos de los demás individuos, así como en la comparación consigo mismos.³¹²

Por último se debe aludir al caso de P-0768. Este testigo declaró, entre otros puntos, acerca del reclutamiento y uso de individuos menores de quince años. A través de su declaración se revisaron fotografías y fragmentos de vídeo. Sus estimaciones acerca de la edad de los individuos se basaron en su apariencia, tamaño y comportamiento, así como en el tamaño de los uniformes que vestían.³¹³ Resulta relevante destacar que, ante una alegación de la defensa, la Sala tuvo la oportunidad de señalar que la errónea descripción del género de un individuo no debilitaba automáticamente su capacidad para estimar edades.³¹⁴

Pasando ahora a la cuarta sección del fallo, relativa a las conclusiones sobre los hechos, se puede señalar lo siguiente. Lo relevante se encuentra en las subsecciones IV.A.3³¹⁵ y IV.B.7.d.4.³¹⁶ En la primera de estas, la Sala de Primera Instancia se refiere al reclutamiento, entrenamiento y destinación de los soldados del UPC/FPLC. En ello, se alude a diversos casos de individuos menores de quince años y se señalan las consideraciones que se estimaron para arribar a tal

³⁰⁸ *Fallo Ntaganda*, par. 179.

³⁰⁹ *Fallo Ntaganda*, par. 176.

³¹⁰ *Fallo Ntaganda*, par. 177.

³¹¹ *Fallo Ntaganda*, par. 202.

³¹² *Fallo Ntaganda*, par. 203.

³¹³ *Fallo Ntaganda*, par. 170, nota al pie 407.

³¹⁴ *Fallo Ntaganda*, par. 170, nota al pie 405.

³¹⁵ *Fallo Ntaganda*, par. 347-432.

³¹⁶ *Fallo Ntaganda*, par. 511

conclusión. En la segunda, la Sala se refiere específicamente a la participación de individuos menores de quince años en la llamada «Primera Operación».

Acerca del reclutamiento, entre otras cosas la Sala concluyó que el UPC/FPLC alistó ampliamente personas de todas las edades y, en particular, jóvenes menores de quince años.³¹⁷ En el análisis no hay mayores consideraciones acerca de la determinación de la edad de los individuos. Basta con decir que entre las razones para establecer la minoría de edad la Sala se remitió a lo dicho acerca de P-0883 y P-0898 y a la presencia de individuos de ese rango en los campamentos de entrenamiento.³¹⁸ Lo primero ya fue tratado precedentemente, mientras que lo segundo se revisará en el párrafo siguiente. Con todo, aquella conclusión es relevante ya que, presumiblemente, otorga cierta plausibilidad a las posteriores relativas a la presencia de individuos de ese rango etario en los campamentos de entrenamiento, contribuyendo a corroborar tal hipótesis.

Al pasar al entrenamiento se encuentran las primeras estimaciones de edad. Así, para afirmar que muchos individuos menores de quince años fueron entrenados en los campos del UPC/FPLC, la Sala descansa en estimaciones hechas por testigos sobre la base del comportamiento de los individuos, apariencia, juegos en los que se involucraban e, incluso, la información obtenida de la madre de uno de los individuos.³¹⁹ Otros testimonios, relativos al entrenamiento de radioperadores, daban cuenta de que ciertos individuos sometidos al entrenamiento militar parecían ser muy pequeños ya que simplemente se entretenían en actividades irrelevantes, siendo incapaces de continuar el entrenamiento.³²⁰

Luego, la Sala pasa a las labores que cumplían los soldados, dedicando un apartado especial a las de escolta o guardaespaldas. Allí la Sala señala que tanto en las escoltas de Ntaganda³²¹ como de otros oficiales del UPC/FPLC³²² había individuos menores de quince años. Para arribar a tales conclusiones la Sala descansó tanto en prueba testimonial como en fragmentos de vídeo.

³¹⁷ *Fallo Ntaganda*, par. 347.

³¹⁸ *Fallo Ntaganda*, par. 347, nota al pie 966.

³¹⁹ *Fallo Ntaganda*, par. 362, nota al pie 1000.

³²⁰ *Fallo Ntaganda*, par. 371, en especial la nota al pie 1040.

³²¹ *Fallo Ntaganda*, par. 387-391.

³²² *Fallo Ntaganda*, par. 398.

Los testigos estimaron la edad de los individuos sobre la base de comparaciones con sus propios hijos, en el caso de un testigo que tenía hijos pequeños,³²³ o en comparaciones consigo mismo, como en el caso de P-0010 quien afirmó tener 13 años al momento de su secuestro.³²⁴ También se consideraron ciertos testimonios que inferían la edad de los individuos sobre la base de su tamaño,³²⁵ su apariencia,³²⁶ su comportamiento,³²⁷ el que sus prendas les quedaran grandes³²⁸ o el comportamiento que terceros adoptaban frente a ellos. Esto último se ilustra con un testimonio que estimó la edad de los individuos sobre la base de, entre otras razones, que su comandante no les diera instrucciones ya que eran «...débiles y pequeños».³²⁹

En particular acerca de la presencia de individuos menores de quince años en la escolta de Ntaganda, la Sala consideró también unos fragmentos de vídeo revisados en el contexto del testimonio de P-0010.³³⁰ Sobre la base de su testimonio, la Sala concluyó que dos individuos que se apreciaban en el vídeo eran manifiestamente menores de quince años. En relación con uno de ellos la Sala hace su propia apreciación del vídeo, destacando que el individuo era significativamente más pequeño que los soldados que lo rodeaban y que era apenas mayor que la rueda del vehículo en que se lo ve cargando su arma.³³¹ Al respecto, la Sala indica que una víctima declaró que para el momento en que se grabó el vídeo él tenía menos de quince años, así como que en el mismo se apreciaba otro individuo que él estimaba tenía su misma edad.³³² Allí mismo la Sala señala que, aun precaviendo un amplio margen de error, al considerar los rasgos faciales de la persona en cuestión estaba «...satisfecha más allá de toda duda razonable que este individuo era manifiestamente menor a quince años en mayo de 2003, la época en la que el extracto del vídeo fue grabado.»³³³

La segunda subsección dice relación con la participación de individuos menores de quince años en la llamada «Primera Operación». Al estimar la edad, la Sala tuvo en consideración

³²³ *Fallo Ntaganda*, par. 380, nota al pie 1079.

³²⁴ *Fallo Ntaganda*, par. 386, nota al pie 1098

³²⁵ *Fallo Ntaganda*, nota al pie 1113.

³²⁶ *Fallo Ntaganda*, nota al pie 1106, 1107, 1108, 1131, 1135 y 1141, entre otras.

³²⁷ *Fallo Ntaganda*, nota al pie 1108, 1109 y 1135, entre otras.

³²⁸ *Fallo Ntaganda*, par. 391

³²⁹ *Fallo Ntaganda*, par. 390, nota al pie 1106.

³³⁰ *Fallo Ntaganda*, par. 388.

³³¹ *Fallo Ntaganda*, par. 387, nota al pie 1100.

³³² *Fallo Ntaganda*, par. 388.

³³³ Traducción del autor. En el original «...the Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that this individual was manifestly under 15 years of age around May 2003, the time when the video extract was recorded» *Fallo Ntaganda*, par. 388.

cuestiones tales como que ciertos individuos «...vestían uniformes militares que eran muy grandes para ellos al punto tal que debían arremangarlos...»³³⁴ o que testigos declararon que unas individuos parecían ser de doce o trece años por su fisionomía y porque todavía no habían desarrollado pechos.³³⁵ Con todo, es relevante hacer notar que en otro momento la Sala estimó insuficiente para la determinación de la minoría de edad la sola indicación de que los individuos vistieran uniformes que les quedaban grandes.³³⁶

2.4.3 Segunda instancia

2.4.3.1 Comprensión del EdP declarada por la Sala

Lo relevante para la comprensión del EdP declarada por la Sala está contenido en la sección relativas al estándar de revisión.³³⁷ Allí, la Sala de Apelaciones no señala expresamente una definición para el EdP aplicable. Sin embargo, se puede inferir su comprensión de este sobre la base de lo dicho en la tercera sección de la sentencia acerca del «estándar de revisión».³³⁸

En la subsección relativa al estándar de revisión para errores de hecho, la Sala de Apelaciones señala que al revisar si es que la decisión de una Sala de Primera Instancia aplicó el MADR, debe asegurarse de que se haya hecho una valoración holista de la prueba,³³⁹ que se hayan considerado todas las conclusiones sobre los hechos³⁴⁰ y que estas últimas hayan sido establecidas de forma razonable.³⁴¹ Acerca de la exigencia de que los hechos hayan sido establecidos de forma razonable, la Sala de Apelaciones indica que:

[a] evaluar la razonabilidad de las conclusiones fácticas, la Sala de Apelaciones considerará si es que la evaluación de la Sala de primera instancia fue consistente con la lógica, el sentido común, los conocimientos científicos y la experiencia, así como si es la Sala de primera instancia tuvo en cuenta toda la evidencia relevante y relacionada, además de haber sido

³³⁴ Traducción del autor. En el original «...wore military uniforms which were too big for them and which they therefore had to roll up...» *Fallo Ntaganda*, par. 511.

³³⁵ *Fallo Ntaganda*, par. 511, en especial la nota al pie 1508.

³³⁶ *Fallo Ntaganda*, par. 655, en especial la nota al pie 2089.

³³⁷ *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 35-49

³³⁸ Traducción del autor. En el original «*standard of review*», *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 35-49.

³³⁹ *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 38.

³⁴⁰ *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 38.

³⁴¹ *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 39.

consciente de los principios de derecho pertinentes (incluyendo el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, cuando corresponda).³⁴²

Lo dicho por la Sala de Apelaciones acerca de cuándo estima que una conclusión fáctica no es razonable (*i.e.*: que no alcanzó el EdP MADR) en realidad alude mayoritariamente a criterios propios de la valoración de la prueba. La compatibilidad entre la conclusión y la lógica, el sentido común, la experiencia o los conocimientos científicos no significa que tal hipótesis sea la más probablemente verdadera. Tampoco ayuda el recurso al MADR, ya que solamente vuelve tautológica la definición. Esto resulta indicativo de la ausencia de criterios claros conforme a los cuales evaluar la corrección de la decisión probatoria y podría implicar que se asiente la conclusión adoptada por la Sala de Primera Instancia acerca de la minoría de edad de las víctimas.

Más adelante, la Sala de Apelaciones señala aquellos casos en los cuales estima justificado interferir con la libertad de la Sala de primera instancia para arribar a conclusiones sobre los hechos. Estos corresponden a aquellos en que aparece de manifiesto que se incurrió en un error al arribar a la conclusión especialmente producto de

...apoyo insuficiente de la evidencia, sustento en evidencia irrelevante, no tener en cuenta consideraciones probatorias y hechos relevantes; no apreciar adecuadamente la relevancia de la evidencia que consta en el proceso; o no valorar y ponderar adecuadamente las pruebas y hechos relevantes.³⁴³

Aunque la Sala de Apelaciones pretendía clarificar el estándar de revisión, es poco lo que se logra con este intento. Ello por cuanto sin clarificación alguna se señala que una de las causales de error que hace meritoria la revisión es que la conclusión fáctica esté insuficientemente apoyada por la evidencia. Pues bien, malamente se puede evaluar la suficiencia de la corroboración que los elementos de prueba aportan a una determinada conclusión si es que no hay regla alguna que fije dicho umbral. En el tercer capítulo se volverá sobre esto al analizar el impacto de las problemáticas identificadas en la sección 1.3 más atrás.

³⁴² Traducción del autor. En el original «*In assessing the reasonableness of factual findings, the Appeals Chamber will consider whether the trial chamber's evaluation was consistent with logic, common sense, scientific knowledge and experience, and whether the trial chamber took into account all relevant and connected evidence, and was mindful of the pertinent principles of law (including, as applicable, the standard of proof beyond reasonable doubt)*» *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 39.

³⁴³ Traducción del autor. En el original «... *insufficient support by evidence; reliance on irrelevant evidence; failure to take into account relevant evidentiary considerations and facts; failure properly to appreciate the significance of the evidence on record; or failure to evaluate and weigh properly the relevant evidence and facts*» *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 41.

2.4.3.2 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

La evaluación de la Sala de Apelaciones acerca de las conclusiones acerca de la edad de las víctimas del crimen en comento se encuentra en las subsecciones I³⁴⁴ y J³⁴⁵ de la sección relativa a los argumentos de la apelación de Ntaganda, que corresponden al noveno y décimo motivo de apelación de la defensa. En la primera de estas se atiende a las alegaciones de la defensa relacionadas con el reclutamiento de personas menores de quince años, mientras que en la segunda se hace lo propio en lo tocante a la utilización.

