

LA DEFENSA DE INCAPACIDAD MENTAL EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN EL CASO CONTRA DOMINIC ONWGEN¹

RESUMEN EJECUTIVO

La Corte Penal Internacional busca juzgar a los responsables de graves violaciones del derecho penal internacional según su grado de responsabilidad. Evidencia de esto es la persecución y juzgamiento de Señor Dominic Ongwen, uno de los cuatro lugartenientes del Ejército de Resistencia del Señor (LRA), por los crímenes de intento de asesinato, tortura, tratos crueles, actos inhumanos, esclavitud, atentados contra la dignidad personal, saqueo, destrucción de la propiedad y persecución entre otros. Esta situación se configura dentro de un interesante contexto, pues Dominic Ongwen fue abducido a los 10 años de edad por el grupo del cual fue lugarteniente hasta antes de su captura.

En razón de lo anterior, la defensa del acusado ha alegado la incapacidad mental como una de las causales eximentes de responsabilidad penal (además del estado de necesidad), de acuerdo a lo consagrado en el Artículo 31 (1)(a) del Estatuto de Roma. Esta defensa se basa en dos elementos que deben probarse; (i) la existencia de una enfermedad o deficiencia mental; y (ii) que dicha enfermedad o deficiencia tenga tales características que lo priven (destruyan) al momento de cometer el hecho ilícito de: (a) su capacidad para apreciar la naturaleza o ilicitud de la conducta; o (b) controlar esa conducta a fin de no transgredir la Ley.

Respecto al primer elemento, la existencia de una enfermedad mental, se debe lograr evidenciar el importante grado de (gravedad o) la afectación, y la perdurabilidad de la misma al momento de acaecimiento de los hechos punibles. Una vez demostrado el primer

¹. Este memorial fue realizado por los integrantes de la sexta cohorte (2016) de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario y del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) bajo la supervisión de su director, el Prof. Héctor Olásolo Alonso. Los integrantes de la sexta cohorte de la Clínica Jurídica Internacional son: Juan David Albarracín B, Macarena Domínguez F, María Camila Giraldo L, Andrés Esteban Gutiérrez R, Max Sebastian Murillo y María Paula Tole.

elemento, se debe entrar a determinar de qué manera dicho ‘defecto mental’ logró repercutir en la capacidad para conocer la naturaleza del acto cometido, o la capacidad para controlar sus acciones.

Bajo el anterior supuesto, además de lo contemplado en el E.R es pertinente evidenciar el alcance que se le da a esta defensa en las fuentes complementarias que consagra en el Artículo 21 del ER. Puntualmente el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el Caso Celebici, las jurisdicciones penales nacionales de algunos países relevantes y los estudios de renombrados doctrinantes que abordan el análisis de esta defensa en sus obras.

De este estudio complementario, se obtiene entonces un margen interpretativo más amplio respecto a los requisitos, los supuestos, las calificaciones y las particularidades de cada elemento y su demostración. Con este, se reafirma la idea que la defensa invocada debe demostrarse con suficiencia para que logre eximir de responsabilidad penal a quien la invoca, de lo contrario, solo podría consagrarse como un atenuante como máximo.

En síntesis, al abordar el caso del Sr. Dominic Ongwen es imperativo analizar tanto las situaciones que rodearon su vinculación y escalamiento en la estructura del LRA, como los derechos de las víctimas. Es así como el acusado debe probar en su totalidad la defensa aducida, dado que el hecho de ser expuesto sistemáticamente a múltiples brutalidades no es suficiente para demostrar una pérdida extensa y de gran alcance de la razón al momento de cometer los delitos que se le imputan.

Dicho lo anterior, la Clínica Jurídica Internacional logra determinar que es posible descartar la eximente de responsabilidad por incapacidad mental en el caso del Sr. Ongwen, y que de proceder su demostración, es pertinente darle cabida a una posible atenuación de la pena dada su condición de niño soldado.

1. Introducción: La cuestión planteada

En agosto de 2016, la Oficina de Representación de Víctimas de la Corte Penal Internacional (CPI) envió a la Clínica Jurídica Internacional una solicitud de consulta sobre varias cuestiones, de las cuales se decidió abordar la relativa al contenido de las defensas de

incapacidad mental y coerción y su posible aplicación al caso contra Dominic Ongwen, cuyo juicio oral comenzará el 6 de diciembre de 2016, y será el primero que llevará a cabo la CPI en contra de algún miembro del Ejército de Resistencia del Señor (De ahora en adelante LRA por sus siglas en inglés) desde que ésta emitiera órdenes de captura para la cúpula militar de este grupo.

Dominic Ongwen es ciudadano ugandés nacido en 1975 en la población de Coorom, al norte de Uganda. Ongwen fue abducido por el Ejército de Resistencia del Señor a los 10 años de edad. Posterior a su abducción, fue torturado y forzado a observar situaciones de violencia con el fin de ser adoctrinado por el LRA. Más adelante, el acusado comenzó a ascender dentro de la estructura militar hasta llegar a ser uno de los cuatro lugartenientes del líder del grupo armado, Joseph Kony².

A causa de su participación en el conflicto armado ugandés y los crímenes de guerra perpetrados por el grupo al cual pertenecía, la Fiscalía de la CPI acusa a Ongwen de 70 cargos que incluyen crímenes como intento de asesinato, tortura, tratos crueles, actos inhumanos, esclavitud, atentados contra la dignidad personal, saqueo, destrucción de la propiedad y persecución entre otros.³ Estos cargos se establecen a partir del accionar del Sr. Ongwen entre mediados del año 2002 y finales de 2005⁴. La incapacidad mental ha sido alegada por la Defensa del Sr. Dominic Ongwen al señalar en diferentes oportunidades ante la Corte la afectación de la condición mental que presuntamente sufre el acusado.⁵

La defensa por incapacidad mental se contempla dentro de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal consagradas en el artículo 31 (1)(a) del Estatuto de Roma (de ahora en adelante, ER), y la misma debe ser introducida al proceso por la defensa mediante notificación al Fiscal, tal como lo dispone la regla 79(1)(b) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional⁶ (de ahora en adelante, RPP CPI).

² Justice in Conflict, “We Need to Talk About Ongwen: The Plight of Victim-Perpetrators at the ICC”, <https://justiceinconflict.org/2016/04/19/we-need-to-talk-about-ongwen-the-plight-of-victim-perpetrators-at-the-icc/>

³ International Criminal Court, “Alleged crimes (non-exhaustive list)”, <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx> (consultada el 30 de Octubre de 2016).

⁴ International Criminal Court, “The Prosecutor vs. Dominic Ongwen/Alleged crimes (non-exhaustive list)”, <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen/pages/alleged-crimes.aspx> (consultada el 14 de Diciembre de 2014).

⁵ International Criminal Court, “Prosecution’s request to order the Defence to comply with rule 79” https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_03471.PDF (consultada el 12 de Noviembre de 2016).

⁶ Ambos, Kai, “Regla 79”, en *Estudios de derecho penal internacional*, 473-474. Montalban, Caracas:

Con base en esta reglamentación, le corresponde a la representación del Sr. Ongwen demostrar con suficiencia los argumentos por los cuales alega la defensa por incapacidad mental -si es que prospera-, teniendo en cuenta los elementos que la componen y la aplicabilidad de los mismos en relación con la situación específica del acusado.

A partir de lo señalado anteriormente, se expondrán los elementos de defensa por incapacidad mental como circunstancia eximente de responsabilidad en el ER. Estos serán entendidos como la exigencia de una enfermedad o deficiencia mental y cómo dicha enfermedad afecta la capacidad para apreciar la ilicitud de los actos o la capacidad de controlar la conducta a fin de no transgredir la ley.⁷ Tal exposición se realizará a la luz de las fuentes de derecho establecidas en el artículo 21 del ER⁸. Con posterioridad, se analizará si la defensa por incapacidad mental prevista en el artículo 31 (1) (a) del ER puede ser aplicada al caso objeto de estudio teniendo en cuenta el contexto en el que se cometieron los crímenes, el grado de implicación en los mismos y las circunstancias individuales alrededor de su participación.

2. Defensa de incapacidad mental

El artículo 31 (1) (a) del ER establece que: “Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que destruya (le prive) su capacidad para apreciar la

Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Artículo 21 del Estatuto de Roma. Derecho aplicable 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley (...)”⁹.

La regla 145 (2)(a)(i) de las RPP CPI hace además referencia a la capacidad mental sustancialmente disminuida dentro de las circunstancias atenuantes de responsabilidad a la hora de imponer la pena¹⁰. Se debe tener en cuenta que la incapacidad como atenuante debe ser considerada en la medida en que no se configure como eximente de responsabilidad penal.

Los dos elementos principales que según el art. 31 (1)(a) del ER y la propia doctrina conforman la defensa de incapacidad mental son los siguientes¹¹: (i) la existencia de una enfermedad o deficiencia mental; y (ii) que dicha enfermedad o deficiencia tenga tales características que ‘destruyan’(priven) al momento de cometer el hecho ilícito de: (a) su capacidad para apreciar la naturaleza o ilicitud de la conducta; o (b) controlar esa conducta a fin de no transgredir la Ley.

2.1 Padecimiento de una enfermedad o deficiencia mental

El primer elemento que compone esta defensa habla sobre el padecimiento de una enfermedad o deficiencia mental por parte del agresor. Este elemento se torna esencial para configurar la defensa sustancial dentro del juicio, pues según Ambos, la defensa por incapacidad mental presupone que esta exista al momento de la comisión del delito. Por otra parte, si la incapacidad mental surgiera durante el juicio, la defensa debería ser

⁹ Rome Statute of the International Criminal Court. Part III, General principles of criminal law. Article 31, Grounds for excluding criminal responsibility.