Conforme al noveno motivo de apelación, la Sala de Primera Instancia habría errado al concluir que tres de los escoltas de Ntaganda eran menores de quince años sobre la base de ciertos fragmentos de vídeo. La defensa alega que la Sala de Primera Instancia no ejerció la precaución necesaria en la estimación de edad sobre la base de fragmentos de vídeos ni explicó su enfoque al arribar a tales determinaciones. En concreto, cuestiona que se haya descansado en la evidencia relacionada con P-0010, relativa a la edad de dos individuos, y en la relacionada con P-0898, relativa al tercer individuo, Tipe.³⁴⁶

En lo tocante al ejercicio del debido cuidado en la estimación de edades sobre la base de fragmentos de vídeo, la Sala de Apelaciones concluyó que la Sala de Primera Instancia sí lo ejerció. Consideró que era indicativo del ejercicio de este nivel de cuidado el que la Sala de Primera Instancia haya adoptado un amplio margen de error que implicó concluir que un individuo era menor de quince años solamente cuando manifiestamente lo parecía.³⁴⁷ También consideró como demostrativos de ejercicio de debido cuidado el que los testimonios que no fueron encontrados confiables en algunos aspectos hayan sido cuidadosamente evaluados, que la Sala de Primera Instancia haya apreciado directamente los fragmentos de vídeos y que tomara en consideración otros elementos de prueba que corroboraban los testimonios. Todo ella daría cuenta de que la Sala de Primera Instancia estaba consciente de las dificultades que implica la estimación de edades y que tuvo en cuenta tal dificultad al arribar a sus conclusiones.³⁴⁸

³⁴⁴ *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 760-790.

³⁴⁵ *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 791-821.

³⁴⁶ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 762.

³⁴⁷ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 769.

³⁴⁸ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 771.

Dicho eso, corresponde ahora revisar en específico lo relativo a la incorrecta apreciación del testimonio de la testigo P-0010.³⁴⁹ Entre otras alegaciones, la defensa sostuvo que P-0010 «meramente afirmó que el individuo anónimo era un *kadogo*» lo que era insuficiente para condenar. Ello considerando que la Sala de Primera Instancia había concluido que este término se usaba para aludir a cualquier persona menor de dieciocho años y que las estimaciones de edad de los *kadogos* realizadas por otros testigos cruzaban sin distinción el umbral de los quince años.³⁵⁰ La Sala de Apelaciones desestimó este argumento, estimando que era razonable que la Sala de Primera Instancia concluyera que el término *kadogo* aludía a individuos menores de quince años.³⁵¹ Entre las razones de la Sala de Apelaciones para desestimar el argumento de Ntaganda se encuentran que la Sala de Primera Instancia no solo se basó en la indicación hecha por la testigo de que el individuo era un *kadogo*, sino que también en su aseveración de que el individuo era menor que ella³⁵² y que la real conclusión de la Sala de Primera Instancia acerca del término era que este se usaba para referirse «...a los soldados más jóvenes, por su apariencia, incluyendo individuos menores de quince años...»³⁵³

Siguiendo con los errores relacionados con el testimonio de P-0010, Ntaganda cuestionó la descripción que hizo la Sala de Primera Instancia del individuo anónimo identificado por P-0010. Según la Sala de Primera Instancia, este individuo era «...significativamente más pequeño que los soldados que lo rodeaban y apenas era más alto que la rueda del vehículo en que se lo puede ver cargando su arma.»³⁵⁴ El error que señala Ntaganda es que en el vídeo se apreciaría al individuo mirando el *pick-up* de una camioneta con una suspensión levantada³⁵⁵ (lo que implica que el vehículo tenga una altura mayor al promedio). Pues bien, tras revisar el vídeo, la Sala de Apelaciones concluyó que la descripción de la Sala de Primera Instancia conforme a la cual el individuo sería apenas más alto que la rueda era inexacta. Sin embargo, estimó que no se había incurrido en un error al describir al individuo como significativamente más pequeño que el resto de los soldados. Considerando además que esta última comparación era más relevante en el

³⁴⁹ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 772.

³⁵⁰ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 777.

³⁵¹ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 778.

³⁵² *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 777.

³⁵³ Traducción del autor. En el original «...this term referred to the youngest soldiers, by their appearance, including individuals under 15» *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 778.

³⁵⁴ Traducción del autor. En el original «...significantly smaller than the soldiers around him and barely taller than the wheel of the vehicle on which he can be seen loading his weapon» *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 779.

³⁵⁵ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 779.

contexto, la Sala de Apelaciones concluyó que el error de la Sala de Primera Instancia no socavaba su conclusión acerca de la edad del individuo.³⁵⁶

El segundo argumento relevante dice relación con la estimación de la edad del individuo denominado Tipe y, en general, el testimonio de P-0898. Según la defensa, este individuo no parecía ser manifiestamente menor de quince años en el vídeo y, por consiguiente, no se podía excluir que hubiera alguna posibilidad razonable de que fuera mayor de quince años. Adicionalmente, la defensa argumenta que en caso de que fuera posible excluir tal duda, la Sala de Apelaciones debió explicar cómo lo hizo. Acerca del testimonio de P-0898, la defensa criticó que la Sala de Primera Instancia sustentara su conclusión en este ya que, entre otras cosas, no había sido corroborado.³⁵⁷

Respecto del error al establecer la manifiesta minoría de edad, la Sala de Apelaciones desestimó el argumento de la defensa indicando que sería una mera discrepancia con la conclusión que no señalaba error alguno. Con todo, enfatizó que la Sala de Primera Instancia analizó el vídeo exhibido al testigo cuya declaración sirvió para corroborar la hipótesis y, tomando nota particularmente de los rasgos faciales de Tipe, concluyó MADR que era menor de quince años.³⁵⁸

Respecto del requisito de excluir la duda, la Sala de Apelaciones desestimó el argumento de Ntaganda señalando que la Sala de Primera Instancia explicó detalladamente sus razones para concluir que Tipe era menor de quince años. Así, se habría cumplido con el requisito.³⁵⁹

Corresponde ahora referirse al décimo motivo de apelación levantado por Ntaganda. Acá se argumenta que la Sala de Primera Instancia habría errado al concluir que individuos menores de quince años, particularmente P-0883 y P-0898, fueron alistados en las filas del UPC/FPLC y participaron activamente en las hostilidades. De ello, solamente resulta relevante para los fines de este trabajo detenerse en lo relativo a P-0883.

La defensa sostuvo que se erró al concluir que su testimonio acerca de su edad era creíble dado que mintió acerca de su secuestro y que existían inconsistencias en la prueba documental aportada.³⁶⁰ Sin embargo, la Sala de Apelaciones concluyó que fue razonable que la Sala de

³⁵⁶ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 780.

³⁵⁷ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 781.

³⁵⁸ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 782.

³⁵⁹ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 783.

³⁶⁰ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 794.

Primera Instancia estimara que la evidencia relativa a la edad de esta individuo era confiable a pesar de que un par de documentos, tales como certificados de nacimiento, no pudieran ser independientemente corroborados o que existiere una alteración en otro de ellos, unos registros escolares. Además, la Sala de Apelaciones estimó que la Sala de Primera Instancia no erró al concluir que tales alteraciones no tenían mayor impacto en la determinación de la edad de la víctima.³⁶¹ Al arribar a tales conclusiones la Sala de Apelaciones destacó que la Sala de Primera Instancia haya apreciado que la testigo indicó la misma fecha de nacimiento de forma consistente a lo largo de su declaración.³⁶²

2.5 CASO FISCALÍA C. DOMINIC ONGWEN

2.5.1 Información general

El 4 de febrero de 2021 la Sala de Primera Instancia IX declaró culpable a Dominic Ongwen de 61 de los 70 cargos que se le imputaron.³⁶³ Estos comprendían crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el norte de Uganda entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005 mientras ejercía como oficial del Ejército de Resistencia del Señor (LRA). Este fallo puso término a un juicio que se extendió por poco menos de cuatro años y que se inició después de doce años desde la remisión de la situación a la CPI hecha por Uganda. Los cargos 69 y 70 decían relación con la conscripción y utilización de niños. Ongwen fue encontrado culpable de ambos.

Para el presente análisis solamente se revisó el fallo condenatorio dictado el 4 de febrero de 2021. Si bien la defensa apeló de dicha resolución el 21 de julio del mismo año, a la fecha no se ha celebrado la audiencia correspondiente ante la Sala de Apelaciones.

Lo relativo a las conclusiones de la Sala de Primera Instancia sobre el EdP en general se concentra en la IV sección del fallo, titulada «evaluación de la evidencia»³⁶⁴ Por su parte, lo relativo a la circunstancia objeto de estudio se encuentra tanto en una subsección de aquella,

³⁶¹ *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 813.

³⁶² *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 808.

³⁶³ Corte Penal Internacional. 2021. Sala de Primera Instancia IX. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/15-1762-Red. Fallo. (4 de febrero de 2021). (En adelante *Fallo Ongwen*.)

³⁶⁴ *Fallo Ongwen*, par. 226-2672.

como en aquella parte de la quinta sección del fallo, titulada «conclusiones de derecho», relativa a la caracterización jurídica de los hechos.³⁶⁵

2.5.2 Comprensión del EdP declarada por la Sala

En la subsección A de la sección IV, titulada “el estándar de prueba ‘más allá de toda duda razonable’”,³⁶⁶ la Sala se refiere en términos generales al EdP aplicable y a la forma en la que estima debe hacerse la valoración de la prueba.

A diferencia de lo hecho en los casos *Lubanga* y *Ntaganda*, acá la Sala de Primera Instancia sí que entrega claramente su comprensión del EdP. Primero, la Sala hace referencia al artículo 66 del ECPI, reiterando el principio de presunción de inocencia, que la carga de la prueba pesa sobre la Fiscalía y que solo puede dictar un fallo condenatorio si es que está «...convencida acerca de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.»³⁶⁷ Además, señala que dicho EdP debe ser aplicado para establecer aquellos «...hechos indispensables para llegar a una condena, a saber, aquellos constitutivos de los elementos de los crímenes o formas punibles de participación imputados.»³⁶⁸

Sin embargo, lo genuinamente novedoso entre los casos revisados hasta ahora se encuentra en el párrafo siguiente donde la Sala de Primera Instancia define lo que entiende por «duda razonable». Siguiendo lo fallado por la Sala de Apelaciones en *Ngudjolo*,³⁶⁹ se señala que

[c]omo se sigue de su sentido llano, una duda razonable debe estar fundada en la razón. El estándar de duda razonable no puede consistir en dudas imaginarias o frívolas – debe tener un vínculo racional con la prueba, falta de prueba o las incoherencias de estas.³⁷⁰

Luego, la Sala señala que

³⁶⁵ *Fallo Ongwen*, par. 3101-3115.

³⁶⁶ Traducción del autor. En el original «*The standard of proof of 'beyond reasonable doubt'*» *Fallo Ongwen* par. 226-231.

³⁶⁷ Traducción del autor. En el original «*...convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt*» *Fallo Ongwen*, par. 227.

³⁶⁸ Traducción del autor. En el original «*...facts indispensable for entering a conviction, namely those constituting the elements of the crimes or modes of liability charged*» *Fallo Ongwen*, par. 227.

³⁶⁹ Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*. ICC-01/04-02/12-3-tENG. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (18 de diciembre de 2012). Par. 109.

³⁷⁰ Traducción del autor. En el original «*[a]s is clear from its plain meaning, reasonable doubts must be grounded in reason. The reasonable doubt standard cannot consist of imaginary or frivolous doubt – it must have a rational link to the evidence, lack of evidence or inconsistencies in the evidence*» *Fallo Ongwen*, par. 228.

[l]a posibilidad de que pruebas no disponibles podrían incluir información exculpatoria es demasiado hipotética, sin más, para calificarla como una duda razonable. Aceptar tal proposición sería lo mismo que exigir prueba más allá de toda duda, cuando lo que se requiere, en cambio, es prueba más allá de toda duda razonable.³⁷¹

Pues bien, sin perjuicio de las críticas que podrían formularse en contra de esta definición, es ciertamente valorable que al menos se haya incluido alguna. Ello representa una novedad dentro de los casos en estudio que podría ser indiciaria de un cambio en el enfoque adoptado frente al problema de la suficiencia probatoria.

Con todo, se debe decir que la definición transcrita en realidad no fija un umbral de suficiencia probatoria. Solamente caracteriza aquella duda que podría ser calificada como razonable. No basta con exigir que la duda esté fundada en la razón para poder concluir que la regla ahora permite dilucidar cuándo una hipótesis está debidamente corroborada. Se volverá sobre esto en el tercer capítulo al analizar críticamente las averiguaciones y al evaluar el impacto de las problemáticas identificadas en la sección 1.3.

Respecto de la comprensión objetiva o subjetiva del EdP se puede decir que, al igual como en los casos precedentes, es necesario revisar el proceso de evaluación de la evidencia para poder formular alguna impresión. Así como en *Lubanga, Katanga y Ntaganda*, en este caso no hay explicación alguna acerca de la satisfacción del EdP que podría permitir un control intersubjetivo. Por otra parte, y tal como se verá en la subsección siguiente, la Sala emplea recurrentemente un lenguaje que alude a estados mentales internos del tribunal. Así se pueden encontrar expresiones como «convencida» «persuadida» y «satisfecha» cuando se trata de señalar que cierta afirmación acerca de los hechos se tuvo por probada. Todo lo anterior da cuenta de una comprensión subjetiva acerca del EdP.

2.5.3 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

Sobre el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldados, la Sala de Primera Instancia concluyó que Ongwen, entre otros, llevó a cabo un esfuerzo para secuestrar personas

³⁷¹ Traducción del autor. En el original «[t]he possibility that unavailable evidence may include exculpatory information is too hypothetical, without more, to qualify as a reasonable doubt. Accepting such a proposition is akin to requiring proof beyond all doubt, while what is required is instead proof beyond reasonable doubt» Fallo Ongwen, par. 229.

menores de quince años y obligarlas a servir como combatientes.³⁷² Así, entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005, soldados cumpliendo órdenes de Ongwen, y otros, habrían secuestrado un gran número de menores de quince años en el norte de Uganda, así como durante los cuatro ataques relevantes para los cargos. Adicionalmente, la Sala de Primera Instancia también concluyó que el mismo Ongwen habría secuestrado niños directamente.³⁷³

Para establecer la circunstancia edad, la Sala de Primera Instancia usó prueba testimonial y documental. Respecto de la prueba testimonial, la Sala descansó principalmente las declaraciones de las propias víctimas. Así ocurrió, por ejemplo, con P-0097,³⁷⁴ P-0264,³⁷⁵ P-0309,³⁷⁶ P-0314³⁷⁷ y P-0252.³⁷⁸ Los elementos de prueba documental disponible incluían certificados de nacimiento, documentos de identificación, licencias de conducir cartillas de registro de crecimiento y colillas de registro de votantes, entre otros. Estos fueron utilizados, principalmente, como corroboración.

En la mayoría de los casos, las declaraciones de las propias víctimas fueron ligeramente contradictorias con la prueba documental. Por ejemplo, en el caso de P-0097, los diversos elementos de prueba llevaban a sostener que tenía entre once y catorce años al momento del secuestro. Sin embargo, la Sala concluyó que, cualquiera fuera el caso, los registros indicaban que a lo sumo P-0097 tenía catorce años al momento del secuestro, por lo que se cumplía con la circunstancia.³⁷⁹ La Sala usó una lógica similar para dilucidar discrepancias a la hora de establecer la edad de P-0252³⁸⁰, P-0264³⁸¹ y P-0309.³⁸²

Al analizar los testimonios de las víctimas, la Sala fue bastante comprensiva con que no supieran exactamente su fecha de nacimiento o que al solicitar documentación oficial hubiesen indicado distintas fechas. Sin embargo, solo concluyó que eran menores de quince años cuando la generalidad de la evidencia indicaba en ese sentido.

A diferencia de lo ocurrido en los casos *Lubanga* y *Ntaganda*, acá la Sala no hizo sus propias estimaciones de la edad de las víctimas sobre la base de los elementos de prueba. En

³⁷² *Fallo Ongwen*, par. 222.

³⁷³ *Fallo Ongwen*, par. 223.

³⁷⁴ *Fallo Ongwen*, par. 299.

³⁷⁵ *Fallo Ongwen*, par. 330.

³⁷⁶ *Fallo Ongwen*, par. 345.

³⁷⁷ *Fallo Ongwen*, par. 348.

³⁷⁸ *Fallo Ongwen*, par. 322.

³⁷⁹ *Fallo Ongwen*, par. 299.

³⁸⁰ *Fallo Ongwen*, par. 323.

³⁸¹ *Fallo Ongwen*, par. 330 y 2343.

³⁸² *Fallo Ongwen*, par. 2345.

consecuencia, al establecer la circunstancia edad para el crimen objeto de estudio, no existen consideraciones como las indicadas en las secciones anteriores. Algo similar ocurrió en *Katanga*.

Solo se encuentran consideraciones relacionadas con la edad de un individuo en algunos testimonios en que se declaró acerca de estimaciones de edad. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de P-0097 quien señaló que estimaba la edad de los otros comparando sus rasgos con los propios,³⁸³ o de P-0307 quien señaló que estimó la edad de otros individuos en base a que eran casi de su tamaño.³⁸⁴ En efecto, acerca de esto último la Sala señala expresamente que «...entiende que esto significa que los niños eran más jóvenes que P-0307.»³⁸⁵

³⁸³ *Fallo Ongwen*, par. 301 y 2342

³⁸⁴ *Fallo Ongwen*, par. 2348.

³⁸⁵ Traducción del autor. En el original «... takes this to mean that the children were younger than P-0307. », *Fallo Ongwen*, par. 2348.

3 SISTEMATIZACIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS CONSIDERACIONES PARA ESTABLECER LA CIRCUNSTANCIA EDAD A LA LUZ DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA «MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE»

Habiendo dado cuenta detalladamente acerca de los aspectos relevantes de las resoluciones objeto de estudio, corresponde sistematizar los hallazgos para, luego, analizarlos críticamente desde la perspectiva de la concepción racionalista de la prueba.

3.1 SISTEMATIZACIÓN DE LOS HALLAZGOS

En esta primera subsección se sistematizan los hallazgos acerca de la comprensión del EdP declarada por la respectiva Sala y a las consideraciones relativas a la circunstancia edad. Para ello se sigue la misma estructura utilizada al revisar cada uno de los casos. Al sistematizar, se ha seguido un enfoque que realza las similitudes y las diferencias.

3.1.1 Primera instancia

3.1.1.1 Comprensión del EdP declarada

En lo relativo a la comprensión del EdP declarada por las respectivas Salas de Primera Instancia, se ha encontrado un aspecto en que aparecen diferencias y cuatro en los que hay consistencias. El primero dice relación con la indicación de una definición del MADR. Por la otra parte, las consistencias halladas conciernen al objeto de la prueba, la exigencia de corroboración, el nivel de corroboración que puede brindar la evidencia circunstancial y el carácter subjetivo del EdP aplicable.

Si no fuera por el caso *Ongwen*, en los fallos de primera instancia revisados no se podría encontrar ninguna indicación expresa y general de lo que las respectivas Salas de Primera Instancia entendieron por MADR. Según se señaló al revisar el caso *Ongwen*, la Sala de Primera Instancia estimó que «...una duda razonable debe estar fundada en la razón [...] debe tener un vínculo

racional con la prueba, falta de prueba o las incoherencias de estas.».³⁸⁶ Tomando nota de lo destacable que es la inclusión de una definición del estándar, más adelante se explicará que la real contribución de esta definición es baja.

En los demás casos, en cambio, se encuentra una indicación circunscrita a la prueba circunstancial. Al respecto, se señala que se puede arribar a una conclusión MADR sobre la base de tal clase de evidencia cuando de ella solamente se pueda extraer una conclusión razonable. Así, aunque indirectamente, en los fallos se afirma que el umbral MADR exige excluir todas aquellas hipótesis alternativas a la culpabilidad que sean razonables. Caso contrario, se deberá dictar una sentencia absolutoria. Además, se señala que la conclusión de que una afirmación no fue probada MADR no implica un cuestionamiento a la existencia misma del hecho alegado, sino solo que no hay suficiente prueba fiable para tener por verdadera la afirmación conforme al estándar aplicable.

Los fallos revisados son consistentes en, a lo menos, cuatro ámbitos. Primero, acerca del objeto de la prueba, todos los fallos revisados dicen exigir que cada uno de los elementos del crimen imputado debe ser probado MADR. Entre tales elementos consideran la circunstancia edad y exigen que sea corroborada con arreglo a aquél estándar.

Segundo, acerca de la exigencia de corroboración, en *Lubanga*, *Katanga* y en *Ntaganda* se asevera que se la determinación acerca de si un elemento de prueba singular es suficiente como para satisfacer el EdP MADR se debe hacer caso a caso. Esta posición se funda, invariablemente, en la regla 63.4 de las Reglas Sobre Procedimiento y Prueba. Los criterios relevantes, sin embargo, varían. En *Ongwen* no se alude expresamente a esta cuestión.

Un tercer ámbito en el que se hayan consistencias es en lo tocante a la suficiencia de la prueba circunstancial para satisfacer el EdP MADR. En los casos *Lubanga*, *Katanga* y *Ntaganda* las respectivas Salas de Primera Instancia fallaron que se podía arribar a una conclusión MADR en aquellos casos en que solamente podía extraerse una conclusión razonable de la evidencia circunstancial. En *Ongwen* no hay indicación al respecto.

Por último, se debe señalar que aunque no lo indiquen explícitamente, todos los fallos adoptan una comprensión subjetiva del MADR. Así pudo inferirse tras constatar que el lenguaje empleado al justificar las decisiones probatorias aludía a estados mentales del tribunal antes que a la concurrencia de los elementos del MADR.

³⁸⁶ Traducción del autor. En el original «...reasonable doubts must be grounded in reason [...] it must have a rational link to the evidence, lack of evidence or inconsistencies in the evidence» Fallo *Ongwen*, par. 228.

3.1.1.2 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

Se debe partir por señalar que una cuestión que se aprecia en tres de los cuatro casos revisados, siendo *Katanga* la excepción, es que las respectivas Salas de Primera Instancia afirmaron haber adoptado un enfoque cauteloso al evaluar la evidencia sobre este respecto. Emplear tal enfoque implicó que para arribar a las conclusiones acerca de la minoría de edad se considerara un amplio margen de error conforme al cual solamente se estimó que una persona era menor de quince años en aquellos casos en que ello apareciera de manifiesto.

Dicho lo anterior, lo más conveniente para la sistematización de las consideraciones es revisarlas según el tipo de medio de prueba del que se trate. Así, en los párrafos siguientes se aludirá a lo dicho acerca de la prueba pericial, testimonial, documental, fotográfica y de vídeo.

El único caso en el que existió prueba pericial relativa a la circunstancia edad es *Lubanga*. Como se dijo entonces, la Sala de Primera Instancia fue cautelosa al valorar los elementos de prueba disponibles siguiendo la recomendación de los mismos peritos. Ello por cuanto las técnicas utilizadas (radiografías de manos, muñecas y piezas dentales) solo permite entregar estimaciones aproximadas.

En seguida, corresponde referirse a las fotografías y vídeos. Una particularidad que se apreció tanto en *Lubanga* como en *Ntaganda* es que estos medios de prueba permitieron que las respectivas Salas de Primera Instancia elaboraran sus propias estimaciones. Algo similar, aunque a menor escala, ocurrió en *Katanga*. Un recurso habitual para la estimación fue la comparación de la presunta víctima con otras personas u objetos presentes en la escena. Sin embargo, también se apreció que en múltiples casos la edad o el tamaño de los elementos usados para la comparación también era un hecho no corroborado. En general, la apreciación de esta clase de elementos de prueba está íntimamente relacionada con la apreciación de la prueba testimonial, ya que normalmente se revisaron a instancias de algunas declaraciones y que las consideraciones del tribunal, en tanto evaluador de la edad, son similares a las de quienes testificaron. Como se indicará en el párrafo siguiente, las consideraciones son de la más diversa índole y aluden tanto a características físicas como psicológicas.

La prueba testimonial es la más abundante en los casos revisados. En tres de los fallos revisados se reconoce, de forma más o menos explícita, que existen dificultades para que los testigos estimen la edad de otros individuos. En general, quienes testificaron eran personas inexpertas en lo relativo a la estimación de edades. Sin embargo, tanto en *Lubanga* como en

Ntaganda, las respectivas Salas de Primera Instancia señalaron que, en casos manifiestos o indubitados, ello no les impedía distinguir entre individuos menores y mayores de quince años. En aquellos casos en que quienes declararon también eran víctimas o eran integrantes del grupo armado en cuestión del mismo rango etario que las víctimas, era común que estimaran su propia edad sobre la base de sus recuerdos acerca de su fecha de nacimiento o la asistencia a tal o cual nivel de educación escolar. Por otra parte, cuando se trataba de estimar la edad de otros era común que lo hicieran comparándolos consigo mismos. Fuera de eso, como se adelantó en el párrafo precedente, la generalidad de los testimonios descansó en consideraciones relativas tanto a características físicas como psicológicas. Entre las primeras pueden mencionarse los rasgos faciales, la complejión, la apariencia, el tamaño (ya sea en sí mismo o en comparación a otros individuos u objetos), el grado de desarrollo de órganos sexuales e, incluso, la forma en la que les quedaban las prendas que vestían. Entre las segundas se pueden mencionar cuestiones tales como la conducta general de los individuos, su capacidad para entender órdenes, el interés que demostraban en las actividades asignadas o la circunstancia de involucrarse o no en juegos. En algunos pocos casos, ciertos testigos dijeron haber estimado la edad de individuos sobre la base del trato que les daban sus superiores. En otros pocos casos, ciertos testigos consideraron también la circunstancia de haber recibido información de parte de familiares de los individuos relativa a la minoría de edad.