¹⁰ Capítulo 7, De las penas. Regla 145 Imposición de la pena. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción;

¹¹ Ambos, Kay. “*Treatise On International Criminal Law*” .First Edition.2013 . p. 320-321. *The insanity defence as codified in Article 31(1)(a) ICC Statute comprises three situations: first, the actor is not to blame for his conduct if he is not able to understand its nature. In this case, the cognitive failure is so serious that the actor does not know what he is doing, which means in most cases that he lacks the necessary mens rea required under Article 30. Secondly, criminal responsibility is excluded if the actor captures the nature of his conduct but is not able to understand its unlawfulness, that is, the actor does not know that he is doing wrong. Third, the actor knows that his conduct is wrong but is unable to control it according to the requirements of the law. In either case, however, the absence of the capacity to (cognitively) appreciate the nature or unlawfulness of the conduct or to control it (volitionally) must be the result of a mental disease or defect.*

procedimental en la medida en que el acusado no podría comparecer.¹²

Para Ambos, el ER no establece la existencia de una enfermedad mental específica que sea médicamente reconocida, sin embargo, reconoce que esta debe tener cierto grado de severidad. Ahora bien, esta afectación debe tener alguna duración, por lo que no son suficientes las anomalías psicológicas momentáneas como conductas motivadas por rabia, celos u odio¹³.

Este análisis es compartido por Werle, quien enfatiza que el sufrimiento de la enfermedad o defecto psíquico del acusado debe implicar más que una afectación momentánea o temporal y por lo tanto, debe ser una perturbación con un cierto grado de gravedad y perdurabilidad¹⁴.

Por su parte, Knoops subraya que los peritajes médicos que dictaminan la insanidad no son concluyentes por sí mismos, y que por lo tanto serán en última instancia los jueces de la CPI o del TIPY quienes determinen si les otorgan o no valor probatorio.¹⁵

En consecuencia, el primer elemento de la defensa por incapacidad mental tiene como presupuestos: i) la existencia de una enfermedad mental con un cierto grado de gravedad y perdurabilidad; y ii) que esté latente al momento del acaecimiento de los hechos punibles. Si se logra probar dicha enfermedad se procede al análisis del segundo elemento el cual se divide en dos situaciones alternativas.

2.2 Destrucción (privación), en el momento en el que se comete el hecho ilícito,

¹² Ambos, Kay. *“Treatise On International Criminal Law”* .First Edition.2013 . p. 314. *As a substantive defence, insanity presupposes that the abnormal mental state exists at the time of commission.131 If the insanity only comes up during the criminal proceedings or at trial, the defendant may raise the procedural defence of unfitness to standtrial, to be discussed below.*

¹³ The first requirement of Article 31(1)(a) is thus the existence of a mental disease or defect . The ICC Statute adopts a relatively broad approach since it does not presuppose the existence of a specific (medically recognized) mental illness 191 but includes any mental defect of a certain severity.192 It is the effect of the mental condition that counts, not its label.193 In any case, however, the mental defect or disease must, as indicated by the term ‘suffers’ , amount to a disturbance of some duration.194 Momentary psychological anomalies of a purely emotional nature, for example, conduct exclusively motivated by jealousy, rage, or hate, do not suffice.

¹⁴ Pág 267, tratado de Derecho penal internacional, Gerhard Werle.

¹⁵ Geert- Jant, Alexander Knoops *“Defenses In Contemporary International Criminal Law”*, Second Edition, 2007. P 110. *As to introducing medical witnesses in this field, the medical interpretation of “insanity” is therefore not conclusive for the judgment of this subsequent defense. The expert witnesses may thus testify as to the factual nature of the mental condition of the defendant, but it is, however, ultimately an assessment of the ICC as to whether this can judicially lead to the admissibility of the insanity defense. Adjudication upon the defense pursuant to Article 31(1)(a) remains a strictly legal, not medical, concept.*

de la capacidad para apreciar la naturaleza o ilicitud de la conducta o de controlar la misma.

Si bien para autores como Ambos y Triffterer, el defecto o enfermedad mental debe destruir la capacidad del acusado tanto de apreciar el hecho ilícito como de controlar su conducta para que prospere la defensa por incapacidad mental¹⁶, lo cierto es que la utilización de la conjunción “o” hace que la interpretación literal del artículo 31 (1)(a) del ER deje pocas dudas sobre la suficiencia de la privación de una de las dos mencionadas capacidades (apreciación o control).

En cuanto al grado de afectación de cada una de las dos facultades, una primera posición defendida por Ambos afirma que una interpretación literal del término ‘destruido’, implica la exigencia de una incapacidad del cien por ciento¹⁷. Sin embargo, al mismo tiempo reconoce que las pericias médicas normalmente señalan que los desórdenes mentales no dejan absolutamente desorientados o incapaces de controlarse a los enfermos que los sufren¹⁸. En consecuencia, presentando una mayor flexibilidad en relación con la afectación de la capacidad de control, es particularmente exigente con la afectación de la capacidad de apreciación para la que requiere una pérdida extensa y de gran alcance de la

¹⁶ Otto Triffterer and Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary* (Beck/Hart, 2016), 1139 .2. ‘Destroys’ the person’s ‘capacity to appreciate’ the unlawfulness or the ‘capacity to control’ the conduct. However narrow or broad the mental deficiencies are construed, the final limits of the insanity defence anyhow depend on the further required effects on the defected mind. With regard to the affected capacity, the Statute continues its mild approach in that it suffices that either the (cognitive) ‘appreciation’ of the unlawfulness or nature of the conduct or the (volitional) ‘control’ of the conduct to conform to the requirements of law is affected. Thus, the ultimate limitation of the incapacity defence rests with the degree of defection of the relevant capacity: it has to be ‘destroyed’. In this respect, the Statute clearly goes beyond the otherwise very similar sec. 4.01. US Model Penal Code, which only calls for a ‘lack of substantial capacity’.