Por último, pasando a la prueba documental, se aprecia que también existieron elementos de este tipo en todos los casos. Sin embargo, no para la totalidad de las presuntas víctimas. Los documentos disponibles eran de diversas naturalezas y fuentes, al punto que resulta inoficioso enumerarlos. En cambio, resulta relevante señalar que era común que respecto de una misma persona existieran múltiples documentos que indicaban fechas de nacimiento distintas. Es también relevante señalar que en más de un caso ocurrió que, respecto de una misma persona, algunos documentos se emitieron sobre la base de la información contenida en otro. Así, la multiplicidad de documentos que indicaban la misma fecha no siempre implicaba mayor grado de corroboración de la hipótesis en cuestión.

3.1.2 Segunda instancia

3.1.2.1 Comprensión del EdP declarada

Las decisiones revisadas son consistentes, aunque con matices, en cuatro ámbitos. Primero, en ninguna de las resoluciones revisadas se entrega expresamente una definición para el MADR. La comprensión de la respectiva Sala debe ser inferida de lo dicho acerca del estándar de revisión para los errores de hechos.

Segundo, acerca del objeto de la prueba, en ambos casos se señala que lo que debe probarse MADR son aquellas conclusiones sobre las cuales descansa la decisión condenatoria y que constituyen los elementos de los crímenes y forma de participación aplicable. Esto también resulta concordante con los fallos de primera instancia, y permite aseverar que la CPI entiende que la minoría de edad debe probarse con arreglo al MADR.

Las decisiones también son consistentes en lo tocante al estándar de revisión para errores de hecho. En ambos casos se señala que la Sala de Apelaciones debe tener cierta deferencia con las conclusiones fácticas a las que haya arribado la Sala de Primera Instancia. Sin embargo, mientras que en *Lubanga* se alude a esto como un «estándar de razonabilidad en la revisión» en *Ntaganda* ya no existe tal etiqueta. Con todo, ambos fallos coinciden en que cuando se alega un error de hecho, la Sala de Apelaciones debe determinar si es que las conclusiones a las que arribó la Sala de Primera Instancia eran o no razonables. En *Lubanga*, aquella exigencia se formula señalando que se debe evaluar «...si es que una Sala de Primera Instancia razonable podría haberse visto satisfecha más allá de toda duda razonable acerca de la conclusión en concreto.»³⁸⁷ mientras que en *Ntaganda* se señala como «...si es que las conclusiones fácticas de la Sala de Primera Instancia eran razonables en las circunstancias particulares del caso.»³⁸⁸ Aunque dirigidas en la misma dirección, mientras que en *Lubanga* el foco está puesto en el estado mental del tribunal, en *Ntaganda* el foco está puesto en la conclusión misma.

Otra similitud relativa al estándar de revisión para errores de hecho es que en ambos casos se señala que la Sala de Apelaciones solamente interferirá en aquellos casos en que no pueda discernir cómo es que la Sala de Primera Instancia podría haber arribado razonablemente a su

³⁸⁷ Traducción del autor. En el original «...whether a reasonable Trial Chamber could have been satisfied beyond reasonable doubt as to the finding in question. » *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 27.

³⁸⁸ Traducción del autor. En el original «...whether a trial chamber's factual findings were reasonable in the particular circumstances of the case. » *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par 39.

conclusión.³⁸⁹ Sin embargo, en *Ntaganda* se agrega la expresión «discernir objetivamente». Si bien esto, junto con lo señalado al final del párrafo anterior, podría interpretarse como una variación hacia una comprensión objetiva, en la segunda sección de este capítulo se verá que tal objetividad es solo superficial.

3.1.2.2 Consideraciones relativas a la circunstancia edad

Se debe partir por señalar que ambas sentencias revisadas coinciden en la existencia de dificultades para la estimación de la edad de las potenciales víctimas sobre la base de su apariencia física. Tal apreciación es compartida por la Jueza Ušacka en su opinión disidente para el fallo *Lubanga*. Según se señalará más adelante, ello repercute en el nivel de corroboración exigido para tener por probada la hipótesis de minoría de edad.

La segunda cuestión general que se debe señalar antes de pasar a la revisión según tipo de medio de prueba es que, en *Lubanga*, la Sala de Apelaciones señaló que para cumplir con la circunstancia edad basta con comprobar que la presunta víctima se encuentra dentro del rango etario inferior a los quince años. Determinar si es que para ello es necesario establecer su identidad o la fecha exacta de su nacimiento es una cuestión de hecho que debe ser resuelta por la Sala de Primera Instancia caso a caso.

Dicho lo anterior, resulta conveniente continuar con la sistematización de las consideraciones según el tipo de medio de prueba del que se trate, tal como se hizo al revisar los fallos de primera instancia. Acá, sin embargo, las sentencias solamente contienen consideraciones relacionadas con medios de prueba de vídeo y testimonial.

En relación con la prueba de vídeo es donde se encuentran las mayores similitudes, así como una repercusión de la reconocida dificultad para la estimación de la edad de al potencial víctima. Tanto en *Lubanga* como en *Ntaganda* se señaló que al estimar la edad de un individuo a partir de lo observado en un fragmento de vídeo se debía emplear cierto estándar de cuidado, coincidente con un enfoque cauteloso. En ambos casos, la Sala de Apelaciones encontró que era demostrativo de haber empleado este estándar de cuidado el que, para arribar a la conclusión de minoría de quince años, se adoptara un amplio margen de error conforme al cual solamente se concluyera aquello cuando la presunta víctima manifiesta o claramente pareciera serlo. Sin

³⁸⁹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 21; *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 41.

embargo, no se señaló qué haría que una persona fuera clara o manifiestamente menor de esa edad. También se estimó demostrativo de haber empleado este estándar el que la Sala de Primera Instancia apreciara directamente los fragmentos de vídeo o, en el caso de la prueba testimonial, que hiciera un detenido análisis de la declaración.

Entre las consideraciones que debían ser tenidas en cuenta al estimar la edad, la Sala de Apelaciones destacó la comparación del tamaño de la presunta víctima con el de otras personas que también se podrían apreciar en el fragmento. Con menor énfasis se señaló la consideración del tamaño relativo de la presunta víctima respecto de objetos apreciados en el fragmento o la consideración de los rasgos faciales. Al menos en *Lubanga* se señaló que no era suficiente para fundar un error en la estimación de la edad el que la Sala de Primera Instancia haya errado en identificar el género de la presunta víctima o que no se haya hecho un análisis detenido de los rasgos faciales.

Pasando a la prueba testimonial, en *Ntaganda* se falló que era razonable concluir que una persona era menor de quince años sobre la base de, entre otros elementos de prueba, un testimonio que identificó a aquella persona como perteneciente a un especial grupo de personas jóvenes (*kadogos*) o en la de otro que estimó la edad de aquella persona comparándola con el propio declarante.

3.2 ANÁLISIS CRÍTICO

Concluida la sistematización de los hallazgos, resta plantear un análisis crítico de estos. Tal análisis se formula en torno a dos ejes que se han ido desarrollando a lo largo de este trabajo. El primero se refiere a la comprensión del MADR como un estándar objetivo o subjetivo. El segundo, por su parte, alude al llamado «enfoque cauteloso» que comúnmente se dijo adoptar al momento de establecer la edad de las presuntas víctimas. Tras ello, el análisis vuelve sobre las problemáticas identificadas en el primer capítulo para evaluar si es que se verificaron e indicar su alcance.

3.2.1 Entre un EdP objetivo y uno subjetivo

Como se señaló en el primer capítulo de este trabajo, una de las controversias que se han suscitado en torno al MADR en el ámbito del DPI es si es que debe comprenderse como un estándar objetivo o subjetivo.

En el artículo 66.3 del ECPI, el estándar está formulado en términos subjetivos. Ello por cuanto alude directamente al estado mental del tribunal («...la Corte deberá estar **convencida**...»)³⁹⁰ y porque descansa en el concepto absolutamente indeterminado de *duda razonable*. Sin embargo, se sostuvo en la sección 1.2.1.3 más atrás que desde una concepción racional de la prueba, se requiere que el estándar esté formulado en términos objetivos.

En la primera sección de este capítulo se señaló que, en forma indirecta, las Salas de Primera Instancia han sostenido que una hipótesis de culpabilidad ha sido probada MADR cuando esta sea la única conclusión razonable que puede derivarse de los elementos de prueba disponibles. Acerca de la duda incompatible con la decisión condenatoria, se ha clarificado que debe estar fundada en la razón, no pudiendo ser imaginaria o frívola. También se ha dicho que debe tener un vínculo racional con la prueba, la falta de prueba o la incoherencia entre ellas.

Aquella postura, aparentemente objetiva, en realidad conlleva una comprensión subjetiva del estándar. De hecho, es poco lo que la postura enunciada clarifica acerca del umbral de suficiencia probatoria que impone el EdP en estudio. La exigencia de excluir toda hipótesis razonable que sea incompatible con la culpabilidad descansa en el concepto indeterminado de «razonable». Su indeterminación no se aminora con la especificación acerca de las clases de dudas que serían razonables. Ello por cuanto la ejemplificación descansa, nuevamente, en los conceptos de «razonable» o «racional». Así, se aprecia que el problema estriba en la comprensión misma del estándar.

En los fallos de primera instancia revisados no existe acuerdo acerca de qué hipótesis serían razonables o de la cantidad y forma en que los elementos de prueba permiten refutar toda otra hipótesis razonable.³⁹¹ Simplemente no existen criterios intersubjetivos de razonabilidad de la duda, lo que deriva en la equiparación entre el MADR y la íntima convicción.³⁹² Lamentablemente, a partir del grado de convencimiento interno de los integrantes de las Salas, ya

³⁹⁰ Énfasis agregado.

³⁹¹ Dei Vecchi y Cumiz, *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, 155.

³⁹² Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 31.

sean tres o cinco dependiendo de la instancia, no puede extraerse nada acerca de la verdad de la hipótesis de culpabilidad o del grado de corroboración que los elementos de prueba disponibles aportan a ella.³⁹³

La jueza Van den Wyngaert advierte lo anterior en su opinión disidente dictada en Katanga «[s]ea lo que sea que mis colegas puedan creer en su *íntima convicción*, me temo que no puede hacer frente al estándar de prueba al estándar de prueba requerido y al rigor imparcial que exige.»³⁹⁴

En efecto, de la revisión de los casos objeto de estudio se puede apreciar que la *razonabilidad de la duda* es una cuestión variable, cuyas exigencias se modifican según las particularidades de cada caso. Lo que es más grave aún, según se desarrollará en la subsección siguiente, a ratos parece ser que la CPI califica como razonable todo aquello que se aviene con su convicción interna y no aquello que ha sido suficientemente sustentado conforme a un estándar objetivo.

Directamente relacionado con lo anterior, se debe evidenciar que en muchos casos los fallos de primera instancia no son consistentes a la hora de explicitar el proceso intelectual que les permitió arribar a sus conclusiones acerca de la satisfacción del EdP. Ello hace imposible el control intersubjetivo de las decisiones y refuerza la conclusión acerca de que, en los hechos, el estándar es comprendido en términos subjetivos. Si bien el problema acerca de la deficiente fundamentación de las sentencias es uno que cruza jurisdicciones, y que tiene antecedentes y soluciones diversas, lo que acá importa es evidenciar que aún con una adecuada fundamentación de las sentencias, el estado actual de las cosas impide dar cualquier otra explicación fuera de afirmar que la Sala *crea* que su conclusión está suficientemente corroborada. Con todo, este no es un problema privativo de la CPI. Muy por el contrario, como se señaló en la subsección 1.2.3.1 más atrás, es uno que aqueja en general a aquellas jurisdicciones en las que se ha adoptado el EdP MADR.

Ahora, mientras que en los fallos de primera instancia se ha adoptado una comprensión subjetiva del EdP, las decisiones de segunda instancia dan por hecho que es posible replicar el proceso intelectual seguido en las decisiones de primera.³⁹⁵ Si embargo, dada la comprensión subjetiva que se adopta en las decisiones de primera instancia, ello no es posible. En otras

³⁹³ Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, 32.