¹⁷ Ambos, Kay. *“Treatise On International Criminal Law”* .First Edition.2013 . p. 322. *In requiring that the (cognitive or volitional) capacities of the defendant are to be ‘destroyed’, Article 31(1)(a) adopts a stricter approach than, for example, } 4.01 MPC, which only requires a ‘lack of substantial capacities’. At first glance, this seems to call for the total destruction of the defendant’s abilities, which would mean that ‘he must be a hundred per cent insane’.*

¹⁸ Otto Triffterer y Kai Ambos. *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary. Third Edition* (.C.H.BECK. Hart. Nomos, 2016) 1139. If, on the other hand, from a normative point of view, the destroyed capacity was equated with the utter elimination of volitional control or cognitional reason, the Statute would set unrealistic hurdles, since mental disorders normally do not leave mentally ill people absolutely incapable of self-control or totally disoriented.

razón¹⁹. Con ello, afirma este autor, se estaría además ofreciendo una orientación clara y apropiada a los peritos.

Otros autores, sin embargo, no adoptan una interpretación tan exigente. Así, Eser propone que el término ‘destruir’ se contemple de forma más flexible donde sea suficiente un nivel de afectación que supere el “deterioro sustancial”, pero no necesite llegar al “deterioro absoluto” de las habilidades cognitivas o volitivas.²⁰

Finalmente, Kittichaisaree establece una diferenciación respecto a los efectos de los dos elementos alternativos mencionados: si el acusado es incapaz de conocer la ilicitud de su conducta y ello se prueba, habrá lugar a un eximente de responsabilidad. Por el contrario, cuando lo que se pruebe sea su incapacidad para controlar sus actos, nos encontraríamos únicamente ante un atenuante en la graduación de la pena. Esta posición encuentra apoyo en la jurisprudencia del TIPY en el caso Čelebići²¹, donde se distingue entre “insanidad” y “capacidad disminuida”²², definiéndose esta última como la situación en que: “[...] a pesar de reconocer la naturaleza errónea de sus acciones, el acusado, habida cuenta de la anormalidad de su mente, es incapaz de controlar sus acciones.”²³ Sin embargo, ni el art. 31 (1)(a) del ER, ni la regla 145(2)(a)(i) de las RPP CPI hacen mención alguna a esta distinción.

¹⁹ Otto Triffterer y Kai Ambos. *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary. Third Edition* (.C.H.BECK. Hart. Nomos, 2016) 1139. In order to give testifying expert witnesses an appropriate and workable orientation and to grant mentally ill defendants a fair chance to raise incapacity, ‘destroyed’ mental capacities may reside between the substantial and the absolute impairment of cognitive or volitional abilities.. What, thus, is required for is an extensive and far-reaching loss of self-control or reason.

²⁰ Albin Eser, “Article 31: Grounds for Excluding Criminal responsibility” 1125-1160, p. 1139

²¹ Corte Penal Internacional, “Fiscal v. Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, Zejnil Delalic” (IT-96-21), 2003

²² Rules of Procedure and Evidence ICTY.. Rule 67 (B)(i)(b)

²³ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Juzgamiento, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21- T del 16 de noviembre de 1998, paragrafo 1156. Pág. 395: “A plea of diminished responsibility is to be distinguished from a plea of insanity which, in this case, was expressly disavowed by the Defence for Mr. Landzo (...) By contrast, the plea of diminished responsibility is based on the premise that, despite recognising the wrongful nature of his actions, the accused, on account of his abnormality of mind, is unable to control his actions.”

3. Análisis de la Defensa de Incapacidad Mental a la luz de las jurisdicciones penales nacionales y la doctrina al respecto

Luego de haber desarrollado el análisis de ambos elementos a la luz del ER., las RPP CPI, la jurisprudencia y doctrina, es procedente presentar lo dispuesto sobre esta defensa dentro de las jurisdicciones penales nacionales de algunos países del Common Law y el Civil Law. Este estudio se hace con el fin de identificar los principios generales que, según Bassiouni²⁴, conforman la defensa de incapacidad mental, y que sería necesario tener en consideración conforme al artículo 21(1)(c) del ER.

La mayoría de las jurisdicciones pertenecientes a esta familia jurídica, como es el caso de Reino Unido y Uganda, la defensa de incapacidad mental encuentra su sustento en la Regla M'Nagthen de 1843. En ella se dispone que para demostrar la incapacidad del acusado se debe probar que “en el momento de cometer el acto, el acusado tuvo que obrar bajo tal defecto de razón, por enfermedad mental, como para no conocer la naturaleza y calidad del acto que cometió o, que sabiéndolo, no sabía que lo que estaba haciendo era incorrecto”²⁵. Como se puede observar, esta Regla abarca lo postulado para el primer elemento de la defensa (enfermedad mental) y para el primer requisito alternativo del segundo elemento (incapacidad para apreciar la ilicitud). Siendo así, la misma no hace referencia a la exclusión de responsabilidad en caso de falta de capacidad para controlar la conducta²⁶.