³⁹⁴ Traducción del autor. En el original « [w]hatever my colleagues may believe in their intime conviction, I fear it cannot stand up against the required standard of proof and the dispassionate rigour it demands. » Fallo Katanga. Opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert. par. 172.

³⁹⁵ Así se aprecia en *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, par. 27 y *Decisión sobre la apelación fallo Ntaganda*, par. 39.

palabras, mientras que el razonamiento seguido en los fallos de primera instancia da cuenta de ciertos caracteres indicativos de una comprensión subjetiva, los presupuestos en los que descansa el control que está llamado a ejecutar la segunda instancia suponen una comprensión objetiva inexistente. Fuera de lo anterior, se debe señalar que el enfoque de la Sala de Apelaciones en la conducta desplegada por las Salas de Primera Instancia para determinar la razonabilidad de la decisión es ilustrativo de una comprensión subjetiva del EdP.

El subjetivismo que inunda las decisiones acerca de la suficiencia probatoria plasmadas en los fallos revisados causa la variabilidad en la comprensión de la razonabilidad de la duda. Habiendo constatado tal variabilidad ¿qué explica que la CPI estime que el MADR puede verse satisfecho con tan disímiles conjuntos de elementos de juicio? como bien identifican DEI VECCHI y CUMIZ, lo que parece estar detrás es un desacuerdo moral, conforme al cual los integrantes de las salas estiman diversamente la importancia de los propósitos político-morales que atribuyen al proceso.³⁹⁶ Dado que el MADR permite ser satisfecho con cualquier consideración que se estime como la mejor explicación, el momento de decisión acerca de la suficiencia probatoria pasa de ser uno en que se califica la suficiencia del nivel de corroboración alcanzado por una hipótesis a uno en que el tribunal determina qué tan exigente debiese ser el umbral en el caso que tiene al frente.

La situación descrita hasta ahora solamente se acrecentaría (y sinceraría) en caso de acoger aquellas posturas que proponen reconceptualizar el MADR como un EdP de exigencia variable según el caso y ciertamente menos exigente.³⁹⁷ Ello por cuanto se introducirían elementos adicionales de incertidumbre acerca del estándar aplicable y de subjetividad en lo concerniente a la especificación del estándar al caso concreto. Con todo, es justo indicar que la propuesta de COMBS pretende hacer frente a una serie de dificultades para la obtención de elementos de prueba confiables en los procesos penales internacionales. Adicionalmente, se debe indicar que la autora justifica su propuesta en una serie de razones que la llevan a estimar que en el plano del DPI sería más tolerable el riesgo de falso positivo.³⁹⁸

Todo lo anterior ciertamente que podría resultar problemático para el resguardo del principio de presunción de inocencia. Sin embargo, dilucidar si es que lo ocurrido en los casos estudiados fue respetuoso de tal principio es una cuestión que excede el objeto de este trabajo.

³⁹⁶ Dei Vecchi y Cumiz, *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, 158.

³⁹⁷ Combs, *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*, 363.

³⁹⁸ Combs, *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*, 353.

Para los fines de esta memoria, basta con evidenciar que la comprensión del EdP que se ha apreciado en los fallos de primera instancia es indeterminada e indefectiblemente subjetiva. Las implicancias de todo lo anterior en la determinación de la circunstancia en comento se revisarán más adelante en esta subsección.

3.2.2 El enfoque cauteloso al establecer el elemento edad

Sin duda que estimar la edad cronológica de una persona es una tarea compleja. Por ello, se debe partir por reconocer que al exigir un alto grado de corroboración para tener por probada la minoría de edad, sea cual sea el estándar aplicable, se exige algo difícil de lograr. Ello ciertamente se ve agravado por las particulares dificultades que enfrenta el proceso de corroboración de los hechos en los tribunales penales internacionales.³⁹⁹ Sin embargo, ya que el crimen en estudio exige la concurrencia de la circunstancia de minoría de quince años en términos objetivos⁴⁰⁰ y que el EdP aplicable es uno que, indiscutidamente, exige un alto grado de corroboración para tener por probada una hipótesis, no queda más que analizar la labor de la Corte con arreglo a esas exigencias.

Habiendo clarificado lo anterior, resulta pertinente señalar que en esta subsección se harán dos cosas. Primero, se revisará en términos generales el llamado enfoque cauteloso que dice adoptar la CPI. Luego, se revisarán las implicancias que ese enfoque cauteloso tendría en las distintas clases de medios de prueba.

De lo dicho en la sección se precedente resulta indubitado que tanto las Salas de primera como segunda instancia coinciden en que se debe adoptar un enfoque cauteloso al estimar la edad de una persona. Dicho enfoque implicaría considerar un amplio margen de error conforme al cual solamente resulta justificado arribar a una conclusión de minoría de edad cuando la presunta víctima es claramente menor de quince años. En las resoluciones revisadas no se clarificó cuándo se entiende que una persona es claramente menor de quince años. Con ello no se pretende una estandarización tan detallada que pueda hacerse cargo de la vastísima casuística a la que podría enfrentarse la CPI. En cambio, lo que se estima como ideal en este respecto es que la hipótesis de

³⁹⁹ Esto puede revisarse en detalle en Combs, *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*.

⁴⁰⁰ Werle y Jessberger, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 310.

minoría de edad sea corroborada con elementos de prueba objetivamente aptos para arribar a tal conclusión.

Si bien resulta sensato asumir que la intención de la CPI al adoptar un enfoque cauteloso era acotar los casos en que se tendría por probada la hipótesis a aquellos en los que no cupiera vacilación acerca de la minoría de edad, no se entiende cómo es que se alcanza tal objetivo estableciendo una exigencia de *ser claramente menor de quince años*. Dado que la exigencia no se clarifica mayormente, parece que solamente es una concretización del MADR para el caso en estudio. Al decir que, dadas las particulares dificultades que plantea la estimación de edades, solo resulta justificado estimar que una persona es menor de quince años cuando ello aparece claramente, lo que la CPI está haciendo es indicar que para establecer justificadamente la minoría de edad se requiere un elevado nivel de corroboración de la hipótesis. En otras palabras, se ha fijado un estándar de suficiencia probatoria para las aseveraciones de minoría de edad en casos de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños soldados. Luego, ya que la CPI no explicó de mayor forma cuándo entiende que la edad de una persona es *claramente menor* se tiene que tal afirmación no puede implicar una modificación del umbral de suficiencia probatoria. Considerando que el EdP para condenar es el MADR, la única interpretación consistente es que en el caso de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños soldados decir que la minoría de edad debe aparecer claramente equivale a decir que ella debe corroborarse MADR para tenerla por probada. En suma, la exigencia de ser claramente menor no aporta nada nuevo acerca de cuándo resulta justificado tener por probada la hipótesis relevante. Por el contrario, importa la problemática asociada al estándar que fue desarrollada en la subsección precedente.

Dicho lo anterior, corresponde pasar a la revisión particular de los medios de prueba. Respecto de la prueba pericial, se tiene que en el único caso en que se revisó en detalle un elemento de esta clase, *Lubanga*, se reconoció que existían ciertas circunstancias que impedían formular estimaciones precisas sobre la base de esa información. Así, se aprecia que el desafío de validez expuesto en la subsección 1.1.2.2 más atrás no logró ser superado.

La prueba de vídeo o foto, en cambio, fue evaluada detenidamente tanto en *Lubanga* como en *Ntaganda*. Según se dijo, las Salas de Primera Instancia asignaron gran valor probatorio a sus propias estimaciones acerca de la edad de los individuos. Ellas se formularon sobre la base de apreciaciones de la apariencia física y la conducta de los individuos. En otras palabras, se formularon sobre la base de la edad aparente. Sin embargo, como se señaló en la sección 1.11.1

más atrás, existen particulares desafíos que afectan la estimación de edades a partir de esta clase de medios de prueba.

Primero, desde una perspectiva de validez de las inferencias, nada de lo dicho en las resoluciones estudiadas permite aseverar que las Salas de primera o segunda instancia tomaron los resguardos necesarios para asegurar la precisión de las estimaciones. No basta con indicar que solamente se tuvo por corroborada la hipótesis cuando aparecía claramente que el individuo era menor de quince años, sino que es necesario alguna guía que permita asociar la apariencia o conducta de los individuos que aparecían en las fotos o vídeos con cierto rango etario.

Fuera de lo anterior, como bien señala la jueza Ušacka, se requiere que la sentencia exprese claramente el razonamiento seguido para arribar a tal conclusión.⁴⁰¹ La sola constatación de que una persona era de menor tamaño que un objeto o que otra menor de quince años no basta para afirmar que su edad se encuentra dentro del rango que exige el crimen en estudio.

Por otra parte, desde una perspectiva de fiabilidad, se debe señalar que tampoco se lograron superar los desafíos que plantea esta clase de medios. Esto se vuelve palmario al considerar que, en la sentencia de segunda instancia dictado en el caso *Lubanga*, la decisión se adoptó con disidencias específicamente relacionadas con el elemento edad. Los integrantes de las distintas Salas no son personas especializadas en técnicas de estimación de edades. Por lo demás, aún si no lo fueran, en la sección 1.1.2.3 más atrás se explicó que incluso entre expertos existe divergencia en la estimación de edades. Podrían resistir a esta crítica aquellos casos de personas *claramente menores* de quince años. Sin embargo, faltando especificación acerca de lo que sería claro, como se desarrolló en el párrafo anterior, nada se resuelve con tal recurso.

Algo similar ocurre en relación con la prueba testimonial. Como se señaló previamente, al establecer la edad de una persona sobre la base de un testimonio se descansa en la apreciación que haya hecho quien testificó. Normalmente, tal estimación se formula sobre la base de la apariencia o la conducta de la persona cuya edad se estima. Dado lo anterior, desde una perspectiva de validez de la estimación pueden formularse las mismas críticas reseñadas en el párrafo precedente respecto de la asociación de características que necesariamente debe hacerse para pasar de la edad aparente a la edad cronológica de un individuo. En los casos revisados se pudo apreciar que muy escasamente se explicaron las razones que llevaron a los testigos a estimar que una persona era o no menor de quince años.

⁴⁰¹ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Anita Ušacka, par. 51.

Por último, en relación con la prueba documental, se debe señalar que en algunos de los casos revisados la CPI pudo constatar la pertinencia de los desafíos indicados en la sección 1.1.2.5 más atrás. Por ejemplo, en lo tocante a la validez, en ciertos casos la CPI restó valor probatorio a aquellos documentos que, en lo tocante a la edad, habían sido elaborados sobre la base de otros que también fueron incorporados en el mismo proceso. Ello es del todo lógico al considerar que los documentos a los que se les restó valor probatorio tenían por fuente otros que ya habían sido valorados. En resumidas cuentas, de los casos revisados se puede apreciar que la prueba documental es con certeza exigua y normalmente contradictoria.

En suma, ante la dificultad que enfrenta la CPI para corroborar la minoría de edad de las víctimas del crimen en comento ciertamente que resulta sensato adoptar un enfoque cauteloso. Sin embargo, todavía se requiere mayor claridad en lo que implica adoptar tal enfoque. Con ello dejaría de ser tautológico, o al menos dejaría de serlo en este frente, afirmar que para probar MADR la circunstancia edad se requiere que aparezca *claramente* que la presunta víctima era menor de quince años. En su actual formulación, la adopción del llamado enfoque cauteloso en la estimación de edades no importa necesariamente una adherencia al alto grado de corroboración que dice exigir el MADR.

3.2.3 Las problemáticas que plantea establecer la circunstancia edad «más allá de toda duda razonable»

Antes de concluir este análisis, todavía resta revisar si es que las problemáticas identificadas en la sección 1.3 más atrás se verificaron en los casos revisados y, en la afirmativa, indicar las implicancias de aquello.

La primera de las problemáticas identificadas dice relación con la justificación de la decisión probatoria. Según se dijo, la poca claridad acerca de los elementos de concurrencia del MADR podría implicar deficiencias en la justificación de tal decisión. A primera vista, podría decirse que ninguno de los fallos de primera instancia enfrentó dificultades al justificar su decisión acerca de la minoría de edad. Sin embargo, ello parece así porque la justificación acerca de la suficiencia misma normalmente se limitó a la enunciación de las consideraciones relevantes seguida de la conclusión de que la Sala estaba «persuadida»⁴⁰², «satisfecha»⁴⁰³ o «convencida»⁴⁰⁴. En efecto, justificaciones de

⁴⁰² Fallo *Lubanga*, par. 1258, 1262 y 1346.

tal entidad fueron objeto de críticas formuladas tanto por la jueza Ušacka⁴⁰⁵ como por la jueza Van den Wyngaert⁴⁰⁶ en sus respectivas opiniones disidentes precisamente por no desarrollar las razones que llevaron a estimar que la hipótesis en cuestión debía tenerse por probada. En el caso de Ušacka, tal crítica la llevó incluso a descartar por completo la minoría de edad de las presuntas víctimas tras realizar una revisión *de novo*.⁴⁰⁷ Por todo lo anterior, se puede verificar la ocurrencia de esta primera problemática.