Siguiendo este modelo, en el Reino Unido la defensa de incapacidad mental se

²⁴ M. Cherif Bassiouni citado en “Manuel de Derecho Penal Internacional” escrito por Pedro Pablo Camargo (pág 77).

²⁵ Established by the House of Lords in 1843. Legal Information Institute, *Insanity Defense*. Cornell University Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense (consultada el 30 de octubre de 2016).

²⁶ *Section 4.01 of the Code represents a concerted effort to reconcile the various details and emphases present in the traditional tests for insanity. First, the language, "appreciate," addresses the cognitive component central to the M'Naghten analysis. Unlike the oft rigid M'Naghten test, however, the "appreciate" language of § 4.01 is broad and intended to realistically address the graded nuances of mental disabilities. Moreover, the rule allows the legislature to choose between the language of "criminality" or "wrongfulness." This presentation allows legislatures to choose between a more legalistic conception of wrong, in the form of "criminality," or a broader, morally infused understanding, in the form of "wrongfulness."* Legal Information Institute, *Insanity Defense*. Cornell University Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense (consultada el 30 de octubre de 2016)

encuentra regulada en la regla 10 del Código Penal (Acta 12 de 1983)²⁷ como exclusión de responsabilidad, salvo el caso de homicidio en donde operará la atenuación de la pena por responsabilidad disminuida. En esta regla se establece por un lado, la existencia de una enfermedad que afecte la mente del sujeto al momento de cometer el acto (primer elemento). Y por otra parte, se requiere que la enfermedad mental realmente afecte la capacidad de entender lo que está haciendo o que no pueda saber lo que debe o no hacer (primer elemento alternativo - cognitivo). De lo contrario, si la enfermedad no produce alguno de estos efectos con respecto al acto u omisión, será considerado penalmente responsable. Esta definición no estipula nada con respecto al elemento volitivo.

La República de Uganda trata de la misma manera la defensa por incapacidad que el Reino Unido, tal como se establece en el artículo 11 de su Código penal.²⁸ Lo anterior se puede observar en sentencias de la Corte Suprema Ugandesa, quien considera los elementos de incapacidad de conocimiento y temporalidad como necesarios para que prospere esta defensa. Es así como dicha corporación consideró “que para que alguien se beneficie de la defensa de incapacidad mental, se debe tener evidencia que el acusado era incapaz de apreciar o entender lo que hacía al momento de cometer el delito”²⁹. Además, se afirma que la carga de la prueba debe “demostrar que en el tiempo material del delito el acusado era incapaz de apreciar las consecuencias de sus actividades”³⁰.

Al definirse la defensa de incapacidad mental de tal manera que no hace referencia a la exclusión de responsabilidad en caso de falta de capacidad para controlar la conducta (segundo elemento alternativo de su definición en el ER), el Common Law generó una segunda defensa conocida como ‘impulso irresistible’. Es así como Forbes Winslow estableció que “la persona podría ser perfectamente competente para distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, y aún así puede ser protegida por la defensa de insanía [incapacidad mental] tanto en su responsabilidad legal como moral. Me refiero a los casos

²⁷ http://agc.gov.ms/wp-content/uploads/2010/02/penal_code.pdf. PÁGINA 21.

²⁸ CODIGO PENAL UGANDES ART 11

²⁹ Sentencia número UGHCCRD70 de noviembre de 2013. ““A person is not criminally responsible for an act or omission if at the time of doing the act or omission, he or she is through any disease affecting his or her mind – incapable of knowing that he or she ought not to do the act or make the omission; But a person may be criminally responsible for an act or omission, although his or her mind is affected by the disease, if that disease does not in fact produce upon his or her mind, one or other effects mentioned in this section in respect of the act or omission.”. LINK: <http://www.ulii.org/ug/judgment/high-court-criminal-division/2013/70>

³⁰ IBID

de insania [incapacidad mental] donde el actor es conducido por un impulso irresistible a destruir, después de luchar por algún momento, contra el deseo mórbido, siendo al mismo tiempo perfectamente consciente que lo que está haciendo está mal³¹.

La jurisdicción estadounidense no sigue la construcción realizada por el Common Law, amejándose mucho más a la definición de incapacidad mental recogida en el art. 31(1)(a) del ER. Así, por incapacidad mental se entiende la existencia de una enfermedad mental con la alternancia de los elementos cognitivo y volitivo, consagrados en la Regla M’Naghten e impulso irresistible, respectivamente. De esta manera, la regla 4.01 del Modelo de Código Penal (MCP) de Estados Unidos del Instituto Americano de Derecho señala en su numeral primero:

Mental disease or defect excluding responsibility:

(1) A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality (wrongfulness) of his conduct or to conform his conduct to the requirements of the law.