La segunda de las problemáticas identificadas dice relación con el control del fallo que, eventualmente, ejercería la Sala de Apelaciones. Según se dijo, la indeterminación del MADR implica que no se contará con criterios conforme a los cuales evaluar la corrección del razonamiento probatorio. En las sentencias revisadas, se indica que el criterio conforme al cual se debe revisar la decisión probatoria adoptada por la Sala de Primera Instancia es su razonabilidad. Al mirar más detenidamente lo hecho por la Sala de Apelaciones, se aprecia que la revisión está enfocada en la conducta desplegada por las de primera antes que en la decisión misma.⁴⁰⁸ Particularmente en *Ntaganda*, la Sala de Apelaciones estimó como indicativo de la satisfacción del MADR la adhesión a un modelo holista del razonamiento probatorio, además de la razonabilidad de la decisión. A su turno, entendió que una decisión había sido adoptada razonablemente cuando era «...consistente con la lógica, el sentido común, los conocimientos científicos y la experiencia...».⁴⁰⁹ Pero, como se advirtió al revisar esa sentencia, tales criterios aluden al sistema de valoración de la prueba, no a la corrección de las conclusiones a las que se llegó tras la valoración. Ello resulta ilustrativo de la incapacidad del MADR de proveer los criterios necesarios para la revisión.

La tercera problemática identificada alude a la alteración en la distribución del riesgo de error. En el primer capítulo se explicó cómo es que un EdP más exigente, como dice ser el MADR, implicaría una reducción del riesgo de error de declarar culpable a una persona inocente. Sin embargo, se pudo constatar en los casos revisados que la CPI entendió el estándar para condenar de forma indeterminada. De hecho, en el caso particular de la estimación de edades, se

⁴⁰³ *Fallo Lubanga*, par. 268, 718, 791, 800, 811, 834, 857, 1.262 y 1.355. *Fallo Katanga*, par. 1.065. *Fallo Ntaganda*, par. 387, 388, 1.123, 1.124 y 1.128. *Fallo Ongwen*, par. 1.433, 1.883,

⁴⁰⁴ *Fallo Ntaganda*, par. 359. *Fallo Ongwen*, par. 227, 2.442, 2.455, 2.588.

⁴⁰⁵ *Decisión sobre la apelación fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Ušacka, par. 32 y 42.

⁴⁰⁶ *Fallo Katanga*, opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert, par. 172.

⁴⁰⁷ Esto puede revisarse en la subsección 2.2.3.2.

⁴⁰⁸ *Decisión sobre la apelación del fallo Lubanga*, par. 222 y 229. *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 769 y 771.

⁴⁰⁹ Traducción del autor. En el original «...consistent with logic, common sense, scientific knowledge and experience...» *Decisión sobre la apelación del fallo Ntaganda*, par. 39.

dijo que la adopción de un enfoque cauteloso en nada modificaba tal situación de indeterminación. Faltando explicación acerca de lo que se entendía por *claramente menor*, se tiene que su enunciación solo constituye una reiteración de que se requiere un alto nivel de corroboración para arribar a una conclusión acerca de la minoría de edad. En los casos revisados no se logró apreciar uniformidad en la suficiencia probatoria exigida para la minoría de edad. Solo a modo ejemplar puede citarse lo dicho por la jueza Ušacka en la opinión disidente pronunciada en *Lubanga*. Según ella, el razonamiento de la Sala de Primera Instancia acerca de la minoría de edad de las presuntas víctimas demostraba que el estándar de suficiencia probatoria conforme al que se adoptaron las decisiones fue mucho menos exigente que el MADR.⁴¹⁰ Luego, con la aplicación de estándares menos exigentes se tiene que necesariamente se aumenta el riesgo de falsos positivos.

Ante este escenario, no se puede afirmar que el razonamiento probatorio seguido por la CPI al decidir acerca de la edad de la víctima sea compatible con una concepción racionalista de la prueba. En diversos aspectos el MADR falla al cumplir con las funciones que corresponden a todo EdP, lo que se explica en su carácter indeterminado y subjetivo. Ello ciertamente que ha incidido en las decisiones adoptadas acerca de la minoría de edad de las víctimas del crimen en comento, ya sea dificultando la justificación de la decisión, dificultando el eventual control por parte de la Sala de Apelaciones del fallo o modificando la distribución del riesgo del error establecida por los Estados Partes.

En este punto podría decirse que la situación descrita puede resultar problemática desde la perspectiva del respeto a las garantías de la persona imputada. Sin embargo, evaluar si es que los efectos de adoptar una concepción diversa acerca de la prueba son o no compatibles con aquellas es una tarea que excede al propósito de este trabajo.

En línea con lo anterior, lo expuesto tampoco resulta suficiente como para propugnar la revisión de los fallos condenatorios. No solo las causales de revisión previstas en el párrafo 1 del artículo 84 son bastante acotadas, sino que además, suponen circunstancias que a primera vista no se aprecian en los casos revisados. En efecto, ellas dicen relación con el descubrimiento de nuevas pruebas, con la falsedad o adulteración de un elemento de prueba decisivo o con una falta o incumplimiento grave en la que hayan incurrido uno o más de los magistrados que intervinieron en el fallo condenatorio. Considerando que lo dicho en esta memoria no se relaciona ni con

⁴¹⁰ *Decisión sobre la apelación del fallo Lubanga*, opinión disidente de la jueza Ušacka, par. 32

nuevas pruebas ni con la falsedad de las analizadas, solo podría concurrir aquella prevista en el literal C. Empero, la incompatibilidad del razonamiento probatorio con una concepción particular sobre el mismo no cabe dentro de las definiciones de falta o incumplimiento graves previstas en la regla 24 de las RPP. Cualquier aseveración adicional requeriría despejar lo dicho en el párrafo anterior.

Con todo, aún sin dilucidar lo relativo a las garantías de la persona imputada, podría compartirse que las problemáticas expuestas merecen ser atendidas y que los criterios para la decisión acerca de la minoría de edad necesitan ser clarificados. Siendo ese el caso, resulta pertinente plantear posibles vías de solución. Una opción sería enmendando el ECPI en lo tocante al tipo. Sin embargo, considerando la regla establecida en el artículo 121.5 acerca de la entrada en vigor de las enmiendas al artículo 8, podría ocurrir que tenga un alcance limitado sobre los Estados Partes.⁴¹¹ Otra, sería enmendar el artículo 66, sin embargo, ello tampoco parece muy auspicioso al considerar lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 121. Tal impresión solo se ve corroborada por la historia del proceso de redacción del ECPI de la que se dio cuenta en la subsección 1.2.2.3 más atrás. Frente a lo anterior, la opción que parece más viable es el desarrollo por vía jurisprudencial. Para ello, la CPI debería formular una interpretación del MADR que sea compatible con los requisitos expuestos en la subsección 1.2.1.3 más atrás y una aplicación concreta al caso de la determinación de la minoría de edad que pueda dotar de contenido la expresión *claramente menor*.

⁴¹¹ En efecto, de las cinco enmiendas al artículo 8 que han sido adoptadas, solo cuatro han sido ratificadas por más de trece Estados. La enmienda adoptada el 10 de junio de 2010 durante la Conferencia de Revisión de Kampala actualmente ha sido ratificada por 44 Estados (RC/Res.5). Las enmiendas adoptadas por la Asamblea de Estados Partes en Nueva York el 14 de diciembre de 2017 relativas a armas que utilicen agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxinas (C.N.116.2018.TREATIES-XVIII-10), a armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano (C.N.125.2018.TREATIES-XVIII-10) y a armas láser específicamente concebidas para causar ceguera permanente (C.N.126.2018.TREATIES-XVIII-10) han sido ratificadas por 13, 11 y 11 Estados respectivamente (ICC-ASP/16/Res.4). Por último, la enmienda adoptada por la Asamblea de Estados Partes en La Haya el 6 de diciembre de 2019 acerca de hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil ha sido ratificada por 11 Estados (C.N.394.2020.TREATIES-XVIII.10.g)

4 CONCLUSIONES

Al introducir este trabajo se dijo que la tensión subyacente a él correspondía a la suficiencia de las consideraciones estimadas al establecer la edad de la víctima conforme al estándar impuesto por el MADR. Al desarrollarlo, se pudo apreciar que la CPI ha elaborado el estándar aplicable de forma subjetiva e indeterminada; que en el caso particular de la circunstancia edad se ha adoptado un enfoque que no clarifica mayormente el nivel de corroboración exigido; y, que el carácter indeterminado y subjetivo del MADR plantea diversas problemáticas al establecer la minoría de edad.

De por sí, la estimación de edades es una tarea particularmente difícil que plantea retos tanto para la investigación de la Fiscalía como para el fallo de la Corte. Además, cada clase de medio de prueba disponible para la Corte supone desafíos particulares de validez, fiabilidad y posibilidad de sesgos que deberán ser superados al momento de descansar en tales medios para establecer la edad de una persona. Sin perjuicio de las oportunidades que puedan existir para superar tales desafíos, se tiene que la decisión acerca de la minoría de edad es una que la CPI debe adoptar en un contexto de especial incertidumbre.

Por otra parte, respecto del MADR, se dijo que este es un umbral de suficiencia probatoria que exige un alto grado de corroboración para tener por probada una hipótesis. Está regulado en el ECPI a raíz del principio de presunción de inocencia, lo que evidencia su dimensión de instrumento para la distribución del riesgo de error, así como la decisión político-moral que subyace a la elección de un estándar que privilegia evitar la condena de personas materialmente inocentes. Asimismo, se dijo que a este EdP le afectan ciertas falencias, tales como la vaguedad y la subjetividad.

En los casos revisados se pudo apreciar que, aunque superficialmente la CPI parece adoptar una comprensión objetiva, lo cierto es que entiende el MADR como un estándar subjetivo. Indirectamente, los fallos de primera instancia comprenden el MADR como un estándar que para condenar exige excluir cualquier conclusión razonable, diversa a la culpabilidad, que se derive de los elementos de prueba disponibles. Caso contrario, se debe dictar una sentencia absolutoria. Tal formulación es solo aparentemente objetiva, por cuanto alude al estado mental interno del decisor y porque descansa en el concepto indeterminado de «razonable». Por su parte, si bien el control

que ejerce la segunda instancia presupone una comprensión objetiva, tal comprensión no está presente y, por lo mismo, el control de la decisión que efectivamente puede hacerse es limitado. Ello se evidencia en el estándar de razonabilidad de la decisión. Así, se aprecia que la subjetividad del MADR ha permeado a la segunda instancia aún a pesar de su pretensión de realizar un control intersubjetivo.

Respecto a la estimación de edades, en los casos revisados se apreció que no se lograron superar los desafíos de validez, fiabilidad y posibilidad de sesgos indicados en el primer capítulo. Ciertamente que la CPI reconoce las dificultades que plantea la estimación de edades. Por lo mismo, se vio que adoptó un enfoque cauteloso conforme al cual solamente tuvo por probada la minoría de edad cuando ella aparecía claramente. Si bien en principio esta exigencia pretende asegurar un alto grado de corroboración de la hipótesis que se tiene por probada, la falta de claridad acerca de su contenido implica que sea indistinguible del MADR.

Los hallazgos de esta investigación confirman que el carácter indeterminado y subjetivo del MADR ha implicado dificultades para establecer la minoría de edad en tres aspectos. Primero, ha dificultado la justificación de la decisión probatoria acerca de la minoría de edad de la presunta víctima. Segundo, ha dificultado el control que ejerce la Sala de Apelaciones de aquella decisión. Por último, ha implicado una variación en la distribución del riesgo de error establecida en el ECPI. Todas estas falencias se aprecian al contrastar la situación con las funciones que se asignan a los EdP dentro de la concepción racionalista de la prueba. Por lo mismo, se tiene que la situación descrita resulta incompatible con aquella.