De esta disposición se puede rescatar la expresión ‘falta sustancial de capacidad’, la cual puede consistir en: (i) la imposibilidad de apreciación de la criminalidad de la conducta por parte del acusado, ya sea por; a) falta de conciencia de lo que está haciendo, b) un error en las circunstancias materiales y c) una falla para percibir la significancia de sus acciones en un sentido más profundo; y (ii) por la falta sustancial de las capacidades volitivas del acusado para actuar conforme a la ley, tal como se señala en las notas explicativas del MCP de 1985³². Esta explicación está en consonancia con la interpretación

³¹ IRRESISTIBLE IMPULSE AS A DEFENSE IN THE CRIMINAL LAW, EDWIN R. KEEDY. *In February, 1843 Dr. Forbes Winslow published in London a volume entitled The Plea of Insanity in Criminal Cases, in which he stated the following: "A person may be perfectly competent to draw a correct distinction between right and wrong, and yet labour under a form of insanity which ought unquestionably to protect him from legal or moral responsibility. I allude to cases of insanity where the patient is driven, by an irresistible impulse, to destroy, after struggling, for some time, against the morbid desire, being, at the same time, perfectly conscious that he is impelled to do what is wrong both in the sight of God and man."*, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8010&context=penn_law_review (Consultada el 31 de octubre de 2016).

³² MODEL PENAL CODE OFFICIAL DRAFT AND EXPLANATORY NOTES Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962 PHILADELPHIA, PA. THE AMERICAN LAW INSTITUTE 1985. Page 89

menos rígida realizada por Eser del art. 31 (1)(a) del ER³³.

Además, en Estados Unidos se puede encontrar en The U.S. Sentencing Guideline³⁴ la subregla §5K2.13 en donde la capacidad disminuida es tratada como una cuestión de política criminal, de manera que se debe garantizar la disminución de la pena cuando el acusado sufra de una capacidad mental significativamente reducida, durante la comisión del delito, y la misma haya contribuido a la materialización del hecho punible³⁵.

En las jurisdicciones pertenecientes a la familia del Civil Law se excluye la responsabilidad penal cuando el sujeto activo de la conducta no es capaz de apreciar la ilicitud de su acto o su control de acuerdo a la ley³⁶. Este es el caso de las jurisdicción Alemana, la cual regula esta defensa en la sub regla § 20 del Código Penal Alemán, en donde se establece que actúa sin culpabilidad el incapaz que por una perturbación psíquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia, por debilidad mental o por alteración psíquica grave, no pueda comprender lo injusto de su actuar, a la hora de cometer el hecho punible, o adecuar su actuar a esa comprensión³⁷. De esta manera, debe

<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>

³³ Ambos, Kay. *“Treatise On International Criminal Law”*. First Edition. 2013 . p. 322. *In requiring that the (cognitive or volitional) capacities of the defendant are to be ‘destroyed’, Article 31(1)(a) adopts a stricter approach than, for example, } 4.01 MPC, which only requires a ‘lack of substantial capacities’. At first glance, this seems to call for the total destruction of the defendant’s abilities, which would mean that ‘he must be a hundred per cent insane’.*

³⁴ PAGINA 463, United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2013. https://books.google.com.co/books?id=TbJlhRCG4NYC&pg=PA463&lpg=PA463&dq=A%20downward%20departure%20may%20be%20warranted%20if%20the%20defendant%20committed%20the%20offense%20while%20suffering%20from%20a%20significantly%20reduced%20mental%20capacity%20and%20%20the%20significantly%20reduced%20mental%20capacity%20contributed%20substantially%20to%20the%20commission%20of%20the%20offense&source=bl&ots=s54pPt5l_b&sig=VvmzaNzk2Jk48oeQa_vy67_wjnQ&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiqurbii-QAhWBbSYKHQhIAIgQ6AEIzAC#v=onepage&q=A%20downward%20departure%20may%20be%20warranted%20if%20the%20defendant%20committed%20the%20offense%20while%20suffering%20from%20a%20significantly%20reduced%20mental%20capacity%20and%20%20the%20significantly%20reduced%20mental%20capacity%20contributed%20substantially%20to%20the%20commission%20of%20the%20offense&f=false

³⁵ En este “guideline” se conceptualiza la “capacidad mental significativamente reducida” como la alteración para (1) Entender la ilicitud de su comportamiento para comprender el crimen o ejercer el uso de razón; o (2) controlar su conducta conociendo la ilicitud de la misma.

³⁶ Ambos, Kay. *“Treatise On International Criminal Law”*. First Edition. 2013 . p. 318. *In civil law jurisdictions , the defendant’s criminal responsibility is normally excluded if he cannot appreciate the unlawfulness of his action or control it in accordance with the law*

³⁷ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. § 20. *Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas. Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un*

demostrarse la afectación grave de la condición mental, a la luz de los dictámenes médicos y fácticos que se alleguen para probar la ausencia de comprensión de la ilicitud o control de la voluntad.

Adicionalmente, el Código Penal Alemán prevé en la sub regla § 21 la *Capacidad de culpabilidad reducida* (capacidad disminuida)³⁸. Esta disposición es aplicable cuando la capacidad del sujeto se vea considerablemente disminuida en razón de las causales señaladas en el artículo inmediatamente anterior (Sub regla § 20), al momento de cometer el crimen, ya sea para entender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a Derecho. Obsérvese que lo estipulado en este Código, aunque más específico, concuerda con lo dispuesto en el artículo 31(1)(a) del ER y el artículo 145(2)(a)(i) de las RPP CPI.

Así mismo, en la jurisdicción penal francesa se puede observar lo dispuesto en el artículo 122-1 del Código Penal Francés (1994). Allí se reconoce la defensa de incapacidad mental como eximente de responsabilidad penal a “*quien, en el momento de la comisión de los hechos, padezca un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya anulado su discernimiento o el control de sus actos.*”³⁹. En esta definición se destaca la importancia de establecer el grado de afectación de la capacidad que contiene el primer elemento de esta defensa, pues el trastorno psíquico o neuropsíquico debe anular la capacidad volitiva o cognitiva del actor a la hora de cometer lo hechos. Además de este primer efecto, en el

hecho es incapaz por una perturbación psíquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración psíquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión. Traducción realizada por Claudia López Díaz, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf (consultado el 1 de noviembre de 2016)

³⁸ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. § 21. *Capacidad de culpabilidad reducida Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 está considerablemente reducida en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1.* Traducción realizada por Claudia López Díaz, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf (consultado el 8 de diciembre de 2016)

³⁹ Parlamento della Repubblica francese, Code pénal, (version conolidée au 1er janvier 2014) Partie législative LIVRE Ier : Dispositions générales TITRE Ier : De la loi pénale. CHAPITRE II : Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité. *Article 122-1, N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.*

artículo se consagra la disminución de responsabilidad cuando el trastorno psíquico o neuropsíquico únicamente altere el discernimiento del sujeto o dificulte el control de la acción.

Finalmente, de este ejercicio de derecho comparado se pueden destacar algunas interpretaciones que pueden ayudar en la interpretación de la definición de incapacidad mental prevista en el art. 31 (1)(a) del ER, a saber:

(i) La incapacidad mental que incide en las capacidades volitivas y cognitivas del acusado debe presentarse al momento de la comisión del hecho ilícito, por lo que no prosperaría para situaciones extemporáneas, tales como una deficiencia mental al momento de comparecer al juicio o situaciones previas e inconexas al acaecimiento de los hechos.

(ii) la perturbación mental del acusado debe ser lo suficientemente grave para que prospere la defensa, pues por un lado se indica una serie de enfermedades calificadas que logran probar el grado de afectación en la mente, y por el otro, se señala la sustancialidad con la que se debe presentar esta afectación sobre las capacidades volitivas y cognitivas.

(iii) En ambas familias jurídicas se hace la diferenciación entre la incapacidad mental y la capacidad disminuida, teniendo en cuenta el grado de afectación de la mente. Para determinar la procedencia de la defensa principal, se debe observar concordancia entre la enfermedad y el grado de deterioro mental dispuesto en el verbo rector, pues de lo contrario se configuraría como una disminución de las capacidades dando lugar a una atenuación de la pena.

4. Aplicación a la Situación del Señor Dominic Ongwen.

Habiendo finalizado el análisis de esta defensa a luz de lo dispuesto en los estatutos, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho penal en distintas jurisdicciones, es pertinente considerar si la defensa estudiada se configura satisfactoriamente en el caso objeto de estudio.

Para ello es necesario determinar en primer lugar si el acusado sufría de una enfermedad de la mente de sustancial gravedad, lo que deberá ser probado por la Defensa a

través de los medios probatorios de los que disponga”.⁴⁰ ⁴¹En este sentido, es necesario tener en cuenta que a partir del análisis de las situaciones que rodearon la vinculación del Sr. Ongwen al LRA, como niño soldado que fue abducido y adoctrinado, se puede establecer una afectación en su normal desarrollo dentro de una sociedad.⁴² Para ello creemos pertinente superar una distinción reduccionista entre ‘víctima’ y ‘perpetrador’⁴³, que deja en el olvido las situaciones complejas como las que ocupan este caso, en donde se analiza la situación de un perpetrador que a su vez es víctima⁴⁴.

⁴⁰ Bemba sentencing Decision, para.19; Lubanga Sentencing Decision, para. 34; and Katanga Sentencing Decision, para. 34. See also ICTY, Babić Sentencing Appeal Judgment, para. 43, finding that “the circumstance in question must have existed or exists ‘more probably than not’”; and ICTY, Stakić Appeal Judgment, para. 406.

⁴¹ ICTY, Babić Sentencing Appeal Judgment, para. 43, finding that “the circumstance in question must have existed or exists ‘more probably than not’”; and ICTY, Stakić Appeal Judgment, para. 406.