La administración de justicia ha transitado un largo y virtuoso camino desde la época en que los métodos parodiados en *Monty Python and the Holy Grail* eran la regla. En la medida en la que se ha ido consolidando el respeto de las garantías de la persona imputada, ciertamente que se ha ido dificultando la labor del órgano encargado de impartir justicia. Ello se ve exacerbado tratándose de tribunales como la CPI, que está llamada a conocer «...de los crímenes más graves de trascendencia internacional...» y con «...carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.» Por si fuera poco, establecer la circunstancia concomitante que prevé el crimen en estudio es una tarea que conlleva sus propias problemáticas. Con todo, es justo reconocer que los problemas que afectan al MADR, los desafíos que plantea la estimación de edades y las implicancias de los primeros en lo segundo en modo alguno están limitados a la CPI.

Ante la situación descrita, se estima que la solución pasa por un desarrollo jurisprudencial que formule una interpretación del MADR compatible con los requisitos que plantea la concepción racionalista de la prueba y que dote de contenido a la expresión claramente menor. Tal alternativa resulta preferible a propugnar un relajo del EdP aplicable. Como bien dijo la jueza Van den Wyngaert en su opinión disidente dictada en *Katanga*

«Juicios como estos son cuestiones difíciles y complejas, tanto desde un punto de vista jurídico como probatorio. Además, suponen un reto a nivel humano. La simpatía por la situación de las víctimas y la conciencia constante de que esta Corte está llamada a “acabar con la impunidad” son estímulos poderosos. Sin embargo, el éxito o fracaso de la Corte no puede medirse solo en términos de “malos” condenados y víctimas inocentes reparadas. El éxito o fracaso se determinan, ante todo, en función de si el proceso, como un todo, ha sido justo y equitativo.»⁴¹²

⁴¹² Traducción del autor. En el original «*Trials like these are difficult and complex matters, both from a legal and evidentiary point of view. Moreover, they are challenging on the human level. Sympathy for the victims' plight and an urgent awareness that this Court is called upon to “end impunity” are powerful stimuli. Yet, the Court's success or failure cannot be measured just in terms of “bad guys” being convicted and innocent victims receiving reparation. Success or failure is determined first and foremost by whether or not the proceedings, as a whole, have been fair and just.*» Fallo *Katanga*. Opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert. Par. 310.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros, capítulos de libros, artículos de revistas y otras publicaciones

- Accatino Scagliotti, Daniela. “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 37 (2011): 483–511.
- Alchourrón, Carlos, y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1971.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza y Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007.
- Allen, Ronald J., y Craig R. Callen. “The Juridical Management of Factual Uncertainty”. *International Journal of Evidence and Proof* 7 (2003): 1–30.
- Ambos, Kai. “Evidence and Disclosure”. En *Treatise on International Criminal Law*, III:446–546. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Anastasi, Jeffrey S., y Matthew G. Rhodes. “An own-age bias in face recognition for children and older adults”. *Psychonomic Bulletin & Review* 12, n° 6 (diciembre de 2005): 1043–47.
- Anderson, Terrence, David Schum, y William Twining. *Analysis of Evidence*. 2ª ed. Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- “Annual Report of the Secretary-General on Children and armed conflict”, 2021.
- Ariès, Philippe. *Centuries of Childhood: a Social History of Family Life*. Traducido por Robert Baldick. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1962.
- Ask, Karl, y Laurence Alison. “Investigators’ decision-making”. En *Forensic Psychology in Context: Nordic and International Approaches*, editado por Pär Anders Granhag, 35–55. Londres: Willan, 2010.
- Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho*. 4ª ed. Lima: Palestra, 2016.
- Bassiouni, M. Cherif, y William A. Schabas, eds. *The Legislative History of the International Criminal Court*. 2ª ed. Leiden: Brill | Nijhoff, 2016.
- Bilsky, Leora. “The Right to Truth in International Criminal Law”. En *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, editado por Kevin Heller, Frederic Mégret, Sarah Nouwen, Jens David Ohlin, y Darryl Robinson, 473–93. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Björklund, David F., William S. Cassel, Barbara R. Björklund, Rhonda Douglas Brown, Cynthia L. Park, Kim Ernst, y Felicia A. Owen. “Social Demand Characteristics in Children’s and Adults’ Eyewitness Memory and Suggestibility: The Effect of Different Interviewers on Free Recall and Recognition”. *Applied Cognitive Psychology* 14, n° 5 (2000): 421–33.
- Blakesley, Christopher L. “Commentary & Critique of Parts 5 and 6 (Protections for the Accused in the Investigation, Prosecution, & Trial) of the Zutphen Draft”. En *Observations on the consolidated ICC text before the final session of the preparatory committee*, editado por Leila Sadat y M. Cherif Bassiouni, 69–94. Nouvelles études pénales. Toulouse: Erès, 1998.

- Bottoms, Bette L., Jodi A. Quas, y Suzanne L. Davis. “The influence of interviewer-provided social support on children’s suggestibility, memory, and disclosures”. En *Child Sexual Abuse: Disclosure, Delay, and Denial*, editado por Margaret-Ellen Pipe, Michael E. Lamb, Yael Orbach, y Ann-Christine Cederborg, 135–58. Nueva York: Erlbaum, 2007.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- Clark-Kazak, Christina Rose. “Towards a working definition and application of social age in international development studies”. *Journal of Development Studies* 45, n° 8 (2009): 1307–24.
- Cleveland, David A. “Developmental Stage Age Groups and African Population Structure: The Kusaie of the West African Savanna”. *American Anthropologist* 91, n° 2 (junio de 1989): 401–13.
- Clifford, Colin W.G., Tamara L. Watson, y David White. “Two sources of bias explain errors in facial age estimation”. *Royal Society Open Science* 5, n° 10 (2018).
- Coloma Correa, Rodrigo. “Conceptos y razonamientos probatorios”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 30, n° 2 (2017): 31–56.
- . “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”. *Discusiones* 18, n° 2 (2016): 23–57.
- Combs, Nancy Amoury. *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.
- Consejo de Derechos Humanos. “Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados Resumen”, 2022.
- Cottier, Michael, y Julia Grignon. “Paragraph 2(b)(xxvi): Conscription or enlistment of children and their participation in hostilities”. En *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, editado por Otto Triffterer y Kai Ambos, 3ª ed. Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016.
- Crawley, Heaven. *When is a child not a child? Asylum, age disputes and the process*. Londres: Immigration Law Practitioners Association, 2007.
- Cunningham, Craig, Louise Scheuer, y Sue Black. *Developmental Juvenile Osteology. Developmental Juvenile Osteology: Second Edition*. 2ª ed. Londres: Academic Press, 2017.
- Damaška, Mirjan. “Truth in Adjudication”. *Hastings Law Journal* 49, n° 2 (1998): 289–308.
- . “What is the point of international criminal justice?” *Chicago-Kent Law Review* 83, n° 1 (2008): 329–65.
- Dane, Francis C. “In search of reasonable doubt - A systematic examination of selected quantification approaches”. *Law and Human Behavior* 9, n° 2 (1985): 141–58.
- Dehon, Hedwige, y Serge Brédart. “An ‘other-race’ effect in age estimation from faces”. *Perception* 30, n° 9 (2001): 1107–13.
- Dei Vecchi, Diego. “Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 43 (2020): 397.

- Dei Vecchi, Diego, y Juan Cumiz. *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Denov, Myriam, y Anaïs Cadieux Van Vliet. “Child Soldiers”. En *The Oxford Handbook of Atrocity Crimes*, editado por Barbora Holá, Hollie Nyseth Nzitatira, y Maartje Weerdesteijn, 350–72. Nueva York: Oxford University Press, 2022.
- Dror, Itiel E. “A Hierarchy of Expert Performance”. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 5, n° 2 (2016): 121–27.
- Drumbl, Mark A. *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Einwohner, Rachel L. “Opportunity, Honor, and Action in the Warsaw Ghetto Uprising of 1943”. *American Journal of Sociology* 109, n° 3 (2003): 650–75.
- Einzenberger, Borgit. “Age Assessment”. En *Separated Children in Europe Programme: Workshop on Age Assessment and Identification*. Bucarest, 2006.
- Ellingham, Sarah, y Joe Adserias-Garriga. “Complexities and considerations of human age estimation”. En *Age Estimation: A Multidisciplinary Approach*, editado por Joe Adserias-Garriga, 1–15. Londres: Academic Press, 2019.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).
- European Council on Refugees and Exiles. “Detriment of Doubt: Age Assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking Children”. *Asylum Information Database*. Legal Briefing. Bruselas, 2015.
- Eyherabide, Santiago. “El estándar de prueba en el sistema penal”. Universitat de Girona, 2020.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- . “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba”. *Filosofía del Derecho Privado*, 2018.
- . “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea.” En *Filosofía del derecho privado*, editado por Diego Papayannis y Estéban Pereira Fredes, 401–30. Madrid, 2018.
- . *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- . *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Franklin, Daniel, Ambika Flavel, Jacqueline Noble, Lauren Swift, y Shalmira Karkhanis. “Forensic age estimation in living individuals: methodological considerations in the context of medico-legal practice”. *Research and Reports in Forensic Medical Science*, 2015, 53.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- . “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28, n° 28 (2005): 127–39.
- Gaynor, Fergal. “Uneasy partners-evidence, truth and history in international trials”. *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 5 (2012): 1257–75.

- Gaynor, Fergal, Dov Jacobs, Mark Klamberg, y Vladimir Tochilovsky. “Law of evidence”. En *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, editado por Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, y Salvatore Zappalà, 1015–1149. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Gilliam, Terry, y Terry Jones. *Monty Python and the Holy Grail*. Reino Unido: EMI Films, 1975.
- Glanzberg, Michael, ed. *The Oxford Handbook of Truth*. Oxford Handbooks. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- González Lagier, Daniel. “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”. *Jueces para la democracia* 47 (2003): 35–50.
- Goodman, Gail S., Anupama Sharma, Sherry F. Thomas, y Mary Golden Considine. “Mother knows best: Effects of relationship status and interviewer bias on children’s memory”. *Journal of Experimental Child Psychology* 60, n° 1 (1995): 195–228.
- Graf, Roman. “The international criminal court and child soldiers”. *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 4 (2012): 945–69.
- Hamilton, Carolyn, y Tabatha Abu El-Haj. “Armed conflict: The protection of children under international law”. *The International Journal of Children’s Rights* 5, n° 1 (1997): 1–46.
- Happold, Matthew. “Child Soldiers: Victims or Perpetrators?” *University of La Verne Law Review* 29 (2008): 56–87.
- Hart, Jason. “The Politics of ‘Child Soldiers’”. *The Brown Journal of World Affairs* 13, n° 1 (2006): 217–26.
- Imhoff, Molly Carter, y Lynne Baker-Ward. “Preschoolers’ Suggestibility: Effects of Developmentally Appropriate Language and Interviewer Supportiveness”. *Journal of Applied Developmental Psychology* 20, n° 3 (1999): 407–29.
- International Law Commission. “Draft Statute for an International Criminal Court with commentaries”. *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II, 1994.
- . “Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session”, 1993.
- Introna, Francesco, y Carlo P. Campobasso. “Biological vs legal age of living individuals”. En *Forensic Anthropology and Medicine: Complementary Sciences From Recovery to Cause of Death*, editado por Aurore Schmitt, Eugénia Cunha, y João Pinheiro, 57–82. Nueva Jersey: Humana Press, 2006.
- Jenks, Chris. *Childhood: key ideas*. Londres: Routledge, 1996.
- Jylhävä, Juulia, Nancy L. Pedersen, y Sara Hägg. “Biological Age Predictors”. *EBioMedicine* 21 (2017): 29–36.
- Kassin, Saul M., Itiel E. Dror, y Jeff Kukucka. “The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions”. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 2, n° 1 (2013): 42–52.
- Keith, Jennie, Christine L. Fry, Anthony P. Glascock, Charlotte Ikels, Jeanette Dickerson-Putman,