⁴² Justice and Reconciliation. Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen. Most psychological analyses of child soldiers argue that the longer children are within an armed group, the longer they are exposed to events inducing trauma. This can and does lead to developmental dysfunction in some cases. Jeff McMahan argues that child soldiers can be understood “as people who have a diminished capacity for morally responsible agency and who act in conditions that further diminish their personal responsibility for their actions in war.” According to this view, Ongwen was not yet fully formed as a human and was thus moulded by adults to carry out the gross human rights violations he did. Morally illequipped, according to this psychological analysis Ongwen cannot judge wrong from right or, in the event that he can, is unable to refuse orders to carry out heinous acts, lest he be beaten or killed. In either case, his actions were not considered his own. http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf Página 16

⁴³ Justice and Reconciliation. Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen. Erica Bouris argues that transitional justice scholarship and policies tend to reproduce simplistic categories of ‘victim’ and ‘perpetrator’ as if both were discrete and homogenous groups.⁴ Moreover, each group is assigned a moral value; ‘victims’ are frequently associated with the words ‘pure’ and ‘innocent’, and perpetrators with ‘evil’ and ‘guilt.’ The ideal victim is one that is helpless, vulnerable and in need of rescue. It is far easier to deliver humanitarian aid, development or justice when clear parameters around ‘victims’ and ‘perpetrators’ are drawn.

The concept of a complex political victim makes it possible to recognize victims as holding some degree of agency and thus responsibility: one can engage in the victimization of others, but one’s victim status itself is not diminished by these acts. This is not to say all victims are equally responsible, but rather that there are degrees of responsibility as well as victimhood. http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf (pág. 4)

⁴⁴ Hence, in order to combat the constant repetition of this situation, it would be important to begin to consider the historical circumstances surrounding the recruitment and indoctrination of minors in this type of conflict and thus avoid the possible formation of future aggressors of IHL, through education, re socialization and consolidation of serious DDR processes. Vid. In this regard:

Justice and Reconciliation Project, Complicating Victims and Perpetrators in Uganda: On Dominic Ongwen. (Field Note 7, 2008) p. 12. http://justiceandreconciliation.com/wp-content/uploads/2008/07/JRP_FN7_Dominic-Ongwen.pdf The ‘Promotion’ of Ongwen in a few short years. Ongwen was promoted from a field commander to a senior rank within Control Alter, the high command of the LRA. Respondents argued that Ongwen was promoted at such a rapid pace for three reasons: 1. he was a killer; 2. he was a loyal fighter; and, 3. he managed to outlive his superiors. In the first instance, Ongwen is reportedly an unwavering fighter and brilliant strategist. “He was so brave and inspirational that even if you were a coward, that cowardice would go straight back to your mother’s womb if [he] was leading the attack,”

Ahora bien, al mismo tiempo, la Clínica Jurídica considera que no concurre el segundo elemento de la defensa de incapacidad mental, puesto que no es viable sustentar que los trastornos sufridos por el Sr. Ongwen le hayan generado en el momento de cometer los múltiples delitos que se le imputan la incapacidad para apreciar la naturaleza o ilicitud de la conducta o, alternativamente, la incapacidad para controlar su conducta.

Con respecto a la primera alternativa, no parece que el Sr. Ongwen haya adolecido en el momento de la comisión de los delitos una pérdida extensa y de gran alcance de la razón. De hecho, múltiples miembros del LRA que sufrieron condiciones similares al Sr. Ongwen intentaron escapar en distintas ocasiones⁴⁵, de manera que el hecho de haber sido objeto de abducción, y de haber sido expuesto desde niño a múltiples brutalidades, no significa automáticamente que se genere años más tarde una pérdida de la razón como la que se requiere para que concurra el elemento de incapacidad de apreciación. En consecuencia, el acusado deberá probar a través de otros medios, como el peritaje médico, la concurrencia de este segundo requisito.

Finalmente, con respecto a la incapacidad para controlar la conducta, a simple vista parece que el señor Ongwen no padece ningún trastorno mental que afecte el dominio físico o psicomotor que le impida desplegar los movimientos de su cuerpo de manera voluntaria y libre. Precisamente, fue por sus habilidades y aptitudes que el acusado tuvo la posibilidad de ascender rápidamente dentro de la organización militar a la que perteneció.

Es por ello que es posible descartar la eximente de incapacidad mental en el caso del Sr. Ongwen. Ahora bien, su condición de niño soldado, y el brutal entrenamiento al que fue sometido, podría, eventualmente, justificar una posible atenuación de la pena por capacidad disminuida.

one former combatant told us.35 Killing soldiers and civilians enhances one's status in the LRA: The LRA would promote you when you attack enemies, acquire guns and uniforms. Or when you attack a camp and defeat the UPDF you also earn a promotion. It might be bad on the population but good on the LRA side as they will be promoted, and that is how Ongwen rose up through the ranks.

⁴⁵ Mercy Kolok, A girl's account of her experience with the Lord's Resistance Army, https://www.unicef.org/southsudan/reallives_lra.html (consulted on 30 de November 2016). The LRA had abducted 125 other children on the day they abducted me. They also forced me to watch as they killed my two older brothers (...) I tried escaping severally but was caught. Together with one of the boys at Kony's home, I finally managed to escape on the night of March 28th 2011.