- Henry C. Harpending, y Patricia Draper. *The Aging Experience: Diversity and Commonality Across Cultures*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 1994.
- Klamberg, Mark. “Epistemological Controversies and Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”. En *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, editado por Kevin Jon Heller, Frederic Mégret, Sarah Nouwen, Jens David Ohlin, y Darryl Robinson, 451–72. Stockhol Faculty of Law Research Paper Series. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- . *Evidence in International Criminal Trials*. International Criminal Law Series. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Krause Muñoz, María Soledad. “Razones para la duda. Una necesaria reelaboración del estándar probatorio de más allá de toda duda razonable en el derecho chileno”. En *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI.*, editado por Laura Mayer Lux y Tatiana Vargas Pinto, 479–504. Santiago: Thomson Reuters, 2020.
- Laudan, Larry. “Is reasonable doubt reasonable?” *Legal Theory* 9, n° 4 (2003): 295–331.
- . “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 95–113.
- . *Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Lenzer, Gertrud. “Images toward the Emancipation of Children in Modern Western Culture”. En *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, editado por Jonathan Todres y Shani M. King, 9–31. Nueva York: Oxford University Press, 2020.
- Levenson, Ros, y Anna Sharma. *The Health of Refugee Children: Guidelines for Paediatricians*. Londres: Royal College of Paediatrics and Child Health, 1999.
- Lidén, Moa. “Child Soldier or Soldier? Estimating Age in Cases of Core International Crimes: Challenges and Opportunities”. En *Quality Control in Criminal Investigation*, editado por Xabier Agirre, Morten Bergsmo, Simon De Smet, y Carsten Stahn, 323–460. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2020.
- . “Emotions and Cognition in International Criminal Justice: An Exploration from Cognitive Biases to Emotional Intelligence”. *Forensic Science International: Mind and Law* 1, n° September (2020): 1–10.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.
- Marksteiner, Tamara, Karl Ask, Marc-André Reinhard, y Pär Anders Granhag. “Asymmetrical scepticism towards criminal evidence: The role of goal- and belief-consistency”. *Applied Cognitive Psychology* 25, n° 4 (julio de 2011): 541–47.
- Mayer, F., T. Arent, G. Geserick, C. Grundmann, U. Lockemann, T. Riepert, A. Schmeling, y St Ritz-Timme. “Age estimation based on pictures and videos presumably showing child or youth pornography”. *International Journal of Legal Medicine* 128, n° 4 (2014): 649–52.
- McBride, Julie. *The war crime of child soldier recruitment*. La Haya: Asser Press, 2014.
- McDermott, Yvonne. *Fairness in International Criminal Trials*. Oxford Monographs In International

- Humanitarian and Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- . “Strengthening the Evaluation of Evidence in International Criminal Trials”. *International Criminal Law Review* 17, n° 4 (2017): 682–702.
- Meissner, Christian A., y John C. Brigham. “Thirty Years of Investigating the Own-Race Bias in Memory for Faces: A Meta-Analytic Review”. *Psychology, Public Policy, and Law* 7, n° 1 (2001): 3–35.
- Nkengne, A., C. Bertin, G. N. Stamatias, A. Giron, A. Rossi, N. Issachar, y B. Fertil. “Influence of facial skin attributes on the perceived age of Caucasian women”. *Journal of the European Academy of Dermatology and Venereology* 22, n° 8 (2008): 982–91.
- Noll, Gregor. “Junk Science? Four Arguments Against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum”. Lund, 2015.
- Norja, Roosa, Linda Karlsson, Jan Antfolk, Thomas Nyman, y Julia Korkman. “How old was she? The accuracy of assessing the age of adolescents’ based on photos”. *Nordic Psychology* 74, n° 1 (2022): 70–85.
- Notes. “Reasonable doubt: An argument against definition”. *Harvard Law Review* 108, n° 8 (junio de 1995): 1955–72.
- Nowak, Karol. “Article 66”. Editado por Mark Klamberg y Jonas Nilsson. Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute, 2020. <https://cilrap-lexsitus.org/clicc/66/66>.
- Nuzzolese, Emilio, y Giancarlo Di Vella. “Legal background of age estimation for the dead and the living”. En *Age Estimation: A Multidisciplinary Approach*, editado por Joe Adserias-Garriga, 17–25. Londres: Academic Press, 2019.
- Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. “Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, The Netherlands”, 1998.
- Roberts, Rosalynd C. E. “The Lubanga Trial Chamber’s Assessment of Evidence in Light of the Accused’s Right to the Presumption of Innocence”. *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 4 (1 de septiembre de 2012): 923–43.
- Rogers, Glen. “The Chaos of Reasonable Doubt”. *Trinity College Law Review* 182 (2014): 182–200.
- Rosen, David M. “Child Soldiers in Historical and Comparative Perspective: Creating a Space for Data-Driven Analysis”. En *Research Handbook on Child Soldiers*, editado por Mark A. Drumbl y Jastine C. Barrett, 151–74. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- . “Who is a Child? The Legal Conundrum of Child Soldiers”. *Connecticut Journal of International Law* 25, n° 81 (2009): 81–118.
- Rosenbloom, Arlan L. “Age estimation based on pictures and videos presumably showing child or youth pornography”. *International Journal of Legal Medicine* 129, n° 3 (2015): 621–22.
- . “Inaccuracy of age assessment from images of postpubescent subjects in cases of alleged child pornography”. *International Journal of Legal Medicine* 127, n° 2 (2013): 467–71.
- Sánchez, María Benito. “El estudio de la edad para la identificación humana: estudio

- antropológico forense en el complejo articular del hombro y en el esternón para la estimación de la mayoría de edad legal y la edad de la muerte”. Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Saunders, Harry D. “Quantifying Reasonable Doubt: a Proposed Solution to an Equal Protection Problem”. *BE Press Legal Series*. BE Press Legal Series. Berkeley, 2005.
- Schabas, William. “Art . 66 Presumption of innocence”. En *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, editado por William Schabas, 2ª ed., 1002–15. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Schabas, William, y Yvonne McDermott. “Article 66: Presumption of Innocence”. En *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, editado por Otto Triffterer y Kai Ambos, 3ª ed., 1635–49. Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016.
- Schmeling, A., G. Geserick, W. Reisinger, y A. Olze. “Age estimation”. *Forensic Science International* 165, n° 2–3 (2007): 178–81.
- Shapiro, Barbara. *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991.
- Simon, Rita James. “Beyond a Reasonable Doubt?—An Experimental Attempt at Quantification”. *The Journal of Applied Behavioral Science* 6, n° 2 (26 de junio de 1970): 203–9.
- Singer, Peter Warren. *Children at War*. Nueva York: Penguin Random House, 2005.
- Smith, Terry, y Laura Brownless. “Age assessment practices: A literature review & annotated bibliography”. Nueva York, 2011.
- Sörqvist, Patrik, Linda Langeborg, y Mårten Eriksson. “Women assimilate across gender, men don’t: The role of gender to the own-anchor effect in age, height, and weight estimates”. *Journal of Applied Social Psychology* 41, n° 7 (2011): 1733–48.
- Strawn, David U., y Raymond W. Buchanan. “Jury Confusion: A Threat to Justice”. *Judicature* 59, n° 10 (1976): 478–83.
- Symons, Douglas K. “Psychological Age”. En *Encyclopedia of Child Behavior and Development*, editado por Sam Goldstein y Jack A. Naglieri, 1180–1180. Boston, MA: Springer US, 2011.
- Taruffo, Michele. *La Prueba*. Traducido por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- . *La prueba de los hechos*. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- . *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Traducido por Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Tinsley, Yvette. “Juror Decision-Making: A Look Inside the Jury Room”. En *The British Criminology Conference*, editado por Roger Tarling, Vol. 4. Leicester, 2001.
- Toulmin, Stephen E., Richard Rieke, y Allan Janik. *An introduction to reasoning*. 3ª ed. Nueva York: Macmillan Publishing Company, 1984.
- Triffterer, Otto, y Kai Ambos, eds. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*.

- 3ª ed. Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016.
- UNICEF. “Birth registration”, 2022. <https://data.unicef.org/topic/child-protection/birth-registration/>.
- Valenzuela, Jonatan. “El juez y la prueba: sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria”. En *Pensando al juez*, editado por Manuel Vial-Dumas y David Martínez Zorrilla, 177–89. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Vestlund, Jenny, Linda Langeborg, Patrik SÖrqvist, y Märten Eriksson. “Experts on age estimation: Cognition and neurosciences”. *Scandinavian Journal of Psychology* 50, n° 4 (2009): 301–7.
- Voelkle, Manuel C., Natalie C. Ebner, Ulman Lindenberger, y Michaela Riediger. “Let me guess how old you are: Effects of age, gender, and facial expression on perceptions of age”. *Psychology and Aging* 27, n° 2 (2012): 265–77.
- Werle, Gerhard, y Florian Jessberger. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 3ª ed. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.
- Whitman, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological roots of the Criminal Trial*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.
- Wróblewski, Jerzy. “Facts in Law”. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 59, n° 2 (1973): 161–78.
- . “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”. *Rechtstheorie* 5, n° 1–2 (1974): 33–46.
- . *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 1992.

Resoluciones de la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

- Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma. 2017. Enmienda al artículo 8 relativa a armas que utilicen agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxinas. Distribuida al amparo de la notificación del Depositario C.N.116.2018.TREATIES-XVIII-10. (8 de marzo de 2018).
- Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma. 2017. Enmienda al artículo 8 relativa a armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano. Distribuida al amparo de la notificación del Depositario C.N.125.2018.TREATIES-XVIII-10. (8 de marzo de 2018).
- Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma. 2017. Enmienda al artículo 8 relativa a armas láser específicamente concebidas para causar ceguera permanente. Distribuida al amparo de la notificación del Depositario C.N.126.2018.TREATIES-XVIII-10. (8 de marzo de 2018).

Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma. Enmienda al artículo 8 relativa a hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil. Distribuida al amparo de la notificación del Depositario C.N.394.2020.TREATIES-XVIII.10.g. (15 de septiembre de 2020)

Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. 2010. Enmienda al artículo 8. Distribuida al amparo de la notificación del Depositario C.N.533.2010.TREATIES-6. (29 de noviembre de 2010).

Resoluciones de tribunales internacionales y nacionales

Corte de Apelaciones de Irlanda. 2016. DPP v. Kiely. 246/15. Fallo. (16 de julio de 2016).

Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (14 de marzo de 2012).

Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2901. Fallo en virtud del artículo 76 del Estatuto. (13 de julio de 2012).

Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo. ICC-01/04-02/12-3-tENG. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (18 de diciembre de 2012).

Corte Penal Internacional. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo. ICC-01/04-02/12-3. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (18 de diciembre de 2012).

Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3121-Red. Fallo relativo a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo respecto de su condena. (1 de diciembre de 2014).

Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3121-Red. Opinión disidente de la Jueza Anita Ušacka. (1 de diciembre de 2014).

Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3122. Fallo relativo a la apelación de la Fiscalía y el Sr. Thomas Lubanga Dyilo en contra de la «decisión relativa a la pena conforme al artículo 7 del Estatuto». (1 de diciembre de 2014).

Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3436. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (7 de marzo de 2014).

Corte Penal Internacional. 2014. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3436-AnxI. Opinión parcialmente disidente de la jueza Christine Van den Wyngaert. (7 de marzo de 2014).

Corte Penal Internacional. 2019. Sala de Primera Instancia VI. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2359. Fallo en virtud del artículo 74 del Estatuto. (8 de julio de 2019).

Corte Penal Internacional. 2019. Sala de Primera Instancia VI. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2442. Fallo relativo a la pena. (7 de noviembre de 2019).

Corte Penal Internacional. 2021. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2666-Red. Fallo relativo a la apelación del Sr. Bosco Ntaganda y la Fiscalía en contra de la decisión de la Sala de Primera Instancia VI de 8 de julio de 2019 titulada «fallo». (30 de marzo de 2021).

Corte Penal Internacional. 2021. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-2667-Red. Fallo relativo a la apelación del Sr. Bosco Ntaganda en contra de la decisión de la Sala de Primera Instancia VI de 7 de noviembre de 2019 titulada «fallo relativo a la pena». (30 de marzo de 2021).

Corte Penal Internacional. 2021. Sala de Primera Instancia IX. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/15-1762-Red. Fallo. (4 de febrero de 2021).

Corte Suprema de los Estados Unidos. 1970. In re Winship. 397 U.S. 358. Fallo. (31 de marzo de 1970).

Tribunal Militar de los EE. UU. en Nuremberg. 1947. Tribunal Militar II. U.S.A. v. Pohl *et al.* Fallo. (3 de noviembre de 1947)

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 1998. Sala de Primera Instancia. Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo. IT-96-21-T. Fallo. (16 de noviembre de 1998).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 1999. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Duško Tadić. IT-94-1-A. Fallo apelación. (15 de julio de 1999).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2001. Sala de Primera Instancia. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic. IT-96-23 & 23/1. Fallo. (22 de febrero de 2001).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2005. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać. IT-98-30/1-A. Fallo apelación. (28 de febrero de 2005).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2006. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Milomir Stakić. IT-97-24-A. Fallo apelación. (22 de marzo de 2006).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2007. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić. IT-02-60-A. Fallo apelación. (9 de mayo de 2007).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2007. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Sefer Halilović. IT-01-48-A. Fallo apelación. (16 de octubre de 2007).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2008. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Milan Martić. IT-95-11-A. Fallo apelación. (8 de octubre 2008).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2009. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Mile Mrkšić y Veselin Šljivančanin. IT-95-13/1-A. Fallo apelación. (5 de mayo de 2009).

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. 2009. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Dragomir Milošević. IT-98-29/1-A. Fallo apelación. (12 de noviembre de 2009).